LA RENUNCIA A LOS DERECHOS

Es muy frecuente en situaciones de crisis matrimoniales que uno de los cónyuges, quizás influenciado por el sentimiento de culpabilidad en la ruptura o por "imposición" del otro, renuncie a una serie de derechos en el convenio regulador de la separación o del divorcio.

Desde luego resultan ineficaces las renuncias a derechos, o, más técnicamente, a funciones de la patria potestad. Aunque no suele ser frecuente, cabe que ambos atribuyan a uno solo de los progenitores su ejercicio, es decir, la adopción de decisiones respecto a los hijos, siempre y cuando se expongan las razones justificativas de dicha decisión, ya que en otro caso tanto el Ministerio Fiscal como el Juzgado podrían oponerse a su aprobación. Sin embargo, ninguna trascendencia tiene que en el convenio regulador se renuncie a la patria potestad o a relacionarse con los hijos; son cláusulas nulas.

Hemos visto algunos convenios en los que indirectamente la esposa renunciaba a poder convivir —aunque sea temporalmente— en el domicilio familiar con un tercero, ya que en este caso perdería el uso de la vivienda e incluso la guarda y custodia de los hijos. Como es evidente, dichas cláusulas no superaron el control judicial y se tuvieron por no puestas, al igual que aquella en la que se condicionaba la atribución de la guarda y custodia a que la madre no cambiase de domicilio.

Tampoco tiene eficacia la renuncia a la pensión alimenticia de los hijos, por más que el progenitor no custodio carezca de ingresos, no puede eximírsele de su primera y principal obligación, cual es alimentar a sus hijos.

Últimamente hemos podido comprobar cómo superaba el control judicial una cláusula en la que se cederían bienes para el pago de alimentos futuros. La cláusula tenía el siguiente tenor literal: "ambos progenitores abonarán los gastos que en concepto de alimentos produzcan los hijos al 50%, y como quiera que los emolumentos de ambos cónyuges no son muy elevados, se establece como pago de alimentos en especie la adjudicación de una parcela de terreno donde se ubica la casa familiar, a fin de garantizar los alimentos futuros"… "Asimismo, se acuerda que el esposo separado entregará a la madre para el hijo la cantidad de 300 euros al mes como pensión de alimentos, que representan el resto de los que se abonarán al mismo hasta que termine sus estudios universitarios". Como vemos, no se renuncia a la pensión alimenticia de los hijos, pero se establece un sistema eficaz de pago cuando no hay mucha seguridad de que en el futuro puedan cumplirse las obligaciones alimenticias.

Donde sí tiene plena eficacia la renuncia de derechos es en cuestiones patrimoniales de los cónyuges, es decir, la pensión compensatoria o la liquidación del

régimen económico matrimonial. Es jurisprudencia reiterada que la renuncia a la pensión compensatoria en un convenio regulador, esté o no homologado judicialmente, se constituye en un serio e importante obstáculo para que en un futuro procedimiento pueda reconocérsele al cónyuge dicha pensión. No obstante y como siempre, existe alguna resolución aislada que no da eficacia a la renuncia con base en la siguiente fundamentación: "el tenor literal del art. 97, pár. 1.º, CC —el cónyuge (...) tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial— lleva a concluir que la pensión compensatoria tiene carácter necesario y es irrenunciable cuando concurran los presupuestos previstos legalmente (desequilibrio económico entre los cónyuges determinante para uno de ellos de un empeoramiento respecto de la posición del otro y respecto de su situación constante en el matrimonio), ya que el acuerdo de renuncia en esos casos sería un acuerdo gravemente perjudicial para uno de los esposos que impediría su homologación judicial, conforme al art. 90, pár. 2.º, CC, o su plena eficacia en el caso de que ni siquiera se hubiese planteado la posibilidad de homologación judicial por falta de ratificación a presencia judicial de uno de los esposos".

En la liquidación del régimen económico matrimonial, también se producen renuncias, generalmente dirigidas a impedir que la liquidación que se contiene en el convenio regulador pueda ser posteriormente impugnada. Dejando a un lado los posibles vicios de consentimiento que siempre permiten cuestionar la eficacia del convenio, una cláusula discutida es aquella en la que, a modo de cierre, se indica que "Como quiera que el matrimonio no ha supuesto desequilibrio económico para ninguno de los cónyuges, éstos renuncian a reclamarse nada por este concepto, así como tampoco por el de alimentos entre ellos, ni a estipular nada al respecto".

En la STS de 6 de marzo de 2003 se analizó un supuesto similar, señalando el Tribunal Supremo que " La lectura de las estipulaciones del convenio regulador y la consideración de estar inscritas en el más amplio pacto sobre separación y divorcio, con consecuencias diferentes a la liquidación de la sociedad de gananciales, como es el de guarda y visita de los hijos, obliga a concluir que en la cláusula séptima se ha renunciado a la rescisión por lesión al declararse que el convenio no ha supuesto desequilibrio económico alguno para ninguna de las partes. En este caso no puede admitirse, por tanto, la inexistencia de renuncia a la acción de rescisión por lesión que ha tenido en cuenta, para la estimación de la demanda, la sentencia recurrida, pues la renuncia es clara y de interpretación unívoca; y, además, se deduce de hechos, actos o conductas relacionadas con la misma, como lo son todas las estipulaciones que se contienen en el convenio y que se han sometido a aprobación jurisdiccional y contra los propios actos ahora se pretende modificar lo pactado, que llevaría de tener lugar a modificar también las resoluciones judiciales aprobatorias en proceso distinto al incidental de modificación por alteración de las circunstancias en las que el convenio se produjo".

La conclusión de lo anteriormente expuesto es que antes de suscribir el convenio regulador habrá que pensarse muy en serio cualquier tipo de renuncia por más que uno de los cónyuges tenga prisa en obtener la separación o el divorcio.

ÍNDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

— Una nueva lectura de la pensión compensatoria desde la perspectiva del enriquecimiento injusto. *Celia Martínez Escribano* 21

— La vivienda familiar y la liquidación de gananciales. *Rafael Rodríguez Chacón* 45

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 81

1. La convivencia *more uxorio* de la viuda con una tercera persona no conlleva la pérdida de la pensión de viudedad, procediendo en consecuencia la declaración de inconstitucionalidad de la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código Civil de "vivir maritalmente con otra persona". *(S. de 19 de junio de 2003)* 81

Página

TRIBUNAL SUPREMO 97

I. **Filiación** 97

1. Nulidad de lo actuado en el procedimiento de reclamación e impugnación de la paternidad por no haberse nombrado un defensor judicial al menor habida cuenta de que existen intereses contrapuestos entre éste y su madre. *(S. de 7 de noviembre de 2002)* 97

2. Falta de legitimación de una hija fruto del primer matrimonio, para impugnar la filiación de otra obtenida a través del reconocimiento del padre ante el Registro Civil, siendo aplicable a este tipo de acciones el régimen relativo a la filiación matrimonial, al constar el segundo matrimonio del padre antes del reconocimiento. *(S. de 28 de noviembre de 2002)* 100

3. Impugnación de la paternidad patrimonial después de dictarse sentencia de separación. El plazo del ejercicio de la acción de impugnación de paternidad matrimonial comienza a contarse desde el instante en el que el esposo tiene conocimiento de que no es el padre biológico de los menores. *(S. de 3 de diciembre de 2002)* 102

4. Acreditadas las relaciones de amistad entre la actora y el demandado y la negativa de éste por dos veces a someterse a la prueba biológica, procede dictar sentencia estimando la acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial. *(S. de 19 de diciembre de 2002)* 105

II. **Patria potestad** 108

1. Para que proceda dejar sin efecto las medidas protectoras de la entidad pública es necesario que se produzca un cambio profundo en los hábitos y actitud de los padres a fin de que puedan asumir la responsabilidad que implica la paternidad, recayendo sobre ellos la carga de probar el cambio de circunstancias. *(S. de 23 de septiembre de 2002)* 108

2. El régimen de visitas no puede condicionarse a que el progenitor no custodio abone la pensión alimenticia, ya que se trata de cuestiones que no son compensables y existen mecanismos legales para el aseguramiento del pago de la pensión. *(S. de 26 de diciembre de 2002)* 111

Página

III. **Regímenes económico matrimoniales** 114

1. A los efectos de la acción de rescisión por lesión de más de una cuarta parte en la liquidación de la sociedad de gananciales las valoraciones deben realizarse a la fecha en que fueron adjudicados los bienes y no cuando se ejercita la acción. *(S. de 30 de octubre de 2002)* 114
2. Valoración de los inmuebles de protección oficial conforme al precio de mercado a la fecha en que quedó disuelta la sociedad de gananciales. *(S. de 14 de noviembre de 2002)* 120
3. Rescisión de la escritura de capitulaciones matrimoniales por haberse efectuado en fraude de acreedores, siendo indiferente que en el momento de su otorgamiento no se hubiese despachado ejecución sobre los bienes del esposo, ya que el mismo debe preservar su preexistente situación patrimonial no pudiendo variarse con eventos de reducción o desaparición de la misma en detrimento de aquella solvencia inicial. *(S. de 21 de noviembre de 2002)* 124
4. Carácter privativo del inmueble adquirido por el esposo meses antes de contraerse el matrimonio, debiendo incluirse en el activo de la sociedad, al resultar de aplicación la normativa anterior a la reforma de 1981, el valor actualizado de las letras pagadas desde la fecha en que se contrajo el matrimonio hasta que los cónyuges se separaron de hecho. *(S. de 4 de diciembre de 2002)* 128
5. Carácter ganancial del inmueble adquirido constante el matrimonio al no existir pruebas que sirvan para destruir la presunción de ganancialidad, máxime cuando en el momento de otorgarse la escritura pública de adquisición del derecho sobre el citado inmueble, ninguna reserva se hizo por el esposo respecto a pagos que pudieran haberse efectuado antes del matrimonio. *(S. de 26 de diciembre de 2002)* 131

IV. **Convenio regulador** 134

1. Nulidad de la transmisión de propiedad de una parte indivisa de un inmueble que hizo el esposo en el convenio regulador de la separación en pago de la pensión alimenticia y compensatoria, ya que no le pertenecía por cuanto la escritura de compraventa era simulada. Como consecuencia de dicha declaración se faculta a la esposa para pedir el cumplimiento de las obligaciones de alimentos y pensión compensatoria, asumidas por el marido, mediante su abono en metálico. *(S. de 21 de noviembre de 2002)* 134

Página

V. **Contratos entre padres e hijos** 142

1. Rescisión de la escritura de compraventa otorgada entre una madre y su hija al haberse llevado a efecto con la única finalidad de defraudar a los acreedores de la primera sustrayéndola de la inminente ejecución judicial. Para el ejercicio de la acción no es necesaria la insolvencia total de la deudora, incumbiendo al deudor señalar otros bienes para excluir la legitimidad de la acción revocatoria. *(S. de 31 de octubre de 2002)* . 142

VI. **Ejecución de sentencias extranjeras** 146

1. Falta de competencia del Tribunal Supremo para pronunciarse sobre la demanda de exequátur respecto de una sentencia suiza al resultar competente el Juzgado de 1.ª Instancia del domicilio de la parte demandada. *(A. de 24 de septiembre de 2002)* . 146

VII. **Procesal** 148

1. No cabe recurso de casación contra las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en un procedimiento de modificación de medidas, procedimiento que debe tramitarse conforme a lo establecido en el artículo 771 de la LEC y que finalizará por medio de auto. *(A. de 1 de octubre de 2002)* 148

2. La competencia para conocer del procedimiento de modificación de medidas no corresponde necesariamente al Juez que dictó la sentencia, sino que se determina conforme a los artículos 769 y 771 de la LEC. *(A. de 24 de octubre de 2002)* . 151

3. Desestimación del recurso de revisión al no existir maquinación fraudulenta en la designación del domicilio del demandado ya que incluso la policía local realizó las gestiones oportunas antes de procederse al emplazamiento por edictos. *(S. de 13 de noviembre de 2002)* 153

VIII. **Sucesiones** 156

1. Nulidad de la partición de herencia efectuada por el contador partidor testamentario al no haberse liquidado la sociedad de gananciales del causante con su primera esposa. *(S. de 17 de octubre de 2002)* 156

Página

2. Nulidad de la compraventa en virtud de la cual la madre transmitía a la hija determinados inmuebles al ser inexistente el precio, siendo igualmente nula la donación encubierta en la escritura de compraventa por ilicitud de la causa al responder exclusivamente a la finalidad de defraudar los derechos legitimarios del hijo. *(S. de 23 de octubre de 2002)* 160

3. Nulidad de la donación al no ser la donante propietaria de la mitad indivisa del inmueble habida cuenta de la existencia de una fiducia. *(S. de 28 de noviembre de 2002)* 162

IX. **Penal** 165

1. Condena a un matrimonio por un delito de alzamiento de bienes cuando después de haberse practicado el embargo transfieren la propiedad del inmueble objeto de la traba a una sociedad constituida días antes por la madre y hermana de la esposa. *(S. de 18 de octubre de 2002)* 165

2. Absolución de un delito de estafa procesal a la esposa y al representante legal de la empresa donde trabajaba, ya que la circunstancia de que ésta prestase sus servicios también en otra empresa distinta y ello no trascendiese al procedimiento no constituye ningún ilícito penal, debiendo recordarse que en los procedimientos matrimoniales no se impone a ninguna de las partes un específico deber de información a favor de la parte contraria. *(S. de 15 de noviembre de 2002)* 170

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA 177

I. **Uniones de hecho** 177

1. Establecimiento de una pensión compensatoria por desequilibrio patrimonial a favor de la conviviente, ya que aun cuando durante los trece años que duró la unión trabajó en la casa y en el negocio del otro conviviente, percibiendo un sueldo, ha quedado acreditado que el mismo era insuficiente y que el trabajo en la casa debió ser relevante (desde la separación el conviviente tiene a dos personas a su servicio). *(TSJ CATALUÑA, S. de 1 de julio de 2002)* 177

Página

II. **Indemnización del artículo 41 del Codi de familia y pensión compensatoria** 181

1. Aun cuando el patrimonio del esposo proviniera de bienes privativos, el aumento y consolidación del mismo no hubiera sido posible sin la dedicación de la esposa a la casa, y por ello procede reconocerse la indemnización prevista en el artículo 41 del Códi de Familia, sin que sea obstáculo para ello que durante la convivencia, que duró 13 años, la esposa hubiese trabajado dos fuera de casa.

   La fijación de un plazo en la pensión compensatoria no es, pues, un criterio ilegal, es, por el contrario, una opción legal que tienen los tribunales en el momento de fijarla. *(TSJ CATALUÑA, S. de 10 de febrero de 2003)* 181

III. **Pensión de viudedad** 185

1. No habiéndose puesto en conocimiento del juzgado la alegada reconciliación entre los cónyuges producida después de haberse dictado la sentencia de separación, sólo procede que la viuda perciba la pensión de viudedad sobre un porcentaje del 45% de la base reguladora. *(TSJ CATALUÑA, S. de 1 de octubre de 2002)* 185

AUDIENCIAS PROVINCIALES 191

I. **Causas de separación, divorcio y nulidad** 191

1. Habida cuenta que las agresiones o amenazas a las que se refiere la demandante tuvieron lugar en la mayoría de las veces con posterioridad al matrimonio no procede declarar la nulidad matrimonial por estar viciado el consentimiento matrimonial por miedo insuperable, sin perjuicio de las consecuencias que ello pueda tener en la separación o divorcio. *AP CASTELLÓN, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de junio de 2003* 191

II. **Guarda y custodia** 193

1. Atribución de la guarda y custodia al padre, ya que la desmedida ingestión alcohólica de la madre lleva a situaciones de abandono de los deberes paterno filiales. *AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 10 de enero de 2003* 193

Página

2. Procedencia de la pernocta con el progenitor no custodio al no haberse demostrado la incapacidad del padre para cuidar a su hija durante la noche ni que no tenga la infraestructura material suficiente. *AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 28 de enero de 2003* . 194

3. Mantenimiento de la guarda y custodia de la hija que aún no ha cumplido dos años en favor del padre al desprenderse del informe psicológico que tal régimen no es perjudicial y que la menor no refleja ningún malestar, contando además el padre con el apoyo de la abuela paterna. *AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 4 de febrero de 2003* 195

III. **Régimen de visitas** 196

1. Restricción del régimen de visitas fijado a favor de los abuelos ya que en la actualidad el padre de los menores ha contraído nuevo matrimonio, tiene una familia estable, por lo que la adopción de medidas en orden al derecho de visitas deben, salvaguardando este derecho, alterar lo menos posible esta situación familiar actual del padre. *AP ALICANTE, Sec. 7.ª, S. de 10 de marzo de 2003* 196

2. Desprendiéndose del informe del equipo técnico la constatación de una grave manipulación del menor por parte de la madre en relación con la figura paterna, no procede suprimir las visitas sino fijar transitoriamente un régimen limitado hasta que en el futuro pueda acordarse uno normalizado. *AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 10 de junio de 2003* 199

IV. **Vivienda familiar** 201

1. Producido el cambio de guarda y custodia a favor del padre, procede modificar la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de la menor, al haberse constatado que dicho cambio no fue arbitrario por parte de la hija en sus preferencias respecto a con cuál de los progenitores residir. *AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 17 de febrero de 2003* 201

V. **Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio** 205

1. Improcedencia de fijar en el procedimiento matrimonial pensión alimenticia a favor de un cónyuge, ya que la pensión compensatoria subsume ya cualquier otro tipo de prestación económica que deba existir entre ambos. *AP ASTURIAS, Sec. 6.ª, S. de 13 de enero de 2003* 205

Página

2. Extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad al haber desempeñado el mismo de forma intermitente actividad laboral en distintas empresas, percibiendo en la actualidad subsidio de desempleo, máxime cuando se constata la posibilidad real de realizar una actividad laboral remunerada en la empresa de su padre, en la que ya trabajó con anterioridad cesando de forma voluntaria en dicha actividad. *AP VALLADOLID, Sec. 1.ª, S. de 21 de febrero de 2003* 206

3. Mantenimiento de la pensión alimenticia en favor de la hija incapacitada ya que dada su especial situación personal precisa de atención y cuidados al no poder valerse por sí misma. *AP ZAMORA, S. de 16 de mayo de 2003* 208

VI. **Pensión compensatoria** 209

1. Extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital siendo indiferente que en la actualidad haya cesado dicha convivencia. *AP Madrid, Sec. 22.ª, S. de 24 de enero de 2003* . 209

2. No concesión de pensión compensatoria al haber transcurrido seis años desde la separación de hecho de los cónyuges. *AP ZAMORA, S. de 16 de mayo de 2003* 211

VII. **Cuestiones procesales** 212

1. La competencia para el conocimiento del procedimiento de liquidación de gananciales corresponde al Juzgado que dictó la sentencia de separación. *AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 10 de enero de 2003* 212

2. Nulidad de actuaciones por no haberse tramitado el procedimiento de modificación de medidas conforme a las normas previstas en el artículo 770 de la LEC. *AP BALEARES, Sec. 5.ª, S. de 13 de enero de 2003* 214

3. Admisión del recurso de apelación aun cuando el recurrente no haya especificado en su escrito de preparación los pronunciamientos de la sentencia que son objeto de impugnación. *AP ASTURIAS, Sec. 6.ª, S. de 13 de enero de 2003* 216

4. Falta de competencia de los tribunales españoles para fijar un régimen de visitas cuando con anterioridad a la petición efectuada por el padre, un tribunal alemán, estableció dicho régimen habiendo incluso intervenido dicho progenitor ante aquel tribunal. *AP LLEIDA, Sec. 1.ª, S. de 10 de febrero de 2003* . 217

Página

5. Dictado el auto de medidas previas, el cómputo del plazo de treinta días previsto en el artículo 771 de la LEC, comienza a contarse desde la fecha de notificación del auto al ejecutante. *AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª, A. de 23 de febrero de 2003* . . . 221

6. Imposición de las costas a la parte actora que desiste de la demanda de separación interpuesta, al no haber sido consentido por la parte demandada tal desistimiento. *AP CÁCERES, Sec. 1.ª, A. de 20 de marzo de 2003* 223

7. Nulidad de actuaciones por haberse tramitado el procedimiento de modificación de medidas conforme a lo previsto en el artículo 771 de la LEC, ya que el trámite correcto es el establecido en el artículo 775 de la LEC. *AP BALEARES, Sec. 4.ª, S. de 28 de abril de 2003* 224

VIII. **Convenio regulador** 226

1. La circunstancia de que en el convenio regulador se estableciera como causa de extinción el "contraer matrimonio", ello no supone la exclusión de otras causas tasadas legalmente como extintivas de dicha pensión, en concreto, la "convivencia marital", dada su equiparación a la institución matrimonial. *AP CÁDIZ, Sec. 4.ª, S. de 27 de mayo de 2003* 226

IX. **Ejecución de sentencias** 228

1. Aun cuando los cónyuges pactaron un régimen muy flexible de comunicación del padre con la hija menor, ello no le permite al padre exigir que se obligue a la madre, con quien convive la hija, a facilitar el número de teléfono fijo de su vivienda, que el derecho a la intimidad de la madre le permite mantener oculto. *AP BURGOS, Sec. 2.ª, A. de 9 de enero de 2003* . 228

2. No habiendo abandonado la esposa el domicilio familiar en la fecha indicada en el convenio regulador, procede su desalojo inmediato sin que sean de aplicación las normas procesales de ejecución de condenas de hacer de carácter personalísimo. *AP CASTELLÓN, Sec. 1.ª, A. de 29 de enero de 2003* 229

3. Abono de las pensiones fijadas en el convenio regulador desde la fecha en que se firmó, pudiendo reclamarse las cantidades impagadas desde la fecha del convenio hasta la fecha de la sentencia que lo aprueba, en la propia ejecución de sentencia de separación sin tener que acudir a un procedimiento declarativo. *AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, A. de 11 de junio de 2003* . 231

Página

4. Abono de los intereses por impago de las pensiones desde la fecha en que se interpuso la demanda de ejecución, y no desde las fechas en que se iban produciendo los sucesivos impagos. *AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, A. de 11 de junio de 2003* 234

5. 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, A. de 8 de octubre de 2003* 234

X. **Regímenes económicos** 235

1. Desestimación de la tercería de dominio instada por la esposa, ya que aun cuando la escritura de capitulaciones matrimoniales se inscribió en el Registro Civil, al no haberse practicado la inscripción en el Registro de la Propiedad no produce efectos frente a terceros. *AP PONTEVEDRA, Sec. 5.ª, S. de 8 de enero de 2003* 235

2. A efectos de incluir en el activo de la sociedad el automóvil adquirido constante el matrimonio debe atenderse a su valor venal y no al de adquisición. *AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 9 de enero de 2003* 237

3. Las ganancias percibidas por el esposo por rendimientos del trabajo personal no pueden incluirse como un crédito de la sociedad de gananciales frente al esposo, ya que se entiende que se emplearon en atender las cargas del matrimonio. Excepcionalmente sólo procederá su inclusión cuando se acreditase que se empleó en negocios o usos individuales. *AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 9 de enero de 2003* 238

4. La carga de la prueba para acreditar que las cantidades que uno de los cónyuges extrajo de las cuentas gananciales que no se destinaron a atender las cargas del matrimonio corresponde al cónyuge que pretenda su inclusión en el activo. *AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 9 de enero de 2003* 238

5. En el procedimiento de liquidación de gananciales no puede entrarse a declarar el carácter ganancial o privativo de un inmueble que figura a nombre de la madre del esposo, ya que ello produciría indefensión a terceros, sin que por otro lado pueda ser parte en el procedimiento de liquidación dicho tercero. *AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 9 de enero de 2003* .. 239

Página

6. Las indemnizaciones por cese laboral no tienen carácter ganancial. *AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 7 de febrero de 2003.* 239

7. Inclusión en el activo del valor que tenía el vehículo adquirido constante la sociedad de gananciales, pero atendiendo al momento en que se produjo la disolución. *AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 7 de febrero de 2003* 240

8. Valoración de la vivienda de protección oficial a precio de mercado, sin que la normativa que rige dichas viviendas pueda tenerse en cuenta a estos efectos. *AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 7 de febrero de 2003* 241

9. Estimación de la tercería de dominio interpuesta por la ex esposa por la traba realizada sobre un inmueble adquirido por ésta después de la separación, teniendo en cuenta además que la deuda con la Tesorería de la Seguridad Social la mantiene su ex esposo. *AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, S. de 16 de marzo de 2003* . 241

XI. **Filiación** 245

1. Estimación de la demanda de reclamación de paternidad con base en la negativa a someterse a las pruebas biológicas unido a haberse acreditado que la madre y el demandado coincidieron trabajando en el mismo inmueble, existe en poder de la madre dos fotografías del demandado que corresponden a dicha época que, obviamente, no se dan a un simple conocido, el parecido existente que se aprecia entre el demandado y la menor en las fotografías aportadas a los autos y la declaración de una testigo que aun de referencias, había trabajado como asistenta en el mismo domicilio, y que era conocedora de la existencia de una relación afectiva entre ambos. *AP ZARAGOZA, Sec. 2.ª, S. de 16 de abril de 2003* 245

XII. **Procedimientos de menores** 246

1. Concesión del certificado de idoneidad para la adopción internacional a personas que han contraído el virus del Sida, ya que la referida enfermedad, debidamente tratada y sometida a las exigibles precauciones, no les impide la prosecución de una vida normal y perfectamente idónea para el desempeño de sus obligaciones como padres adoptivos. *AP CANTABRIA, Sec. 4.ª, S. de 5 de marzo de 2003* 246

Página

XIII. **Temas penales** 248

1. A pesar de que la esposa, después de haber cobrado las cantidades que le adeudaba el esposo, renunció expresamente a la acusación particular, procede condenar a este último por un delito de impago de pensiones, ya que si bien la denuncia es requisito de procedibilidad necesario para iniciar el procedimiento, no lo es para su prosecución una vez comenzado éste. *AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 24 de enero de 2003* 248

2. Se condena por un delito de apropiación indebida a la madre de una conviviente de hecho que falleció, por haber dispuesto de las cantidades que el otro conviviente le entregó con la finalidad concreta de invertirlas en las obras de reforma de la vivienda en la que residía o la adquisición de una nueva. *AP LLEIDA, Sec. 1.ª, S. de 28 de febrero de 2003* 250

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Filiación 257

1.1. Conforme a la legislación foral navarra, el reconocimiento de la paternidad de un menor de edad efectuado por el padre por declaración ante el Encargado del Registro Civil (Ley 69) no está sujeto a requisito alguno supletorio del consentimiento del menor (Ley 69), de modo que la validez y eficacia de tal reconocimiento y su consiguiente inscripción en el Registro Civil no pueden quedar subordinadas al cumplimiento de los requisitos del artículo 124 del CC. *R. de 17 de marzo de 2003* . 257

1.2. Validez de la adopción de un mayor de edad constituida en Perú conforme a la ley del adoptando al residir en aquel país tanto el adoptante español como el adoptando extranjero. *R. de 9 de abril de 2003* 260

Página

1.3. No se inscribe el reconocimiento efectuado por un tercero respecto a un menor a pesar de que la madre y su marido han prestado el consentimiento, al no haber transcurrido 300 días desde la separación legal o de hecho de la madre. *R. de 17 de abril de 2003* 262

1.4. Aun cuando se solicite por el hijo una vez alcanzada su mayoría de edad, procede cancelar la inscripción de nacimiento y practicar una nueva inscripción donde conste únicamente la filiación adoptiva. *R. de 14 de febrero de 2003* 264

2. Apellidos 265

2.1. Denegación de la petición de inversión de los apellidos al no haberse ejercitado antes de la inscripción. *R. de 1 de abril de 2003* 265

3. Matrimonio 267

3.1. Denegación de la inscripción de un matrimonio celebrado en Cuba, entre español y cubana, realizado por poderes al tratarse de un matrimonio de complacencia y no existir consentimiento matrimonial. *R. de 14 de abril de 2003* 267

3.2. Procedencia de la inscripción del matrimonio celebrado en Marruecos entre español y marroquí al haberse acreditado que existía verdadero consentimiento matrimonial pues queda probado el perfecto conocimiento mutuo de sus circunstancias personales, conviven juntos y tuvieron un hijo poco tiempo después de casarse. *R. de 29 de abril de 2003* 269

4. Regímenes económicos matrimoniales 272

4.1. Validez de la escritura de capitulaciones matrimoniales en la que los cónyuges sustituyen el régimen de separación de bienes por el de gananciales y con efectos desde la celebración del matrimonio, si bien dada la redacción de las cláusulas, para la calificación de un bien como ganancial será necesario el consentimiento de ambos, por lo que habiendo quedado revocados los poderes otorgados entre los cónyuges por la demanda de divorcio, no procede acceder a petición realizada por el esposo. *R. de 16 de abril de 2003* 272

Página

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

— Reclamación de alimentos entre iraquíes con residencia habitual en España. Comentario a la sentencia dictada por la Sec. 3.ª de la AP de Granada de 23 de abril de 2001. *Guillermo Palao Moreno* 281

TRIBUNA ABIERTA

— Conflictos entre el interés del menor y los intereses de padres biológicos, adoptantes y acogedores. Comentario al Auto de 11 de septiembre de 2000 dictado por la AP de Salamanca 289

— Algunos aspectos de un análisis comparativo entre las distintas leyes autonómicas reguladoras de las parejas de hecho en España . 296

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

— Publicaciones y Noticias 329

AVANCES JURISPRUDENCIALES

— Avances jurisprudenciales 343

Estudios Doctrinales

UNA NUEVA LECTURA DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA DESDE LA PERSPECTIVA DEL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO

CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO

Profesora ayudante de Derecho Civil.
Universidad de Valladolid

SUMARIO

I. EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO.

II. LOS ELEMENTOS DETERMINANTES DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO Y SU POSIBLE COMPENSACIÓN.

Desde que la pensión compensatoria se introdujo en nuestro Derecho a través de la Ley de 7 de julio de 1980, se ha venido reconociendo en la gran mayoría de los supuestos de separación o divorcio a favor de aquél de los cónyuges que quedara en peor situación económica, lo cual, sin necesidad de un proceso valorativo de mayor alcance, propiciaba que el natural beneficiario de la institución fuera la mujer. Pero desde aquel momento la estructura social en España ha cambiado, al ser cada vez más frecuente que ambos cónyuges desempeñen un trabajo retribuido, y este dato nos lleva a replantear el modo en que ha de interpretarse la pensión compensatoria. Ésta se ha venido reconociendo con carácter general a la esposa que se había dedicado al cuidado de la familia y del hogar mientras que su marido desarrollaba una actividad profesional remunerada. La situación de desamparo en que quedaba en estos casos la mujer dotaba a la pensión de un tinte asistencial o incluso lo convirtió en un derecho a mantener el nivel de vida que había venido disfrutando durante la convivencia conyugal. En definitiva, la inicial generalidad de modelo descrito propició una cierta inercia en el reconocimiento de la pensión compensatoria

sólo a favor de la esposa incluso en supuestos que nada tienen ya que ver con el arquetipo apuntado, que ha llegado a adquirir un carácter claramente discriminatorio en su aplicación práctica que parece ser momento ya de combatir, reconduciendo la institución a cauces que la devuelvan a su auténtica razón de ser.

De esta manera, frente a la anterior situación, podemos advertir que muchos de los matrimonios de la actualidad no responden ya al esquema planteado. La actividad profesional desarrollada por ambos cónyuges les permite contar con cierta autonomía económica tras la separación o el divorcio, superándose la dependencia que antes se predicaba de forma habitual respecto de la mujer. Pese a ello, se sigue reconociendo aun en estos casos a uno de los cónyuges el derecho a una pensión compensatoria. Si tenemos en cuenta que las normas han de ser interpretadas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 CC), quizá sea conveniente replantear el sentido del "desequilibrio económico" que constituye el presupuesto para que conforme al art. 97 CC proceda el pago de la pensión. A tal efecto creemos conveniente incidir en el fundamento de la pensión compensatoria, pero también en las circunstancias a tener en cuenta para advertir la producción del desequilibrio, y que quizá no debieran reducirse a las enumeradas legalmente.

Por lo que se refiere al fundamento o finalidad de la pensión compensatoria, nos parece discutible que haya de ser el mantenimiento del nivel de vida que se tenía durante la convivencia o la protección frente a la peor situación económica en que queda uno de los cónyuges con la ruptura, con base en una solidaridad posconyugal o en la idea de equidad. Quizá debiera situarse ahora en el enriquecimiento injusto de uno de los esposos con relación al otro, que se encontraría en peor situación precisamente por esa dedicación a la familia o contribución en las actividades mercantiles, profesionales o industriales del otro cónyuge. Interpretando la pensión compensatoria a la luz de este principio, podría tal vez reconducirse a sus justos términos, frente al reconocimiento de esta pensión que se está produciendo a día de hoy en nuestros Tribunales en supuestos que realmente no debieran tener encaje en ella.

El motivo que nos lleva a situar el fundamento de la pensión en el enriquecimiento injusto se encuentra íntimamente ligado, por otra parte, al hecho de ser precisamente este principio general del derecho el que ha venido sirviendo en los últimos tiempos a nuestros Tribunales como base para reconocer en los casos de ruptura de parejas de hecho el derecho de uno de los convivientes a percibir del otro determinadas cantidades (1). Ante la ausencia de vínculo matrimonial, no es posible en este tipo de situaciones aplicar el art. 97 CC, ni siquiera

---

(1) Así lo afirman autores como LÓPEZ AZCONA, A., *La ruptura de las parejas de hecho,* Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 60 y ss., y recientemente, las SSTS de 17-I-2003 y 17-VI-2003.

analógicamente. Sin embargo, no cabe duda de que la convivencia *more uxorio* constituye también un modelo de familia, aunque distinto al que se crea con el matrimonio, y que da lugar a una comunidad de vida en la que cada uno de los convivientes pone en común su esfuerzo personal y bienes de contenido patrimonial. De producirse la ruptura de la unión de hecho, es muy probable que uno de ellos sufra un perjuicio injusto frente al otro, especialmente si aquél se ha dedicado al cuidado del hogar familiar mientras éste desarrollaba una actividad profesional. Y aunque la pareja *more uxorio* exista al margen del Derecho, esta circunstancia no puede llevar al punto de ignorar las consecuencias que pueda producir su ruptura. De este modo los Tribunales, en relación con la cuestión apuntada, han venido reconociendo al conviviente perjudicado una indemnización con base en el enriquecimiento injusto. Dado que estas situaciones presentan una innegable similitud con aquellas otras en que tras la separación o el divorcio se reconoce a uno de los cónyuges el derecho a una pensión compensatoria, nos planteamos si el fundamento de esta última puede ser también el enriquecimiento injusto, que experimentaría en estos casos uno de los esposos frente al otro como consecuencia de la ruptura de la vida en común.

Desde otra perspectiva, hemos de indicar que esta evolución en el planteamiento de la pensión compensatoria, alejándose de una idea de solidaridad entre los esposos más allá de la ruptura conyugal que justifique que uno de ellos haya de ser mantenido por el otro, se puede advertir también en el Derecho comparado. En este sentido, en el ordenamiento suizo, donde la materia relativa al matrimonio y al divorcio se ha visto recientemente reformada por la Ley federal de 26 de junio de 1998, que entró en vigor el 1 de junio de 2000, advierte la doctrina (2) una cierta tendencia a que con esta pensión se favorezca en la medida de lo posible una superación de la interdependencia financiera de los esposos tras el divorcio para lograr cuanto antes la autonomía económica de cada uno de ellos.

Y en cuanto a las circunstancias relativas a la situación económica de cada cónyuge, inciden en la pensión compensatoria en la medida en que permiten constatar la existencia del desequilibrio y su relevancia. Para su adecuada valoración e interpretación, debemos entenderlas ligadas al fundamento que otorguemos a la referida pensión. A tal efecto cobran especial importancia los extremos del art. 97 CC, pero entendemos que pueden existir otros elementos de trascendencia económica que quizá debieran tenerse en cuenta también en este ámbito. De este modo, no bastaría con la constatación de las circunstancias del art. 97 CC para reconocer el derecho a la pensión, siendo preciso un análisis más exhaustivo de cada supuesto.

---

(2) En este sentido se manifiestan autores como WERRO, F., *Concubinage, mariage et démariage,* Stæmpfli Éditions, Berna, 2000, pp. 145 y ss.; MICHELI, J., NORDMANN, P., TISSOT, C.J., CRETTAZ, J., THONNEY, T. y RIVA, E., *Le nouveau droit du divorce,* Pepinet, Lausanne, 1999, pp. 89 y ss.

I. EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO

Conforme al art. 97 CC, el pago de una pensión compensatoria exige realizar previamente una doble comparación: por un lado, la situación en que queda cada uno de ellos tras el cese de la vida en común, y por otra parte, la diferencia entre esta nueva situación y la que existía durante la convivencia matrimonial (3). Si a partir de ello se constata en la situación de uno de los cónyuges un desequilibrio económico frente a la posición del otro esposo, tendrá derecho a percibir de éste una pensión compensatoria. El problema radica en precisar el significado que se debe atribuir a este desequilibrio económico, cuestión que consideramos condicionada por el fundamento que atribuyamos a la pensión.

Tanto en la doctrina (4) como en la jurisprudencia (5) se viene entendiendo de manera generalizada que la pensión compensatoria tiene un carácter indemnizatorio o reparador por la situación en que se deja a uno de los cónyuges tras la separación o el divorcio. Se estima procedente la pensión cuando por alguna de las circunstancias del art. 97 CC uno de los esposos queda en una posición inferior a la del otro desde un punto de vista económico, lo que en realidad no es sino atribuir a la pensión la función de asegurar al cónyuge separado o divorciado el mismo nivel de vida que disfrutaba durante la convivencia conyugal. Asimismo, se reconoce en otras ocasiones el derecho a la pensión cuando tras la separación o el divorcio, uno de los cónyuges no se encuentre en condiciones de

---

(3) Así lo han puesto de relieve entre otros autores GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.,* p. 432; ENTRENA KLETT, C.M., *op. cit.,* p. 530; GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.,* p. 100; CAMPUZANO TOMÉ, H., *op. cit.,* pp. 92 y ss.; NAVARRO FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, C., *op. cit.,* pp. 69 y 70; ROCA TRÍAS, E., *op. cit.,* p. 403; SÁNCHEZ PEDRERO, A., *op. cit.,* pp. 140 y ss.; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.,* p. 1.374; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., *op. cit.,* p. 124.

(4) En este sentido se manifiestan entre otros autores VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., "La pensión indemnizatoria en los juicios de separación y divorcio", *La Ley,* núm. 2, 1982, p. 820; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.,* p. 1.374; NAVARRO FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, C., *op. cit.,* pp. 68 y ss.; SÁNCHEZ PEDRERO, A., *op. cit.,* pp. 135 y 139 y ss.; CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, *op. cit.,* p. 118; ROCA TRÍAS, E., *op. cit.,* pp. 402 y ss.; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *Los acuerdos..., op. cit.,* p. 37; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., *op. cit.,* pp. 121 y ss.; MARTÍN MUÑOZ, A., "Prestaciones económicas establecidas en los procedimientos matrimoniales: la pensión compensatoria y la pensión alimenticia a favor de los hijos mayores de edad", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada,* núm. 4, 2001, pp. 472 y 473.

(5) Entre otras muchas, así lo afirman la SAP de Alicante de 8 de mayo de 2000, la SAP de Sevilla de 20 de julio de 2000, la SAP de Barcelona de 20 de octubre de 2000, la SAP de Zaragoza de 4 de diciembre de 2000, la SAP de Castellón de 9 de febrero de 2001, la SAP de Navarra de 4 de septiembre de 2001, la SAP de Alicante de 18 de enero de 2002, la SAP de Castellón de 22 de octubre de 2002, la SAP de Zaragoza de 15 de noviembre de 2002.

desenvolverse en el futuro procurándose su propio medio de vida, básicamente por haberse dedicado a las tareas domésticas y al cuidado de los hijos. Entonces el fundamento de la pensión compensatoria sería paliar las necesidades de quien tras la separación o el divorcio queda en una situación económica de cierta precariedad, lo que equivaldría a otorgarla un carácter alimenticio o asistencial. Sin embargo, no nos parece que su existencia haya de encontrarse vinculada directamente con ninguna de estas dos finalidades, sino que más bien el fundamento de la pensión debería situarse en el enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges frente al otro, producido con la ruptura de la convivencia. Entendiendo en estos términos la pensión compensatoria, englobaría al mismo tiempo muchos de los supuestos anteriormente expresados en relación con la fundamentación alternativa de la pensión. Vamos a detenernos brevemente en cada uno de estos tradicionales fundamentos de la pensión compensatoria, centrando nuestra atención en el que nos parece que debe regir en los casos que se planteen en la actualidad: el enriquecimiento injusto.

a) **El mantenimiento del nivel de vida del matrimonio**

Podría entenderse que hay desequilibrio económico cuando como consecuencia de la separación o el divorcio uno de los cónyuges no disfrute ya del nivel de vida de que gozaba durante la convivencia conyugal. La pensión iría dirigida entonces a asegurar al cónyuge desfavorecido con la ruptura el mismo *status* que venía disfrutando durante la vida en común. Sin embargo, tal vez no sea éste el sentido que deba darse a la pensión (6). Es más, muy probablemente

---

(6) Rechazan también que la pensión compensatoria pueda ir dirigida a mantener el *status* del que se disfrutaba durante la unión conyugal autores como VALLADARES, E., *op. cit.,* p. 427; CAMPUZANO TOMÉ, H., *La pensión por desequilibrio económico de separación y divorcio,* Bosch, Barcelona, 1986, pp. 76 y ss.; CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, *op. cit.,* p. 118; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *Los acuerdos..., op. cit.,* pp. 28 y ss.; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.,* p. 1.377; CABEZUELO ARENAS, A. L., "La pensión compensatoria del art. 97 CC. ¿Carácter indefinido o limitación en el tiempo?", *Aranzadi Civil,* núm. 4, 2002, pp. 21 y 22; y en la jurisprudencia menor podemos mencionar entre otras la SAP de Soria de 4 de enero de 2001, la SAP de Alicante de 14 de marzo de 2001, la SAP de Alicante de 17 de enero de 2002, la SAP de Asturias de 10 de septiembre de 2002. Sin embargo, también existe un sector doctrinal partidario de concebir la pensión compensatoria como una medida dirigida a mantener el nivel de vida disfrutado durante el matrimonio desde un punto de vista económico, y en este sentido se manifiestan LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *op. cit.,* pp. 751 y 766; GARCÍA CANTERO, G., "Comentario a los arts. 97 a 101", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* Dir., ALBALADEJO, M., EDERSA, Madrid, 1982, pp. 436, 438 y 446;

ambos cónyuges experimentarán con dicha separación o divorcio un perjuicio económico respecto de la situación anterior, porque muchos de los gastos que antes afrontaban conjuntamente se duplican con la ruptura de la convivencia y no puede pretenderse que con el pago de la pensión uno de los cónyuges proporcione al otro un nivel de vida del que él mismo carece tras la separación o el divorcio.

Además, admitiendo esto se impondrían trabas de carácter económico a la ruptura del matrimonio, que a nuestro juicio no parecen ser las más idóneas para justificar el mantenimiento de la vida en común, donde están presentes otros factores más delicados que deben ser tenidos en cuenta (7). Indudablemente, el matrimonio lleva anudadas unas consecuencias de carácter patrimonial y con el fin de la convivencia debe evitarse que alguno de los cónyuges sufra un perjuicio económico respecto a la situación que debería disfrutar, pero esto no puede llegar a traducirse en la imposición de obstáculos que dificulten poner fin a un modo de vida libremente aceptado en sus inicios. De existir algún óbice a la disolución del vínculo matrimonial, nos parece que debería ser de otra índole distinta a la económica.

Por otra parte, no creemos que el solo hecho de haber contraído matrimonio con una persona de un determinado nivel económico pueda dar derecho a mantener ese *status* de por vida, incluso tras la separación o el divorcio. Los deberes de socorro y ayuda mutua y actuación en interés de la familia (arts. 66 y ss. CC), así como la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio con los bienes de ambos cónyuges (art. 1318 CC), generan una solidaridad conyugal (8) que permite a uno de los esposos disfrutar de la mejor situación económica del otro. Pero con la ruptura de esa convivencia, la consecuencia

---

SÁNCHEZ PEDRERO, A., *La obligación alimenticia en los pleitos matrimoniales,* Tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 135; GONZÁLEZ POVEDA, P., "De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio", en *La Ley del divorcio,* GARCÍA VARELA, R., GONZÁLEZ POVEDA, P., LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M. y SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., 4.ª edición, Colex, Madrid, 1992, p. 100, y en esta línea se han pronunciado también, entre otras, la SAP de Baleares de 15 de abril de 2002, la SAP de Cádiz de 9 de septiembre de 2002.

(7) Sin embargo, no parece ser ésta la opinión de GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., "Pactos entre convivientes, enriquecimiento injusto y libre ruptura de las uniones no matrimoniales", *La Ley,* núm. 5861, 1 de octubre de 2003, p. 1, cuando afirma que la mera pérdida del nivel de vida da lugar a la pensión compensatoria en el matrimonio, pero no a una compensación en las uniones de hecho, porque sólo en los matrimonios se excluye la libre ruptura, de modo que únicamente en la unión no matrimonial la compensación por pérdida del nivel de vida sería injustificada por la ausencia de expectativas jurídicamente proseguibles sobre el mantenimiento de la unión.

(8) Así lo pone de manifiesto ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *op. cit.,* p. 169.

lógica debería ser la pérdida del nivel económico disfrutado por razón de su unión con una persona de un *status* superior, retornando a la que le corresponda en atención a su patrimonio y su cualificación profesional. Entender lo contrario no sólo desincentivaría al acreedor de esta pensión en la búsqueda de un empleo que constituya su propio modo de vida, sino que dificultaría enormemente al deudor la formación de una nueva familia por carecer de recursos suficientes para mantenerla.

Por lo tanto, el solo hecho de que el patrimonio de uno de los cónyuges sea superior al del otro no debería considerarse como circunstancia suficiente para entender producido el desequilibrio económico determinante de la pensión compensatoria (9). Posiblemente, esta diferencia entre los patrimonios se constate tras la liquidación del régimen económico matrimonial; pero en realidad, con tal liquidación lo que se hace es asignar a cada cónyuge lo que le corresponde de acuerdo con las reglas propias del régimen por el que se haya optado (10); por ello no creemos que se pueda concebir como un desequilibrio producido por la separación o el divorcio. Consideramos más correcto entender (11) que tal desequilibrio o desigualdad de patrimonios ya existía con el matrimonio, aunque con la ruptura puede verse aumentado. Si la separación o el divorcio acentúa las diferencias económicas entre los cónyuges y con relación a la situación que se disfrutaba durante la convivencia conyugal, el que se vea más perjudicado a partir de esta doble comparación debe tener derecho a percibir una pensión compensatoria, pero no por una mera diferencia patrimonial, sino en atención al conjunto de circunstancias de trascendencia económica que concurran en el caso concreto, y teniendo en cuenta tanto la situación anterior a la ruptura de la convivencia como la posterior.

b) **El carácter alimenticio o asistencial**

Podemos advertir en nuestra doctrina diversos autores (12) que si bien no atribuyen directamente una naturaleza alimenticia o asistencial a la pensión

---

(9) Así se afirma además en la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 6 de julio de 2002.

(10) En sentido parecido se ha manifestado la SAP de Madrid de 13 de septiembre de 2002.

(11) Como ya ha puesto de relieve ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio,* Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 168.

(12) Tal es el caso de LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., "Comentario al art. 97", en *Comentarios al nuevo Título IV del Código Civil,* Coord., LACRUZ BERDEJO, J.L., Civitas, Madrid, 1982, pp. 753 y 756, donde liga las circunstancias de edad y estado de salud del art. 97.2.º CC al carácter alimenticio de la pensión;

compensatoria, sí que la vinculan en cierto modo a la prestación de alimentos al cónyuge separado o divorciado que se encuentre en una situación más desfavorable desde una perspectiva económica. La pensión compensatoria tendría entonces un cierto matiz alimenticio en la medida en que permitiría cumplir una función asistencial en favor del cónyuge acreedor de la misma, sobre todo teniendo en cuenta algunas de las circunstancias del art. 97 CC que determinan la concesión de la pensión y se basan en las necesidades de uno y otro cónyuge. La solidaridad posconyugal o la equidad justificarían, según esta línea doctrinal, que los esposos no pudieran desentenderse totalmente tras la ruptura de la situación en que queda su cónyuge.

Sin embargo, no creemos que la pensión compensatoria deba vincularse a una función alimenticia o asistencial porque se ubica en un plano diferente al que da lugar a la obligación de prestar alimentos. El art. 97 CC no alude a una mera situación de necesidad de uno de los cónyuges separados o divorciados, sino a la existencia de un desequilibrio económico de uno de ellos con relación a la posición del otro y que tenga su causa en la separación o el divorcio (13). No obstante, debemos tener en cuenta que en ocasiones el desequilibrio origina al mismo tiempo la penuria económica de uno de los cónyuges, y en estos casos la pensión compensatoria no sólo corregirá el desequilibrio sino que además permitirá a este cónyuge satisfacer sus necesidades básicas. Sin embargo, no nos parece que éste sea motivo suficiente para atribuir a la pensión un carácter alimenticio, porque la situación de necesidad cubierta con ella constituiría más bien una circunstancia contingente que no se corresponde con el presupuesto del art. 97 CC aunque puede concurrir en algunos casos. Es cierto que en estos casos la pensión cumpliría una cierta función alimenticia, pero lo haría sólo de manera indirecta y no como fin propio, en la medida en que se percibirían determinadas cantidades para corregir el desequilibrio económico y éstas per-

---

VALLADARES, E., *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la Ley de reforma del matrimonio,* Civitas, Madrid, 1982, p. 430; CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, "En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil", en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero,* Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, p. 118; NAVARRO FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ, C., "La pensión en caso de separación o divorcio", *Poder Judicial,* núm. 2, 1986, pp. 70 y ss.; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio,* Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 26, y "La transmisión *mortis causa* del pago de la pensión por separación y divorcio", *Revista General de Derecho,* octubre-noviembre de 1993, p. 9.621; BUSTOS MORENO, Y.B., *El mantenimiento de la familia en las situaciones de crisis matrimonial,* Dykinson, Madrid, 2002, p. 151; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., "Separación matrimonial, obligación de alimentos y pensión compensatoria", *La Ley,* núm. 5.417, 2001, pp. 1.374 y 1.375.

(13) Así lo han reconocido además la SAP de Toledo de 1 de marzo de 2000, la SAP de Soria de 4 de enero de 2001, la SAP de Salamanca de 15 de enero de 2001, la SAP de Tarragona de 25 de enero de 2001, la SAP de Castellón de 22 de octubre de 2002.

mitirían al mismo tiempo al cónyuge que se encuentre en peor situación satisfacer sus necesidades.

Además, este fin asistencial de la pensión no debería admitirse en ningún caso en los supuestos de divorcio. Tras él se extingue la unión matrimonial, quedando los excónyuges desvinculados entre sí y cesando los deberes de los arts. 67 y ss. CC, entre los que nos interesa destacar en la cuestión que nos ocupa el deber de ayuda mutua (art. 67 CC) y el socorro mutuo (art. 68 CC). Al mismo tiempo, quienes eran cónyuges habrán perdido tal cualidad y por tanto ya no se encontrarán incluidos entre los sujetos mencionados en el art. 143 CC como obligados recíprocamente a darse alimentos. Sólo en el caso de separación, donde subsiste el vínculo matrimonial pese a haberse puesto fin a la convivencia, podría justificarse el carácter alimenticio o asistencial de la pensión compensatoria. Pero precisamente por no haberse disuelto aún el vínculo matrimonial, subsiste entre los cónyuges el deber de prestarse alimentos, distinto a la pensión compensatoria y que puede coexistir con ella, lo que nos induce a negar también en estos casos la función asistencial de la pensión.

c) **El enriquecimiento injusto**

1. *Aproximación general a la noción de enriquecimiento injusto.*

Para determinar si el enriquecimiento sin causa puede configurarse como el fundamento de la pensión compensatoria, es conveniente realizar con carácter previo una ligera aproximación a su fundamento y presupuestos. Ha sido el Tribunal Supremo quien ha introducido en nuestro ordenamiento el principio general del Derecho que prohíbe enriquecerse injustamente a costa de otro [(14)]. Resumidamente podemos indicar que el enriquecimiento injusto presenta un doble fundamento: por un lado, y ligado a la equidad y a los deberes morales, la injusticia flagrante de que una persona se enriquezca a costa del empobrecimiento de otra; y por otra parte, el cambio patrimonial que da derecho al reintegro si frente al patrimonio empobrecido falta causa para retener el enriquecido.

Ante las situaciones que presentan estas características, la jurisprudencia ha configurado la acción general de enriquecimiento injusto para corregir los desplazamientos patrimoniales carentes de causa. El ejercicio de esta acción

---

(14) Sobre el enriquecimiento injusto, véase más ampliamente NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español,* Madrid, 1934, publicada posteriormente por el mismo autor, de forma ampliada, en MUCIUS SCAEVOLA, Q., *Código Civil,* tomo XXX, vol. 2.º, Reus, Madrid, 1961, pp. 367 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil II. Derecho de obligaciones, volumen segundo. Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito,* Dykinson, Madrid, 1999, pp. 431 y ss.

requiere la falta de causa para que el *accipiens* pueda retener lo recibido por un desplazamiento patrimonial que empobrece a otro, y la falta de una norma específica para exigir la restitución. De existir tal norma específica, la reclamación del empobrecido tendrá un contenido fijo y concreto y nombre propio. Pero entendemos con LACRUZ BERDEJO (15) que en tal caso la acción general de enriquecimiento sin causa no tendrá carácter subsidiario, lo que limitaría su ejercicio a los supuestos en que no haya otra, sino que será compatible con las acciones coincidentes o paralelas.

Debemos distinguir, en consecuencia, entre el principio general del enriquecimiento injusto y la acción general creada por la jurisprudencia para corregir los desplazamientos patrimoniales carentes de causa cuando no haya una norma específica que permita exigir la restitución. Sosteniendo que tal acción no tiene un carácter subsidiario, esto debe suponer que encontrándose el fundamento de la pensión compensatoria en el enriquecimiento injusto, tal y como tratamos de demostrar, el art. 97 CC no debería impedir el ejercicio de la acción general de enriquecimiento sin causa, si bien lo habitual será que la reclamación se apoye en el citado precepto.

Por otra parte, para apreciar la existencia de enriquecimiento injusto es necesario que concurra una serie de presupuestos que muy someramente podemos referir del siguiente modo: a) el enriquecimiento, ya sea por el ingreso en el patrimonio de algo que incremente su valor o por la liberación de una obligación o gravamen, b) el empobrecimiento, que no necesariamente ha de ser la salida de bienes del patrimonio, sino que basta con que se produzca una desventaja, como la pérdida de ingresos, c) la relación de causalidad entre el empobrecimiento de uno y el enriquecimiento de otro, sin que sea indispensable para advertir el nexo causal la entrega de una cosa del empobrecido al enriquecido, y d) la falta de causa, que impida al enriquecido alegar ninguna razón válida en derecho para eximirse de la restitución.

2. *El enriquecimiento injusto como fundamento de la pensión compensatoria.*

Si podemos entender que la pensión compensatoria responde a un mismo fundamento y requiere la concurrencia de los mismos presupuestos que el enriquecimiento sin causa, entonces deberíamos considerar que el art. 97 CC constituye una plasmación en una norma jurídica de este principio general del Derecho. Por ello, vamos a proponer a continuación una posible interpretación de la pensión compensatoria a la luz del principio del enriquecimiento sin causa.

---

(15) *Op. cit.,* p. 440.

La unión matrimonial conlleva la instauración de un modo de vida determinado para los cónyuges donde cada uno de ellos desarrolla actividades de repercusión económica y a través de la convivencia quedan situados ambos en un plano de igualdad, cualquiera que sea el modo de organizarse la familia desde un punto de vista económico en atención a la forma de asumir los gastos y obtener ingresos, así como por las actividades desarrolladas por cada cónyuge. Al ponerse fin a la vida en común se rompe este sistema generador de igualdad, y es probable que uno de los cónyuges quede en peor situación económica que el otro, lo que nos hace pensar en la posible existencia de un enriquecimiento injusto de uno de ellos a costa del otro.

Ya hemos indicado que para advertir el desequilibrio debemos comparar la situación económica de los cónyuges entre sí tras la separación o el divorcio y respecto de la que mantuvieron durante la convivencia conyugal. A tal efecto habrá que tener presentes todas las circunstancias que puedan incidir en este ámbito, y los extremos mencionados en el art. 97 CC pueden ayudarnos a determinar en el caso concreto la existencia de tal desequilibrio. Nos situamos en este sentido en la línea de quienes mantienen que los extremos enumerados en el art. 97 CC integran por sí mismos el desequilibrio y no son meros elementos cuantificadores de la pensión que entran en juego una vez que tal desequilibrio se ha constatado (16). Pero más allá incluso de esta postura, y en consonancia con lo apuntado por un sector doctrinal (17), entendemos que no son sólo las circunstancias de este precepto las que nos permitirán determinar si existe o no el desequilibrio, debiéndose tener en cuenta también cualquier otro extremo relacionado con la convivencia conyugal y su ruptura, como pueden ser las expectativas generadas en los cónyuges, valorando así todos los elementos en su conjunto.

---

(16) Consideran que las circunstancias del art. 97 CC son elementos constitutivos del desequilibrio autores como LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *op. cit.,* p. 749; CAMPUZANO TOMÉ, H., *op. cit.,* pp. 86 y 87; CABEZUELO ARENAS, A.L., *op. cit.,* pp. 17 y 18; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., "La concesión temporal de pensión por desequilibrio", *Aranzadi Civil,* núm. 1, 1995, p. 125. Por el contrario, las conceptúan como instrumentos para cuantificar un desequilibrio ya constatado autores como GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.,* p. 432; GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.,* p. 102; ROCA TRÍAS, E., "Comentario al art. 97", en *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1991, p. 404; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T., *Los acuerdos..., op. cit.,* pp. 30 y ss.; MARTÍN MUÑOZ, A., *op. cit.,* p. 471.

(17) En el que se encuentran autores como LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *op. cit.,* p. 752; ENTRENA KLETT, C. M., *Matrimonio, separación y divorcio,* Aranzadi, Navarra, 1982, pp. 531 y 532; GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.,* p. 432; CAMPUZANO TOMÉ, H., *op. cit.,* p. 98; GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.,* p. 104; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., *op. cit.,* pp. 124 y 125; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *op. cit.,* pp. 168 y ss.

Partiendo de este análisis, hemos de determinar si procede o no el pago de la pensión. Situando el fundamento de ésta en el enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges a costa del otro, sería preciso para reconocer el derecho a la pensión compensatoria que como consecuencia de la separación o el divorcio la situación económica de uno de ellos se vea perjudicada con relación a la del otro, existiendo entre este empobrecimiento y el correlativo enriquecimiento una relación causal, y además no deberá existir justa causa en el desplazamiento patrimonial. La injusticia producida debería corregirse entonces mediante el pago de la pensión por el cónyuge que se enriqueció al que se haya visto empobrecido.

Al examinar si se ha producido un enriquecimiento injusto constataremos que antes de la ruptura ambos cónyuges se encontraban en una situación de igualdad como consecuencia de la comunidad de vida generada con el matrimonio. Cada uno de los esposos desarrollaba una serie de actividades dirigidas al cumplimiento de los deberes conyugales y al levantamiento de las cargas del matrimonio, y al mismo tiempo la unión conyugal le reportaba una serie de beneficios, equilibrándose su posición. Pero al finalizar la convivencia es posible que resulte perjudicado económicamente uno de los cónyuges en mayor medida que el otro —y esto no significa simplemente que su patrimonio sea inferior, porque ya hemos dicho que la pensión compensatoria no persigue igualar los patrimonios—. En este caso, si entre el empobrecimiento de uno de los cónyuges y el enriquecimiento experimentado por el otro —que puede tener lugar por la liberación de una obligación y no sólo por una atribución patrimonial— existiera una relación de causalidad y no se advirtiese justa causa de este desequilibrio, podríamos considerar que se ha producido un enriquecimiento injusto de uno de ellos respecto de su cónyuge. Para corregirlo, debería el cónyuge enriquecido abonar al empobrecido una pensión compensatoria. Pero si la peor situación económica de uno de ellos no guardara relación con la situación en que ha quedado el otro tras la ruptura de la convivencia conyugal y el modo en que ésta se vino desarrollando, no debería procederse al pago de la pensión compensatoria por falta de nexo causal entre el empobrecimiento de uno de ellos y el enriquecimiento del otro.

3. *Repercusiones positivas de la interpretación de la pensión compensatoria desde la perspectiva del enriquecimiento sin causa.*

Interpretada la pensión compensatoria a la luz del enriquecimiento injusto, nos permite advertir la superación de algunos inconvenientes que se venían suscitando en el tradicional modo de entender esta figura jurídica. Son básicamente dos las cuestiones a las que nos vamos a referir como consecuencias favorables de esta conceptuación de la pensión compensatoria, frente a los

reparos que pudieran oponerse a otras interpretaciones alternativas que ya hemos descartado.

En primer lugar, podemos indicar que situando el fundamento de la pensión compensatoria en el enriquecimiento injusto se lograría justificar que en su regulación el legislador haya prescindido de la culpa, cuestión que ha sido puesta de relieve, no sin cierto asombro en ocasiones, por la doctrina (18). Resultaba llamativo que pudieran existir situaciones en las que fuera acreedor de la pensión el cónyuge que precisamente era el culpable de la separación o el divorcio, de modo que mediante la pensión el otro cónyuge le procurase un medio de vida. No obstante, situando el fundamento de la pensión en el enriquecimiento injusto se superarían estos inconvenientes, porque la acción de enriquecimiento injusto no requiere la concurrencia de culpa, lo que por otra parte lleva a negar su carácter indemnizatorio (19). Considerada la pensión compensatoria desde el prisma del enriquecimiento injusto, la concurrencia en una misma persona de la culpa de la separación o el divorcio y del derecho a percibir la pensión no resultaría ya paradójica, porque son circunstancias totalmente independientes que responden a criterios diferentes y desvinculados unos de otros.

En otro orden de cosas, este planteamiento de la pensión compensatoria permitiría evitar su instrumentalización, como ha apuntado GARCÍA CANTERO (20), para "beneficiar, parece, a las clases medias y altas y no a las populares, confirmando así el aserto de ser el divorcio un privilegio de la burguesía". Fundando esta pensión en un enriquecimiento injusto, no se podría entender que fuera más elevada inevitablemente en el caso del cónyuge que durante el matrimonio disfrutó de un nivel de vida acomodado que en el supuesto en que careciese de tal *status*. Este enfoque atiende más bien al concreto desplazamiento patrimonial carente de causa, ajustándose la pensión a la cuantía que se corresponda con el enriquecimiento que en su caso se haya producido a favor del otro cónyuge con el matrimonio y posterior separación o divorcio. Y de este modo quizá fuera menos frecuente el reconocimiento de la pensión precisamente en los casos de matrimonios con un modo de vida económicamente superior, sobre todo si su régimen económico fue el de sociedad de gananciales, porque

---

(18) En este sentido, podemos señalar entre otros a GARCÍA CANTERO, G., *op. cit.,* p. 431; CAMPUZANO TOMÉ, H., *op. cit.,* pp. 99 y ss.; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *op. cit.,* p. 1.374; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia,* Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1989, p. 128; MONTERIO AROCA, J., *op. cit.,* p. 187; CÁMARA ÁLVAREZ, M. de la, *op. cit.,* p. 116; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J., *op. cit.,* p. 121.

(19) En este sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L., *op. cit.,* p. 435.

(20) *Op. cit.,* p. 439.

lo que se reciba con la liquidación del patrimonio común podría ser suficiente en muchos de estos casos para compensar el posible empobrecimiento ocasionado con el matrimonio y su ruptura al cónyuge que se quedara en peor situación económica, como trataremos de exponer a continuación.

II. LOS ELEMENTOS DETERMINANTES DEL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO Y SU POSIBLE COMPENSACIÓN

La situación económica de los esposos viene condicionada por una pluralidad de factores, distintos en cada caso. Son muchas las circunstancias que pueden incidir en la determinación de esta cuestión, y algunas de ellas se contienen en el art. 97 CC, aunque no todas. Vamos a referirnos por ello en primer lugar a los extremos contenidos en este precepto; pero entendemos que para apreciar la existencia de un enriquecimiento injusto debería realizarse una valoración global de la situación económica de cada cónyuge, por lo que no deberíamos limitarnos al análisis de los extremos mencionados en el referido precepto. Por ello nos parece conveniente aludir también a otros elementos de trascendencia económica que puedan afectar a la situación de cada cónyuge, corrigiendo o mitigando en ocasiones el desequilibrio producido con la separación o el divorcio, aunque también sería posible que lo acentuasen.

a) **Las circunstancias del art. 97 CC y el enriquecimiento injusto.**

Situando el fundamento de la pensión compensatoria en el enriquecimiento injusto, las circunstancias enumeradas en el art. 97 CC deberían interpretarse vinculadas al mismo. La existencia o no de tal enriquecimiento se apreciará fácilmente en algunos supuestos, como la dedicación pasada y futura a la familia (art. 97.4.º CC) o la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge (art. 97.5.º CC). En otros casos se advierte una cierta vinculación con ideas de carácter alimenticio o asistencial que nos llevan a cuestionar su vinculación con el enriquecimiento injusto. Vamos a referirnos a continuación a unos y otros extremos y su posible conexión con el fundamento que tratamos de atribuir a la pensión compensatoria.

1. *Supuestos de claro enriquecimiento injusto.*

1. **La dedicación pasada y futura a la familia.** Es el caso del art. 97.4.º CC, y alude a los supuestos en que uno de los esposos ha venido desarrollando una actividad no remunerada consistente en la realización de las tareas del

hogar y el cuidado de los hijos, beneficiando con ello al otro cónyuge porque al no tener que ocuparse de estas actividades, ha podido tener una mayor dedicación profesional que probablemente haya repercutido de manera favorable en su futuro laboral o profesional. La igualdad que se genera entre los esposos en el matrimonio equilibraría la posición de uno y otro, pues el primero participará de la mejor situación económica del segundo, generalmente a través de la comunicación ganancial si es éste el régimen económico establecido. Sin embargo, al finalizar la convivencia es probable que se rompa este equilibrio en perjuicio de aquél, al perder sus expectativas sobre el modo de vida que venía desarrollando, y su empobrecimiento se agravará si además carece de una formación profesional adecuada porque renunció a ella para dedicarse a su familia o si es quien queda tras la separación o el divorcio al cuidado de los hijos. Las diferencias entre los cónyuges se acentuarían si la actuación de este esposo hubiera repercutido asimismo en beneficio de la dedicación del otro cónyuge a su trabajo, en el que posiblemente habrá podido promocionar fácilmente por la liberación de cargas familiares durante la convivencia matrimonial a costa de su cónyuge. Éste contará ahora, muy probablemente, con mayores ingresos y además ya no hará partícipe de los mismos a su esposo. Siendo así, quedaría patente que la separación o el divorcio habría provocado el empobrecimiento de uno de los cónyuges y el correlativo enriquecimiento del otro, sin advertirse justa causa del desequilibrio. Para corregir esta situación, habría de reconocerse el derecho a una pensión compensatoria.

2. **La colaboración en las actividades mercantiles, industriales y profesionales del otro cónyuge.** Este supuesto contemplado en el art. 97.5.º CC hace referencia a aquellos casos en que uno de los cónyuges desarrolla una actividad que repercute favorablemente en el trabajo desempeñado por el otro sin percibir a cambio una remuneración. Durante la vida en común, al participar de la mejor situación económica del otro esposo como consecuencia de la igualdad que se genera entre ellos, no se advertiría un enriquecimiento injusto de éste. Pero con la ruptura de la convivencia nos encontraremos probablemente con que la actividad mercantil, industrial o profesional de uno de los cónyuges habrá prosperado gracias, en cierta medida, a la colaboración del otro, y que pese a ello, éste habrá quedado ahora sin un modo de vida propio. No habría duda en este caso del enriquecimiento de un esposo, el empobrecimiento del otro y la relación causal entre ambos, así como la ausencia de justa causa. La pensión compensatoria sería entonces la vía para superar el enriquecimiento injusto.

3. **La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.** Se trata de una circunstancia ligada generalmente a los dos supuestos anteriores y que se recoge en el art. 97.3.º CC. Estos extremos podrían determinar el enriquecimiento injusto cuando la situación en que se encontrasen los cónyuges en el mercado laboral tras la separación o el divorcio se hubiera visto

beneficiada o perjudicada por el modo en que se desarrolló la convivencia matrimonial. Esta circunstancia tiene una innegable repercusión económica que puede generar un desequilibrio entre los cónyuges constitutivo del enriquecimiento sin causa, ante el cual procedería el abono de la pensión. Así por ejemplo, si uno de ellos se ocupó de las tareas domésticas y el cuidado de los hijos para que el otro pudiera dedicarse de lleno a su profesión y promocionar en su puesto de trabajo, durante la convivencia existiría entre ellos una igualdad económica porque el primero participaría de la mejor situación de que gozaba el segundo. Pero con la ruptura probablemente se producirá un enriquecimiento injusto porque quien renunció a su formación profesional ya no participará de la mejor situación económica del otro cónyuge, que continuará percibiendo los mismos ingresos por su trabajo. No obstante, si la falta de cualificación profesional se hubiera debido únicamente a un desinterés por ocupar un puesto de trabajo, al considerarlo innecesario atendido el nivel de vida del matrimonio, sería difícil apreciar la relación causal entre el empobrecimiento de un cónyuge y el enriquecimiento del otro como presupuesto necesario de la pensión.

4. **Pérdida eventual de un derecho de pensión.** Se menciona en el art. 97.7.º CC porque también puede provocar un desequilibrio económico entre los cónyuges. Si uno de ellos no va a percibir ya una pensión sobre la que tenía ciertas expectativas, la separación o el divorcio le dejará en peor situación económica que la del otro cónyuge. Si las circunstancias del supuesto concreto permitiesen reconducirlo a la noción del enriquecimiento injusto, debería reconocerse entonces el pago de la pensión compensatoria.

2. *Casos de cierta ambigüedad.*

Frente a todos los supuestos anteriores, otras veces parece más bien que las circunstancias del art. 97 CC tratan de dotar a la pensión de un carácter alimenticio o asistencial que sin embargo rechazamos. Es el caso de la edad y el estado de salud (art. 97.2.º CC) y del caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge (art. 97.8.º CC) [21]. Atendiendo a estos extremos, parecería en principio que la pensión compensatoria trata de cubrir sin más la situación de desamparo en que puede quedar uno de los cónyuges tras la separación o el divorcio, pero creemos que no debe entenderse así. Todos estos elementos tienen una repercusión económica porque inciden en la situación de cada cónyuge tras la separación o el divorcio, y de este modo contribuyen a valorar la produc-

---

[21] Ha reconocido el carácter alimenticio o asistencial en relación con estas circunstancias autores como CAMPUZANO TOMÉ, H., *op. cit.,* p. 162; LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *op. cit.,* pp. 756 y 765; GONZÁLEZ POVEDA, P., *op. cit.,* pp. 102 y 103; VALLADARES, E., *op. cit.,* pp. 427 y 428.

ción de un desequilibrio en los términos del art. 97 CC y el consiguiente derecho de uno de los cónyuges a percibir una pensión compensatoria.

1. **La edad o estado de salud.** Puede suceder que por la edad o salud de un cónyuge sea poco probable que logre acceder a un empleo, incluso pese a contar con una cualificación profesional suficiente. Y al contrario, es posible que aun careciendo de ésta, su juventud y buena salud le permitan obtener rápidamente la cualificación necesaria para acceder al mercado laboral. También podría ocurrir que uno de los esposos, por su delicado estado de salud, no pudiera desenvolverse por sí solo en su vida cotidiana, y con la ruptura de la convivencia ya no sería el otro cónyuge quien le asistiera, sino otra persona a cambio de una remuneración (22). Situaciones de esta índole deberían tenerse en cuenta al valorar la situación económica de cada cónyuge tras la ruptura, porque afectan negativamente a uno de los cónyuges o corrigen en cierta medida el desequilibrio producido. Pero para que puedan dar lugar a la pensión compensatoria creemos que sería necesaria la existencia de una relación causal entre el enriquecimiento de un esposo y el empobrecimiento del otro y la ausencia de justa causa. La sola circunstancia de la edad o el estado de salud en sí mismos considerados no deberían ser suficientes para reconocer el derecho a la pensión.

2. **El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.** Al igual que en el caso anterior, entendemos que estas circunstancias deberían orientarse a la determinación del desequilibrio y no a un fin puramente alimenticio o asistencial. Aunque los recursos económicos de uno de los esposos sean reducidos, sus necesidades quedarán cubiertas durante la convivencia conyugal por los deberes de socorro y ayuda mutuas y la situación de igualdad que se genera entre los cónyuges, ligado todo ello a la solidaridad conyugal. Pero tras la ruptura de la vida en común sería posible que las necesidades de uno de los esposos se vieran desatendidas en mayor medida que en el otro cónyuge, teniendo en cuenta el caudal y medios económicos con que cuenta cada uno de ellos y sus necesidades. Para que este desequilibrio fuera constitutivo de un supuesto de enriquecimiento injusto y justificara el pago de la pensión compensatoria, no debería bastar con que tras la ruptura el caudal y medios económicos de un cónyuge fueran superiores a los de otro y por tanto pudiera cubrir sus necesidades mejor que éste, porque entonces procedería siempre la pensión. Quizá sería más correcto entender que si el caudal y medios económicos tras la separación o el divorcio no permitieran ya satisfacer las necesidades que se cubrían durante la convivencia conyugal y esta peor situación económica se relacionara causalmente con la mejor posición en que se encontrara el otro cónyuge sin que se advirtiera justa causa del desequilibrio, nos hallaríamos ante

(22) En sentido parecido sucede en la SAP de Badajoz de 18 de enero de 2000.

un supuesto de enriquecimiento injusto. Sólo entonces habría de ser exigible el pago de la pensión compensatoria.

Si simplemente uno de los esposos contara con menos medios económicos que el otro sin que ello se debiera al beneficio obtenido por éste a costa del primero, no debería reconocerse el derecho a una pensión compensatoria. Cuando en este caso un cónyuge quedara en situación de necesidad, tratándose de la separación debería percibir del otro cónyuge una pensión alimenticia, y si se hubiera producido el divorcio, disuelto el vínculo conyugal no habría obligación de asistir a su excónyuge para cubrir sus necesidades cuando nada haya tenido que ver un esposo en la peor situación económica del otro, beneficiándose a su costa.

3. **La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.** También esta circunstancia, recogida en el art. 97.6 CC, puede servir para determinar la medida en que uno de los cónyuges se ha enriquecido con el matrimonio a costa del otro. Puede ocurrir que por su brevedad, no llegue a apreciarse el enriquecimiento injusto, no procediendo entonces el pago de la pensión compensatoria, o que éste no sea muy relevante, dando lugar a una pensión limitada en el tiempo [23].

3. *Valoración general.*

En definitiva, entendemos que debe atenderse a todas las circunstancias conjuntamente a la luz del principio general del enriquecimiento injusto. Así por ejemplo, si tras una larga convivencia conyugal se produjera la separación o el divorcio y la esposa, de avanzada edad y delicado estado de salud, se había dedicado durante toda su vida al cuidado de la familia y ahora se encontrase en una situación en que careciese de medios para cubrir sus necesidades básicas, debería tener derecho a percibir una pensión compensatoria. Durante gran parte de su vida se había ocupado del cuidado de su esposo y ahora él debería corresponderla, a veces incluso de forma vitalicia, pero no por meros motivos alimenticios o asistenciales fundados en una solidaridad posconyugal, sino para evitar un enriquecimiento injusto de éste. Si la ruptura de la convivencia generase un empobrecimiento a uno de los cónyuges pero sus circunstancias personales le permitieran con el tiempo disfrutar de una situación económica favorable, la pensión compensatoria debería limitarse en el tiempo porque su empobrecimiento no revestiría la entidad del supuesto anterior. No obstante, si tras la

---

[23] Como ha sucedido entre otras, en la SAP de La Rioja de 31 de enero de 2000, la SAP de Barcelona de 14 de abril de 2000, la SAP de Soria de 4 de enero de 2001, la SAP de Cáceres de 11 de enero de 2001, la SAP de Toledo de 1 de marzo de 2001, la SAP de Vizcaya de 21 de enero de 2002 y la SAP de Valladolid de 4 de marzo de 2002.

separación o el divorcio uno de los cónyuges careciese de medios para cubrir sus necesidades y esta situación estuviera desvinculada causalmente de la vida conyugal, no debería pagar el otro cónyuge la pensión compensatoria porque el empobrecimiento de uno no se corresponde en ese caso con un enriquecimiento del otro.

Pero pese a todas estas afirmaciones, hemos de señalar la importancia de los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges (art. 97.1.º CC) en relación con el enriquecimiento injusto, ya que pueden ir dirigidos a paliarlo o corregirlo mediante la realización de una atribución patrimonial de uno de los cónyuges al otro.

b) **Elementos de corrección del desequilibrio distintos a la pensión compensatoria.**

Vinculada la pensión compensatoria al enriquecimiento injusto, hemos de detenernos en el examen de circunstancias que a nuestro juicio podrían atenuar o corregir el desequilibrio haciendo innecesario el recurso a la pensión, sobre todo si el desequilibrio no fuera muy acentuado. Es decir, podría suceder que como consecuencia de la separación o el divorcio se produjera un empobrecimiento de un cónyuge y un enriquecimiento del otro relacionados causalmente, y que no existiera justa causa. En este caso procedería en principio el pago de una pensión compensatoria. Pero si el enriquecimiento injusto se viera corregido por otra vía, como consecuencia de algún desplazamiento patrimonial realizado también con motivo de la ruptura, entendemos que no debería reconocerse entonces el derecho a la pensión. Y si tal atribución mitigara aunque no llegara a contrarrestar completamente el enriquecimiento sin causa, entonces provocaría una reducción de la pensión compensatoria.

A propósito de esta cuestión hemos de tener en cuenta el cambio que se viene produciendo desde hace un tiempo en los esquemas sociales como consecuencia de la progresiva incorporación de la mujer al mercado laboral, lo que la dota de una independencia económica de la que antes carecía y reduce las posibilidades de que se produzca un enriquecimiento injusto. Cada vez con mayor frecuencia se plantean supuestos de separación o divorcio en los que ambos cónyuges realizan una actividad remunerada fuera del hogar, con lo que parece mitigarse el desequilibrio económico frente a aquellos otros casos de matrimonios tradicionales donde sólo el esposo percibía una retribución por su trabajo mientras que la mujer, sin cualificación profesional, se dedicaba únicamente a las tareas domésticas sin obtener ingreso alguno. En estos casos, sobre todo tratándose de matrimonios de larga duración en los que la separación o el divorcio se produjera cuando la esposa contaba ya con una avanzada edad y un estado de salud delicado, sus posibilidades de acceder al mercado laboral serían

prácticamente inexistentes. Pero el esposo seguiría contando con medios para mantenerse por sí mismo, por lo que el desequilibrio económico entre ellos sería considerable. Y el hecho de que la peor situación económica de la esposa se debiera a haberse dedicado al cuidado del hogar y de la familia permitiría advertir la existencia del enriquecimiento injusto de su esposo a costa de ella, a la que habría de reconocerse entonces el derecho a una pensión compensatoria [24].

Frente a estos supuestos que han venido siendo la tónica habitual durante bastante tiempo, se está imponiendo otro modelo de matrimonio en el que ambos cónyuges perciben sus propios ingresos a través del trabajo. En estos casos, la ruptura de la convivencia conyugal parece que no dará lugar en principio a grandes diferencias económicas, por encontrarse la situación de los dos esposos antes y después del matrimonio bastante equilibrada. La pensión compensatoria suele ser entonces de menor cuantía y generalmente limitada en el tiempo [25]. Es especialmente en estos casos donde queremos destacar la incidencia que pueden cobrar determinadas circunstancias de contenido económico distintas a las del art. 97 CC. Se trata particularmente de las atribuciones patrimoniales que se producen tras la separación o el divorcio y que debidamente consideradas, podrían llegar incluso a corregir el desequilibrio, haciendo innecesario el pago de la pensión compensatoria. También en los matrimonios de corte tradicional deberían tenerse en cuenta estos extremos a los que nos vamos a referir a continuación, si bien generalmente el mayor desequilibrio que se suele producir en estos casos no se llegará a contrarrestar por completo por tales circunstancias, aunque sí podría verse mitigado. Y esto debería traducirse en una reducción de la pensión compensatoria. Junto a ello hemos de advertir que especialmente cuando el enriquecimiento injusto venga provocado por una pluralidad de circunstancias, más que una compensación lo que tendrá lugar es una atenuación o mitigación del desequilibrio.

Son dos las consecuencias de contenido patrimonial producidas en los casos de separación y divorcio a las que nos vamos a referir a continuación como posibles elementos de corrección del desequilibrio: la atribución del uso de la vivienda conyugal y la liquidación del régimen económico matrimonial. En la medida en que inciden en la situación económica de cada cónyuge, nos parece

---

[24] Tal es el caso, entre otros muchos, de la SAP de Valencia de 8 de febrero de 2000, la SAP de Barcelona de 19 de enero de 2001, las SSAP de Alicante de 14 de marzo de 2001 y 17 de enero de 2002, la SAP de Valladolid de 18 de marzo de 2002, la SAP de Jaén de 26 de abril de 2002.

[25] Así puede advertirse, por ejemplo, en la SAP de Barcelona de 14 de abril de 2000, la SAP de Alicante de 23 de noviembre de 2001, la SAP de Valladolid de 24 de junio de 2002.

conveniente que sean tenidas en cuenta para determinar si existe enriquecimiento injusto y en qué medida se ha producido, incidiendo en consecuencia en el derecho a la pensión compensatoria.

1. *La atribución del uso de la vivienda conyugal.*

Se trata de una circunstancia que puede constituir un elemento importante en este ámbito (26), y así sucederá, por ejemplo, cuando sea patrimonio común y se asigne a quien en principio se encuentre en peor situación. El otro cónyuge deberá procurarse en ese caso un alojamiento, a falta de una segunda vivienda en el haber común. Igual sucedería si la vivienda conyugal perteneciese exclusivamente a uno de ellos y se atribuyera al otro cónyuge.

No cabe duda del contenido patrimonial de este extremo, que según las circunstancias del caso concreto podría acentuar el desequilibrio o, como parece que sucederá más frecuentemente, atenuarlo o corregirlo. El enriquecimiento injusto se puede ver por tanto afectado por este extremo, repercutiendo consecuentemente en la pensión compensatoria.

2. *La liquidación del régimen económico del matrimonio.*

Esta circunstancia también puede cobrar especial importancia en la determinación del desequilibrio económico que da lugar a la pensión compensatoria, en la medida en que conlleva la realización de atribuciones patrimoniales. En este sentido hemos de destacar que no se derivarán las mismas consecuencias cuando se haya optado por un sistema de separación de bienes o de comunidad, ya se trate de sociedad de gananciales o de participación en ganancias (27). En estos últimos supuestos es posible que el empobrecimiento de uno de los cónyuges se viera compensado con la liquidación de la sociedad de gananciales o del

---

(26) Como ya han puesto de relieve ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *op. cit.,* p. 173; SÁNCHEZ PEDRERO, A., *op. cit.,* p. 169. Además, la atribución del uso de la vivienda conyugal ha sido tenida en cuenta en la determinación del desequilibrio y el reconocimiento de la pensión o su limitación temporal por sentencias como la SAP de Barcelona de 11 de enero de 2000, la SAP de Badajoz de 18 de enero de 2000, la SAP de Granada de 19 de mayo de 2001, la SAP de Jaén de 26 de abril de 2002, la SAP de La Coruña de 10 de mayo de 2002, la SAP de Barcelona de 19 de junio de 2002.

(27) Así lo han indicado además LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *op. cit.,* pp. 751 y 752; CÁMARA ÁLVAREZ, de la, *op. cit.,* p. 116; ROCA TRÍAS, E., *op. cit.,* p. 405; GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., "Compensación del enriquecimiento injusto y principio de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho", *La Ley,* núm. 5791, 29 de mayo de 2003, p. 2.

régimen de participación en ganancias, al percibir parte de los ingresos que obtuvo el otro cónyuge durante el matrimonio, pero habrá de atenderse siempre a las particularidades del caso concreto. Cualquier enriquecimiento injusto podría compensarse por esta vía [28], especialmente cuando ambos cónyuges realicen una actividad remunerada que constituya su medio de vida y uno de ellos participe en los mayores ingresos del otro, ya que en estos casos parece que el desequilibrio económico será menor.

Lo mismo podría ocurrir, por ejemplo, cuando sólo uno de los esposos desarrollase una actividad retribuida y el matrimonio gozase de un elevado nivel de vida, de modo que el otro no tuviera que dedicarse apenas al cuidado de la familia por contar con personal encargado del servicio doméstico y participase además en las ganancias de su cónyuge. En este caso no habría realizado grandes esfuerzos durante la convivencia conyugal y tras la liquidación del régimen económico matrimonial contaría con medios suficientes para su subsistencia en niveles aceptables, aunque inferiores a los que disfrutaba constante el matrimonio. Por otra parte, reconocer el derecho a una pensión compensatoria tal vez fuera desproporcionado en este supuesto.

También pueden plantearse situaciones en que, aun no llegando a contrarrestarse el enriquecimiento injusto, sí que se podría advertir una mitigación del mismo. A título de ejemplo vamos a referirnos de manera particularizada a dos supuestos en los que el enriquecimiento sin causa se puede ver corregido: cuando éste se haya producido por haberse dedicado uno de los cónyuges al cuidado de la familia y cuando se deba a haber colaborado en la actividad mercantil, industrial o profesional del otro cónyuge.

Si el enriquecimiento injusto viniera producido por haberse dedicado uno solo de los cónyuges al cuidado de la familia, siendo el otro quien desarrollaba una actividad profesional remunerada [29], la participación del primero en las ganancias del segundo podría ser compensación suficiente por el enriquecimiento injusto de éste, retribuyéndose así el trabajo doméstico. Parece que esto ocurrirá especialmente cuando los ingresos obtenidos hayan sido elevados, porque la participación en las ganancias del otro cónyuge permitiría obtener una suma considerable e incluso bienes que produzcan rentas, proporcionándose así un medio de vida.

La función remuneratoria de la liquidación de la sociedad de gananciales o del régimen de participación en ganancias también puede advertirse fácilmente cuando el enriquecimiento injusto haya venido provocado por la colaboración

---

(28) Y así se ha entendido en la SAP de Valladolid de 24 de enero de 2002.

(29) Como ha puesto de relieve CAMPUZANO TOMÉ, H., *op. cit.,* pp. 124 y 125.

en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge [30]. Si a cambio de este trabajo no se hubiera percibido retribución alguna, obteniendo todas las ganancias el otro esposo, no habría duda de la existencia de un enriquecimiento injusto. Pero si la liquidación del régimen económico del matrimonio provocara un reparto de estos ingresos, el desequilibrio económico producido por el enriquecimiento injusto se podría ver corregido, no procediendo entonces el pago de la pensión compensatoria o viéndose ésta reducida por atenuarse el desequilibrio.

Por lo que se refiere a la separación de bienes, la compensación del art. 1438 CC por el trabajo doméstico podría ser suficiente para contrarrestar el enriquecimiento injusto del cónyuge que en lugar de desarrollar tal actividad, desempeñó una de carácter remunerado al tiempo que disfrutaba de los resultados de las tareas del hogar asumidas por el otro. En este sentido hemos de destacar que el artículo 41 del Código de Familia, equivalente al artículo 1438 CC, alude expresamente a que se tendrá derecho a esta compensación cuando se haya producido una desigualdad entre el patrimonio de los cónyuges que implique un enriquecimiento injusto.

Con relación a los demás aspectos que pueden provocar un desequilibrio económico, no se contiene en el Código Civil ninguna medida dirigida a compensar el enriquecimiento en el régimen de separación, lo que sumado a la falta de comunicación entre los patrimonios de los cónyuges que caracteriza este régimen económico matrimonial nos inclina a afirmar que fácilmente procederá en estos casos el pago de la pensión del artículo 97 CC. Es más, podrían ser compatibles el abono de la pensión y de la compensación del artículo 1438 CC cuando el desequilibrio se hubiera producido en parte, aunque no exclusivamente, por la dedicación a las tareas domésticas por uno solo de los cónyuges. La pérdida económica sufrida por esta circunstancia se compensaría al amparo del artículo 1438 CC mientras que cualquier otro desequilibrio, como puede ser incluso el producido por la falta de cualificación profesional por haberse dedicado a las tareas domésticas, debería contrarrestarse mediante el pago de la pensión.

En definitiva, interpretando la pensión compensatoria desde la perspectiva del enriquecimiento injusto, habría que realizar una valoración conjunta de todos los elementos de trascendencia económica que incidan en la situación de cada cónyuge para así apreciar si uno de ellos ha sufrido un empobrecimiento respecto del otro que se habría de corregir mediante la pensión, o si los desequilibrios económicos se pueden entender contrarrestados total o parcialmente con

---

[30] Esta circunstancia ha sido advertida ya por VALLADARES, E., *op. cit.,* p. 428; CAMPUZANO TOMÉ, H., *op. cit.,* p. 136.

determinadas atribuciones patrimoniales. En este sentido consideramos que puede ser relevante el hecho de que el uso de la vivienda familiar se atribuya a uno u otro cónyuge. También habría de atenderse a lo que resulte de la liquidación del régimen económico matrimonial. En relación con esta cuestión nos parece que previsiblemente cobrará un mayor protagonismo la pensión compensatoria cuando se haya optado por el régimen de separación de bienes porque en estos casos, debido a la falta de comunicación de las ganancias, resultará más difícil que el desequilibrio económico ocasionado por la separación o el divorcio se vea corregido con la participación en las ganancias obtenidas por el otro cónyuge. Pero ello no nos debe llevar tampoco al extremo de negar categóricamente la procedencia de la pensión cuando el régimen económico del matrimonio fuera la sociedad de gananciales o la participación en ganancias. También entonces la vía para compensar el enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges puede ser esta pensión; no obstante, antes de reconocerse habría de realizarse un análisis exhaustivo de la situación para determinar si la percepción de una parte de los ingresos del otro cónyuge es suficiente para contrarrestar el desequilibrio.

Prescindir de las observaciones que aquí realizamos, limitándonos a un análisis sesgado de la realidad podría llevar, en nuestra opinión, a la paradójica situación de que la pensión compensatoria, más allá de ser una medida correctora de una eventual desigualdad, se convirtiera en un mecanismo de inversión del enriquecimiento. Es decir, se correría el riesgo de que con su percepción, el inicialmente perjudicado se situara en una posición ya no igual, sino más favorable incluso que la del otro cónyuge, lo que creemos que se debe evitar con el análisis propuesto en torno al desequilibrio económico que da lugar a la pensión.

LA VIVIENDA FAMILIAR Y LA LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES (*)

RAFAEL RODRÍGUEZ CHACÓN
Abogado
Profesor Titular en la Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO

I. IMPORTANCIA Y DIFICULTAD DEL TEMA.

II. LA ESCASA REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL CÓDIGO CIVIL: LOS ARTÍCULOS 1406.4.º Y 1407.

III. LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES A PRACTICAR CON MOTIVO DE LAS CRISIS MATRIMONIALES.

A) Observación previa: la nula regulación específica en esta sede.

B) La inclusión total o parcial de la vivienda familiar en el inventario de los bienes comunes.

C) La valoración de la vivienda familiar.

1. *¿Valoración del derecho de uso como carga?*
2. *El supuesto de que se trate de una vivienda de protección oficial.*

D) La adjudicación de la propiedad de la vivienda familiar a sólo una las partes como conclusión de las operaciones liquidatorias.

1. *La falta de reglas directas que, en línea de principio, otorguen a una u otra parte derecho de adjudicación preferente sobre la vivienda familiar en la liquidación practicada con motivo de un proceso matrimonial.*

(*) Versión escrita de la ponencia defendida con el mismo título en las VII Jornadas de Derecho de Familia, que tuvieron lugar en Sevilla bajo el lema general *El nuevo procedimiento de la liquidación de la sociedad de gananciales*.

2. *La preferencia reconocida* de facto *en algunos casos al adjudicatario del derecho de uso o al interés familiar más digno de protección.*
3. *La posible aplicación del art. 1405 del CC.*
4. *La posible aplicación del art. 1406.3.º del CC.*
5. *Efectos de la adjudicación de la propiedad de la vivienda familiar a sólo una de las partes.*

IV. LA POSIBLE CONCLUSIÓN DE LAS OPERACIONES LIQUIDATORIAS EN UNA ADJUDICACIÓN A LAS PARTES EN PROINDIVISO ORDINARIO DE LA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA FAMILIAR; EL EVENTUAL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN.

A) El supuesto de hecho y sus consecuencias.
B) Dos situaciones especialmente conflictivas.

1. *El especial supuesto del ejercicio de la acción divisoria cuando la vivienda familiar es de protección oficial y se adjudica a ambos litigantes en proindiviso ordinario.*
2. *La singular situación del adquirente de una vivienda familiar cuyo uso haya sido atribuido a uno de los litigantes en el proceso matrimonial previo.*

I. IMPORTANCIA Y DIFICULTAD DEL TEMA

En teoría, la vivienda familiar es o puede ser sólo *uno* de los bienes que hay que tener en cuenta en el más amplio marco de la liquidación de los que integran la sociedad conyugal. Sin embargo, para muchos matrimonios, liquidar su sociedad de gananciales, en la práctica, significa liquidar *sólo* su vivienda familiar y, sustancialmente, nada más; pues es harto habitual que allí hayan concentrado no ya la parte más importante de sus ahorros sino que en ese inmueble quede resumida la práctica totalidad de sus pertenencias (1). Y en aquellos otros casos en que la sociedad de gananciales se integra con otros bienes distintos a la

(1) Así ocurrió, p. ej., en el caso contemplado en la STS de 1 de julio de 1991 (*Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 5314), que estimó admisible que uno de los cónyuges pidiera directamente la división de la vivienda ejercitando la acción de división de la cosa común, sin trámite previo de liquidación de la sociedad de gananciales, debido a que el único bien a partir era la vivienda familiar.

La misma doctrina ha mantenido la posterior STS de 12 de abril de 2000 (*Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 1827).

vivienda familiar, no es nada infrecuente que ésta represente el más valioso de todos ellos.

Si además de esta perspectiva de carácter económico tenemos en cuenta las múltiples connotaciones de tipo afectivo que se ciernen sobre el inmueble en que la familia tiene su morada, no podremos menos que convenir en la especialísima importancia que ha de atribuirse a la suerte que deba correr un bien así en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Pues bien, ocurre que, pese a la trascendencia del tema, la regulación legal en Derecho español es de una enorme parquedad. Y ello constituye un acicate para su estudio por parte de quienes, como los abogados, nos sentimos especialmente preocupados por dar una respuesta válida a los problemas reales de nuestros clientes.

En las líneas que siguen intentaré, pues, facilitar una panorámica del estado de la cuestión —sobre todo, utilizando la perspectiva que proporciona la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo— insertando secuencialmente algunas sugerencias en las que espero pueda encontrarse alguna utilidad.

II. LA ESCASA REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL CÓDIGO CIVIL: LOS ARTS. 1406.4.º Y 1407

En puridad, en sede de liquidación de gananciales, el Código Civil español sólo contempla específicamente de modo directo la vivienda familiar para un supuesto concreto y con un limitado alcance: en efecto, el art. 1406, en su número 4.º —y, en conexión con ese precepto, el artículo 1407 inmediatamente siguiente— ha establecido como regla *ex novo* fruto de la reforma de 13 de mayo de 1981, un singular derecho que se ha dado en llamar de "adjudicación preferente".

En virtud de estas normas, en caso de muerte del otro cónyuge, el supérstite está habilitado para exigir que se incluya con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance, la vivienda donde tuviese la "residencia habitual" (2).

Sin negar la importancia de estas previsiones legales, son muy evidentes sus limitaciones y lo angosto del campo de actuación al que quedan circunscritas, incluso en el supuesto de que trate de hacerse de ellas una interpretación generosa:

---

(2) Art. 1406.4.º del CC.

a) Por lo pronto, ha de notarse que la norma se encuadra no en el llamado "régimen matrimonial primario" sino que concretamente se incardina en la regulación de la sociedad de gananciales, en la sección que se dedica a su disolución y liquidación. Por ello, ha de concluirse que no resulta aplicable fuera de este régimen (3).

b) A la anterior limitación se añade otra de muy importante calado: el singular derecho de adjudicación preferente que aquí se estipula *sólo resulta operativo "en caso de muerte del otro cónyuge"* (4).

Sin embargo, a efectos prácticos, me permito subrayar que, con arreglo a la letra del precepto, también cabe entender la norma aplicable *siempre que la muerte de uno de los cónyuges se ha haya producido, con tal de que en ese momento no haya tenido todavía lugar la liquidación de la sociedad conyugal;* y ello aunque esa muerte de uno de los cónyuges no sea precisamente la causa que ha desencadenado la disolución de la sociedad de gananciales, pues el precepto no exige esto último (5).

c) Una tercera limitación a anotar es que el derecho de atribución preferente de que hablamos parece que sólo puede funcionar en el caso de que la vivienda sea *enteramente ganancial*. En efecto, inserto el art. 1406 del CC en el marco específico de la sociedad de gananciales, el precepto lo único que permite es que se incluya en el acto especificativo de adjudicación que supone la liquidación de la sociedad conyugal un bien que pertenezca por completo a la sociedad a liquidar; tal operación, en cambio, no será posible si el bien en

---

(3) De modo semejante a los arts. 1406 y 1407 del CC, la Ley 91 de la vigente Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (según redacción aprobada por Ley Foral 5/1987, de 1 de abril), —circunscribiéndose también al caso de muerte del otro cónyuge— establece el derecho del supérstite a que le sea adjudicada, en pago de su haber en la sociedad de conquistas y hasta donde ese haber alcance, "la vivienda que fuere la residencia habitual del matrimonio", con la misma posibilidad de optar por un derecho de uso o habitación en lugar de una adjudicación en propiedad, y también debiendo abonar la diferencia en dinero, si el valor de la propiedad o derecho adjudicados excede su haber. Esta Ley concreta que el cónyuge viudo de segundas o ulteriores nupcias no puede exigir el uso o habitación respecto a los bienes adjudicados a los hijos del anterior matrimonio del difunto.

(4) Con un criterio amplio, habida cuenta de la *ratio iuris* que subyace en el precepto, no parece que sea forzado el entender incluido también el supuesto de la declaración de fallecimiento.

(5) La observación no es inocua. Piénsese en el supuesto de que, tras una sentencia firme de separación, nulidad de matrimonio o divorcio, se produzca la muerte de una de las partes, sin haberse liquidado aún la sociedad conyugal. Tal situación, por desgracia, no es ni mucho menos infrecuente.

cuestión es privativo del cónyuge premuerto, al menos en la parte en que tenga ese carácter de privativo [6].

A este respecto, una sugerencia: puede resultar interesante aconsejar a quienes consulten sobre los términos de su testamento que, si no están sujetos al régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales, o si la vivienda tiene total o parcialmente carácter privativo, incluyan entre sus disposiciones *post mortem* una cláusula en la que reconozcan a favor de su cónyuge supérstite un derecho de atribución preferente sobre la vivienda familiar, derecho que, en ese caso, tendría la fuerza de una estipulación testamentaria perfectamente lícita, por no prohibida, aunque no haya una previsión legal específica a este propósito.

d) El texto legal contiene una expresión cuando menos equívoca que obliga a hacer una cuarta precisión: nótese que el art. 1406.4.º habla de la vivienda donde el cónyuge supérstite "tuviese la residencia habitual", concepto que puede ser distinto a lo que en puridad sería la "vivienda familiar"; piénsese, por ejemplo, en el caso de la persona que, por razones laborales, tiene fijada *su* residencia habitual en lugar distinto a la vivienda familiar. En mi opinión, la posible ambigüedad del texto debe resolverse en el sentido de aceptar la opción que a este respecto efectúe el cónyuge supérstite: la norma trata de proteger el interés del beneficiario y él mejor que nadie sabrá qué es lo que más le conviene en la liquidación.

e) Para concluir este punto, ha de señalarse que el art. 1407 del CC precisa que el cónyuge que haga uso de este derecho de adjudicación preferente puede optar por un derecho de uso o habitación, en lugar de pedir la adjudicación en pleno dominio, lo que puede simplificar y facilitar el ejercicio del derecho.

No se olvide que la facultad comprende una adjudicación preferente *hasta donde alcance el haber* que corresponda al cónyuge supérstite en la liquidación de la sociedad conyugal [7]. Pero que, al mismo tiempo, se matiza que, si excede de su haber el valor de la vivienda —o, en su caso, el que tengan el derecho de uso o habitación previstos como alternativa—, la adjudicación cabe, abonando el adjudicatario la diferencia en dinero.

---

[6] En este punto es mucho más explícita y precisa la antes citada Ley 91 de la Compilación de Navarra.

Otra cosa es que el supérstite pueda pactar con los herederos la adjudicación, compra o permuta de la vivienda familiar que sea totalmente bien privativo del difunto o en la parte en que tenga esa condición; pero eso ya será una operación enteramente distinta a la liquidación de la sociedad conyugal y a la que, sobre todo, no parece que pueda obligarse a los herederos, al no existir en las normas propiamente sucesorias un derecho de atribución preferente.

[7] *Cfr.* el inciso inicial del art. 1406 del CC.

III. LA VIVIENDA FAMILIAR EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES A PRACTICAR CON MOTIVO DE LAS CRISIS MATRIMONIALES

A) **Observación previa: la nula regulación específica en esta sede.**

Las cuestiones antes examinadas son, todas ellas, de un elevado interés teórico y también, según creo, práctico. Pero, según confirma la experiencia, no dan lugar a muy numerosos conflictos: de uno u otro modo, parece que los interesados se ponen de acuerdo o se conforman con el resultado que han obtenido.

Las verdaderas tensiones se producen cuando la liquidación de la sociedad de gananciales tiene lugar en el marco de una crisis interconyugal.

Pero lo cierto es que en ese escenario de conflicto la falta de regulación *específica* es notoria. Inciden, eso sí, diversos preceptos —especialmente aquellos que pueden modalizar la posible calificación de la naturaleza de la vivienda como ganancial o privativa [8]— que condicionan fuertemente la liquidación. Sin embargo, ninguno contempla de modo directo cómo deba liquidarse la vivienda familiar.

Ante la necesidad de acotar el tema debido a las limitaciones lógicas que han de imponerse a trabajos como el presente y dado que las liquidaciones de sociedad de gananciales practicadas de forma consensuada siguen unos derroteros peculiares en los que resulta fundamental el acuerdo que finalmente se logre [9] —que puede estar muy distante de la ortodoxia técnica— voy a centrarme en la liquidación de gananciales contenciosa. Me fijaré de modo especial en algunas de las más salientes peculiaridades que se presentan en las tres fases básicas de la liquidación —inventario, avalúo y adjudicación— sin dejar de subrayar que, aun después de concluido el procedimiento liquidatorio, pueden surgir también intrincados problemas en torno a la vivienda de la familia, como en seguida veremos.

---

[8] Muy señaladamente, el art. 1357 del CC.

[9] A la incidencia que tiene la atribución del derecho de uso al que se refiere el el art. 96 del CC —o, incluso la mera expectativa de su concesión— en la problemática propia de las liquidaciones de gananciales practicadas con motivo de un trámite consensual, dentro o fuera del convenio regulador, dediqué una parte sustancial de la ponencia que se me encomendó en el 10.º Encuentro promovido por la Asociación Española de Abogados de Familia que tuvo lugar en Madrid en marzo de 2003 bajo el lema *La conflictividad en los procesos familiares; vías jurídicas para su solución*. Remito al lector interesado al texto escrito de dicha ponencia, defendida con el título "El derecho de uso sobre la vivienda familiar, fuente de conflictividad. Causas y remedios", que, como acostumbra a hacer la AEAFA, será publicado con las demás ponencias habidas en las Jornadas centrales.

B) La inclusión total o parcial de la vivienda familiar en el inventario de los bienes comunes.

No raras veces ya en este primer estadio se plantean cuestiones nada sencillas de solventar.

El dato registral no resulta decisivo. Puede ocurrir, en efecto, que la vivienda familiar esté inscrita al solo nombre de uno de los cónyuges y que, sin embargo, pertenezca en todo o en parte a la sociedad de gananciales. Inversamente, puede suceder también que el inmueble, a pesar de aparecer inscrito como ganancial, sea en realidad total o parcialmente privativo. Sobre la materia inciden varios preceptos del Código Civil (10), que vienen dando lugar a una interesante jurisprudencia.

De entre ellos destaca por su especificidad la norma contenida en el párrafo segundo del art. 1357 del CC, que exceptúa precisamente a la vivienda y al ajuar familiares de la regla general que establece el carácter ganancial o privativo del bien adquirido a plazos en función de la naturaleza del primer pago, para someter la adquisición a la regla establecida en el art. 1354 del CC: de este modo, la vivienda ganancial comprada con dinero en parte ganancial y en parte privativo corresponderá a los cónyuges y a la sociedad de gananciales en proporción al valor de las respectivas aportaciones, aunque el inmueble hubiera sido adquirido a plazos y con independencia también de la fecha en que se efectuara la primera aportación. Puede ocurrir así que, incluso en el caso de que una determinada adquisición de vivienda haya sido correctamente registrada en su momento, luego su calificación jurídica tabular deje de tener correspondencia con la realidad.

Un ejemplo bastante espectacular de vivienda registralmente privativa luego considerada ganancial es el contemplado en la STS de 31 de octubre de 1989 (11). Aquí el TS se pronunció por la ganancialidad de la mayor parte de una vivienda familiar que había sido adquirida por el marido en estado de soltero y sobre la cual constituyó una importante hipoteca cuyos sucesivos vencimientos fueron abonados durante la vigencia del matrimonio, que se había celebrado sólo cinco meses después de haberse hecho la compra. En el caso, se consideró que, para evitar un fraude de ley y por razones de justicia material, debían

---

(10) Fundamentalmente, los arts. 1361, 1346, 1347, 1354, 1355, 1356 y 1357 del CC.

(11) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 7038.

equipararse los pagos de los sucesivos vencimientos hipotecarios al supuesto de compra a plazos (12). Cabe anotar que, más recientemente, la STS de 18 de diciembre de 2000 (13) ha reiterado la doctrina de que el pago después del matrimonio de plazos hipotecarios correspondientes a la vivienda familiar adquirida por uno de los cónyuges de soltero excluye su calificación como privativo y determina el carácter en parte ganancial y en parte privativo del bien en aplicación de los arts. 1354 y 1357 del CC.

En línea igualmente llamativa se sitúa la STS de 7 de junio de 1996 (14), que ha considerado en parte ganancial un inmueble que fue adquirido por el esposo antes de casarse; pagó antes de casarse la totalidad de los plazos, excepto el último, que venció después de haberse celebrado el matrimonio (15). Pese a ello, el Tribunal Supremo decidió en aplicación estricta del art. 1357 del CC que no era procedente compensar a la sociedad de gananciales por el valor actualizado del último plazo satisfecho durante su vigencia, sino que había de entenderse que el inmueble era *en parte ganancial* —¡mínimanente ganancial!— en proporción a ese pago, por mucho que en la fecha de adquisición de la vivienda no hubiera —e incluso no pudiera haber— el menor propósito por parte del adquirente de constituirla en vivienda familiar, que luego sí se situó allí.

En definitiva, la calificación de en parte privativo y en parte ganancial en proporción al valor de las respectivas aportaciones procederá también en aquellos casos en los que sean los dos cónyuges los que hayan hecho aportaciones antes del matrimonio y luego se hayan satisfecho plazos con cargo a gananciales. Así lo declaran expresamente las SSTS de 23 de marzo de 1992 (16) y, más recientemente, la de 3 de abril de 2000 (17); ello puede dar lugar a la determina-

---

(12) Equiparación técnicamente discutible, aunque no cabe duda de que el supuesto era tan flagrante, que no resultaba satisfactoria la simple compensación a la sociedad de gananciales por el valor de los vencimientos hipotecarios satisfechos durante su vigencia, cuando lo que a la postre se había logrado mediante este mecanismo era hacer efectivo la casi totalidad del precio de un bien a costa de la sociedad de gananciales, aunque el bien se hubiera adquirido antes de la celebración del matrimonio.

(13) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 10396.

(14) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 4826.

(15) Por cierto, el matrimonio se celebró el 18 de octubre de 1988 y el esposo falleció el 1 de marzo de 1989.

(16) *Aranzadi de Jurisprudencia*, núm. marginal 2224.

(17) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 2341.

ción de porcentajes realmente complejos, como ocurrió con la STS de 9 de marzo de 1998 (18).

Son también bastante habituales aquellos supuestos en los que uno de los cónyuges efectúa constante matrimonio una aportación de dinero privativo que, junto con numerario ganancial, sirve para adquirir la vivienda familiar y que luego se escriture ésta como ganancial, sin más matices.

El supuesto es extremadamente delicado, pues el art. 1355 del Código permite a los cónyuges atribuir de común acuerdo la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o la contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga (19). Tal mecanismo —denominado por la doctrina como "atribución voluntaria de ganancialidad (20)"— daría lugar, en el momento de la liquidación, a considerar ganancial el bien de que se trate. No obstante, el cónyuge que hubiera efectuado una aportación privativa para la adquisición, tendría derecho a reintegrarse por el importe actualizado de la aportación hecha, al tiempo de la liquidación (21). Ya se comprende, sin embargo, que obtener el reintegro del valor actualizado de una aportación de dinero hecha hace años, puede ser algo muy distinto al valor de la parte proporcional de la vivienda adquirida. Mucho peor puede ser que la aportación hecha por uno de los cónyuges ni siquiera se califique como tal sino que se conceptúe como un simple préstamo.

La cuestión radica, entonces, en decidir si, cuando la vivienda familiar se compra por los interesados sin hacer constar en la escritura las aportaciones privativas acaso efectuadas por uno de ellos o los dos, 1) ha de entenderse que hay un préstamo a la sociedad de gananciales —préstamo que quedaría reintegrado con la mera devolución nominal de lo aportado y sin interés— o bien

---

(18) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 1268.

Se determinó allí que correspondía a la esposa el 15,62%, un 46,88% a la sociedad de gananciales como consecuencia del pago del préstamo concedido por los hermanos del actor con cargo a fondo ganancial, y al marido que pagó el resto con privativos antes de casarse, un 37,5%.

(19) Recuérdese, además, que el párrafo segundo de este precepto legal señala que si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá la voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes.

(20) El término es exactamente el título de la elaborada monografía de J.V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *La atribución voluntaria de ganancialidad,* Montecorvo, Madrid 1986.

(21) *Cfr.* art. 1358 del CC.

2) ha de decirse que opera el art. 1355 del CC —lo que significaría atribuir el carácter de ganancial a la vivienda y reconocer al que aportó privativos derecho a reintegrarse por el valor actualizado de su aportación— o bien 3) se da preferencia a los arts. 1354 y 1357, párrafo segundo, de modo que se entienda existente un proindiviso entre la sociedad de gananciales y el cónyuge que ha invertido privativos en proporción a las respectivas aportaciones.

El pronunciamiento directo más neto que ha habido sobre un caso así es el resuelto en la STS de 7 de julio de 1995 (22). En el supuesto allí contemplado, la vivienda familiar había sido adquirida en documento privado. Aportó la esposa el importe que había obtenido con motivo de la venta de una finca suya —algo más de un millón de pesetas del precio total de la vivienda, que ascendió a 2.400.000 pesetas— aunque la escritura pública posterior se otorgó haciendo constar un precio inferior. El Juzgado de Primera Instancia calificó la aportación de la esposa como un préstamo hecho por ésta a la sociedad de gananciales, préstamo que debía serle reintegrado en la liquidación; pero consideró la vivienda íntegramente ganancial. La Audiencia, en cambio, optó por entender existente un proindiviso del 45,7% de la vivienda como porcentaje de carácter privativo de la esposa y un 54,3% de carácter ganancial. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia (23).

Parece, pues, que la doctrina del Tribunal Supremo se orienta en el sentido de que, si se logra la prueba de haber efectuado una aportación de carácter privativo cuando la adquisición se efectuó, ello debe determinar que el bien se califique como en parte privativo, aunque la adquisición se hubiera efectuado antes de la Ley de reforma que introdujo los preceptos contenidos en los arts. 1354, 1355 y 1357 del CC.

De los casos anteriores ha de distinguirse el posible supuesto de que el inmueble hubiera sido adquirido por uno de los cónyuges antes de celebrarse el matrimonio y el otro entonces futuro cónyuge hiciera una aportación, también antes del matrimonio, pero no siendo este otro cónyuge "adquirente inicial". En un caso en el que ocurrió esto precisamente y el inmueble había sido comprado por la esposa en documento privado antes de la boda, la reciente STS de 17 de abril de 2002 (24) se ha pronunciado por el carácter privativo del bien —sin

---

(22) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 5569.

(23) Anotaré el dato complementario de que, entre otros motivos, la Sentencia de la Audiencia era impugnada por el recurrente invocando que la compra se había realizado antes de la reforma de 13 de mayo de 1981, extremo que el Tribunal Supremo considera irrelevante.

(24) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 3293.

perjuicio de la posibilidad de que se reclame por el marido como crédito la cantidad aportada como colaboración— y ello a pesar de que a poco del matrimonio se elevara a público el documento privado de adquisición sin hacer constar el carácter privativo del inmueble, que se inscribió en el Registro como presuntivamente ganancial.

Todavía cabe pensar en el caso no excesivamente infrecuente de que la vivienda familiar privativa de uno de los cónyuges se venda para adquirir una nueva vivienda familiar de mayor costo a la que se traslade la familia. En esta hipótesis, entiendo que, en aplicación del art. 1346.3.º del CC, el nuevo inmueble debería calificarse como privativo del que vendió el bien al resultar adquirido el segundo inmueble "en sustitución de bienes privativos", sin perjuicio de que deba reintegrarse a la sociedad de gananciales por el valor actualizado del exceso invertido, en aplicación del art. 1397.3.º del CC.

Y no ha dejado de ocurrir que la vivienda se adquiera con la indemnización o compensación económica obtenida con motivo de la renuncia a un contrato de alquiler con renta baja del que fuera titular uno solo de los cónyuges. La STS de 11 de diciembre de 2001 (25) ha contemplado un caso en que el marido se había subrogado en un contrato de arrendamiento a la muerte de su madre, que a su vez previamente se había subrogado en el mismo contrato a la muerte del que fue marido de ella y padre de ese marido. Obtenida una compensación económica a cambio de la renuncia al alquiler se utilizó la suma así lograda para pagar parte del precio de la nueva vivienda familiar. Declara el TS que, con independencia del carácter personalísimo del derecho a subrogarse, tal derecho se agotó con su ejercicio, de modo que obtenida la compensación por la renuncia al alquiler en vigencia de la sociedad de gananciales, *tal compensación es ganancial*. Por tanto, revocó la sentencia de la Audiencia que —calificando de privativa esa indemnización— había entendido la posterior compra de la vivienda como en parte privativa y en parte ganancial. El TS declara la adquisición así hecha como plenamente ganancial.

C) **La valoración de la vivienda familiar.**

1. *¿Valoración del derecho de uso como carga?*

En este apartado hay dos cuestiones que, en mi opinión, son de elevado interés.

---

(25) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 2201.

Consiste la primera en aclarar si, a la hora de valorar la vivienda familiar, debe o no tenerse en cuenta el hecho de que su uso haya sido atribuido judicialmente a uno de los esposos —o a los hijos— con motivo de la separación o el divorcio.

En efecto, parecería lógico pensar que, si sobre el bien de que estamos hablando pesa la "carga" —entiéndase este término en sentido amplio— de quedar adscrito a la utilización de los hijos del matrimonio y del cónyuge en cuya compañía quedan, ello redunda en una importante disminución del valor del bien, sobre todo, si éste debe continuar adscrito a tal finalidad tras la liquidación de la sociedad de gananciales.

Pues bien, ha de señalarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se viene manifestando ya reiteradamente en sentido contrario a valorar el derecho de uso atribuido judicialmente: según las SSTS de 23 de diciembre de 1993 (26), 29 de abril de 1994 (27), 14 de julio del mismo año (28), 4 de abril de 1997 (29) y 23 de enero de 1998 (30), no procede tal valoración en la liquidación de la sociedad conyugal; y ello ni en el caso de que el pleno dominio de la vivienda familiar se adjudique al liquidar los gananciales a quien resultó beneficiario del derecho de uso, ni tampoco en el supuesto inverso de que el bien se adjudique en propiedad al otro cónyuge.

Causa así cierta perplejidad que un bien que queda gravado de manera indefinida —incluso en algunos casos gravado de forma más intensa que si sobre él pesara un derecho real— deba valorarse como si se tratara de un bien enteramente libre. Y tal vez por eso es posible localizar varios pronunciamientos jurisdiccionales de algunas Audiencias Provinciales que proceden de otro modo, yo creo que con mejor razón. Así, por ejemplo, la SAP de Zamora

---

(26) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 10113.

(27) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 2945.

(28) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 6439.

(29) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 2636.

(30) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 151.

Se pronuncia esta STS en términos especialmente rotundos, señalando (frente a la pretensión de la esposa —a la que se había atribuido el derecho de uso sobre la vivienda en el previo proceso matrimonial— que pedía se descontara del importe del valor de la vivienda el del usufructo sobre la misma) que este derecho de uso, del que "no se le puede privar mientras no se decida especialmente, *no es un plus de atribución a la hora de partir"*.

de 8 de marzo de 1997 (31), la SAP de Álava de 15 de septiembre de 1997 (32) y SAP de Guadalajara de 16 de junio de 1998 (33). La doctrina del Tribunal Supremo es, sin embargo, claramente contraria a esta opción (34).

A pesar de ese neto posicionamiento de nuestro más Alto Tribunal, ahí está la realidad que ofrece el quehacer diario: todos tenemos la experiencia de que, en las liquidaciones consensuadas, de uno u otro modo ese derecho de uso e incluso la mera expectativa de obtenerlo se valora —¡y de qué modo!— como una cesión o aportación relevante. Y es que la realidad económica de las cosas tiene sus exigencias, aunque no quieran reconocerse en el plano jurídico: no es lo mismo vender —o subastar— una vivienda con o sin derecho de uso que la afecte, del mismo modo que, por ejemplo, no puede decirse que sea igual el

---

(31) *Actualidad civil,* @ 707/1997.

La Sentencia argumenta que la "carga que pesa sobre la vivienda adjudicada a uno de los cónyuges deben soportarla, en principio, ambos cónyuges, lo que sólo se conseguirá valorando dicho derecho de uso como una carga de la sociedad a deducir del activo con las consecuencias siguientes en el supuesto de adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda: soportar la carga que pesa sobre el bien inmueble adjudicado y disminución del valor de los bienes adjudicados al otro cónyuge o, en su caso, el crédito que tenga contra el cónyuge adjudicatario de la vivienda..."; añade que, para el caso de que se opte por la acción de división de la cosa común, "... una vez realizada la valoración de tal derecho de uso se deberá hacer constar expresamente la carga consistente en tal uso a favor de la esposa e hijo, según conste en sentencia de separación conyugal, procediendo con tal carga y su valor a la división del inmueble mediante subasta pública, salvo que la esposa se lo adjudique abonando al esposo el valor establecido".

(32) *Aranzadi Civil,* núm. marginal 1879.

Esta Sentencia estipuló que el valor del derecho de uso se contabiliza teniendo en cuenta la edad del más joven de los hijos beneficiarios, estimando que la edad a la que estadísticamente abandonan el hogar es hacia los 28 años, en la actualidad. Rechaza, en cambio, que se acuda al criterio de la edad de la esposa, por entender que cuando el último de los hijos abandone el hogar, también cesa el derecho de la esposa a ocupar la vivienda.

(33) Fuente propia.

(34) Debido tal vez a esa nitidez de la doctrina del TS, recientemente se ha publicado un estudio doctrinal en el que, volviendo la oración por pasiva, se defiende que el cónyuge desposeído del uso de la vivienda debería recibir una compensación en el momento de liquidarse los gananciales, también en el caso —o, según la autora, con mayor razón en el supuesto en que la vivienda sea ganancial— de que la vivienda sea privativa. *Vid.* M.A. VELÁZQUEZ MARTÍN, "Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído", *Actualidad civil,* 10/2002, Doctrina (2002), pp. 343-359.

No estoy en absoluto de acuerdo con ese enfoque; en la práctica, cuando se fijan las prestaciones a satisfacer, se tiene muy en cuenta la prestación *in natura* que significa la atribución del derecho de uso; de seguirse el criterio de ese trabajo, si se indemniza con cargo a los gananciales a quien fue privado del uso, habría un *bis in idem*.

valor de una vivienda enteramente libre y el que tiene una vivienda arrendada ocupada por un inquilino que satisface una renta baja o quizá incluso irrisoria.

2. *El supuesto de que se trate de una vivienda de protección oficial*

Otra cuestión extremadamente espinosa relacionada con la valoración de la vivienda familiar es la que surge cuando la vivienda es de *protección oficial*.

Sabido es que este tipo de viviendas, que gozan de bonificaciones y ayudas para su construcción y adquisición y disfrutan de ciertas ventajas fiscales mientras conservan esa "calificación", están sujetas a ciertos controles administrativos; en concreto, no pueden venderse o alquilarse por precios superiores a los autorizados; y, caso de no observarse las limitaciones que pesan sobre este tipo de viviendas, la regulación normativa que sobre ellas existe determina las correspondientes sanciones: entre ellas su posible descalificación como vivienda de protección oficial, con la obligación de reintegrar los beneficios y ayudas recibidos para la adquisición (35).

Sin embargo, es un hecho notorio que *de facto* los controles administrativos son inobservados con relativa frecuencia; y que el valor objetivo que cabría asignar a la vivienda de protección oficial —si ésta tuviera el régimen de libre— es muy superior.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo venía siendo uniforme en el sentido de considerar que, en caso de venta con sobreprecio, la venta era válida pero el pacto con sobreprecio nulo; y ello determinaba que el vendedor debía devolver al comprador el exceso percibido sobre la cantidad máxima autorizada o, en caso de no haberse percibido todavía por el vendedor el sobreprecio, el comprador no quedaba obligado a satisfacerlo.

Sin embargo, desde 1992 el Tribunal Supremo se orienta en sus pronunciamientos en sentido bien diverso: las SSTS de 3 de septiembre de 1992 (36), 14 de octubre de 1992 (37) y 4 de junio de 1993 (38) optaron por entender que la compraventa con sobreprecio resulta válida y el sobreprecio exigible, sin perjuicio

---

(35) Véanse sobre estos puntos el RD 2960/1976, de 12 de noviembre, como texto principal; y el texto reglamentario que constituye el Decreto 2114/1968, de 24 de julio. Sobre la materia ha de tenerse presente la amplia normativa complementaria estatal y autonómica.

(36) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 6882.

(37) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 7557.

(38) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 4478.

de las sanciones administrativas y de las demás consecuencias que en ese orden jurídico correspondan, consolidándose este nuevo criterio como doctrina que hoy ha de reputarse como uniforme (39).

En ese contexto cobra también una nueva dimensión el problema de determinar cómo debe valorarse la vivienda de protección oficial en que radica la vivienda familiar de carácter ganancial: si por el precio máximo autorizado por la Administración o por lo que sería su valor de mercado en el caso de que se tratara de una vivienda libre.

En tales exactos términos abordó la cuestión la STS de 9 de febrero de 1995 (40). En el caso allí contemplado, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia habían operado con la valoración pericial de la vivienda familiar, que se había hecho con arreglo a su valor de mercado y, por tanto, en una suma muy superior a la resultante de su condición de vivienda de protección oficial, que no se consideró para tasarla. Pero el Tribunal Supremo estimó plenamente el único motivo del recurso planteado, decidiendo que *la vivienda debía ser valorada por su precio oficial* (41). Cabe señalar que el criterio seguido por esta STS tuvo algún reflejo en la doctrina de las Audiencias Provinciales. Así, p. ej. la SAP de Zaragoza, sección cuarta, de 26 de septiembre de 1995 (42) y la SAP de Álava de 15 de septiembre de 1997 (43).

Pero otra STS muy próxima en el tiempo, la STS de 11 de julio de 1995 (44), no estimó un recurso de casación que se interponía sobre un tema semejante, pues la parte recurrente también discrepaba de la valoración que se había dado a una vivienda de protección oficial, muy superior al permitido por la Adminis-

---

(39) En este sentido, la STS de 27 de marzo de 2000 (*Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 2428) cita —además de las tres SSTS mencionadas arriba— las SSTS de 16 de diciembre de 1993 (*Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 4478), 4 de mayo de 1994 (*Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 3562), 11 de julio de 1995 (*Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 5958), 15 de marzo de 1996 (*Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 2181), 21 de noviembre de 1996 (*Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 8284) y 4 de febrero de 1998 (*Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 619).

(40) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 1631.

(41) Conviene notar que la estimación del recurso la hizo el Tribunal Supremo con expresa cita de las dos primeras sentencias de 1992 antes mencionadas, que marcaron la nueva orientación de nuestro más Alto Tribunal de entender que el sobreprecio no es inválido desde la perspectiva civil y sólo determina, en su caso, sanción administrativa.

(42) *Aranzadi Civil,* núm. marginal 1768.

(43) *Aranzadi Civil,* núm. marginal 1879.

(44) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 5958.

tración para su venta [45]. Y este segundo criterio ha sido confirmado por el ATS de 16 de mayo de 2000 [46] —que, citando la anterior STS, inadmitió a trámite un recurso de casación en el que se invocaba la doctrina de la STS de 9 de febrero de 1995— y, sobre todo, por una más reciente STS de 11 de mayo de 2001 [47], que estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto señalando el criterio en cierto modo ecléctico de que, a efectos de calcular el importe de la legítima a percibir en una herencia, las viviendas de protección oficial deben ser valoradas por su precio de mercado, pero minorándolo en el importe de los gastos que lleve consigo la descalificación de la vivienda en la época de la valoración [48].

Hoy son más numerosas las Sentencias de Audiencias que siguen el criterio de considerar el valor de mercado de las viviendas de protección oficial para la liquidación de los gananciales. En concreto, la SAP de Sevilla de 13 de marzo de 1998 [49] se adhirió a ese criterio con cita expresa de la STS de 11 de julio de 1995.

Luego habremos de volver sobre el tema. Pues ya se comprende la relevancia que puede tener en los posteriores estadios de adjudicación y posible venta final de la vivienda litigiosa el que se siga uno u otro criterio.

D) La adjudicación de la propiedad de la vivienda familiar a sólo una de las partes como conclusión de las operaciones liquidatorias.

1. *La falta de reglas directas que, en línea de principio, otorguen a una u otra parte derecho de adjudicación preferente sobre la vivienda familiar en la liquidación practicada con motivo de un proceso matrimonial.*

En trance de liquidación contenciosa del régimen económico conyugal, en principio y desde el punto de vista teórico, si ambos cónyuges viven, ninguno

---

(45) En mi opinión, el caso presentaba ostensibles diferencias con el estudiado en la STS de 9 de febrero de 1995; las dos más importantes consistían en que la parte recurrente no articuló su recurso de forma adecuada, al encauzarlo básicamente por la vía de un supuesto error en la valoración de la prueba; en segundo lugar, los juzgadores de instancia, al parecer, habían hecho expresa referencia a la posibilidad de descalificación de la vivienda.

(46) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 3915.

(47) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 6199.

(48) Con posterioridad a la defensa de esta ponencia se ha producido la STS de 14 de noviembre de 2002 (*Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 9921), que confirma el criterio de que todos los inmuebles, aunque se trate de viviendas de protección oficial, han de valorarse por su precio de mercado cuando se trata de practicar una liquidación de la sociedad de gananciales.

(49) Sección 6.ª. *Aranzadi Civil,* núm. marginal 599.

de ellos cuenta con preferencia en orden a que se le adjudique la vivienda familiar [50].

Ello no obstante, hay que apuntar tres posibles matizaciones que obligan a relativizar el valor general del principio: en primer lugar, la existencia de una cierta tendencia en la práctica de atribuir alguna preferencia *de facto* en la obtención de la titularidad en dominio a quien obtuvo en el proceso matrimonial la asignación del derecho de uso sobre la vivienda familiar; en segundo término, la posible aplicación del art. 1405 del CC, cuando a ello haya lugar; por último, el dato corrector de que, en el supuesto de que la vivienda familiar coincida con el local donde uno de los cónyuges vino ejerciendo su profesión, puede resultar de aplicación el art. 1406, 3.º del CC.

2. *La preferencia reconocida* de facto *en algunos casos al adjudicatario del derecho de uso o al interés familiar más digno de protección.*

Decía antes que, en trance de liquidación contenciosa del régimen económico, ninguno de los litigantes tiene preferencia para que se le adjudique la vivienda. Y es que, efectivamente, no hay en nuestro Derecho normas equivalentes a las que encontramos, por ejemplo, en el Derecho belga, cuyo ordenamiento reconoce al Juez la posibilidad de ponderar en los casos de separación o divorcio los intereses familiares y sociales concurrentes para adjudicar preferentemente a uno u otro esposo en función de ellos la propiedad del inmueble que constituyó el alojamiento de la familia [51]. Por el contrario, la aplicación de las reglas generales determinadas por los arts. 1061 y 1062 de nuestro CC —especialmente en aquellos casos en los que el único bien inmueble existente en el haber de la sociedad de gananciales es precisamente la vivienda familiar— parece obligar a que, salvo acuerdo de los interesados, el bien se les adjudique al 50% con el fin de observar el principio de igualdad de lotes; debe notarse que, según esos preceptos legales, incluso en el trance de ejercitarse la acción de división de la cosa común, basta la oposición de uno para que el otro no pueda pedir que se le adjudique el bien a calidad de

---

[50] Véase lo dicho al inicio de este estudio en el apartado II.

[51] En concreto, el art. 1447 del CC Belga señala que cuando el régimen legal llegue a su término por divorcio, separación de cuerpos o separación de bienes, cada uno de los esposos puede, en el curso de las operaciones de liquidación, demandar al Tribunal que haga aplicación a su provecho de las disposiciones apuntadas en el art. 1446 (este precepto consagra un derecho de atribución preferente, mediante compensación, del inmueble que constituyó el alojamiento de la familia o el que sirve al ejercicio de la profesión del cónyuge supérstite); y añade el art. 1447 que el Tribunal resolverá "en consideración a los intereses sociales y familiares en causa y los derechos de recompensa o de crédito en provecho del otro esposo" (de todo ello da noticia F. ELORIAGA DE BONIS, en su elaborada monografía *Régimen jurídico de la vivienda familiar,* Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 574-575.

abonar el exceso en dinero y para que sea obligatorio proceder a la venta en pública subasta del inmueble, con admisión de licitadores extraños (52).

Es indudable que la atribución del derecho de uso en sí misma considerada no tiene en el plano teórico por qué predeterminar luego una adjudicación en pleno dominio al liquidar los gananciales, ya que se trata de conceptos e instituciones distintas, como subraya la STS de 10 de noviembre de 1997 (53). Sin embargo, tampoco lo impide. Y es un dato de experiencia cómo varios pronunciamientos del Tribunal Supremo, en trance de la liquidación de la sociedad conyugal que se practica con motivo de un proceso matrimonial, *de facto* han venido reconociendo cierto *mejor* derecho al cónyuge al que se ha asignado el uso de la vivienda común o ganancial, en orden a que le sea atribuida la vivienda en pago de su haber, con las oportunas compensaciones al otro cónyuge, en su caso.

La STS de 3 de enero de 1990 (54) es, en lo que conozco, la primera que se pronunció en este sentido, al casar una Sentencia de la Audiencia que había aprobado la adjudicación de la vivienda familiar hecha al marido no usuario, mientras que a la esposa —que venía usando con los hijos, por disposición judicial, la vivienda— se le adjudicaban dos locales comerciales y una parcela (55).

---

(52) La Ley 374 de la Compilación de Derecho foral de Navarra, en cambio, contempla una alternativa a la falta de unanimidad en la división de la cosa común: si la cosa fuera indivisible, el Juez puede proponer la adjudicación de la cosa entera a favor del copropietario que la acepte por su tasación judicial, con la condición suspensiva de pagar en dinero a los demás la compensación correspondiente; a partir de ese momento, cualquiera de los copropietarios puede pedir que se le adjudique la cosa, mejorando el precio de tasación en una sexta parte, por lo menos; y, caso de ser varios los que hubieren ejercido este derecho, dentro de los cuatro días siguientes se celebrará entre todos los copropietarios una subasta cuyo remate será definitivo.

El precepto legal contempla también la posibilidad de adjudicar a uno de los copropietarios el usufructo y a otro la nuda propiedad.

La venta en pública subasta se configura como subsidiaria, pues la Ley Navarra la permite "en caso de que la adjudicación no fuere posible en favor de un copropietario".

(53) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. 7892.

Con mucha más brevedad, pero en el mismo sentido, *cfr.* la STS de 14 de marzo de 1997, (*Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 1937).

(54) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 31.

(55) En el caso ha de tenerse en cuenta que a la esposa e hijos se había atribuido anteriormente el uso de la vivienda familiar "hasta que se proceda a las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales". Por tanto, dada la fórmula utilizada, aquí no había duda de que, con las adjudicaciones realizadas, la esposa e hijos perdían el derecho de uso de la vivienda. Es en ese contexto en el que la Sentencia citada revoca la de la Audiencia, que había aprobado las operaciones liquidatorias practicadas, considerando "inconsecuente" la adjudicación de la vivienda hecha en favor del esposo por el contador-partidor

Por su parte, la STS de 14 de junio de 1993 (56), desestimó el recurso de casación interpuesto por el varón que impugnaba con fundamento en el art. 1061 del CC, la partición que, con ciertas compensaciones, había adjudicado a la esposa la vivienda (57).

En fin, la STS de 8 de julio de 1995 (58) estimó correcta la adjudicación a la esposa —con la que convivía un hijo mayor de edad— de la que fue vivienda familiar, que había quedado vacía durante el proceso separatorio.

En estas SSTS la idea que subyace es que resulta posible y procedente no respetar la regla del art. 1061 del CC, adjudicando en cambio el pleno dominio de la vivienda a quien represente el interés familiar más necesitado de protección. No se proclama en modo alguno la existencia de un eventual derecho de adjudicación preferente, pero se ha procedido *de facto* casi como si lo hubiera (59).

(que había tomado en cuenta —según dice la Sentencia— "el inconsistente dato del mayor conocimiento del marido en punto a situación económica y su más favorable disposición, por tanto, para el abono de las cantidades pendientes de pago del piso") y decidió que debía atribuirse a la mujer la vivienda "junto a los muebles en ella existentes, por el correspondiente valor inventariado de dichos bienes, adjudicando al esposo su haber ganancial en los restantes bienes de la sociedad igualmente inventariados, mediante los oportunos ajustes valorativos, a realizar en ejecución de sentencia".

Frente a esas adjudicaciones, argumentó el TS que lo decidido, aparte de su nula justificación, era contrario al espíritu y finalidad que presiden la normativa legal que gobierna la materia, por lo que ordenó que la partición se hiciera adjudicando a la esposa la vivienda. Y es que, ciertamente, en el caso allí estudiado parecía claro que una liquidación como la hecha no respetaba la finalidad protectora de la familia que se pone de manifiesto en los arts. 96 y 1320 del CC, pues las adjudicaciones propuestas repercutían en privar a esposa e hijos de la vivienda familiar, sin que contaran con otro alojamiento alternativo.

(56) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 4832.

(57) Señaló la Sentencia que "si bien al partir los contadores han de procurar cumplir el art. 1061, ello siempre será sobre la base de que 'sea posible', como expresa el precepto citado, al cual sigue el 1062, que permite adjudicar a uno de los partícipes una cosa cuando, como el piso de autos, sea indivisible o desmerezca mucho con su división, sin que sea aconsejable aquí la venta en pública subasta dada la sujeción del uso a que constituya vivienda de los hijos y la esposa, por lo que es atinado permitir la adjudicación a la esposa, que puede compensarse con dinero u otros bienes".

(58) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 5552.

(59) Aunque sea en nota al pie de página, creo que no debo dejar de señalar que, salvo aquellos supuestos en los que exista una previsión de que el derecho de uso cesará con la liquidación de la sociedad de gananciales, si no se valora el derecho de uso como carga del bien, esta forma de liquidar no supone ventaja alguna para el adjudicatario de la vivienda, sino más bien lo contrario, salvo que luego inste un procedimiento de modificación de medidas para reajustar las prestaciones económicas, como luego diré.

3. *La posible aplicación del art. 1405 del CC*

En otro orden de ideas, parece oportuno mencionar que, en aquellos supuestos en que una de las partes incumpla las obligaciones económicas que le incumben hacia la otra parte, puede recurrirse al art. 1405 del CC y lograrse así, de modo indirecto, una suerte de derecho de adjudicación preferente en favor del acreedor.

Recuérdese que este precepto establece que, cuando uno de los cónyuges resulta en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, puede exigir que se le satisfaga su crédito adjudicándosele bienes comunes. Por tanto, nada impide que, por ejemplo, en caso de que se hayan dejado de abonar las pensiones compensatoria o alimenticia, pida el acreedor que se le adjudique toda o parte de la vivienda familiar ganancial en pago de la deuda.

Una SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 25 de febrero de 1997 (60), aunque haciendo efectivo el crédito sobre otros bienes, ha hecho aplicación de este precepto legal, al determinarse en el procedimiento matrimonial paralelo a la liquidación de los gananciales el monto de la deuda existente. Idéntica doctrina se sigue en la SAP de Madrid de 7 de mayo de 1999 (61). Y la SAP de Sevilla de 16 de noviembre de 1992 confirmó la dictada por el Juzgado que había decidido "compensar" la deuda por alimentos impagados que mantenía el esposo con el exceso de adjudicación que se hacía a la esposa por la otra mitad de la vivienda familiar ganancial que allí se liquidaba.

Añadiré que, en mi opinión, aunque el precepto legal no lo diga así expresamente, podría aplicarse por analogía el criterio del art. 1407 del CC, de modo que, si el crédito no es suficiente para cubrir en su totalidad el valor de la vivienda, podría pedirse la constitución en favor del acreedor de un derecho de uso o habitación; y también adjudicar el inmueble a calidad de compensar el eventual exceso en metálico.

4. *La posible aplicación del art. 1406.3.º del CC*

Pudiera darse la circunstancia de que la vivienda familiar sea también el local en el que uno de los cónyuges hubiese venido ejerciendo su profesión. En ese supuesto, conviene subrayar que el art. 1406.3.º del CC atribuye —aquí sí— un neto derecho de adjudicación preferente al cónyuge en cuestión que, a diferencia del derecho de la misma clase que contempla el art. 1406.4.º, no se limita al "caso de muerte del otro cónyuge".

---

(60) *Aranzadi Civil,* núm. marginal 408.

(61) *Aranzadi Civil,* núm. marginal 955.

En lo que conozco el TS ha estudiado un supuesto así en sólo una ocasión; y en esa oportunidad nuestro Alto Tribunal, mediante STS de 30 de diciembre de 1998 (62), casó la Sentencia de la Audiencia que había adjudicado al marido —por cierto, abogado en ejercicio— la vivienda familiar precisamente en aplicación de ese derecho de adjudicación preferente; en el caso, el TS apreció que un traslado "accidental" como el que se había producido (63) no justificaba la aplicación del art. 1406.3.º, calificando la STS duramente el actuar de quien se apoyaba en esa coyuntural situación para pretender que se le adjudicara el inmueble (64).

5. *Efectos de la adjudicación de la propiedad de la vivienda familiar a sólo una de las partes.*

La posible adjudicación a sólo uno de los cónyuges del dominio de la vivienda familiar obliga a plantearse algunas cuestiones derivadas de que previamente estuviera afecta al derecho de uso.

Hay que distinguir dos supuestos, según que la propiedad se adjudique a quien, en función de la resolución judicial previa, no fuera el usuario de la vivienda y el caso contrario.

La primera es una rara hipótesis —personalmente no la he visto nunca en la práctica— a la que aludo, no obstante por su relativa simplicidad. En mi opinión, si se diera el supuesto, permanecerá el derecho de uso sobre la vivienda familiar atribuido en el procedimiento matrimonial previo, salvo que la resolución correspondiente hubiera determinado otra cosa como, por ejemplo, que tal derecho se reconocía sólo "hasta que se liquide la sociedad de gananciales", con ésta u otra expresión equivalente.

Al mismo tiempo, será de plena aplicación el párrafo cuarto del art. 96 del CC: no podrá disponerse de la vivienda sin el consentimiento de usuario y propietario, o sin la supletoria autorización judicial que ese precepto contempla (65).

---

(62) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 9763.

(63) En fechas próximas al trámite separatorio, "se incendió" el despacho del abogado, que se encontraba en el piso inmediatamente superior a la vivienda familiar, por lo que el abogado trasladó su despacho al piso inferior en el que se encontraba la vivienda.

(64) La STS entiende que "con ese actuar se incurre en conductas alejadas de la buena fe y próximas al abuso de derecho".

(65) Desde mi punto de vista, tal prohibición de disponer implica técnicamente la nulidad del acto de disposición efectuado sin contar con el consentimiento o autorización dichos, pues se trata de una norma imperativa que no establece un efecto distinto de la

No obstante, he de anotar que existe una interpretación distinta. Algún autor (66) ha estimado que, precisamente por el contraste que presenta la redacción de los arts. 96 y 1320 del CC, el primer precepto no determina la nulidad de la transmisión o acto de disposición, sino sólo que el derecho de uso permanece (67).

Por lo demás, si con motivo de la adjudicación de los bienes gananciales en la liquidación de la sociedad conyugal el cónyuge no usuario deviene propietario único de la vivienda familiar, estimo que éste queda legitimado para solicitar que, en caso de que no haya hijos, se establezca un límite de tiempo al derecho de uso reconocido al no propietario: nótese que, tras la adjudicación del dominio al no usuario, estamos cabalmente ante la hipótesis contemplada en el párrafo tercero del art. 96 del CC que, no habiendo hijos, sólo permite acordar el uso en favor del no propietario "por el tiempo que prudencialmente se fije".

Como antes se adelantaba, más frecuente resulta en la práctica que, si la propiedad de la vivienda familiar se adjudica a uno solo de los cónyuges, la adjudicación recaiga en quien era beneficiario del derecho de uso a que se refiere el art. 96 del CC.

En este caso, según creo, habrá de entenderse que el derecho de uso desaparece por confusión; de modo que la adjudicación al usuario de los derechos que

---

nulidad de pleno Derecho (art. 6.3 del CC). Y, aunque el art. 96 del CC no incluye una precisión semejante a la contenida en el párrafo segundo del art. 1320 del CC, estimo que, en el caso de efectuarse un acto de disposición sin el consentimiento o autorización de que hablamos, la nulidad del acto no debe perjudicar al adquirente de buena fe, por lo menos, si adquiere de un titular inscrito en el Registro y el adquirente tiene la condición de tercero hipotecario: en tal supuesto, en virtud del art. 38 de la Ley Hipotecaria, la transmisión resultaría inatacable en favor del adquirente de buena fe. Por eso, parece que una cautela extremadamente aconsejable es la de solicitar del Juzgado la correspondiente anotación en el Registro de la Propiedad del derecho de uso atribuido judicialmente, a los fines de hacer efectivo el párrafo cuarto del art. 96 del CC.

(66) S. ESPIAU ESPIAU, en su monografía *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español,* PPU, Barcelona 1992, pp. 253-254.

(67) No encuentro fundamento para esta interpretación.

El párrafo cuarto del art. 96 del CC en modo alguno establece que si el acto de disposición es realizado sin consentimiento del usuario —o supletoria autorización judicial— el resultado o sanción sea el mantenimiento del derecho de uso; en buena hermenéutica *ex* art. 6.3 del CC, al no establecerse efecto distinto para el caso de contravención del art. 96 del CC, la consecuencia debe ser negar la validez del acto de disposición en sí mismo, pues tal es la sanción prevista para los actos contrarios a normas imperativas y prohibitivas.

No dejaré de anotar que, aunque sea partiendo de otra perspectiva, ha llegado a una conclusión semejante a la que se obtiene a través de la línea interpretativa antes criticada la STS de 31 de diciembre de 1994 (*Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 10330).

antes de la liquidación correspondían a los dos absorbe o elimina el derecho de uso, al igual que ocurre cuando las obligaciones se extinguen por reunirse en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor (68) o como sucede con la adquisición del pleno dominio de un inmueble sobre el que previamente correspondían al adquirente derechos reales limitados, que extingue éstos (69).

Conviene advertir también que, según creo, en tal caso, la propiedad se adquiere sin limitación posesoria ni de disposición de clase alguna (70). En efecto, el art. 96 exige el consentimiento de ambas partes —o autorización judicial supletoria— sólo en los casos en que el uso de la vivienda "corresponda al cónyuge no titular"; y ése no sería el supuesto ante el que aquí nos encontraríamos (71).

En mi criterio, en fin, el límite a las facultades de disposición que establece el art. 96, párrafo cuarto, del CC desaparece para el adjudicatario con la extinción por confusión del derecho de uso, no obstante la posibilidad abstracta de que, por variación de las circunstancias —por ejemplo, por un posible cambio de custodia de los hijos— pudiera más adelante atribuirse en uso al otro litigante la vivienda en cuestión: sólo si esa posibilidad teórica llegara a plasmarse en una efectiva resolución judicial modificatoria surgiría la limitación de los poderes de disposición del art. 96, sin que, mientras esto no ocurra, quepa imponer cortapisa alguna a las facultades del titular.

No quiero concluir este apartado sin recordar que la adjudicación de la propiedad de la vivienda familiar a uno de los cónyuges puede desencadenar la necesidad de revisar las medidas referentes a las prestaciones económicas, para indemnizar adecuadamente al adjudicatario del gravamen que supone el tener que soportar el derecho de uso que afecta a la vivienda. La promoción de un

---

(68) *Cfr.* arts. 1156 y 1192 del CC.

(69) *Cfr.* art. 513.3.º del CC.

(70) Tal es la interpretación, por ejemplo, de J.A. CABALLERO GEA, *Procesos matrimoniales: causas, hijos, vivienda, pensiones,* Madrid 1991, p. 376, que aduce la SAT de Bilbao de 24 de febrero de 1983 y la SAT de Palma de Mallorca de 12 de julio de 1988.

(71) Por otra parte, entiendo que es inaplicable el art. 1320 del CC; y ello no ya porque cuando este precepto legal exige el consentimiento de ambos cónyuges (por cierto, bien puede ocurrir que, tras el proceso matrimonial, la partes ya no sean "cónyuges": así ocurrirá en los casos de divorcio o nulidad de matrimonio) o autorización judicial supletoria se refiere a la disposición de los derechos sobre la "vivienda habitual" (que puede no ser lo mismo que la "vivienda familiar"); con independencia de ello, me parece argumento decisorio el de que, existiendo una norma específica para los supuestos de crisis conyugal —el art. 96 del CC—, en aplicación del principio *lex specialis derogat lege generali,* ha de entenderse que el art. 1320 del CC no rige en tales casos.

procedimiento de modificación de medidas tras la liquidación de la sociedad conyugal es la solución que viene a proponer la STS de 29 de abril de 1994 (72), aunque no lo diga directamente sino de forma un tanto elíptica (73). Y a ella habrá de estarse, siendo de lamentar la complicación litigiosa que ello induce. Terminamos un pleito y provocamos el comienzo de otro.

He tratado de este tema en otro trabajo, al que me remito (74).

IV. LA POSIBLE CONCLUSIÓN DE LAS OPERACIONES LIQUIDATORIAS EN UNA ADJUDICACIÓN A LAS PARTES EN PROINDIVISO ORDINARIO DE LA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA FAMILIAR; EL EVENTUAL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DIVISIÓN DE LA COSA COMÚN

A) El supuesto de hecho y sus consecuencias

En no pocos casos la adjudicación de la vivienda familiar a uno solo de los litigantes no se entenderá procedente o no será materialmente posible. La alternativa es, pues, atribuir el inmueble a ambos en régimen de proindiviso ordinario, debido a que, en puridad, ninguno de los dos puede exigir que la vivienda se incluya en el lote de bienes que le corresponda. De hecho, no faltan pronunciamientos que incluso consideren abusiva la pretensión del beneficiario del dere-

---

Con independencia de que parece opinión doctrinalmente más segura la de que no cabe aplicar el art. 1320 del CC en los regímenes forales (*vid.* a este respecto, p. ej., F. SANCHO REBULLIDA - E. RUBIO TORRANO, "El concepto y el régimen de la 'vivienda familiar' del Código Civil en los Derechos forales y en el Derecho agrario", en *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales,* EUNSA, Pamplona 1986, p. 314), el precepto textualmente no contemplaría los supuestos de divorcio o nulidad, pues habla de "cónyuges" y no de "partes", como, en cambio, hace el art. 96.

(72) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 2945.

(73) Tras sostener esta Sentencia que el derecho de uso atribuido judicialmente no es un derecho real —y que, por tanto, no procede minusvalorar el inmueble al que se refiera como si estuviera afectado por una carga— destaca que la esposa adjudicataria del derecho de uso, primero, y del dominio de la vivienda, después, "también tiene que contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio, valorándose como tal el trabajo que dedique a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad, *pudiendo valorarse igualmente en tal concepto el que usen su vivienda dichos hijos,* pero resultando indiscutible que todas las medidas adoptadas al respecto corresponde acordarlas... al Juzgador de instancia... por lo que ha de pedirse ésta (su modificación) al Juez de la separación que adoptó tales medidas, quien ponderará la variación de las circunstancias para modificarlas o no".

(74) Véase R. RODRÍGUEZ CHACÓN, "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar", *Revista de Derecho de Familia,* núm. 2, enero de 1999, pp. 51 y ss.

cho de uso que pida la adjudicación de la vivienda con obligación de pagar al otro la mitad del precio. Así, por ejemplo la STS de 16 de diciembre de 1995 (75) rechazó la pretensión de la esposa de que la vivienda se incluyera en su haber, entendiendo que resultaba más equitativo adjudicarla a ambos cónyuges en proindiviso al 50%. En el caso, se tuvo muy especialmente en cuenta que allí se trataba de una vivienda de protección oficial.

Conviene precisar que el desenlace de la liquidación de gananciales en una adjudicación en proindiviso resulta tanto más probable si se tiene en cuenta que la STS de 3 de mayo de 1999 (76), ha sentado el principio de que el trámite de liquidación de gananciales no sólo "carece de idoneidad procesal" para variar el derecho de uso atribuido en el trámite separatorio (77) sino que además *no se ajusta a Derecho que el proceso liquidatorio concluya en un pronunciamiento que obligue a sacar la vivienda familiar propiedad indivisa de las partes a subasta pública con admisión de licitadores extraños*. Así pues, cuando la vivienda no se adjudique a uno de los dos litigantes, ello significará también que el único cauce procesal apto para hacer cesar el condominio será el posterior ejercicio de la *actio communi dividundo* y la venta en subasta, en la hipótesis de que no se logre otro acuerdo.

Pero, dicho lo anterior, ha de hacerse de inmediato la afirmación —fundamental en esta sede— de que hoy resulta doctrina jurisprudencial clara y consolidada la que cabe enunciar así: *la liquidación del régimen económico matrimonial o de una eventual comunidad de bienes existente entre los cónyuges no es, por sí misma, causa de extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar ganancial o que sea copropiedad de ambos* (78), salvo que la resolución judicial que reconoció a una de las partes el derecho de uso de la vivienda familiar hubiera dispuesto otra cosa expresamente.

---

(75) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 9144

(76) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 3428.

(77) Afirmación esta que añade un matiz complementario a la conocida doctrina ya sentada en anteriores resoluciones del TS según la cual la liquidación de gananciales o división de la cosa común no extinguen *per se* el derecho de uso. De ello hablaré enseguida.

(78) Examiné la interesante evolución jurisprudencial que ha dado en sentar este principio en mi trabajo "Régimen económico y uso de la vivienda familiar", en el primer volumen de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA *Problemas candentes en los procesos de familia,* Dykinson, Madrid 1995, pp. 235 y ss. Actualicé y completé los datos inicialmente apuntados en el otro trabajo antes citado, R. RODRÍGUEZ CHACÓN, "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar", *Revista de Derecho de Familia,* núm. 2, enero de 1999, pp. 43 y ss.

Así lo señalaron, en términos inicialmente no del todo claros, las SSTS de 22 de diciembre de 1992 (79) y de 20 de mayo de 1993 (80), y de forma mucho más rotunda las SSTS de 14 de junio de 1993 (81), 14 de julio de 1994 (82), 16 de diciembre de 1995 (83), 4 de abril de 1997 (84), 14 de marzo de 1997 (85) y 27 de diciembre de 1999 (86).

Así pues, ni la atribución del derecho de uso impide el ejercicio de la acción de división de la cosa común, ni el ejercicio de dicha acción elimina el derecho de uso. Según el TS, ambos derechos han de actuarse "dinámicamente" y coexisten sin excluirse.

Para cerrar este apartado, ha de puntualizarse que, en algún supuesto, la liquidación de la sociedad de gananciales sí puede redundar en último extremo en la extinción del derecho y además de forma automática. En concreto, en el caso de que la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar se hubiera hecho por la sentencia que decide el pleito matrimonial bien a favor de uno de los cónyuges, bien alternativamente por años —o por meses— a favor de cada uno de los litigantes "hasta la liquidación de la sociedad conyugal", "hasta que se adjudique definitivamente dicho bien" (87) o con cualquier otra expresión semejante, pero equivalentemente explícita.

---

(79) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 10684.

(80) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 3807.

(81) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 4832.

Esta STS puntualiza que el pronunciamiento relativo al derecho de uso del art. 96 *no puede alterarse en el proceso de liquidación de gananciales.*

(82) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 6439.

(83) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 9144.

(84) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 2636.

(85) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 1937.

(86) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 9493.

(87) Las fórmulas mencionadas suelen aparecer en supuestos en los que, no habiendo hijos, tampoco se encuentran motivos especiales para atribuir a uno de los cónyuges en cuanto tal el derecho de uso sobre la vivienda familiar.

Cuando se aprecia que uno de ellos tiene cierta situación de inferioridad con respecto al otro —o bien cuando se estima esta fórmula menos perturbadora que la de no atribuir en concreto a ninguno de los esposos el uso de la vivienda ganancial o propiedad común— se recurre a la opción de efectuar esta atribución limitada a sólo uno de los cónyuges. Ejemplo de ello son la SAP de Barcelona, Sección 13.ª, de 17 de noviembre de 1989 (*RJC,* 1990, III, p. 301) y de 22 de diciembre del mismo año (*RJC,* 1990, III, p. 303).

En casos así ha de concluirse que, terminada la liquidación de los bienes comunes, el derecho de uso cesa también *eo ipso,* sin necesidad de tramitar un procedimiento de modificación de medidas; y ello por la sencilla razón de que aquí nos encontramos ante un supuesto en el que, en definitiva, la resolución judicial fijó un plazo al derecho de uso: el "tiempo que prudencialmente se fije" de que habla el art. 96 del Código Civil, que no tiene por qué ser un plazo a fecha determinada, basta con que sea determinable.

Y cabe mencionar también un curioso supuesto —contemplado en la STS de 21 de mayo de 1990 (88)— en el que una liquidación de sociedad de gananciales sí dio lugar a que desapareciera el derecho de uso sobre una vivienda tras el posterior ejercicio de la acción declarativa de dominio por el propietario. En el caso allí estudiado el inmueble era parte del activo de una sociedad de gananciales que había quedado disuelta por muerte de la esposa. El viudo, que había tenido un hijo en su primera unión, no había liquidado la sociedad de gananciales ni la herencia de la difunta; continuó en la vivienda y contrajo segundo matrimonio del que tuvo dos hijas. En la separación se atribuyó a la segunda esposa e hijas nacidas de la segunda unión el uso de la vivienda. Pero el astuto bínubo liquidó con su hijo la sociedad de gananciales del primer matrimonio y la herencia de su primera esposa, en términos tales que el hijo de la primera unión resultó adjudicatario de la propiedad de la vivienda. Ejercitó entonces ese hijo la correspondiente acción declarativa de dominio, logrando el lanzamiento de la segunda esposa. El TS entendió en esta sentencia que la segunda esposa, pese a que en el inmueble estuviera la vivienda familiar, no tenía ningún derecho sobre el mismo ni a título personal ni en representación de sus hijas, por lo que, al entender inatacable la partición, confirmó la procedencia del lanzamiento (89).

Utilizan la fórmula de adjudicación del uso por períodos alternativos, por ejemplo, las SSAP de Madrid, Sección 22.ª, de 9 de julio, 8 de octubre y 5 de noviembre de 1992, transcritas en E. HIJAS, *Derecho de familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid,* Madrid 1994, pp. 193 a 195; también otra de la misma Audiencia y Sección de 15 de octubre del mismo año (fuente propia); fórmula semejante es la de la SAP de Bilbao, Sección 2.ª, de 30 de octubre de 1989, (*RGD,* núm. 552, p. 7.060), con manejo de plazos alternativos inferiores al año.

Estas resoluciones pueden responder a una mayor perplejidad del órgano jurisdiccional sobre cuál de los litigantes represente el interés más necesitado de protección; con ellas, por otra parte, puede estar estimulándose indirectamente un más pronto acuerdo que elimine tan seguramente molesta alternancia.

(88) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 3827.

(89) En especial y en concreto, entendió que no era de aplicación el art. 1320 del CC y que el hijo del primer matrimonio tenía derecho a salir de la indivisión.

B) Dos situaciones especialmente conflictivas

1. *El singular supuesto del ejercicio de la acción divisoria cuando la vivienda familiar es de protección oficial y se adjudica a ambos litigantes en proindiviso ordinario.*

En otro momento dejé pendiente de ulteriores precisiones la cuestión de las peculiares consecuencias que puede tener el hecho de valorar la vivienda familiar con arreglo a sus precios oficiales máximos, cuando se trata de una vivienda de protección oficial. Retomo ahora la cuestión para plantear el problema que surge si, tras la liquidación de la sociedad de gananciales, finalmente se opta por adjudicar el inmueble a ambos cónyuges en proindiviso ordinario y, tras la correspondiente acción divisoria, la vivienda ha de ser vendida en pública subasta.

Por lo pronto, ello plantearía al Juzgado un curioso problema: si la puja supera el valor oficial de venta, no parece factible que el órgano jurisdiccional pueda, sin más, otorgar la escritura pública oportuna tras la adjudicación; e, incluso antes, adjudicar la vivienda al postor que ha ofrecido un sobreprecio. Ambas cosas implicarían una actuación ilegal, que no debe efectuar un órgano jurisdiccional.

Hay otras cosas que el Juzgado no puede o no debe hacer tampoco.

Por ejemplo, no puede el Juzgado, por propia iniciativa, imponer a las partes la *obligación* de descalificar la vivienda. Así, la STS de 16 de diciembre de 1995 (90) casó como incongruente la sentencia de la Audiencia que había ordenado la descalificación de la vivienda, mediante los anticipos correspondientes, precisamente para posibilitar su venta en subasta pública. Tengo para mí que es más que dudoso que, aunque haya mediado una expresa petición de parte dirigida al Juzgado para que ordene a los litigantes que aporten los anticipos para la descalificación de la vivienda, sea viable jurídicamente imponer obligación tan singularísima; y, sobre todo, puede perfectamente ocurrir que la parte más débil quede en ese caso en una situación de injusta inferioridad o simplemente que no pueda hacer frente a ese anticipo.

En mi criterio, la respuesta al problema debe ser matizada y seguramente no cabe generalizar. En concreto, si existe un derecho de uso atribuido judicialmente a uno de los propietarios en el previo proceso matrimonial, tal dato no debería resultar inocuo. Podrá entenderse quizá que no sería una solución equitativa atribuir directamente en la liquidación de la sociedad de gananciales al

---

(90) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 9144.

beneficiario del derecho de uso el pleno dominio de la vivienda al precio máximo oficial, sobre todo si se constata que su propósito es vender el inmueble por un sobreprecio tras haberle sido adjudicado. En ese sentido, una solución puede ser la de atribuir al 50% en proindiviso el inmueble. Pero, dicho esto, según creo, tampoco resulta legítima de entrada la pretensión del que no tiene el derecho de uso si éste pide que la vivienda se venda en subasta pública esperando obtener un precio superior al oficial: la subasta pública no es cosa distinta a una venta impuesta como última solución o en caso de ejecución forzosa. Por tanto, lo que el propietario no usuario no puede pretender es lograr a través del Juzgado lo que no sería legítimo que lograra sin la intervención judicial. Por eso, estimo que, en el caso de que la venta en pública subasta fuera instada por el copropietario no usuario, no es una solución incorrecta el admitir la adjudicación directa al otro copropietario que tenía el derecho de uso por la mitad del valor *oficial* —ahí sí— de la vivienda (91).

Puede haber casos en que el beneficiario del derecho de uso ni siquiera esté en condiciones de indemnizar a la otra parte por la mitad del valor oficial de la vivienda. En un supuesto así, entiendo que cabría exigir al que insta la liquidación del proindiviso por el procedimiento de venta en pública subasta que sea él quien aporte los anticipos que sean precisos para obtener la descalificación de la vivienda —en la medida en que sea posible obtener una descalificación voluntaria— y pague de su cuenta los incrementos de costos que se originen a la otra parte con motivo de la descalificación hasta que la venta sea efectiva.

En fin, en último extremo, quizá cabría anunciar como condición de la subasta que se convoque que el que resulte mejor postor en la puja —si ésta sobrepasa el precio máximo autorizado para la venta de esa vivienda de protección oficial— tendrá que asumir la carga de aportar los anticipos que sean precisos para la descalificación y practicar las gestiones que sean necesarias para ello antes de proceder a la adjudicación definitiva del inmueble y otorgamiento de la escritura pública.

---

(91) Ha de citarse, sin embargo, la doctrina contenida en la STS de 21 de noviembre de 1996 *(Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 8284). Se trataba allí de un caso en el que los dos copropietarios no habían tramitado un procedimiento matrimonial: eran una pareja de exnovios que, después de haber adquirido la vivienda, decidieron no continuar la relación; la novia se quedó en la vivienda y el novio ejercitó la *actio communi dividundo,* que el Tribunal Supremo consideró procedente, a pesar de que la novia ofrecía pagar al actor el 50% del valor oficial de la vivienda. No obstante, tampoco aquí el Tribunal Supremo entró en el problema de una eventual descalificación del inmueble previa a su venta en subasta.

2. *La singular situación del adquirente de una vivienda familiar cuyo uso haya sido atribuido a uno de los litigantes en el proceso matrimonial previo.*

Como antes se ha indicado, la liquidación del régimen económico matrimonial y/o el ejercicio de la *actio communi dividundo* que concluya en la venta en pública subasta no extinguen el derecho de uso atribuido a uno de los litigantes en el proceso matrimonial previo.

Más aún: una STS de 31 de diciembre de 1994 (92) afirmó que el derecho de uso permanece incluso en el caso de que ese derecho no aparezca inscrito en el Registro de la Propiedad y un tercero adquiera el inmueble gravado con él, con independencia de que ese tercero proceda de buena o mala fe (93). Más matizadamente, pero también de modo mucho más directo, la STS de 4 de diciembre de 2000 (94) ha decidido que el derecho de uso permanece tras la *actio communi dividundo* ejercitada por quien adquirió en pública subasta la mitad indivisa de una vivienda familiar en términos tales que —hubiera o no mala fe— todo indicaba que el adquirente cuando menos conocía la existencia de un derecho de uso atribuido provisionalmente a la esposa, aunque ese derecho no se había inscrito en el Registro (95).

Partiendo entonces de la hipótesis de que se logre la venta de una vivienda familiar cuyo uso ha sido atribuido a uno de los cónyuges en procedimiento matrimonial, voy a intentar concluir con una reflexión acerca de los problemas sustantivos y procesales a los que se enfrenta el posible adquirente, teniendo en cuenta que el adquirente puede ser de muchas clases: pues tal vez no deba darse el mismo trato al pobre adquirente de buena fe que ignoraba todo acerca del derecho de uso existente que al adquirente de mala fe o, más sencillamente, a quien adquiera el inmueble sabedor del derecho de uso que le afecta (por ejemplo, porque se haya decidido a pujar en la subasta convocada como culmen de una *actio communi dividundo*).

---

(92) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 10330.

(93) Esta STS es especialmente espectacular. Caracteriza el derecho de uso como "decisión judicial oponible *erga omnes* aunque no generadora de un derecho real", pero que constituye un gravamen de tal intensidad que debe soportarlo el adquirente del inmueble incluso en el caso de que no esté inscrito en el Registro de la Propiedad. Hice un comentario de esta singular STS en la Revista *Abogados de Familia,* núm. 1, de 21 de marzo de 1996, pp. 6-9.

(94) *Aranzadi de Jurisprudencia,* núm. marginal 10430.

(95) Conviene destacar que, en el caso, la concesión a la esposa del derecho del art. 96 y, sobre todo, la anotación en el Registro de ese derecho fue *muy posterior* no sólo a la anotación de embargo sino también a la *convocatoria* de la subasta.

Ha de tenerse en cuenta que, sea cual fuere su calificación y naturaleza, el derecho de uso no es un derecho perpetuo. Se caracteriza por su *temporalidad:* si hay hijos, en algún momento esos hijos adquirirán independencia, y dejará de estar justificada la atribución, cuyo cese puede pedirse; si no hay hijos, el propio art. 96 del CC establece que la atribución al cónyuge no titular debe serlo "por el tiempo que prudencialmente se fije".

¿Puede el adquirente solicitar que se declare la terminación del derecho de uso y verse libre de esa singular "carga"? ¿Qué motivos puede aducir? ¿Cuándo y ante quién puede hacerlo y mediante qué cauce procesal?

No he encontrado adecuada orientación jurisprudencial ni una mínima referencia doctrinal sobre estos temas. Por tanto, cuanto a continuación expreso es más bien un esbozo de respuesta que en todo caso se somete a opiniones seguramente mejor fundadas.

Para empezar, tal vez el punto que aparece como menos conflictivo es aceptar que, siendo el derecho del que habla el art. 96 del CC un derecho de carácter temporal, el adquirente de una vivienda que no es cónyuge del usuario, no por ello ve transformado ese derecho de uso en algo distinto; menos aún en una suerte de gravamen definitivo o vitalicio para el cónyuge usuario.

Tendrá, entonces, la posibilidad teórica de solicitar su extinción, cuando se den los supuestos que permitirían deducir esa pretensión.

Lo que ya no veo tan claro es que ese tercer adquirente —sea de buena o de mala fe— pueda pedir la extinción del derecho de uso cuando para ello estén en juego causas de cesación no puramente objetivas. Por ejemplo, parece innegable que podrá pedir la extinción del derecho en el supuesto de que se haya producido la muerte del beneficiario; o cuando el beneficiario *de facto* no use la vivienda. Pero cuando la circunstancia que en su caso determinaría la extinción pueda considerarse como más "personal" del titular que transmitió la vivienda quizá no resulte sencillo hacerse a la idea de que pueda ser invocada por un tercero. Así, no habiendo hijos, parece lógico entender que, por analogía con lo prevenido en materia de pensión compensatoria, el cónyuge o excónyuge titular de la vivienda pueda pedir que el derecho se extinga cuando el usuario contraiga matrimonio o mantenga una convivencia *more uxorio*. Pero, ¿podrá pedir eso mismo el adquirente de la vivienda que no es cónyuge ni excónyuge?

Entre ambos extremos, hay toda una gama de supuestos intermedios verdaderamente difíciles de solventar; cito alguno: ¿puede el tercero pedir que se alce el derecho de uso por haber completado su formación los hijos en cuya atención el derecho se concedió?; ¿también en el caso de que lo que ocurra es que los hijos no completen su formación por causa que les sea imputable?; ¿hasta qué edad de esos hijos tiene que soportar el adquirente el derecho de uso, si éstos han completado su formación pero, teniendo o no empleo, siguen viviendo en la casa?

En línea de principio, me atrevería a sugerir que, si se entiende que el adquirente de buena fe está obligado a soportar un derecho de uso cuya vigencia no conocía —hipótesis que lamentablemente hay que plantearse a causa de la existencia de la STS de 31 de diciembre de 1994, que antes he comentado— debe en lo posible seguirse una interpretación muy amplia en favor de la plena invocabilidad de *todos* los motivos antes citados, incluidos los de carácter más "personal" que serían propios del transmitente. Entiendo que aquí habría de seguirse el criterio de que se ejercita algo muy semejante a una acción subrogatoria.

No me atrevería a decir lo mismo, si el adquirente es de mala fe. Pero tampoco me atrevo a rechazarlo. Por mucho que desagrade la idea, la realidad es que, aunque proceda con mala intención, tampoco el adquirente de mala fe adquiere cosa distinta a lo que hasta ese momento había. Quizá la solución sea la de tratar a ese adquirente de mala fe en forma tal que no pueda esgrimir nunca frente al usuario aquellas acciones en las que este último podría defenderse mejor del cónyuge o excónyuge titular previo [96].

No se me ocurre que pueda irse mucho más allá en las precisiones de fondo.

Queda, por último, el problema de ante quién accionar y qué cauce seguir.

En principio, creo que se presentan dos grandes opciones:

a) Partir de la base de que el adquirente, que no ha sido parte en el proceso matrimonial, no puede intervenir en él. La consecuencia lógica sería entonces concluir que ese adquirente tendrá que deducir su pretensión en un procedimiento independiente [97] y por el cauce procesal propio de la cuantía en debate, normalmente, el juicio ordinario de la NLEC.

b) La otra opción sería fijarse en especial en que lo que a la postre se pretende es variar una medida judicial acordada en un procedimiento matrimonial, medida que sólo puede dejarse sin efecto a tenor de las condiciones establecidas para su concesión y por el órgano jurisdiccional que pronunció la resolución que trata de modificarse. Así las cosas, la interpelación habría de dirigirse al Juzgado de Familia o que hubiera tramitado el proceso matrimonial.

---

[96] Se trataría, pues, de utilizar un criterio análogo a lo que se establece en el art. 17.2 NLEC a propósito de la sucesión por transmisión del objeto litigioso:

"No se accederá a la pretensión cuando dicha parte acredite que le competen derechos o defensas que, en relación con lo que sea objeto del juicio, solamente puede hacer valer contra la parte transmitente, o un derecho a reconvenir, o que pende una reconvención, o si el cambio de parte pudiera dificultar notoriamente su defensa."

[97] Por esta opción parece decantarse la antes citada STS de 4 de diciembre de 2000.

Sin embargo, debe notarse que esa STS no se planteaba este problema de forma directa. Y que la STS citada resultó denegatoria de las pretensiones del adquirente de la vivienda...

Y el cauce procesal adecuado sería el del artículo 775 de la NLEC. Pero tampoco parece una opción desestimable la de considerar que el cauce adecuado sea el del artículo 770 NLEC; pues, a la postre, de lo que se trata es de ejercitar una pretensión que tiene su fundamento en el Título IV del Libro I del CC (el fundamento será el art. 96 del CC) y que no tiene señalado un procedimiento específico para su sustanciación.

Entre las opciones antes analizadas, mis preferencias van claramente por la citada en segundo lugar.

Seguir la opción de un proceso independiente por el cauce procesal propio de la cuantía del debate puede concluir en que el Juzgado desestime la acción no ya por inadecuación de procedimiento sino, sobre todo, por entender que no tiene jurisdicción para dejar sin efecto una medida acordada en otro proceso —el matrimonial— en el que están previstos los cauces procesales para obtener su modificación o cese (98). Frente a ello, la objeción que tal vez pudiera plantearse de falta de legitimación activa de quien no tiene la condición de cónyuge, siendo una dificultad de importancia, no me parece decisiva y mucho menos hoy, que contamos con el art. 13.1 de la NLEC, precepto que posibilita ampliamente la intervención de terceros. Y la lógica exige que si la medida de la atribución del derecho de uso se traslada a un tercero que ha de soportarla, a ese tercero ha de reconocerse legitimación para cuanto a ella se refiera —también para pedir su cese— por aplicación del principio *ubi commodum, ibi incommodum*, que aquí tendría el enunciado inverso: *ubi incommodum, ibi commodum*; por lo demás, desde antes de la entrada en vigor de la NLEC ya había supuestos en los que en el procedimiento matrimonial debía darse intervención a quienes no tienen la condición estricta de cónyuges precisamente para hacer viable el ejercicio de sus derechos (99). En fin, como antes he dicho, entiendo que el adquirente ejercita algo muy semejante a una acción subrogatoria, lo que también podría dar lugar a invocar el art. 17 de la NLEC.

Estas consideraciones quedan sometidas ahora al mejor criterio del lector.

---

(98) Art. 18 LOPJ.

(99) Así, por ejemplo, puede ser ineludible la intervención de los herederos del fallecido que venía obligado a satisfacer una pensión compensatoria (pensión que, como es sabido, no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor, a tenor del art. 101 del CC; dicho precepto expresamente deja previsto que los herederos pueden solicitar del juez la reducción o supresión de la pensión si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima). Y eso por no hablar de un tema mucho más cotidiano, como es la intervención —unas veces directa y otras indirecta— que se reconoce a los hijos mayores de edad para la fijación o exigencia de alimentos en el marco del proceso matrimonial.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia de 19 de junio de 2003. Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas.

La convivencia more uxorio *de la viuda con una tercera persona no conlleva la pérdida de la pensión de viudedad, procediendo en consecuencia la declaración de inconstitucionalidad de la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código Civil de "vivir maritalmente con otra persona".*

ANÁLISIS DEL CASO

- Por Auto de 28 de noviembre de 1997, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco elevó al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición adicional décima, regla 5, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora de las formas de matrimonio y del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, por oposición al art. 14 de la Constitución.
- Con fecha 5 de mayo de 1995, tuvo entrada en el Juzgado de lo Social núm. 4 de los de Bilbao demanda formulada por doña María Jesús contra doña Esther y el INSS en solicitud de modificación de la prorrata sobre la pensión de viudedad que venía percibiendo de su fallecido esposo don José Manuel, junto con la primera esposa de éste, la precitada doña Esther, por estimar que la demandada venía conviviendo maritalmente con don Ángel. A tal fin alegó como fundamentos legales sustantivos de su pretensión la aplicación de la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora de las formas de matrimonio y de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio, en relación con los arts. 101 del Código Civil y 160 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por el Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.
- Previa sustanciación del oportuno procedimiento y de la celebración de la vista oral, el Juzgado de referencia dictó Sentencia con fecha 14 de noviem-

bre de 1995, por la que desestimó en su integridad la demanda así formalizada, apoyando su fallo en un único fundamento jurídico en el que se exponía que la disposición adicional décima, regla 5, de la Ley 30/1981, no era de aplicación al supuesto de autos por cuanto el mismo, por remitirse al art. 101 del CC, se refiere exclusivamente a los supuestos de pérdida de la pensión concedida a uno de los cónyuges en los casos de nulidad, separación y divorcio, por convivencia *more uxorio,* pero no de pérdida de la pensión de viudedad, que aparecían regulados, teniendo en cuenta la fecha del fallecimiento de D. José Manuel (el 6 de abril de 1992), en el art. 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, en relación con el art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

- Contra la referida Sentencia, la representación de doña María Jesús formalizó recurso de suplicación sustanciándose en el rollo núm. 3320/96 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En el citado rollo de suplicación, el Tribunal, una vez cumplimentado el trámite de audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal previsto en el art. 35.2 de la LOTC, dictó Auto, en fecha 14 de noviembre de 1997, acordando elevar cuestión de inconstitucionalidad, por estimar que le planteaba dudas la conformidad con el principio de igualdad recogido en el art. 14 de la CE, de la disposición adicional décima, regla 5, de la Ley 30/1981, de 7 de julio, reguladora de las formas de matrimonio y del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- El Tribunal Constitucional estimó la cuestión y declaró la inconstitucionalidad de la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código Civil de "vivir maritalmente con otra persona".

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Fundamentación jurídica del Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

La problemática en debate, señala la Sala proponente, consiste en precisar cuáles son los efectos que se deben asignar a una situación en la que el titular de una pensión de viudedad, reconocida al amparo del apartado 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, convive *more uxorio* con otra persona y, más concretamente, si tal circunstancia puede considerarse causa legalmente válida para acordar la pérdida de efectos de dicha pensión. Entiende, igualmente, que la indicada Ley 30/1981 es la que resulta de aplicación en este caso, ya que, producido el fallecimiento del causante en abril de 1992, no había sido publicado el texto refundido de la vigente Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, cuyo art. 174.3 transcribe las previsiones de la referida disposición adicional décima.

El planteamiento por parte de este órgano judicial de la presente cuestión de inconstitucionalidad resulta, a su juicio, obligado, conforme recogen las previsiones del art. 5.2 LOPJ, pues la invocación ante la Sala de la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 se lleva a cabo por quien obtiene un beneficio con su aplicación y ejercita un legítimo derecho a reclamar las consecuencias que de aquélla derivan. Ciertamente, entiende la Sala, que no es indiferente para D.ª M.ª Jesús el pasar a percibir un 5 por 100 de la pensión de viudedad devengado por D. José que un 100 por 100 de esa pensión, siendo necesario para obtener este último resultado la pérdida de efectos de la viudedad que disfruta D.ª Esther.

Considera la Sala que, por aplicación del juego conjunto de los mandatos contenidos en la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 y en el art. 101 del Código Civil, el recurso interpuesto por D.ª M.ª Jesús debería ser estimado.

Los argumentos de que se vale para defender tal interpretación son los siguientes:

a) Un primer argumento de corte legal, a tenor del cual la indicada disposición adicional décima es una norma reguladora del derecho a la pensión de viudedad dentro del sistema de Seguridad Social, aunque se encuentre ubicada dentro de una ley de naturaleza eminentemente civil.

b) El segundo argumento tiene fundamento jurisprudencial. Considera la Sala proponente que los únicos casos en los el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han tenido ocasión de pronunciarse sobre el problema relativo a la extinción de pensión de viudedad por convivencia extramarital de su titular ratifican la postura por ella mantenida.

Así, la STC 126/1994, de 25 de abril, se refería a un supuesto de hecho en el que una persona había obtenido pensión de viudedad derivada de quien era su marido al tiempo de fallecer, sin que ella o el causante hubieran contraído ningún otro matrimonio ni hubieran generado distinta pensión de viudedad al amparo de la normativa contenida en la Ley 30/1981. El Tribunal Constitucional considera que "no existe en la legislación vigente de la Seguridad Social reguladora de las prestaciones por supervivencia una norma expresa que establezca que la convivencia de hecho es causa de extinción de la pensión de viudedad", a lo que añade que "una excepción a esta regla es la disposición adicional décima de la Ley 30/1981", concluyendo que "el que sea constitucional la opción legislativa de exigir la convivencia matrimonial como requisito para la concesión de determinadas prestaciones no justifica que pueda judicialmente declararse, sin que la ley así lo establezca expresamente, la pérdida de un derecho a pensión causada en un anterior matrimonio por una convivencia *more uxorio* tras el fallecimiento del anterior marido". Tras estos razonamientos, concluyó que la recurrente había perdido una pensión que le había sido previamente reconocida "por aplicación de un precepto restrictivo de derechos al margen de los supuestos de hecho para los que fue concebido", dado que su pensión de viudedad no había sido reconocida en aplicación de la Ley 30/1981, de forma que el recurso de amparo es estimado.

También se fundamenta el Auto de planteamiento en la Sentencia del Tribunal Supremo de casación para unificación de doctrina de fecha 14 de abril de 1994. De la doctrina sentada en dicho pronunciamiento deduce la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que, según el Tribunal Supremo, el apartado 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 sólo se refiere a las pensiones de viudedad causadas en caso de concurrir una de las situaciones de nulidad, separación o divorcio que regula dicha Ley, con la necesaria consecuencia de entender que en tales casos sí existe norma legal que amplía los supuestos de extinción de efectos de la pensión de viudedad regulados en el art. 11 de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, permitiendo declarar judicialmente la

pérdida de esa pensión causada en anterior matrimonio cuando su titular conviva *more uxorio* con otra persona tras el fallecimiento del cónyuge del que estuvo divorciado o separado legalmente o del que obtuvo la nulidad matrimonial.

Por consiguiente, entiende la Sala que siendo éste, precisamente, el caso objeto de debate en el presente litigio, existe una norma con rango de ley posterior a la Constitución que permite acoger la pretensión invocada por la recurrente en el sentido de privar de efectos a la pensión de viudedad que tiene reconocida D.ª Esther, ya que ésta se encuentra conviviendo de hecho con un tercero.

c) La interpretación de la referida disposición legal y su aplicación jurisprudencial suscitan a la Sala proponente dudas sobre la constitucionalidad de la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, ya que el tratamiento legal que en ella se dispensa a la pensión generada en favor de quien obtuvo la nulidad, divorcio o separación legal con el sujeto causante de la viudedad vulnera, a su entender, el principio de igualdad en la ley, en cuanto la causa de extinción de la pensión de la que son titulares las personas mencionadas supone un tratamiento discriminatorio en relación con el que se asigna al viudo o viuda que no se encuentra en una de las situaciones legales descritas.

Entiende la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que resulta innegable la diferencia de trato que la ley establece en la norma de referencia en relación con la pensión de viudedad causada en casos distintos a los que en ella se recogen. Esta distinción se evidencia en dos supuestos. Por una parte, en el de la pensión de viudedad devengada por quien contrajo un solo matrimonio y no fue anulado, ni se divorció o separó legalmente de su cónyuge, pues, en tal caso, el viudo o viuda percibirá pensión aun cuando conviva *more uxorio* con otra persona. Y, por otra, en el de la pensión de viudedad devengada por quien contrajo dos o más matrimonios, pues, en tal supuesto, el o los cónyuges cuyo matrimonio fue anulado, o se encuentren divorciados o legalmente separados que obtuvieron dicha clase de pensión la perderán en el caso de convivir maritalmente con otra persona, mientras que el viudo que tenía reconocido vínculo matrimonial al tiempo del fallecimiento del causante no la pierde aunque mantenga ese mismo tipo de convivencia. En el caso concreto que sirve de base a esta cuestión, esto supone que D.ª M.ª Jesús puede instar la pérdida de efectos de la viudedad que disfruta D.ª Esther, mientras que D.ª Esther no podría iniciar una actuación similar respecto a la D.ª M.ª Jesús ya que esta última era cónyuge de D. José al tiempo de su fallecimiento y su pensión no fue recocida por mor de la Ley 30/1981, de forma que tampoco le alcanzan las previsiones de la regla 5 de su disposición adicional décima. La igualdad de los supuestos de hecho sujetos a comparación es manifiesta, pues la pensión de viudedad devengada en favor del cónyuge viudo o de quien lo fue antes de la anulación del matrimonio, divorcio o separación legal es la misma en todo su régimen jurídico, con la sola de sus causas de extinción.

A lo anterior añade la Sala proponente que la diferencia de trato legal expuesta resulta carente de justificación. Tal afirmación se sustenta en dos motivos. En primer lugar, en el hecho de que la conducta que conlleva la pérdida de la pensión sólo es tomada en cuenta por el legislador en un único supuesto de entre los varios que permiten el acceso a la viudedad. Y, en segundo lugar, en la circunstancia de que la causa de extinción de la pensión que se viene considerando resulta extraña a los fines pretendidos por el legislador a la hora de establecer el reconocimiento del derecho a viudedad. Precisa en este punto el Tribunal Superior de Justicia que no resulta determinante para la resolución del caso la cuestión relativa a que la mera convivencia *more uxorio* no permite generar pensión de viudedad, al considerar

la Sala que no resulta relevante el argumento a tenor del cual la ley no puede privar de pensión a una persona por convivir maritalmente con otra, cuando, al no existir matrimonio, esa convivencia no es suficiente para generar viudedad, una vez que la STC 184/1990 declaró la conformidad constitucional de la norma primera de la disposición adicional quinta de la Ley 30/1981, que exige el matrimonio para el devengo de la pensión de viudedad.

Continúa su argumentación el órgano judicial en su Auto de planteamiento señalando, ahora con fundamento en la STC 184/1990, que si la *ratio* o finalidad perseguida en el actual sistema de Seguridad Social para establecer la pensión de viudedad consiste en paliar una situación de desequilibrio económico que sobreviene ante la desaparición de un trabajador o pensionista para quien es su cónyuge supérstite, o fue con anterioridad su esposo o esposa parece razonable entender que la percepción de aquella prestación ha de mantenerse en tanto subsista esa causa que motivó su establecimiento legal. Esto supone, continúa su razonamiento, que sólo podrá acordarse la extinción de la pensión de viudedad cuando se acredite que, tras su concesión, ha sobrevenido una circunstancia que evidencie la desaparición de esa situación de desequilibrio económico, lo que quiere decir que puede estar justificado el que el legislador entienda que cuando se da la convivencia *more uxorio* con otra persona distinta al causante de la pensión, esta nueva persona suple con sus ingresos los percibidos por quien mora con él en concepto de pensión de viudedad, de donde podría resultar admisible la pérdida de dicha pensión, pues habría desaparecido la causa o razón de ser que propició su reconocimiento. Concluye la Sala proponente señalando que, en todo caso, el elemento que hay que destacar en ese planteamiento es que lo relevante en aras a la extinción de la viudedad no sería el hecho en sí de la convivencia del viudo o viuda con otra persona, sino la aparente presunción de que esa nueva persona con la que se convive aporta unos ingresos suficientes para el mantenimiento de la nueva comunidad de hecho que se ha constituido.

Ahora bien, entiende la Sala que si éste fuera el razonamiento que aparentemente podría justificar el trato legal introducido en la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, falta por explicar por qué ese mismo tratamiento no se dispensa al viudo o viuda que obtuvo su pensión al margen de la Ley 30/1981, pues también en su caso la convivencia extramatrimonial denotaría la suplencia de rentas dejadas de obtener al perder la pensión de viudedad y, sin embargo, la ley no acuerda en este caso la extinción de la pensión. De ahí que entienda el Auto de planteamiento que esa diferencia de trato entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por un vínculo conyugal no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad, sino que responde a causas totalmente ajenas, que no son otras sino el distinto estado civil que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular de la misma, factor este de diferenciación que no parece reunir la cualidad de elemento razonable y constitucionalmente exigible para descartar la discriminación ante supuestos de hecho que reciben diferente trato legal. Se trata, en definitiva, de constatar la distinta incidencia que el legislador asigna, en materia de pensión de viudedad, a la convivencia *more uxorio* de su titular con otra persona distinta al sujeto que la generó, en función del estado civil que entre beneficiario y causante existía en la fecha del fallecimiento de este último.

d) Concluye, finalmente, el Auto de la Sala del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco por el que se plantea la presente cuestión de inconstitucionalidad que las anteriores consideraciones le llevan a defender que la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 no se acomoda a la Constitución, pues si la convivencia *more uxorio* con una persona con la que no existe

vínculo conyugal es perfectamente lícita en el marco de nuestro ordenamiento legal, de este hecho lícito —que se contempla en abstracto por la ley, sin atender a la efectiva aportación de algún ingreso a la comunidad de convivencia— no puede deducirse la privación de una pensión de viudedad cuando tal medida no guarda relación alguna con la finalidad que persigue la ley al acordar su establecimiento, máxime cuando sólo en los casos concretos de cónyuges con matrimonio anulado, divorciados o separados opera esa circunstancia como causa legal de extinción de la pensión, sin que exista justificación razonable que explique ese diferente trato legal con respecto al cónyuge viudo.

2. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

El Fiscal General del Estado formuló alegaciones en las que sostiene la inadmisión de la cuestión de inconstitucionalidad planteada. En las mismas el Ministerio público procede al análisis del "juicio de relevancia" (art. 37.1 LOTC) afirmando que el criterio de selección y aplicación de la norma cuestionada es competencia del órgano jurisdiccional por lo que debe considerarse adecuada la exclusión en el supuesto de autos de la norma contenida en el art. 174.3 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, al estimar que el fallecimiento de causante de la pensión de viudedad se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de dicha disposición. Considera el Fiscal adecuado subsumir el supuesto de hecho dentro de los previstos transitoriamente por la regla 3 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, que prevé la distribución a prorrata de la pensión de viudedad generada por aquellas personas que, por aplicación de la referida Ley, hubieran obtenido el divorcio de su primer cónyuge y contraído nuevas nupcias, dejando a su fallecimiento más de una persona con la que hubieran mantenido ese estado civil, de tal manera en que dichos supuestos ordenaba distribuir los derechos de viudedad entre todos ellos, en proporción al tiempo en que hubieren vivido con el cónyuge fallecido.

Considera, igualmente, que los casos contemplados en la STC 126/1994 o la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1994 difieren del presente. Tal diferencia estriba en que mientras los supuestos de hechos a que se referían las anteriores resoluciones hacían referencia a pensiones de viudedad obtenidas con anterioridad a la vigencia de la Ley 30/1981 y, en consecuencia, sus disposiciones no le eran de aplicación, en el caso presente los hechos se produjeron durante la vigencia provisional de dicha norma por lo que dicha norma resultaba de aplicación. Y, concluye, "de ser de aplicación la indicada regla 3, por tratarse de un supuesto generado durante su vigencia, es evidente que la regla 5 de la misma disposición adicional le es, también, de aplicación y, por consiguiente, el Tribunal tenía que hacer uso de la misma para aplicarla o no en función de la valoración de los hechos sometidos a su enjuiciamiento".

Procede el Ministerio Fiscal al estudio del segundo de los requisitos de admisibilidad, esto es, si la cuestión resulta notoriamente infundada. Tal conclusión alcanza el Fiscal en su informe fundándola en los siguientes motivos. En primer lugar, considera que el derecho a la percepción de una pensión de viudedad es, en principio, un derecho de configuración legal que se encuentra amparado por el art. 41 de la CE, correspondiente al legislador, en consecuencia, su desarrollo normativo con la determinación de las situaciones y condiciones en que hayan de establecerse las diferentes prestaciones asistenciales a las que tengan derecho los ciudadanos. Por consiguiente, a su juicio, no atenta contra el art. 14 de la CE, que a diferentes situaciones jurídicas relacionadas con el estado civil del beneficiario de una pensión de viudedad (casado o divorciado, separado o cuyo matrimonio haya sido anulado) se establezcan consecuencias distintas en relación con tales prestaciones y

sus circunstancias. Y, en segundo término, tampoco se trata, entiende, de situaciones equiparables teniendo en cuenta que el origen del cese de la convivencia matrimonial en uno y otro caso es diferente. En definitiva, los términos de comparación que aduce el órgano jurisdiccional para estimar la existencia de un trato legislativo discriminatorio no parten de situaciones iguales y, por consiguiente, a situaciones desiguales conforme a la Constitución tratamientos legislativos diferentes.

3. Alegaciones del Abogado del Estado.

Nada objeta el Abogado del Estado a la aplicabilidad de la norma al caso concreto y, por lo tanto, al planteamiento de esta cuestión desde el punto de vista de sus requisitos formales, si bien mantiene una posición contraria en cuanto al fondo.

a) En primer lugar, procede a analizar en su escrito de alegaciones la cuestión relativa a la supuesta identidad en las posiciones subjetivas de los partícipes en la pensión. Considera el Abogado del Estado que el rechazo de la convivencia marital como causa de extinción de la pensión no se sitúa en una especie de contradicción intrínseca de este efecto con alguna regla o principio constitucional, sino en su desigual proyección personal. El Auto de planteamiento parte de la previa aceptación del razonamiento que justificaría en sí mismo la pérdida del derecho a la pensión por causa de ulterior convivencia marital, al razonar que puede estar justificado que el legislador entienda que cuando se produce la convivencia *more uxorio* del pensionista con otra persona distinta del causante de la pensión esta nueva persona suple con sus ingresos los percibidos en concepto de pensión, de donde podría resultar admisible la pérdida de dicha pensión. Ahora bien, si fuera la razón antedicha la verdadera causa de extinción de la pensión, quedaría por explicar, añade el auto, por qué no se dispensa ese mismo trato al viudo o viuda que obtuvo su pensión al margen de la Ley 30/1981. En suma, la diversidad de trato entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por vínculo conyugal no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión. Considera, por ello, el Abogado del Estado que la lesión constitucional apreciada por la Sala no estriba en la configuración de la convivencia *more uxorio* como causa extintiva de la pensión, sino en su desigual manejo o aplicación por el legislador ante dos pensiones de viudedad que no sólo reconocen una identidad de presupuestos, sino una misma e idéntica finalidad en el sistema de Seguridad Social.

b) Entiende la abogacía del Estado, en segundo lugar, que si bien por razón de los presupuestos, no cabe duda de que es posible aislar e identificar elementos comunes, en los que participan tanto el cónyuge supérstite como el cónyuge divorciado, junto a estos aspectos de semejanza, hay que reparar también en una fundamental diferencia que impide emplear incluso una misma terminología —de viudos— para los dos pensionistas. El cónyuge cuyo matrimonio se disuelve con el fallecimiento del causante, es quien detenta de manera exclusiva la condición de cónyuge viudo o cónyuge supérstite, circunstancia individualizadora de un estado civil, como señala el auto, y productora de intensos efectos jurídicos tras el fallecimiento de su cónyuge. El reconocimiento de derechos legitimarios y sucesorios en favor del viudo revela esta singular posición, cuya legitimidad constitucional no deriva simplemente de un libre arbitrio del legislador, sino de las propias normas constitucionales que, como el art. 39 de la CE, aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. El cónyuge divorciado —aunque convencionalmente usemos esta expresión— no es tal cónyuge en sentido jurídico, porque, a causa del divorcio, ha perdido, precisamente, esta cualidad. Se trata, en definitiva, de un extraño; un acreedor, como significativamente lo llama el art. 101

del CC. Nada más. No existe, por lo tanto, concluye el Abogado del Estado, una identidad de presupuestos jurídicos entre la posición del viudo y del divorciado, por más que ambos lo sean de una misma persona.

c) Analiza, por último, la *ratio legis* de la norma cuestionada. Considera, en primer lugar, que la norma en cuestión, contiene una remisión al art. 101 del CC, siendo precisamente esta remisión la que provoca el efecto potencialmente estimativo del recurso de suplicación, y sobre el que la Sala plantea su duda de constitucionalidad. Es obvio que en esta cuestión no se está juzgando, añade, la constitucionalidad de ninguna norma civil, sino en cuanto resulta incorporada al régimen regulador de las pensiones públicas por obra de la referida remisión. Ello no obstante, considera la representación del Estado que será necesario examinar el alcance y justificación de la norma en el propio texto matriz, porque el Auto de planteamiento de la cuestión ha centrado el problema de la igualdad en la justificación o injustificación de las diferencias entre el viudo y el divorciado, y tal diferenciación tiene su sede propia en la regulación del derecho de familia. Nada podrá objetarse, concluye, a esta perspectiva metodológica de que parte el auto acerca del fundamento de la norma, aunque sí a su solución.

Señala el Abogado del Estado que si se parte del texto del Código Civil, deben reconocerse diferencias esenciales de trato entre aquellas dos figuras, tanto en vida del cónyuge luego causante de la pensión, como a raíz del fallecimiento de éste. Tales diferencias arrancan del conjunto de normas generales, que instituyen un amplísimo elenco de deberes recíprocos entre los cónyuges que obviamente no rigen para con los terceros: desde el deber de socorro mutuo hasta el conjunto de normas que estatuyen un amplio reconocimiento de mecanismos participativos y, en fin, el reconocimiento de derechos sucesorios, tanto legitimarios como *abintestato*. En el diseño de estos derechos, no se contiene condicionamiento alguno a la situación de necesidad del otro cónyuge: ni los mecanismos de participación, ni los derechos sucesorios ni, en general, los deberes recíprocos de los cónyuges están sujetos a la medida de las necesidades del otro. De la lectura de la STC 184/1990 y de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1995 se aprecia claramente que la pensión de viudedad participa, por así decirlo, de la naturaleza propia de los derechos económicos que se devengan por efecto del propio matrimonio. Del mismo modo que los mecanismos de participación o los derechos sucesorios no tienen una conexión concreta con situaciones de necesidad, las pensiones de viudedad —que tienden a procurar una función sustitutiva de aquellos derechos— tampoco deben vincularse a dicha exigencia. Sin embargo, continúa su razonamiento, el anterior esquema no resulta aplicable a las pensiones del divorciado o separado. Si atendemos a lo previsto en el art. 97 del CC, la pensión que según el referido precepto puede establecer la autoridad judicial se encuentra rigurosamente condicionada a que la separación o divorcio sea productora de un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique —además— un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. Se exige, pues, la acción conjunta de dos factores apreciados en su valor relativo, basado el uno en el desequilibrio en la respectiva posición de los cónyuges, y el otro consistente en la apreciación de un empeoramiento respecto de la posición anterior al divorcio o separación.

En la pensión del divorciado, no sólo su cuantía queda sujeta a la previa determinación de una necesidad, sino que la misma identificación del perceptor, y hasta la percepción o devengo mismos, quedan remitidos a la prudente fijación del juez. El Juzgador, según el art. 97 del CC, puede no disponer el devengo de esta pensión, puede disponer su pago a cargo de cualquiera de los cónyuges y, en fin, puede determinar su cuantía en función no sólo de las concretas

circunstancias que enumera, sino, como el precepto indica, teniendo en cuenta cualesquiera otras. A diferencia de la pensión del divorciado, la del viudo se encuentra prefigurada absolutamente en cuanto a su devengo (puesto que se devenga siempre y en todo caso); se encuentra también predeterminada su titularidad (en cuanto el beneficiario es invariablemente el supérstite); se halla también prefigurada su causa (que no es la apreciación circunstancial de una necesidad concreta sino el hecho objetivo del fallecimiento del cónyuge); en fin, también su cuantía está delimitada según la base reguladora, sin perjuicio de que deba soportar una eventual reducción, caso de concurrir con el separado o divorciado. Esta configuración diferencial explica que la situación de necesidad, no sólo sea determinante del reconocimiento de esta pensión para el divorciado, sino que su vigencia quede sometida a otros condicionamientos posteriores. De este modo, el art. 100 del CC dispone que, fijada la pensión, "sólo podrá ser revisada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno y otro cónyuge". En definitiva, la configuración de esta pensión sigue prácticamente el mismo esquema que el de los alimentos. En realidad, esta pensión constituye una forma peculiar de este derecho sin otra particularidad que la especial situación que la motiva y el no atenerse el Código a la exigencia de lo "indispensable", sino a parámetros propios.

d) Concluye el Abogado del Estado señalando que situados en un marco estrictamente económico o sociológico, no deja de ser cierto que tanto en la pensión de viudedad propiamente dicha como en la prevista para los casos de separación o divorcio, existe una finalidad compensadora; ahora bien, no puede olvidarse la muy distinta configuración técnica de unas y otras pensiones, lo que justifica que no puedan equipararse, como supone el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, porque esa misma diversidad en su diseño jurídico evidencia una distinta fundamentación. En la pensión de viudedad, la situación de desequilibrio que potencialmente pueda haberse producido entre los cónyuges, no es más que la justificación teórica de la propia institución, que se incardina así en el ámbito de una necesidad presunta, pero para lo que "resulta irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad" (STC 184/1990, FJ 4) . En cambio, en las pensiones de divorcio o separación, la necesidad no es ya el fundamento último de la pensión, sino expresión directa de su configuración positiva y elemento determinante de su devengo. Ello explica que la convivencia marital del cónyuge supérstite no sea otra cosa que un dato irrelevante, mientras que en las pensiones derivadas de separación o divorcio pueda contar como elemento de juicio para su concesión o para su subsistencia pues no cabe duda de que, en un plano general, el hecho de la convivencia permite fundar razonablemente una presunción legal de mejora y de mayor holgura económica del separado o divorciado. Precisamente por ello, si la pensión del art. 101 del CC está permanentemente vinculada a una situación de necesidad, no puede ser lógico que la pensión, una vez devengada, sea insensible a hechos o situaciones que pudieron y debieron tenerse en cuenta a la hora de su concesión.

4. Fundamentación jurídica del Tribunal Constitucional.

a) Delimitación de las dudas de constitucionalidad.

Antes de proceder al estudio de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el órgano jurisdiccional es necesario destacar una serie de aspectos que permitirán una mejor delimitación de las dudas de constitucionalidad suscitadas por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, partiendo de la base de que, como ha señalado este Tribunal, es, en principio, al Juez promotor de la cuestión a quien corresponde determinar cuáles son efectiva-

mente las normas aplicables al caso que ha de decidir (STC 15/1994, de 20 de enero, FJ 2).

Pues bien, los aspectos que han de tenerse en cuenta a los efectos de la adecuada delimitación de la materia son los siguientes. En primer lugar, que la resolución que plantea la cuestión de inconstitucionalidad considera que no es aplicable al supuesto de autos la norma contenida en el art. 174.3 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que recoge un texto legislativo semejante a la norma que es cuestionada, pero que, en el presente caso, no es de aplicación. Es, de este modo, la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, la que resulta de aplicación en este caso, ya que, producido el fallecimiento del causante en abril de 1992, no había sido publicado el texto refundido de la vigente Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

La disposición adicional décima de la Ley 30/1981, desde su previa declaración de provisionalidad ("con carácter provisional en tanto se dé una regulación definitiva en la correspondiente legislación"), regula el derecho a las pensiones de Seguridad Social de los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, evitando que la ruptura o interrupción del vínculo matrimonial ponga fin a las prestaciones de Seguridad Social ya reconocidas a favor del cónyuge y los descendientes por razón de matrimonio o filiación (apartado 1). La norma aborda, igualmente, la regulación de los supuestos en que no hubiera podido contraerse matrimonio por impedirlo la legislación anteriormente vigente, habiendo fallecido el causante, extendiendo a aquél los beneficios (apartado 2); el reconocimiento del derecho a pensión en proporción al tiempo de convivencia, del cónyuge separado y del divorciado (apartado 3); o la equiparación de quienes se encontrasen en situación legal de separación y quienes hubiesen visto disuelto su matrimonio, a efectos de generar derechos pasivos en relación con sus ascendientes o descendientes (apartado 4). Finalmente la norma 5 de aquella disposición ordena que "los derechos derivados de los apartados anteriores quedarán sin efecto en cuanto al cónyuge en los supuestos del artículo ciento uno del Código Civil", el cual establece como causa de cesación de la pensión conyugal derivada de la nulidad, separación o divorcio la "convivencia marital con otra persona".

En segundo término el órgano jurisdiccional estima relevante para la decisión final del recurso la aplicación de la disposición adicional cuestionada, por cuanto aduce, con argumento que denomina legal, que "por aplicación del juego conjunto de los mandatos contenidos en la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 y en el art. 101 del CC, el recurso interpuesto por la Sra. Meaza debería ser estimado". Como pone de relieve el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, el supuesto de autos sometido a enjuiciamiento fue regulado precisamente por esta disposición y, por ello, el Instituto Nacional de la Seguridad Social distribuyó la pensión de viudedad entre la demandante, que ostentaba la condición de cónyuge supérstite al fallecimiento del Sr. M.B., y el anterior cónyuge de quien éste se había divorciado, la demandada doña Esther Castro Varela, correspondiéndole a aquélla el 5 por 100 del haber y a la segunda el 95 por 100 restante. El supuesto de hecho se encuentra, en consecuencia, contenido dentro de los previstos transitoriamente por esta norma quinta de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981 y, por tanto, la resolución de la presente cuestión debe quedar circunscrita, exclusivamente, a los limitados contornos de aquella disposición.

b) Precisiones sobre la disposición legal objeto de la cuestión de inconstitucionalidad.

Alguna precisión debe efectuarse sobre la disposición legal objeto de la cuestión de

inconstitucionalidad, dado que la misma ha quedado derogada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social que, en su disposición derogatoria única, establece que, a partir de su entrada en vigor, perderá su vigencia: "la regla 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio".

A tal efecto, conviene recordar que, a diferencia de lo que, por regla general, acontece en el recurso de inconstitucionalidad, en la cuestión, la derogación de la norma legal objeto del proceso no impide el juicio de constitucionalidad sobre la misma, toda vez que la posible aplicación de la norma derogada en el proceso *a quo* puede hacer necesario el pronunciamiento de este Tribunal (STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 2). Por ello, se dice en nuestra STC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 2, "podrían justificarse soluciones distintas en cuanto a la desaparición de la razón del proceso", "pues mientras en el recurso directo la derogación, por lo común, extinguirá el objeto, en la cuestión de constitucionalidad la solución puede ser otra por cuanto la validez de la norma —aun derogada— puede requerir un juicio de constitucionalidad". En efecto, éste puede condicionar la decisión judicial en un proceso pendiente, que plantea un problema vivo, lo que justificaría la supervivencia de la norma cuestionada aunque sólo fuere para esa particular controversia. Así, en las cuestiones de inconstitucionalidad, los efectos extintivos sobre el objeto del proceso como consecuencia de la derogación o modificación de la norma cuestionada vienen determinados por el hecho de que, tras esa derogación o modificación, resulte o no aplicable dicha norma en el proceso *a quo* y de su validez dependa la decisión a adoptar en éste (SSTC 111/1983, de 2 de diciembre, FJ 2; 199/1987, de 16 de diciembre, FJ 3; 385/1993, de 23 de diciembre, FJ 2).

En este sentido, conviene recordar que la cuestión de inconstitucionalidad responde en el diseño constitucional a un mecanismo de control en el que los hechos y las pretensiones deducidas acotan y delimitan el ámbito del juicio de constitucionalidad y que los requisitos que para su planteamiento establecen los arts. 163 de la CE y 35 de la LOTC pretenden evitar que las cuestiones de inconstitucionalidad se conviertan en un mecanismo abstracto de control normativo. Por todo ello, y dado que, como requiere nuestra doctrina, la norma cuestionada resulta aplicable en el proceso *a quo* y de su validez depende la decisión a adoptar en éste, debe concluirse la plena vigencia de la cuestión de inconstitucionalidad planteada sin que la misma se haya visto afectada en su objeto por la derogación de la norma 5 de la Ley 30/1981 efectuada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

c) Contradicción entre la norma cuestionada y el mandato de igualdad contenido en el art. 14 de la CE.

Precisadas las anteriores cuestiones, el órgano jurisdiccional halla la posible contradicción entre la norma cuestionada y el mandato de igualdad contenido en el art. 14 de la CE en dos supuestos de hecho sobre los que construye la posible discriminación en la que pueden encontrarse los que hubieren percibido una pensión de viudedad reconocida por la disposición adicional décima, norma 5, de la Ley 30/1981. Por una parte, en el de la pensión de viudedad devengada por quien contrajo un solo matrimonio no anulado, ni se divorció o separó legalmente de su cónyuge, pues, en tal caso, el viudo o viuda percibirá pensión aun cuando conviva *more uxorio* con otra persona. Y, por otra, en el de la pensión de viudedad devengada por quien contrajo dos o más matrimonios, pues en tal supuesto el o los cónyuges cuyo matrimonio fue anulado, o se encuentren divorciados o legalmente separados, que obtuvieron dicha clase de pensión, la perderán en el caso de convivir maritalmente con otra persona, mientras que el viudo que tenía reconocido vínculo matrimonial al tiempo del

fallecimiento del causante no la pierde aunque mantenga ese mismo tipo de convivencia.

En el primero de ellos, considera el Tribunal proponente, se aprecia la existencia de un diferente trato legislativo, a su juicio discriminatorio, entre el supuesto de hecho que es sometido a su enjuiciamiento, y el del caso de convivencia *more uxorio* de quien percibe una pensión de viudedad sin haber anulado o disuelto su matrimonio o haberse separado legalmente. A continuación señala el Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco como término de comparación la situación en la que se encuentran las dos personas que, en vida de D. José, mantuvieron una relación conyugal con el mismo, señalando que, por aplicación de la norma contenida en la disposición adicional cuestionada, en un caso (el de la Sra. Castro Varela) podría perderse la parte proporcional de la pensión de viudedad si se hubiere acreditado la convivencia *more uxorio,* y, en el otro caso (el de D.ª M.ª Jesús), no. Sobre la base de los dos supuestos de hecho expuestos, considera la Sala de lo Social que se produce una verdadera discriminación contraria al art. 14 de la CE porque no existe justificación razonable que explique el diferente trato legislativo deparado a la extinción del derecho a percibir una pensión de viudedad en los casos concretos de cónyuges con matrimonio anulado, divorciados o separados por mantener una convivencia de mero hecho con otra persona y, sin embargo, no extinguirse dicho derecho de viudedad cuando la persona que mantiene la relación de convivencia de hecho es el cónyuge viudo.

La comparación que hace la Sala proponente de la cuestión descansa en la apreciación de una diversidad de trato entre dos personas en quienes se reconoce una misma cualidad: la de perceptores de una pensión, causada por un mismo causante y por el mismo e idéntico motivo de haber contraído matrimonio con éste. La disolución del matrimonio sería también un dato común a ambos sucesivos cónyuges del causante común, en cuanto la extinción o cesación del vínculo, siquiera ocurrido en distintos momentos de tiempo, sería el presupuesto determinante del devengo de las pensiones o, más exactamente, del llamamiento a compartir una misma pensión. Esta comunidad de presupuestos entre los perceptores de la pensión le permite concluir la igualdad de los supuestos de hecho sujetos a comparación.

d) Consideraciones generales sobre el principio de igualdad.

Pasando al estudio de las dudas que aduce el órgano judicial en relación con el principio de igualdad ante la Ley establecido en el art. 14 de la CE, es necesario partir de la reiterada doctrina constitucional sobre dicho principio. Es oportuno traer a colación en este momento la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la igualdad en la ley, que puede considerarse resumida en el fundamento jurídico 1 de la STC 144/1988, de 12 de julio, en el que se declaró que el principio de igualdad prohíbe al legislador "configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria".

Ahora bien, lo propio del juicio de igualdad es su carácter relacional conforme al cual se "requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que las situaciones subjeti-

vas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Sólo una vez verificados uno y otro presupuestos resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5)".

Así pues, "el juicio de igualdad *ex* art. 14 de la CE exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del citado precepto es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas" (SSTC 212/1993, de 28 de junio, FJ 6, 80/1994, de 13 de marzo, FJ 5, entre otras). Por ello toda alegación del derecho fundamental a la igualdad precisa para su verificación un *tertium comparationis* frente al que la desigualdad se produzca, que ha de consistir en "una situación jurídica concreta en la que se encuentren otros ciudadanos u otros grupos de ciudadanos" (ATC 209/1985, de 20 de marzo, FJ 2). Así, puede decirse que dos individuos son iguales, esto es, pertenecen a la misma clase, cuando en ellos concurre una cualidad común, un *tertium comparationis* que opera como elemento definitorio de la clase, y son desiguales, cuando tal circunstancia no se produce. Conviene, por todo ello, examinar, en primer término, si los supuestos de hecho aportados por el órgano judicial como término de comparación guardan la identidad que todo juicio de igualdad requiere.

e) Comparación de situaciones.

El Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, como ya se expuso, considera existente un término de comparación adecuado en la situación en la que se encuentran las dos personas que, en vida de D. José, mantuvieron sucesivamente una relación conyugal con el mismo, señalando, sobre esa base, que se produce una discriminación contraria al art. 14 de la CE, porque no existe justificación razonable que explique el diferente trato legislativo deparado a la extinción del derecho a percibir una pensión de viudedad en los casos concretos de cónyuges de matrimonio anulado, divorciados o separados por la mera acreditación de mantener una convivencia de mero hecho con otra persona, y la no extinción de dicho derecho de viudedad, cuando la persona que mantiene la relación de convivencia de hecho es el cónyuge viudo, indicando como términos de comparación los dos que han quedado precisados en el fundamento jurídico 3.

Normativamente es necesario precisar que todos los supuestos contemplados en la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modifica la regulación del matrimonio y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, parten de la base de una pensión concedida o derivada de las situaciones de nulidad, separación o divorcio. Por su parte, el art. 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, que desarrolla reglamentariamente, en cuanto a la extinción de la pensión de viudedad, el art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social, establece, en su apartado a), que la pensión de viudedad se extinguirá por contraer nuevas nupcias. De la referida regulación se deduce, así como de la interpretación previa de las normas 1 y 3 de la referida disposición adicional, que la remisión que la norma 5 hace al art. 101 del CC sólo debe entenderse referida a los supuestos concretos que de forma específica regula la mencionada disposición adicional. Esto es, a los casos de pensiones relacionadas con situaciones de separación o divorcio del beneficiario, pero no en las pensiones del viudo no separado legalmente, sea cónyuge único del causante, o concurra como titular de pensión con quienes con anterioridad a él fueran cónyuges del mismo causante, criterio interpretativo este avalado

por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En esta misma línea cabe situar, como pone de relieve el Tribunal proponente, nuestra STC 126/1994, de 25 de abril, en la que se dio una interpretación restrictiva al ámbito de aplicación del art. 101 del CC, limitándose tan sólo su aplicación a los supuestos de pensiones de viudedad que traigan su causa de separación, divorcio o nulidad, pero que, como puso de manifiesto el Voto particular que la acompañaba, dejó "imprejuzgada la constitucionalidad de la propia norma".

Dando por sentado, pues, como dato de partida, que la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, se aplica sólo a los cónyuges supervivientes al causante que se encuentren en los casos de separación o divorcio, pero no a los viudos que convivan con aquél al tiempo de su muerte, puede concluirse que los dos términos de comparación que propone el Auto pueden en realidad reducirse a uno, que es el definido por la condición de viudo conviviente con el causante. Es ésta la cualidad común que define, como decimos, el término de comparación, pues el hecho de que sea cónyuge único o cónyuge concurrente con otro anterior cónyuge divorciado no aporta ninguna singularidad a cada caso desde la óptica de la necesaria comparación. Lo que cuenta en definitiva es que los viudos, cónyuges únicos o concurrentes con un anterior cónyuge divorciado, no se encuentran concernidos por la disposición adicional décima, ni por tanto les alcanza lo dispuesto en la norma 5 de ésta. Y es ése el hecho que constituye el dato relevante del término de comparación del tratamiento de los cónyuges incluidos en el ámbito de la referida norma 5. Simplificados de este modo los términos sobre los que se cifra el juicio de igualdad, debe procederse a comprobar si las situaciones de los viudos convivientes con el causante al morir éste y de los cónyuges separados (que son también viudos) o divorciados son iguales o no, como paso previo para admitir o no si su regulación legal diferenciada resulta constitucionalmente admisible.

Este Tribunal ha venido considerando que las diferenciaciones entre categorías de personas que un texto legal toma en consideración no carecen de fundamento razonable, de suerte que el legislador es libre de establecer respecto de cada una de ellas regímenes jurídicos diferenciados. No obstante, como señalara la STC 39/1992, de 30 de marzo, FJ 8, dicha solución no puede aplicarse de manera automática a todos los supuestos de concurrencia de puntos dispares en distintos regímenes jurídicos, porque ello equivaldría a dejar al arbitrio del legislador o del Gobierno la eficacia del principio de igualdad en la Ley, mediante el simple procedimiento de crear sistemas legales distintos, justificando tratamientos diferentes, aunque no concurriesen otras razones sustantivas (SSTC 39/1992, de 30 de marzo, FJ 8; 268/1993, de 20 de septiembre, FJ 2; 377/1993, de 20 de diciembre, FJ 3, y 291/1994, de 27 de octubre, FJ 4). El anterior criterio, sin desvirtuar el reiteradamente sentado por el Tribunal, permite excepcionalmente trascender en algún caso singular el mero aspecto formal de la diversidad de ordenamientos, si la misma notoriamente carece en algún punto de diferencias reales objetivas que funden la distinción, para fundamentar la razonabilidad y objetividad de la diferencia (STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 2). En el presente caso es evidente que dentro del grupo normativo aplicable a las pensiones de viudedad cabe apreciar la existencia de dos regímenes jurídicos diferenciados, constituidos, uno, por la regulación contenida en la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, y, otro, el que cabría calificar como "régimen común" establecido por el art. 160 de la LGSS de 1974, que constituye una regulación autónoma y diferenciada del pri-

mero, aplicando al presente caso el canon de enjuiciamiento antes apuntado. Se trata de este modo de constatar la relevancia constitucional de la distinta incidencia que el legislador asigna en materia de pensión de viudedad a la convivencia *more uxorio* de su titular con otra persona distinta al sujeto que la generó, en función del estado civil que existía entre el beneficiario y causante en la fecha de fallecimiento de este último.

Se hace necesario precisar que la presunta lesión constitucional apreciada por la Sala que propone la cuestión, a la que estrictamente debemos ceñirnos, no estriba en la configuración de la convivencia *more uxorio* como causa extintiva de la pensión, sino en su desigual manejo o aplicación por el legislador ante dos pensiones de viudedad, que no sólo reconocen una identidad de presupuestos, sino una misma e idéntica finalidad en el sistema de Seguridad Social. Como se ocupa de señalar en su Auto de planteamiento el Tribunal Superior de Justicia, no resulta determinante para la resolución del caso la cuestión relativa a que la mera convivencia *more uxorio* no permite generar pensión de viudedad una vez que la STC 184/1990, de 15 de noviembre, declaró la conformidad constitucional de la norma primera de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, que exige el matrimonio para el devengo de la pensión de viudedad. Y ello es así en la medida en que la situación de quien, teniendo su matrimonio anulado o estando divorciado o separado legalmente, se ve privado de su pensión por convivir con otra persona, sin obtener a cambio nueva viudedad cuando ésta fallezca, no resulta distinta en sus efectos jurídicos a la que se produce en el caso de quien, sin estar divorciado o separado previamente, convive extramatrimonialmente con otra persona y sin embargo no devenga viudedad.

Procede en este punto analizar si el distinto régimen jurídico que en relación a la extinción de la pensión de viudedad se contiene en la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, en relación con el establecido por el art. 160 de la LGSS, se funda en una diferencia real que justifique la razonabilidad y objetividad del distinto tratamiento jurídico. Es evidente que la regulación antes descrita conduce, como hemos dicho, a la aplicación de normativas distintas para regular un mismo tipo de pensiones: la Ley General de Seguridad Social de 1974 para los viudos *stricto sensu* convivientes con el causante en el momento de la muerte de éste (independientemente de que lo sean de un causante que hubiera contraído un único matrimonio con dicho viudo, o que hubiere contraído matrimonios anteriores extinguidos por divorcio), y la Ley 30/1981 para los cónyuges del causante cuyos matrimonios se hubieran extinguido por divorcio así como los legalmente separados de aquél. Y es evidente también que la diferencia entre los regímenes citados conduce a que una misma situación de hecho (la convivencia *more uxorio* del titular de la pensión de viudedad), en la que pueden encontrarse los diferentes beneficiarios, opera como causa extintiva de la pensión en unos casos (en los del cónyuge separado y en los de cónyuges divorciados) y no en otros (en los de viudos no separados, lo sean de un matrimonio único del causante, y por tanto sin concurrencia en el disfrute de la pensión con otros beneficiadores, o lo sean de un matrimonio del causante al que precedieron otros extinguidos por divorcio).

La constatación de un panorama de desigualdad resulta evidente. Una vez que a todos los cónyuges sin distinción se les otorga el derecho a la pensión de viudedad, la pensión de viudedad queda concebida como única pensión repartida entre todos los cónyuges supérstites, por lo que es evidente que no puede considerarse constitucionalmente admisible que la concreta causa de extinción de la pensión por convivencia *more uxorio* pueda aplicarse en unos casos y no en otros. Como pone de relieve el Auto de planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, si la convivencia *more uxorio* con una persona con la que no existe

vínculo conyugal es perfectamente lícita en el marco de nuestro ordenamiento legal, de este hecho lícito no puede deducirse la privación de una pensión de viudedad, cuando tal medida no guarda relación alguna con la finalidad que persigue la ley al acordar su establecimiento, máxime cuando sólo en los casos concretos de cónyuges con matrimonio anulado, divorciados o separados opera esta circunstancia como causa legal de extinción de la pensión, sin que exista justificación razonable que explique ese diferente trato legal con respecto al cónyuge viudo.

A lo anterior debe añadirse que la diferencia de trato que se introduce por la norma cuestionada entre unas y otras personas que estuvieron unidas con el causante por un vínculo conyugal no obedece a ninguna razón relacionada con la propia esencia o fundamento actual de la pensión de viudedad, sino que corresponde a causas totalmente ajenas, que no son otras sino el distinto estado civil derivado de la relación que mantenía con el causante la persona que tiene la condición de titular de la misma, factor este de diferenciación que, al margen de no reunir la cualidad de elemento razonable y constitucionalmente exigible para descartar la discriminación ante supuestos de hecho que reciben diferente trato legal, conlleva, en última instancia, una directa vulneración del art. 14 de la CE, y en particular de la prohibición de discriminación en función de "cualquier otra condición o circunstancia personal o social" a la que aquel precepto se refiere.

Como señalara la STC 177/1993, de 31 de mayo, FJ 2, "el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados". De este modo, dada la unidad de la pensión, en los supuestos examinados la diferenciación legal, al establecer dos sistemas de extinción distintos, incurre en una discriminación prohibida por el art. 14 de la CE, careciendo de la objetividad, suficiencia y razonabilidad requerida por nuestra doctrina, por lo que cabe declarar la reclamada inconstitucionalidad de la norma 5 de la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el art. 101 del Código Civil de "vivir maritalmente con otra persona".

TRIBUNAL SUPREMO

I. FILIACIÓN

1. *Nulidad de lo actuado en el procedimiento de reclamación e impugnación de la paternidad por no haberse nombrado un defensor judicial al menor habida cuenta de que existen intereses contrapuestos entre éste y su madre.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de noviembre de 2002.
Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Fernando interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª Laura, el menor D. Nicolás y D. Jorge, sobre reclamación e impugnación de filiación, solicitando se dicte sentencia por la que estimando la demanda: A) Se declare la nulidad del reconocimiento en su día otorgado por D. Jorge y, en todo caso, que no es padre del menor Nicolás, dejando sin efecto la referida paternidad. B) Se declare que D. Fernando es padre extramatrimonial del niño Nicolás. C) Que conforme a la legislación del Registro Civil se practiquen las rectificaciones correspondientes en el Registro Civil de Barcelona y en particular las siguientes: a) Se cancele la inscripción de reconocimiento de que el menor Nicolás es hijo de D. Jorge. b) Se inscriba la relación de filiación no matrimonial, existente entre D. Fernando y el referido

menor. c) Que en virtud del artículo 109 del Código Civil y concordantes de la Ley y Reglamento del Registro Civil, se haga constar en el Registro Civil que los apellidos del menor son los de T. y S. D) Que conforme a los artículos 154 y siguientes del Código Civil se atribuya la patria potestad sobre el menor Nicolás a sus padres no matrimoniales, D. Fernando y D.ª Laura, determinando también a cuál de los progenitores se atribuye la guardia y custodia, así como el régimen de visitas, comunicación y estancia, especialmente en períodos de vacaciones con el otro progenitor.

- Admitida a trámite la demanda por el demandado D. Jorge contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: dicte sentencia por la que se estime la excepción formulada, absolviendo a mi representado, D. Jorge y desestimando la demanda presentada, condenando en costas al demandante, D. Fernando.
- También por la demandada D.ª Laura se contestó a la demanda y terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia desestimando las pretensiones de la adversa, absolviendo a mi representada y a su hijo menor, y condenando expresamente en costas al actor, D. Fernando.
- En la comparecencia prevenida en el artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el demandante desistió de su demanda respecto de D. Jorge.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 18 de Barcelona dictó sentencia el 8 de noviembre de 1995 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Barcelona dictó sentencia el 18 de diciembre de 1996 desestimando el recurso interpuesto por D. Fernando.
- D. Fernando interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que declaró la nulidad de lo actuado, acordando que se procediese al nombramiento de un defensor judicial habida cuenta de la existencia de intereses contrapuestos entre la madre y el menor.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En la demanda alegaba que había mantenido relaciones sentimentales con la demandada Doña Laura, fruto de las que ésta dio a luz un hijo inscrito en el Registro Civil con el nombre de Nicolás y suplicaba que se declarara su condición de padre extramatrimonial del referido menor, se practicaran las correspondientes rectificaciones en el Registro Civil y se le atribuyera la patria potestad conforme a los artículos 154 y siguientes del Código Civil. Opuesta la demandada y el Ministerio Fiscal, tanto en sentencia dictada en primera instancia como en virtud de recurso de apelación, se desestimó íntegramente la demanda.

La Sala antes de examinar los motivos referidos transcritos en los antecedentes de

hecho se tiene que plantear de oficio como cuestión previa la verificación, dadas las características del litigio, de si se han observado el conjunto de garantías inexcusables de aplicación al mismo y cuya respuesta determinará si procede o no el examen de los motivos. (Sentencia de esta Sala para supuesto análogo de 5 de junio de 1997.)

Se ha ejercitado una acción de reclamación de paternidad e impugnación de filiación contra Doña Laura y su hijo, menor de edad, Nicolás. La demandada en su propio nombre y derecho y en representación de su hijo menor de edad, se ha opuesto a la misma, sin otra intervención en el proceso que la del Ministerio Fiscal.

El artículo 163 del Código Civil constituye el desarrollo del artículo 162.2; la representación legal de los padres en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando en la realización de uno o varios actos se compruebe la existencia de conflicto de intereses que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Una vez acreditado este extremo el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él. El nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas; siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que hay conflicto de intereses.

En la sentencia impugnada la oposición de la madre demandada tiene en cuenta, entre otras circunstancias, que su negativa a la práctica de la prueba biológica interesada tendría su justificación en el secreto con que la madre quiere mantener la paternidad del menor respecto de la persona generante del mismo, que ella manifiesta ser distinta del propio actor.

Parece necesario advertir que el carácter de orden público del estado civil determina el mismo régimen para la reclamación de filiación no matrimonial hecha por el hijo que pretende el reconocimiento de la paternidad, como la hecha por el padre que pretende el mismo reconocimiento.

En este caso son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los intereses del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona como del orden público del estado civil. El conflicto de intereses existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser éste contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos.

Conforme a lo previsto en el artículo 299 del Código Civil, el defensor judicial es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados cuando la persona que legalmente debe hacerlo, padres, tutores o curadores no lo hacen. Se trata de un cargo judicial porque es necesario una resolución judicial que acuerde su nombramiento. Cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así. (Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1994.)

En atención a lo previsto en el artículo 300 del mismo Código, el nombramiento ha de hacerse de oficio por decisión del Juez cuando conoce alguno de los supuestos en que se haga necesario.

Todo ello conduce a que la Sala de oficio y a tenor del artículo 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil decrete la nulidad de las actuaciones para permitir la actuación en el proceso del defensor judicial que nombre el Tribunal de instancia.

2. *Falta de legitimación de una hija fruto del primer matrimonio, para impugnar la filiación de otra obtenida a través del reconocimiento del padre ante el Registro Civil, siendo aplicable a este tipo de acciones el régimen relativo a la filiación matrimonial, al constar el segundo matrimonio del padre antes del reconocimiento.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Inés interpuso demanda de menor cuantía contra D. Paulino, D.ª Teresa, D.ª Aurora Alicia, D.ª María y contra el Ministerio Fiscal, sobre impugnación de paternidad y filiación, solicitando se dicte sentencia en virtud de la cual se declare: a) Que el hijo menor de Doña Teresa, nacido en Valencia, el día 16 de julio de 1978 e inscrito en el Registro Civil de dicha ciudad, como hijo no matrimonial, con el nombre de Javier y reconocido el día 15 de junio de 1985, como hijo no matrimonial por D. Paulino, no es hijo biológico del reconocedor, careciendo de la filiación paterna que le atribuye dicho reconocimiento. b) Que como consecuencia de ello, el reconocimiento efectuado por D. Paulino de la filiación paterna del expresado menor es radicalmente nulo y carente de todo efecto legal. c) Que la inscripción de tal reconocimiento efectuada en el asiento registral del expresado menor es nula y procede su cancelación. d) Condenar a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones así como al pago de las costas procesales.
- Admitida a trámite la demanda, D.ª María Teresa contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: "...dicte en su día sentencia acogiendo cualquiera de las excepciones alegadas, y si se entrara en el fondo del asunto, se desestime íntegramente la demanda interpuesta absolviendo a mi confirente y al menor en cuyo nombre actúa, de las pretensiones formuladas de contrario, con imposición de costas por imperativo legal". Por Providencia del Juzgado de fecha 8 de marzo de 1993, se declara en rebeldía al demandado D. Paulino, al no haberse personado. Igualmente, por providencia del Juzgado de fecha 5 de abril de 1993, se declara en situación de rebeldía a D.ª María y a D.ª Aurora.

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de La Laguna dictó sentencia el 22 de octubre de 1993 estimando la excepción de falta de legitimación activa y desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Tenerife dictó sentencia el 16 de mayo de 1996 desestimando el recurso.
- D.ª Inés interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Doña Inés, hija legítima de Don Paulino, habida de su matrimonio con Doña María, celebrado en Granada el día 21 de septiembre de 1967, formula demanda con fecha 25 de enero de 1993, en virtud del nuevo matrimonio contraído por su padre, después del divorcio del matrimonio referido, en Valencia con Doña María Teresa el día 14 de julio de 1985 y al haber reconocido al siguiente día al hijo extramatrimonial de su nueva esposa llamado Don Javier, nacido en Valencia el día 16 de julio de 1978; y en esta demanda ejercita dos acciones: A) La de nulidad radical de tal reconocimiento, por simulación absoluta, interesando que la inscripción del mismo efectuada en el asiento registral del expresado menor es nula y procede su cancelación. B) La de no ser hijo biológico del demandado Don Paulino el citado menor.

Los tres motivos del recurso se articulan a través del artículo 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil: El primero por infracción del párrafo primero del artículo 140, en relación con los artículos 119 y 120.1.º del Código Civil; así como de la doctrina del Tribunal Supremo, contenida en las sentencias de 19 de enero de 1990, 28 de marzo de 1994 y 23 de septiembre de 1996, en relación con la legitimación activa de la actora para el ejercicio de la acción de impugnación de paternidad. El segundo por infracción de los artículos 136, 138 y 140 del Código Civil. El tercero por infracción del artículo 140.2 del Código Civil.

Como expresa el Ministerio Fiscal procede el examen conjunto de los motivos expuestos pues de ser viable la excepción estimada de falta de legitimación activa en la demandante, se impide el conocimiento del asunto planteado, esto es, si la filiación vigente determinada por el reconocimiento efectuado por Don Paulino ante el encargado del Registro Civil de Valencia coincide con la verdad biológica.

Como expresa la sentencia y se pronuncia el Ministerio Fiscal, la reglamentación del Código Civil sobre legitimación para el ejercicio de acciones de impugnación de la filiación aparece inspirada por el principio de que la investigación de la verdad biológica debe resultar atemperado por la necesidad de preservar la paz familiar y la intimidad de las relaciones matrimoniales, de tal forma que se establece un sistema en el que la legitimación activa para impugnar una filiación matrimonial aparece mucho más restringida que aquella que se fija para impugnar una filiación no matrimonial, en cuyo caso es también más limitada si media posesión de estado (artículos 136 a 141 del Código Civil).

La doctrina aclara que el régimen de las acciones de reclamación de filiación y de impugnación del reconocimiento (cuando haya quedado determinada así la filiación) y de impugnación de la paternidad en la etapa extramatrimonial es el de las acciones de la filiación de esta clase. En cambio, la impugnación de la filiación (ya determinada), des-

pués del matrimonio de los padres es el de la filiación matrimonial. Por el matrimonio de los padres, el estado de filiación de los hijos habidos antes cambia de régimen y se cumple la prevención del artículo 119 de que el hecho de la filiación quede determinado legalmente con el hecho del subsiguiente reconocimiento. Este reconocimiento deja sin efecto la indeterminación de la filiación no matrimonial por interpretación *a contrario sensu* de la resolución de la Dirección General de los Registros de 22 de enero de 1988.

La invocación que hace la recurrente del artículo 140 del Código Civil, no puede aceptarse, pues alega que los derechos hereditarios que le correspondan en un futuro resultaran perjudicados por la filiación que impugna. Como expresa el Ministerio Fiscal este precepto se refiere únicamente a la filiación extramatrimonial y la legitimación activa no puede basarse en el mismo al tratarse de impugnación de una filiación matrimonial, a tenor de lo establecido en el primer párrafo del artículo 108 del Código Civil y en el citado artículo 119; ya que el padre y la madre del menor Don Javier, nacido el día 16 de julio de 1978, están casados desde el día 14 de julio de 1985 y la filiación paterna ha quedado determinada por el modo previsto en el primer apartado del artículo 120 del mismo Código.

La demandante decide su legitimación en lo que dispone el artículo 140 del Código Civil, que hace referencia a la filiación no matrimonial, pero aun cuando se aceptara su aplicación, haciendo caso omiso del cambio de carácter que se derivó del cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 119, como el Ministerio Fiscal expone, nos encontraríamos con que había de aplicarse su párrafo segundo, por cuanto a partir del reconocimiento inscrito el menor goza de la posesión de estado de hijo y en tal circunstancia si bien estaría legitimada la actora para la acción de impugnación como heredera forzosa de su padre, esa acción habría caducado por el transcurso de los cuatro años que el precepto señala y la caducidad, aparte de ser apreciable de oficio, fue también alegada en la contestación a la demanda.

3. *Impugnación de la paternidad patrimonial después de dictarse sentencia de separación. El plazo del ejercicio de la acción de impugnación de paternidad matrimonial comienza a contarse desde el instante en el que el esposo tiene conocimiento de que no es el padre biológico de los menores.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª Sentencia de 3 de diciembre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José María promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre impugnación de filiación paterna matrimonial contra doña M.ª del Mar en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó

de aplicación, suplicó al Juzgado: "Dictar en su día sentencia por la que estimando la demanda se declare: A) Que los menores conocidos como Nicolás y Patricia no son hijos del demandante. B) Que los menores Nicolás y Patricia son hijos no matrimoniales de la demandada M.ª del Mar. C) Que como consecuencia de ello, son nulas las inscripciones de nacimiento de Nicolás y Patricia, obrantes en el Registro Civil de T. en los tomos y folios indicados y que en base a ello, se proceda a la cancelación de las mismas, practicándose nuevo asiento de acuerdo con las peticiones anteriormente realizadas. Todo ello con la expresa imposición de las costas procesales a los demandados que se opusieran a la demanda".

- D.ª M.ª del Mar se personó en autos y contestó a la demanda solicitando su desestimación.
- El Juzgado de 1.ª Instancia número 9 de Santander dictó sentencia el 16 de noviembre de 1995, cuya parte dispositiva dice literalmente: "Por las consideraciones expuestas, dispongo el siguiente fallo: Que sin entrar en el fondo del asunto, debo declarar y declaro que se halla caducada la acción de impugnación de la filiación paterna matrimonial que ejercita D. José María frente a su esposa D.ª M.ª del Mar y frente a los menores de edad, Nicolás y Patricia. D. José María deberá pagar todas las costas causadas en la tramitación de este juicio de menor cuantía".
- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Santander dictó sentencia el 18 de marzo de 1997 desestimando el recurso interpuesto por el actor.
- D. José María interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que casó la sentencia y declaró la no paternidad del actor respecto a Nicolás y Patricia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión litigiosa se centraba primordialmente en si ha caducado o no la acción ejercitada, sin perjuicio del resultado de la prueba pericial practicada en el proceso donde se dictaminó la exclusión de la paternidad biológica del actor respecto a don Nicolás y doña Patricia.

El motivo alegado por el recurrente se basa en que la sentencia impugnada considera caducada la acción de impugnación, sin embargo el *dies a quo* del plazo de un año para el ejercicio de la misma debió iniciarse a partir del conocimiento por el actor de no ser el verdadero padre; Por otro lado, sostiene el recurrente que la sentencia de instancia ha transgredido el artículo 1253 del Código Civil en relación con el artículo 1281 de este texto legal, ya que, considera que tuvo noticia de la circunstancia de no ser el verdadero padre mucho antes de la fecha indicada en la demanda, mes de marzo de 1994, sin embargo —sostiene el recurrente— en el Convenio Regulador de la separación matrimonial se verifica una clara manifestación de ser el padre de los menores, pues llega a cederles la mitad de la vivienda familiar en la disolución de la sociedad de gananciales, también se establece un

régimen de visitas e, incluso, una pensión alimenticia, lo cual es incompatible con la conclusión presuntiva establecida en la instancia— se examinan conjuntamente por su unidad de planteamiento y se estiman por las razones que se dicen seguidamente.

El Tribunal Supremo trae a colación la doctrina de la STS de 30 de enero de 1993, posteriormente seguida por la STS de 23 de marzo de 2001, según la cual "(...) la conclusión a que por rigurosa observancia de esta norma del artículo 136 del Código aisladamente considerado, se llega, pidiendo la desestimación de la acción entablada por el marido, cuya paternidad está, sin asomo de duda absolutamente descartada, ofrece serios visos de contradicción a los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, en su patente tendencia a que en materia de estado civil prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, como proclama la misma Ley de Reforma y deja constancia el artículo 127 del Código, al admitir toda clase de prueba en los juicios sobre filiación que puedan desvanecer las situaciones presuntas (...), una vez patente que la reforma de 1981 tuvo como uno de sus presupuestos asentar la filiación sobre la verdad biológica, y desvanecida la presunción del artículo 116 del Código, no sólo por su acomodo al sentido que en la normativa del Código, informa la filiación como condición personal definida, de una parte, por el hecho veraz de ser hijo y, de otra, por el de ser verdadero progenitor, sino en consideración, a estos fines mucho más transcendentes, de su ajuste a la normativa constitucional en la que, luego que el artículo 39 de la Constitución Española asegura la protección integral a los hijos, protección que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor, ha consagrado la amplia investigación de paternidad sin someter tal facultad a limitaciones que, contra la realidad y voluntad del interesado expresada sin detenimiento ni vacilación, en cuanto tuvo oportunidad de ello, conllevaría ante el desconocimiento por el marido de cualquier circunstancia que le permitiera impugnar la determinación registral, un efecto de indefensión vedado por el artículo 24 de la propia CE. (...). La tan deseada pacificación en modo alguno puede ser conseguida desde un formalismo, sustentado sobre una situación fraudulenta y como tal —artículo 6.4 del Código Civil— contrarias, desde su origen, a Derecho, cuyas normas se resisten a ser aplicadas produciendo un efecto de indefensión constitucionalmente vedado, y con olvido de la investigación de paternidad también constitucionalmente admitida sin limitaciones en sí ni en unas consecuencias, que imperativos de culto a la verdad y equidad y al espíritu y finalidad que han de inspirar la aplicación de las normas —artículos 3.1 y 2 del Código Civil— impiden desconocer, desde aquel artículo 39.2 CE, ignorado si es que se concluyese en la prevalencia de la presunción *pater is est,* pese a que no se corresponde con la realidad", cuya posición es de aplicación al supuesto que nos ocupa.

En consecuencia, señala el Tribunal Supremo, de los antecedentes relativos al proceso de separación matrimonial, que alcanzó sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Santander en fecha 27 de enero de 1994, en la que se acordó la separación promovida con el consentimiento de ambos esposos y la aprobación del Convenio Regulador aportado por los cónyuges —donde, entre otros particulares, don José María cedió, por partes iguales, la mitad indivisa del piso cuya propiedad le correspondía a los hermanos don Nicolás y doña Patricia, nacidos, respectivamente, en 13 de mayo de 1983 y 5 de julio de 1985; se pactó un amplio régimen de visitas a favor del demandante; y, asimismo, se dispuso la entrega de la cantidad mensual de 20.000 pesetas a cargo de éste para levantamiento de las cargas familiares de educación y manutención—, no es imputable demora o dejación al actor en lo que se refiere a la iniciativa impugnatoria relativa a unos hijos de la que fue su esposa, al no tener conocimiento

de que su presunta paternidad no se correspondía a la verdad biológica, según se desprende del contenido del referido Convenio, de lo que hubo de enterarse después de la sentencia de separación matrimonial, y se considera acreditada por esta Sala como fecha de ello la del mes de marzo de 1994, tal como se expone en el escrito inicial, por lo que la demanda presentada en el Juzgado de Decano de Santander el 18 de noviembre de 1994 y repartida el 21 de idénticos mes y año al Juzgado de Primera Instancia número 9, se ha planteado dentro del plazo legal.

Sentando lo anterior y resultando excluida la paternidad biológica de don José María respecto a don Nicolás y doña Patricia según las investigaciones, valoraciones y conclusiones realizados por el Departamento de Fisiología y Farmacología, División de Medicina Legal de la Universidad de Cantabria, cuyas conclusiones dan dicho resultando por los sistemas RH, MNSS, DUFFY y HLA con indicación al primero y por los sistemas RH, DUFFY y HLA con mención a la segunda, el Tribunal Supremo, asumiendo funciones de instancia, casa la sentencia y estima la demanda declarando la no paternidad de don José María respecto a los dos últimos demandados, los cuales son hijos no matrimoniales de D.ª María del Mar y, en su consecuencia, acuerda inscribir estas resoluciones en el Registro Civil de T., con cancelación de las inscripciones actualmente vigentes.

4. *Acreditadas las relaciones de amistad entre la actora y el demandado y la negativa de éste por dos veces a someterse a la prueba biológica, procede dictar sentencia estimando la acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de diciembre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Inés interpuso demanda de menor cuantía contra D. Francisco solicitando se dictase sentencia por la que se declare la filiación no matrimonial de Francisco respecto del demandado.
- Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada, D. Francisco, 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 por la que desestimando la demanda formulada se declare que no ha lugar a la filiación no matrimonial de Francisco contra D. Francisco, con expresa imposición de las costas a la parte actora".
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Málaga dictó sentencia el 6 de febrero de 1996 estimando íntegramente la demanda.

- En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Málaga, dictó sentencia el 10 de noviembre de 1997 estimando el recurso y revocando la sentencia de instancia, absolviendo a D. Francisco de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda.
- D.ª Inés interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del presente recurso de casación se basa en la infracción de los artículos 127 a 135 del Código Civil y el artículo 39.2 y 3 de la Constitución Española.

Este motivo es estimado por el Tribunal Supremo. Para llegar a la anterior conclusión hay que hacer entrar en juego dos datos esenciales, como son:

1.º Que la parte demandada en el presente proceso, y ahora parte recurrida, fue citada dos veces, la primera en el período probatorio de la primera instancia, y la segunda en la fase de la realización de diligencias para mejor proveer, para la práctica de la prueba pericial biológica a realizar por un Doctor especialista designado por el Juzgado. Sin que el referido demandado compareciera en ambas ocasiones.

2.º Que la demandante y el demandado —ahora parte recurrente y recurrida— mantuvieron relaciones de amistad desde finales de 1982 hasta principio de 1984. Que el hijo de la parte demandante nació el 19 de septiembre de 1984.

Pues bien, partiendo de la base fáctica antedicha y absolutamente incontrovertida, es el momento de traer a colación la doctrina pacífica y consolidada establecida por sentencias de esta Sala y del Tribunal Constitucional, en relación a la falta de colaboración del demandado para la práctica de las pruebas biológicas de investigación de la paternidad y la maternidad.

Y así por lo que se refiere a la jurisprudencia de esta Sala son ya innumerables las sentencias que sin atribuir a la falta de colaboración del demandado la eficacia o valor probatorio de una confesión judicial, *ficta confessio* o admisión implícita de la paternidad, sí la consideran desde luego un indicio especialmente valioso o significativo que, en unión de otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista. Es más, si por algo se caracterizan las sentencias más recientes es por aumentar cada vez más el valor probatorio de esa conducta del demandado, según resulta de la STS 17-11-97; en tanto la STS 3-10-98, al examinar un motivo que alegaba la falta de citación personal del demandado para la práctica de la prueba biológica y la omisión de advertencia por el órgano jurisdiccional acerca de las consecuencias de su negativa a colaborar, declara la plena regularidad de la citación por cédula, y también por medio del Procurador del demandado, así como la irrelevancia de omitir aquella advertencia, "pues dicha advertencia es misión que incumbe exclusivamente al Letrado-director técnico del interesado".

Por último en relación a la doctrina constitucional es preciso destacar la STC 95/1999, de 31 de mayo, tomando como principal punto de partida la sentencia de 1994 pero en términos si cabe más contundentes, hace en su fundamento jurídico segundo la siguiente síntesis: "Este Tribunal ha declarado la plena conformidad constitu-

cional 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 posibilitará 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 razones, 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,* del Código Civil, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (AATC 103/1990, 221/1990).

Y en el presente caso, hay que proclamar que las negativas tácitas antedichas a la práctica de tales pruebas hematológicas, unida a la relación de la demandante y del demandado, constante en el momento de la concepción del hijo, lleva ineludiblemente a esta Sala, a declarar la paternidad pretendida; todo ello asumiendo la instancia.

II. PATRIA POTESTAD

1. *Para que proceda dejar sin efecto las medidas protectoras de la entidad pública es necesario que se produzca un cambio profundo en los hábitos y actitud de los padres a fin de que puedan asumir la responsabilidad que implica la paternidad, recayendo sobre ellos la carga de probar el cambio de circunstancias.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

ANÁLISIS DEL CASO

- El Departamento de Bienestar Social de la Diputación Foral de Vizcaya declaró en desamparo a los menores Ana y Begoña procediendo a su internamiento en el Colegio de Nuestra Señora de la Caridad, suspendiendo a sus progenitores en sus derechos de guarda y educación.
- D. Jaime y D.ª Ana interpusieron demanda de menor cuantía contra el Departamento de Bienestar Social de la Diputación Foral de Vizcaya y el Ministerio Fiscal solicitando se dictase sentencia por la que se acuerde conceder la guarda y custodia de las menores María y Begoña a sus progenitores Jaime y Ana, con expresa imposición de costas a la demandada en caso de oponerse a la presente demanda.
- El organismo demandado solicitó la íntegra desestimación de la demanda.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Bilbao dictó sentencia el 16 de noviembre de 1995 desestimando la demanda.
- En grado de apelación la Sec. 2.ª de la AP de Vizcaya dictó sentencia el 26 de diciembre de 1996, estimando parcialmente el recurso interpuesto por D. Jaime y D.ª Ana ampliando el horario de estancia de las menores, Ana y Begoña con sus progenitores.
- D. Jaime y D.ª Ana interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se alega por los recurrentes que el fallo de la Audiencia no se basa en motivación jurídica alguna en relación con la cuestión de fondo planteada, ni en su sentencia se cita precepto que justifique la decisión adoptada. Dicho motivo es contestado por el Tribunal Supremo de la siguiente forma: " Ha de tenerse en cuenta que el Tribunal de apelación ha analizado con detenimiento las pruebas incorporadas a los autos, ponderando tanto los datos favorables a la tesis de los recurrentes (vivienda en propiedad, las pequeñas mejoras operadas en la misma, ingresos estables, abandono por la madre de la ingesta alcohólica) como los desfavorables (desestructuración familiar, desidia y negligencia en los progenitores, su apatía y tendencia al aislamiento, incapacidad de los mismos para atender debidamente a sus hijas, que determinaba que ninguna estuviese a su cargo: las dos mayores —a las que se refería la demanda— estaban internas, otras dos habían sido dadas en adopción y la más pequeña se hallaba en fase de acogimiento). Aún sin citar expresamente precepto alguno es evidente que la decisión recurrida se halla justificada y resulta suficientemente motivada, y fundada en Derecho pues la Audiencia Provincial tras exponer la totalidad de las circunstancias concurrentes afirma en su sentencia que es imprescindible un cambio profundo en los hábitos y actitud de los padres, a fin de que puedan asumir la responsabilidad que implica la paternidad —con implícita pero evidente referencia al artículo 154.1 del Código Civil— y lleguen a hallarse en condiciones tanto de prestar a sus hijas la estimulación que necesitan para su normal desarrollo, dado el evidente retraso que a nivel intelectual presentan, como de ejercer sobre ellas el control que requiere la carencia de autonomía propia de las mismas respecto a higiene, horarios, alimentación, etc., al objeto de que no pierdan los hábitos adquiridos socialmente al respecto".

En el segundo motivo se alude a que se ha invertido la carga de la prueba, pretendiéndose por el Juzgador que los ahora recurrentes demostraran su capacidad para asumir la guarda y custodia de las menores cuando deberían ser los demandados quienes acreditasen la incapacidad que les imputaban. A tal efecto señala el Tribunal Supremo que olvida inexplicablemente la representación de D. Jaime y esposa que eran éstos quienes había interpuesto la demanda, alegando un cambio sustancial en la situación que varios años antes había motivado la suspensión del derecho de guarda sobre sus hijas, medida a la que pretendían poner fin mediante el proceso que al efecto iniciaban. No puede aceptarse, por tanto, que hayan sido vulneradas las normas que sobre carga de la prueba establecía el artículo 1214 del Código Civil con anterioridad a su derogación por la Ley de Enjuiciamiento Civil actualmente vigente.

En otro de los motivos se denuncia la infracción del artículo 14 de la Constitución. Se produce discriminación, según los recurrentes al exigírseles garantías o muestras fehacientes de poder asumir las responsabilidades inherentes a la patria potestad, cuando a los demás progenitores se les presume dicha aptitud. Por otra parte, no se concreta en qué han de consistir tales garantías. Ha de tenerse en cuenta, señala el Tribunal Supremo, que los ahora recurrentes (según se ha recogido en el Fundamento de Derecho Segundo de esta resolución) han evidenciado en 1986 que no se hallaban en condiciones de atender debidamente a ninguna de sus hijas, lo que determinó que ninguna de las menores permaneciese confiada a su cargo. Posteriormente la situación ha cambiado en sentido favorable, sin llegar a convertirse todavía en la adecuada y exigible en atención a los intereses de las menores cuya custodia les había sido suspendida. No existe discriminación alguna si el Tribunal pretende comprobar que la evolución iniciada pro-

sigue y alcanza niveles aceptables, antes de decretar la extinción de la medida cautelar que en su momento había sido adoptada con todo fundamento.

Por otro lado, sostienen los recurrentes que se ha vulnerado el artículo 9.3 de la Constitución que proscribe la arbitrariedad de los poderes públicos, por cuanto los recurrentes están en manos de la Diputación Foral en lo relativo a la acreditación fehaciente de responsabilidad que se les exige. Señalan que han denunciado la reiterada vulneración de sus derechos en el expediente administrativo que aquel organismo tramita y los Tribunales vuelven a remitirles a la propia entidad demandada, imponiéndoles la colaboración con los servicios de la misma en los planes de trabajo que pudieran plantearles. Ha de recordarse, señala el Tribunal Supremo, que en 1986 el Departamento de Bienestar Social de la Diputación Foral se ha visto obligado a hacerse cargo de la guarda y custodia de Ana y Begoña en virtud de acuerdo del antiguo Tribunal Tutelar de Menores, por inadecuación de sus padres para hacerse cargo de las mismas, como se recoge en el Segundo Fundamento de Derecho de la sentencia impugnada la cual añade que la situación volvió a repetirse cuando nació la más pequeña de las hijas, Inmaculada, el 4 de octubre de 1989 debiendo ser asumida por la Entidad Pública su guarda y custodia a los nueve meses de edad, pues la falta de cuidados a las menores se evidenciaba por los síntomas de raquitismo y falta de higiene que las mismas presentaban al hacerse cargo de ellas la Entidad Pública. Por otra parte, la imparcialidad de ésta parece fuera de duda, por cuanto en el expediente remitido al Juzgado se constata que desde 1993 la madre biológica asiste a consultas médicas mensuales y se halla abstemia y se propone se amplíe en cuanto a horario el derecho de visita de los recurrentes. Finalmente, el Tribunal de Instancia ha ponderado no sólo los datos obrantes en este expediente, sino también los informes presentados por los padres y el resultado de la exploración de las menores.

Los tres últimos motivos del recurso son objeto de estudio conjunto por parte del Tribunal Supremo: a) El motivo 6.º, con amparo en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denuncia la infracción del artículo 39.4 de la Constitución, que establece que los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales, en relación con el artículo 3 de la Convención de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales. b) El séptimo, con invocación del ordinal 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil considera se han infringido varios preceptos, como el artículo 154.1 del Código Civil que establece el deber de los padres a tener a sus hijos no emancipados en su compañía y a procurarles una formación integral; el artículo 172.2 del mismo Cuerpo legal, según la cual la Entidad Pública asumirá la guarda sólo durante el tiempo necesario, y el apartado 4.º del mismo precepto sobre la reinserción del menor en la propia familia; y finalmente, el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/1196, de 15 de enero, que enuncia los principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores. c) En el octavo, por último, con la misma cobertura procesal se alega la vulneración de la doctrina jurisprudencial acerca de los requisitos para que pueda entenderse que existe una situación de desamparo.

Ha de significarse que en atención a los datos —realmente expresivos y de no dudosa interpretación— que el Tribunal de instancia ha tomado en consideración, se desprende, lejos de cualquier posible duda, que la desestructuración familiar y las actitudes de desidia, negligencia y apatía de los recurrentes en orden al cuidado de sus hijas, así como las particulares necesidades de estimulación y control de hábitos de higiene y alimentación de las mismas son las razones que han aconsejado en su momento la suspensión de la guarda paterna y la prolongación de esta medida cautelar finalmente suavizada por la resolución de apelación, en es-

pera de una evolución todavía más positiva que la hasta aquel momento registrada. Se daba así debido acatamiento a las normas que los recurrentes señalan como infringidas, por cuanto concurría la situación excepcional que en las mismas se preveía. Por ello, han de ser desestimados los motivos objeto de conjunta consideración, sin perder de vista que, cualquiera que haya podido ser la evolución posterior de la situación familiar de que trae causa el recurso, la mayoría de edad de las hijas de los recurrentes —que en el momento en que se tramitaba la apelación tenían ya 17 y 15 años— habrá puesto fin a las medias cautelares en su día adoptadas por el Tribunal Tutelar de Menores.

2. *El régimen de visitas no puede condicionarse a que el progenitor no custodio abone la pensión alimenticia, ya que se trata de cuestiones que no son compensables y existen mecanismos legales para el aseguramiento del pago de la pensión.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de diciembre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Ricardo interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª María Rosa solicitando se dicte sentencia por la que se declare que D. Ricardo, en calidad de padre de la menor Sua tiene derecho a ejercitar la patria potestad sobre la misma, con derecho de visitas en los términos interesados en el Fundamento de Derecho III de la demanda y, que como consecuencia de la anterior declaración se imponga condena a la demandada en virtud de lo alegado en los Hechos y Fundamentos de Derecho de esta Demanda, e igualmente se condene a la misma al pago de las costas procesales de este Juicio, en el caso de que temerariamente se oponga a las legítimas pretensiones de mi representado. Solicitó del Juzgado el poder litigar con el beneficio de Justicia Gratuita.
- Admitida la demanda y emplazados los demandados se personó en autos el Ministerio Fiscal que interesaba "Sea tenido por parte el Ministerio Fiscal, entendiéndose en él las sucesivas diligencias, y practicadas que fueren las pruebas que se propusiesen y declaradas pertinentes, se dicte sentencia conforme a derecho, velándose siempre por los intereses de los hijos menores de edad afectados en el presente proceso".

- D.ª María Rosa se personó en los autos contestando a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia: "...desestimándose la demanda interpuesta frente a D.ª María Rosa con expresa imposición de costas a la parte demandante. A su vez formuló demanda reconvencional y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos, terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que: 1.º se fije, de conformidad con el artículo 143 del Código Civil, una pensión alimenticia de 40.000 ptas. mensuales a favor de la niña, que deberá satisfacer D. Ricardo dentro de los cinco primeros días de cada mes, cantidad que será revisada, anualmente, según la oscilaciones del IPC, así como la parte proporcional de la cantidad solicitada respecto a las pagas extraordinarias; 2.º se condicione cualquier tipo de régimen de visitas y demás derechos que se le puedan reconocer a D. Ricardo, frente a la menor al cumplimiento de sus obligaciones de atender a las cargas familiares.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Vitoria dictó sentencia estimando parcialmente la demanda formulada por D. Ricardo fijando como régimen de visitas que el actor, podrá tener en su compañía, a su hija Sua, un fin de semana de cada tres, desde las 18 horas del viernes hasta las 18 horas del domingo, en que la niña deberá ser devuelta al domicilio materno y asimismo, podrá tenerla en su compañía, la mitad de las vacaciones de Semana Santa, Verano y Navidad, pudiendo escoger el correspondiente período la madre, en los años impares y el padre, en los años pares, y atribuyéndole por ahora el ejercicio de la patria potestad, sobre Sua, a su referida madre. Y estimando parcialmente la demanda reconvencional formulada por D.ª María Rosa se condena a D. Ricardo a que abone mensualmente a la reconviniente, la suma de 25.000 pesetas en concepto de pensión alimenticia, para su hija Sua, previniendo al demandado que el régimen de visitas acordado, para que pueda tener consigo a su expresada hija, queda condicionado al estricto cumplimiento por su parte de abonar a D.ª María Rosa O.O. la pensión alimenticia de 25.000 pts. mensuales, que se fijan para su hija Sua, con las actualizaciones anuales de los porcentajes del IPC, y que será abonada todos los meses dentro de los cinco primeros días, y con carácter adelantado.
- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Vizcaya dictó sentencia el 8 de abril de 1997, confirmando la sentencia excepto en cuanto se atiene a la madre de la menor de edad Sua, en la titularidad de la guarda y custodia, permaneciendo la patria potestad conjunta de ambos progenitores, y, excepto en que se desestima la petición de la madre en el sentido de condicionar el régimen de visitas al cumplimiento de los alimentos por el padre.
- D.ª María Rosa interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primero de los motivos, con fundamento en el ordinal 3.º del artículo 1692 del Código Civil, se denuncia la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, señalando que la sentencia de la Audiencia Provincial es incongruente por cuanto la parte actora, no había mostrado ni en su demanda ni en su recurso oposición a que el régimen de visitas se condicionase al pago de la pensión, ni tampoco había solicitado que no se le privase de la patria potestad del menor, pues el único motivo de su apelación era la reducción de la pensión alimenticia y la ampliación de las visitas que había establecido el Juzgado.

A pesar de ello, el Tribunal de instancia ha reconocido la patria potestad conjunta y ha suprimido el condicionamiento de las visitas al abono de los alimentos modificando así las determinaciones que sobre el particular habían sido adoptadas en primera instancia.

Para decidir acerca de estas alegaciones de la recurrente se hace preciso tener en cuenta, ante todo, que si bien en la reconvención nada se había alegado expresamente respecto a la atribución a la madre del ejercicio de la patria potestad respecto a la hija común, sí, en cambio, se había solicitado que se condicionasen las visitas y cualquier otro derecho a la efectiva contribución del actor al levantamiento de las cargas familiares.

La Audiencia Provincial justifica ambas modificaciones de la sentencia del Juzgado aduciendo que nos hallamos ante temas en los que predomina el interés público pues deben ser tutelados sobre todo los intereses de los menores, circunstancia que determina que el deber de congruencia no pueda ser absolutamente exigible a los Tribunales ya que el proceso, en tales supuestos, no es sino un instrumento al servicio del Derecho de Familia.

Añade el Tribunal de Instancia que en la parte dispositiva de la sentencia del Juzgado la atribución del ejercicio de la patria potestad a la madre se había realizado con la advertencia de que había de entenderse "por ahora" y que solamente debía rectificarse el pronunciamiento al objeto de evitar en el futuro equivocadas interpretaciones dado que el Fundamento de Derecho Quinto de la mencionada resolución hacía referencia a la atribución exclusiva no del ejercicio, sino de la patria potestad, a la madre.

Por otra parte y en aras de ese superior interés público a que había aludido suprimía la Audiencia la supeditación del derecho de visita al abono de los alimentos por tratarse de medidas no compensables, que no puede entenderse que la una sea contraprestación de la otra, al existir otros mecanismos legales idóneos para asegurar el efectivo pago de las pensiones alimenticias.

La primera de las decisiones mencionadas ha de considerarse suficientemente justificada por la contradicción aparente entre uno de los Fundamentos Jurídicos y la parte dispositiva de la sentencia del Juzgado, sin que la conformidad del demandante respecto al pronunciamiento de que se trata deba ser considerada como vinculante para los Tribunales en atención a que el ordenamiento jurídico ya no configura la institución de que se trata como una verdadera potestad de los padres, sino como una función en la que predominan los deberes y las responsabilidades de los mismos en orden al cuidado y protección de sus hijos, que es la finalidad que a través de aquélla se pretende conseguir.

El segundo pronunciamiento debe ser igualmente mantenido. La relación de los padres con los hijos que no estén confiados a su cuidado debe ser considerada como un derecho y a la vez como un deber de aquéllos en la que adquiere una especial relevancia el interés del menor y que, por ello, no puede hacerse depender de otras circunstancias, como podría ser el puntual cumplimiento de la obligación alimenticia, pues la

posible inobservancia de ésta podría obedecer en ocasiones a causas justificadas, siendo susceptible —en otros supuestos— de ser corregida a través de las amplias facultades que al Juez se confieren en el artículo 158 del Código Civil, sin que deba olvidarse que puede llegar a determinar la privación parcial o total de la patria potestad (artículo 170) y a entenderse constitutiva de los delitos tipificados en los artículos 226 y 227 del Código Penal.

En atención a todo lo expuesto, el motivo objeto de estudio ha de ser desestimado.

En el segundo motivo, al amparo del apartado 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se denuncia de nuevo infracción del artículo 359 de dicha norma, así como la de su artículo 1692.1.º y de los artículos 154 del Código Civil, 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículos 1, 3, 6 y 7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, que regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, procediendo la recurrente a reproducir literalmente varias resoluciones de esta Sala.

Aparte de la improcedente amalgama de preceptos que se realiza por la recurrente y de la innecesaria inserción literal de sentencias que nada tienen que ver con la controversia de la que el presente recurso trae causa, ha de observarse que realmente en este motivo únicamente se reitera lo ya argumentado en el anterior sobre la supuesta incongruencia de la sentencia impugnada afirmándose que la misma se aparta tanto de las alegaciones de las partes contendientes, como de las del Ministerio Fiscal, que no se había mostrado contrario a la privación al padre de la patria potestad ni al condicionamiento del régimen de visitas al pago de los alimentos.

En evitación de innecesarias repeticiones ha de tenerse aquí por reproducido lo anteriormente razonado acerca de la aceptación de las decisiones adoptadas por la Audiencia Provincial lo que determina el rechazo de este motivo.

III. REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

1. *A los efectos de la acción de rescisión por lesión de más de una cuarta parte en la liquidación de la sociedad de gananciales las valoraciones deben realizarse a la fecha en que fueron adjudicados los bienes y no cuando se ejercita la acción.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 22 de enero de 1991, don Eladio y doña Amparo, casados bajo el régimen de la sociedad de gananciales, otorgaron escritura pública de capitulaciones matrimoniales, donde pactaron el régimen de separación de bienes, y proce-

dieron a la liquidación de aquélla, mediante la conformación de dos lotes, y, en lo que al presente caso afecta, a doña Amparo se le adjudicó la finca rústica señalada en el número seis, que se corresponde con la finca registral 16.998, y a don Eladio se le adjudica la finca rústica identificada con el número 9, que se corresponde con la finca registral número 8751, y omitieron que sobre las mismas se hallaban construidas en parte diversas naves para destino industrial.

- El 14 de febrero de 1992, por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Valencia, se dictó sentencia, en los autos de separación matrimonial en la que se declaró la separación de los cónyuges antes referidos y se aprobó el convenio regulador, en el cual los esposos indicaron que habían procedido a liquidar su sociedad de gananciales, y se obliga expresamente a don Eladio a formalizar escritura de donación respecto a tres inmuebles adjudicados por mitad partes indivisas, relativos a la vivienda familiar, plaza de garaje y trastero, y, asimismo, se atribuye la condición de ganancial a dos inmuebles de carácter privativo del marido (piso sito en la calle Bernia y casa en Jarafuel, adquirida por título hereditario del difunto padre de aquél, aunque inscrita su propiedad por vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria).
- En dicha escritura, se omite la valoración como activo de la sociedad de gananciales respecto a la actividad empresarial de estructuras metálicas realizada por el marido y al trabajo de "esteticien" desarrollado por la esposa, como también de diversos títulos mobiliarios después adjudicados por mitad, que no son objeto de este proceso, al igual que el saldo de cuentas corrientes, y los derechos consolidados en el "Lloyds Plan de Pensiones", admitidos por don Eladio al contestar la demanda, objeto de declaración condenatoria en la sentencia del Juzgado, que no fueron objeto del recurso de casación.
- Don Eladio y doña Amparo, en el momento de formalizar la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, acordaron unos pactos complementarios, no documentados, que han sido cumplidos por el marido, entre los que se encontraba el relativo a que, mediante escritura pública de 3 de octubre de 1986, don Eladio vendió su empresa de calderería y reinvirtió el importe en la adquisición de diversas fincas rústicas, en las que inició la construcción de varias naves industriales, dándose de alta, en fecha de 1 de abril de 1988, en el epígrafe "Obras Nuevas Urbanas", y, desde el 1 de enero de 1992, en el epígrafe "Estructuras Metálicas", con la constancia de que, en el período comprendido entre el 1 de septiembre de 1990 al 31 de diciembre de 1991, tenía sólo de alta a dos trabajadores, y su actividad industrial se refería, como único objetivo, a la construcción de las naves industriales sobre las fincas rústicas adquiridas.

- Con posterioridad a la escritura de liquidación y adjudicación de bienes, amén de la intensa actividad dirigida a concluir la construcción de las naves para su entrega a su esposa conforme a lo convenido, don Eladio efectuó elevados desembolsos económicos en beneficio de la totalidad de las naves, que carecen de justificación en los estrictos términos legales que regulan el régimen de separación de bienes, y se han producido también ciertos actos de doña Amparo indiciarios de esa connivencia en el cumplimiento de los acuerdos, como se desprende del otorgamiento de los poderes notariales en fecha de 25 de febrero de 1991 para gestionar la contrata con Hidroeléctrica, posteriormente revocados, pero una vez concluida la construcción de las naves.
- Entre los pagos realizados para el cumplimiento de lo pactado fuera de la escritura de liquidación por don Eladio, se encuentran los siguientes: 443.502 pesetas por el Proyecto de Electrificación; 2.938.571 pesetas por ejecución de la instalación eléctrica; 126.000 pesetas de honorarios a Notario por la escritura con Hidroeléctrica; 40.000 pesetas por gastos de gestoría; 99.700 pesetas por impuestos al Ayuntamiento, y 601.782 pesetas por honorarios del Ingeniero.
- Doña Amparo promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre rescisión de liquidación de sociedad de gananciales contra don Eladio, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: "En su día y por sus trámites dicte sentencia por la que: A) Se declare que la lesión sufrida por la actora doña Amparo en la liquidación de su sociedad de gananciales con el demandado don Eladio, realizada en escritura de fecha 22 de enero de 1991, otorgada ante Notario de Valencia, supera el límite de la cuarta parte señalado en el artículo 1074 del Código Civil, y, por ello queda rescindida la parte correspondiente a la liquidación de la sociedad de gananciales de la expresada escritura, si bien como consecuencia de dicha declaración el demandado tiene la facultad de conformidad con el artículo 1077 del Código Civil, que se le conferirá en ejecución de sentencia, de optar, en el plazo que se señale, entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición. B) Asimismo se declare el derecho de la actora doña Amparo a que se complete y adicione dicha liquidación de su sociedad de gananciales con los bienes que no fueron incluidos en dichas capitulaciones a que se refiere el hecho cuarto de la demanda, bajo los extremos I, II y III, que doy por reproducido y proceder a su adjudicación y liquidación por mitad entre los esposos por las normas de la partición y liquidación de la herencia. C) Condene al demandado a estar y pasar por las antedichas declaraciones y darles su debido cumplimiento. D) Condene al demandado don Eladio al pago de las costas del proceso".

- Admitida a trámite la demanda y emplazada la parte demandada, se personó en autos y contestó a la misma oponiéndose a su contenido salvo en lo referente a que por una omisión involuntaria no se recogió en la escritura de capitulaciones matrimoniales el plan y fondo de pensiones y derechos consolidados de mi mandante con el Lloyds Plan de Pensiones y excepto en este punto absuelva a mi representado de los demás pedimentos de la demanda, condenando a la actora a las costas procesales de este procedimiento, si se opusiera a nuestras pretensiones.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 19 de Valencia dictó sentencia el 16 de octubre de 1995, estimando en parte la demanda declarando el derecho de la demandante a que se complete y adicione la liquidación de su sociedad de gananciales con el demandado con el bien que no fue incluido en dichas capitulaciones consistente en las aportaciones y los derechos consolidados en el Lloyds Plan de Pensiones referenciados a la fecha 22 de enero de 1991, cifradas en 1.250.000 pesetas, procediendo a su adjudicación y liquidación por mitad entre los litigantes, según las normas de la partición y liquidación de la herencia, desestimando el resto de las peticiones.
- En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Valencia dictó sentencia el 13 de enero de 1997, desestimando el recurso interpuesto por doña Amparo.
- Doña Amparo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se censura la exclusión del inventario de la sociedad de gananciales del negocio, empresa o actividad de estructuras metálicas del marido, cuya sede está ubicada en la nave de su propiedad en el término de Romaní-Sollana, y todos los bienes, derechos y acciones que la integran, el cual tiene un valor de 41.368.055 pesetas, incluidos los activos fijos de dicho negocio, según la prueba pericial practicada por los técnicos de "Tabimed", entidad nominada por el Banco de España, que fue ocultado por el demandado en un claro acto de fraude de los derechos de su consorte y, por ello, —no fue incluido en la liquidación de la sociedad de gananciales— se desestima por las razones que se dicen seguidamente.

A esta cuestión responde el Tribunal Supremo lo siguiente: "Corresponde sentar que no cabe en este recurso la revisión de los hechos que la sentencia de instancia declaró probados, sin embargo es misión casacional la calificación jurídica de los mismos y la aplicación adecuada de las normas; en este sentido, se consideran acreditados los particulares contenidos en los apartados 1.º a 5.º, inclusive, del fundamento de derecho primero de esta resolución, que son los determinados de esa manera por la Audiencia. Desde la óptica apuntada en el párrafo precedente, mantenemos la repulsa de la demanda con mención al negocio de estructuras metálicas de don Eladio. El motivo replantea cuestiones que obtuvieron anterior respuesta, según la acreditación probatoria

sentada en la instancia, donde se manifestó que "el resultado de los informes aportan un dato que no se corresponde con la realidad al tiempo de la liquidación al no estar construida la nave, donde hoy tiene su sede la empresa, y por ello cobran virtualidad los convenios no documentados de renunciar a la liquidación de las actividades empresariales de los litigantes, pues, por lo que al apelado afecta, la misma, desde 1988 estaba dedicada plenamente a la edificación de las naves de las que fueron ambos beneficiarios, quedando agotada dicha actividad con su construcción, de ahí que la nueva actividad desarrollada pertenece en exclusiva propiedad al apelado". En verdad, la recurrente trata de convencer a este Tribunal del error en la apreciación de la prueba sufrido por el de apelación, y no tiene en cuenta que, según tiene declarado reiteradamente esta Sala, entre otras, en sentencias de 18 de abril de 1992, 27 de octubre y 15 de noviembre de 1997, 30 de octubre y 9 de diciembre de 1999, el último citado posee, en principio, soberanía para la apreciación de la prueba, salvo que ésta resulte ilógica, contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica, que son supuestos de exclusión no concurrentes en este caso, pues lo contrario transformaría el recurso de casación en una tercera instancia.

En el segundo motivo se alega la infracción del art. 1253 del Código Civil, ya que, según denuncia, la sentencia de la Audiencia declara que "la cuestión relativa a las naves industriales no puede enjuiciarse limitándose el estado físico de las mismas al tiempo de la adjudicación, y su consiguiente valoración, sino que es preciso hacer alusión a lo que de la prueba testifical resulta probado y es que los litigantes en el momento de formalizar la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, acordaron unos pactos complementarios, no documentados, que han sido cumplidos por el apelado, siendo testigos de los mismos los hijos del matrimonio, todos ellos mayores de edad, situación del todo punto lógica al encontrarse conviviendo en dicho momento, aunque la separación matrimonial devino posteriormente", sin embargo de los cuatro hijos del matrimonio sólo dos declararon en el proceso, y sus testimonios fueron en el sentido de afirmar las preguntas y las repreguntas, por lo que parece incuestionable que la conclusión alcanzada por la resolución constituye una presunción de las reguladas en los artículos 1249 a 1253 del Código Civil, es decir, una *praesumptio hominis,* y de los hechos básicos no pueden inferirse razonablemente los pactos complementarios y el cumplimiento de los mismos por don Eladio, como tampoco es razonable deducir que, por la firma de un Notario y la tramitación de una separación no contenciosa con posterioridad, no se pueda plantear una rescisión por lesión se desestima porque la sentencia recurrida ni siquiera menciona la prueba de presunciones y, en verdad, no la ha utilizado en sentido propio, según las exigencias del artículo 1253 del Código Civil, que autoriza, mas no obliga, a emplear este instrumento acreditativo, sino que ha obtenido una serie de conclusiones, suficientes para justificar el fallo, a través de los diversos datos demostrativos incorporados a los autos, lo que resulta decisivo y concluyente para sentar que cuando no se hizo uso de dicho medio probatorio para fundamentar la parte dispositiva, no se ha infringido el precepto reseñado (entre otras, SSTS de 13 de noviembre de 1995 y 17 de febrero de 1998). La referencia del motivo a que, según la sentencia de instancia, no se puede plantear una rescisión por lesión a causa de la firma del Notario y la posterior solicitud de mutuo acuerdo de la separación judicial, no es acorde con lo argumentado en la referida resolución, ni tampoco conculca el artículo 1253, y, en todo caso, constituye un razonamiento complementario, que no ha contribuido decisivamente a la formación del fallo y, por consiguiente, está excluido del recurso de casación (entre otras, SSTS de 30 de mayo de 1990 y 27 de octubre de 1994).

En el tercer motivo reprocha que la sentencia de apelación no ha acordado la resci-

sión de la escritura de la liquidación de la sociedad de gananciales por lesión en más de una cuarta parte de los bienes adjudicados a la recurrente, pese a que en dicha escritura se declaró que la cuantía de los bienes inventariados ascendía a la cantidad de 12.442.434 pesetas y que a cada cónyuge correspondía la mitad, o sea 6.221.217 pesetas, con lo que la lesión de más de una cuarta parte necesaria para revocarla ha de ser de 3.110.608 pesetas, y, además, por un lado, el documento del Ingeniero don Antonio ha dado en su documento el valor de 19.778.518 pesetas al de la construcción de las naves que estaba parcialmente inacabada en 1991, con lo que por metro cuadrado de superficie de nave industrial lindante a carretera fija la suma de 5.033 pesetas como precio, que, multiplicados por los 1.049 metros cuadrados de más que se adjudicó el esposo, arrojan 5.279.617 pesetas cuando bastan 3.110,608 pesetas para que concurra lesión de más de una cuarta parte para revocar dicha escritura, y por otro, el dictamen pericial del técnico designado por insaculación concluye con la existencia de una diferencia a favor del marido de 31.470.000 pesetas, que obviamente supera el límite legalmente permitido e, igualmente, ha de remediarse con la rescisión de la repetida escritura en la parte relativa a la liquidación de gananciales se desestima por los fundamentos que se indican acto continuo.

Sobre la cuestión aquí planteada, la sentencia recurrida contiene la siguiente argumentación: "el valor probatorio que se da al informe del Ingeniero D. Antonio no sólo se debe a que sea autor del Proyecto, sino a que el resto de los informes practicados, y en especial el del Agente de la Propiedad Inmobiliaria que obra al folio 241 adolece de las mismas carencias que el informe acompañado con la demanda, al no resultar de interés alguno el valor de las naves al tiempo de emisión del mismo, sino que por expresa indicación del artículo 1704 del Código Civil la valoración debe referirse al tiempo en que fueron adjudicados, y a falta de otra prueba, el único informe existente en autos es el del Ingeniero autor del Proyecto, que se completa con otros datos probatorios que justifican la admisión del mismo. Como datos complementarios a los que nos hemos referido, y frente a la manifestación vertida en prueba de confesión por la apelante de que las naves estaban acabadas en su totalidad, se halla plena justificación de que con posterioridad a la escritura de liquidación y adjudicación de bienes, el apelado desarrolló una intensa actividad, lógicamente dirigida a concluir la construcción de las naves para su entrega a la apelante conforme a lo convenido, efectuando elevados desembolsos económicos en beneficio de la totalidad de las naves que carecen de justificación en los estrictos términos legales que regulan el régimen de separación de bienes, encontrándose también ciertos actos de la apelante indiciarios de esa connivencia en el cumplimiento de los acuerdos, como se desprende del otorgamiento de los poderes notariales en fecha 25 de febrero de 1991 para gestionar la contrata con Hidroeléctrica, posteriormente revocados, pero una vez concluida la construcción de las naves. No tendría explicación jurídica, si no fuera para el cumplimiento de lo pactado *extra* escritura de liquidación, los pagos que a continuación se relacionan con destino a las naves: 443.502 pesetas por Proyecto de Electrificación; 2.938.571 pesetas por ejecución de la instalación eléctrica; 126.000 pesetas de honorarios a Notario por la escritura con HE; 40.000 pesetas por gastos de gestoría; 99.700 pesetas por impuestos al Ayuntamiento, y 601.782 pesetas por honorarios del Ingeniero. En consecuencia, procede la desestimación del recurso en este particular motivo, al no producirse la lesión denunciada". Por lo expuesto, se hace supuesto de la cuestión en el motivo, pues, a partir de una construcción propia y unilateral de la parte recurrente, se soslayan los hechos probados para extraer consecuencias jurídicas en oposición a lo resuelto de conformidad con la prueba (entre otras, SSTS de 25 de enero de 1992 y 4 de febrero de 1993).

2. *Valoración de los inmuebles de protección oficial conforme al precio de mercado a la fecha en que quedó disuelta la sociedad de gananciales.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de noviembre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Isidro promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra Dña. María sobre disolución de sociedad de gananciales en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: "Declare el deber de la demandada de formalizar mediante escritura pública las operaciones divisorias de los bienes de la sociedad de gananciales que entre ambos existió hasta que se produjo la separación judicial del matrimonio, ateniéndose en todo puntualmente a las adjudicaciones que se hacen en la cláusula 6.ª del Convenio Regulador de la separación, bajo los encabezamientos: 'Quedarán propiedad exclusiva del esposo los siguientes bienes' y 'quedarán propiedad exclusiva de la esposa los siguientes bienes'. Y ateniéndose a la cláusula 7.ª del Convenio Regulador respecto a lo pactado sobre la finca en Garbajosa, con aceptación de la donación por ambos padres a nombre del hijo menor y con reserva a las hijas mayores de edad de la aceptación de esta donación en escritura separada, como permite el art. 333 del CC. Y condene a la esposa demandada a la formalización de dicha escritura pública en el día y hora que se fijarán en ejecución de sentencia, y ante el Notario de Cádiz designado de común acuerdo o elegido por sorteo entre los que figuran en las páginas amarillas del anuario telefónico de uso en el Juzgado, previa conformidad en el día y hora con el Notario elegido. Esta escritura será abonada por mitad por las partes y cualquier gasto o pago derivado de la misma. Caso de que la demandada no acuda a la Notaría el día y hora señalados, el Juez la sustituirá en la firma de la escritura en otro día y hora que se fijen dentro de la semana siguiente. Y condene a la demandada al pago de las costas del proceso si se opone a esta pretensión".
- Admitida a trámite la demanda y comparecido el demandado, su defensa y representación legal la contestó, oponiéndose a la misma, formuló reconvención, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que "se acuerde su íntegra desestimación y haciendo en cuanto a las costas el pronunciamiento

que establece el art. 523 de la LEC". Y en la reconvención, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia por la que: "A) Se estime la acción de rescisión por lesión en más de la 4.ª parte ejercitada, y por tanto rescindiendo el acuerdo sobre liquidación de la sociedad de gananciales efectuado por Dña. M.ª Antonia y D. Isidro, efectuado en el convenio regulador de la separación matrimonial de ambos cónyuges, deje el mismo nulo y sin efecto alguno, con todas sus consecuencias legales, decretando que dicha sociedad de gananciales no está liquidada. B) Como corolario de dicha rescisión, se deje sin efecto cualquier actuación que con causa en la liquidación de gananciales que se rescinde se haya efectuado por cualquiera de los cónyuges y no perjudique a tercero de buena fe. Se haga en cuanto a costas el pronunciamiento establecido en el art. 523 de la LEC".

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Cádiz dictó sentencia el 16 de abril de 1996, estimando la demanda y desestimando la reconvención, declarando el deber de la demandada de formalizar mediante escritura pública las operaciones divisorias de los bienes de la sociedad de gananciales en los mismos términos que constan en la cláusula sexta del convenio regulador aprobado por sentencia de separación de fecha 14/12/89 dictada respecto a las partes en autos civiles núm. 311/89 seguidos ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de esta ciudad, debiendo asimismo atenerse a lo estipulado por las partes en la cláusula séptima en lo relativo a la finca sita en Garbajosa, condenando a la demandada a la formalización de dicha escritura pública en la fecha y hora que se señale en ejecución de sentencia y ante Notario de esta ciudad designado por las partes de común acuerdo o, en su defecto, mediante sorteo, escritura que será abonada por las partes por mitad, siendo que de no comparecer la demandada en el día y hora señalados será sustituida su firma por la del Juzgador; todo ello con absolución de la parte actora en cuanto a las pretensiones en su contra deducidas mediante la demanda reconvencional. Procede imponer a la demandada las costas procesales causadas.
- En grado de apelación la Sec. 1.ª de la AP de Cádiz dictó sentencia el 9 de mayo de 1997, desestimando el recurso interpuesto por D.ª Antonia.
- D.ª Antonia interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Todo el tema a dilucidar en este recurso de casación radica en determinar el valor que ha de asignarse a dos viviendas de protección oficial que forman parte de la sociedad de gananciales, pues según el valor que se les asigne se estimará la demanda y re-

chazará la reconvención o viceversa. Los órganos de instancia —Juzgado y Audiencia Provincial— han mantenido el criterio de seguir el valor asignado como viviendas de protección oficial, dejando de lado el valor real, cuyo avalúo se ha realizado en la prueba pericial de segunda instancia.

Ciertamente la solución adoptada en la instancia, especialmente en la sentencia de apelación se apoyó en la sentencia de este Tribunal, con cita de otras, sentencia núm. 69 de 9 de febrero de 1995, en que se sostiene que "la doctrina de esta Sala en orden a la observancia de los precios establecidos por la normativa vigente en materia de Viviendas de Protección Oficial es constante y reiterada..." Pero tal resolución recoge en su mismo fundamento de Derecho quinto apartado e) "que existen sentencias favorables a la validez del contrato en que se pactan intereses superiores (sentencias de 3 de septiembre y 14 de octubre de 1992), las mismas vienen referidas, cual se ha indicado en el fundamento tercero, a los supuestos de contratos de compraventa de dichos pisos y con base en una serie de consideraciones aquí no aplicables".

Sin embargo, la sentencia del mismo año, pero posterior, en concreto la 710, de 11 de julio de 1995, referida precisamente a un tema sobre bienes de sociedad de gananciales y, por tanto, harto semejante al planteado en este recurso, dice en su fundamento jurídico cuarto: "la parte no está conforme con la valoración dada al piso en cuestión que está calificado como vivienda de 'protección oficial', sin reparos que, en ocasiones, el valor real de un bien, no coincide con su precio autorizado, en este caso por limitaciones de orden administrativo. La posibilidad, sin embargo, de la descalificación, con las consecuencias legales inherentes a la misma, no puede razonablemente desconocerse y con ello, tampoco puede ignorarse que el precio entonces en el mercado sería notablemente mayor al autorizado. No se incurre, por tanto, en ningún acto o norma imperativa que conduzca a una nulidad de pleno derecho, en tanto que sólo se previenen las consecuencias de una posible descalificación y su repercusión sobre el valor real, y entonces libre del inmueble. La nueva jurisprudencia, además, ha venido a matizar los criterios anteriores respecto de las consecuencias de la venta de una vivienda de protección oficial por encima de la cuantía de los precios máximos de venta que, aunque se traduzcan en la imposición de sanciones administrativas, no afecta a la validez de los contratos celebrados (sentencia del TS de 4 de junio de 1993)".

En igual sentido, la sentencia 1073 de 16 de diciembre de 1995, también referida a un supuesto de sociedad de gananciales en su fundamento jurídico quinto señala en el apartado 1.º: "1.º) Que siendo la única discrepancia la relativa a la adjudicación y valoración del inmueble actualmente disfrutado por resolución judicial como vivienda familiar por la esposa, es claro, que la pretensión de ésta según su *petitum* y por las razones que aduce de su actual derecho de uso de la vivienda, de que se le adjudique la propiedad de la misma —apartado E), de su *petitum*—, habiendo de compensar al marido a tenor de la valoración de dicha vivienda en el importe de 1.323.509 ptas., como valor máximo según el Régimen de Viviendas de Protección Oficial, en el 50% de esta suma, es una petición a todas luces que vulnera el específico módulo de igualdad del citado art. 1061, ya que es evidente que se elude crasamente ese mandato con pretendida adjudicación, pues sería hasta superfluo resaltar que, por razones de mercado, el precio y, sobre todo el valor real de la vivienda es muy superior al que postula la actora".

Asimismo, se añade en el apartado siguiente: "2.º) Con independencia de cual sea el tratamiento de las viviendas sometidas al Régimen Especial y el carácter más o menos vinculante de sus previsiones, no se ignora —como se especifica en la impugnación del recurso—, que tales sanciones se refieren, entre otras, a tenor de lo dispuesto en los arts. 28 y 29 del RD 2960/1976, a

prohibir expresamente el percibo de cualquier sobreprecio sobre el precio máximo fijado (sin que sea menester ahora reflexionar sobre el grado de eficacia sustantiva de esta prohibición, dentro de las relaciones intersubjetivas, al no ser tema *decidendi*), y que, en el caso de autos, no se está, pues, en el supuesto de hecho de que se trate de vender dicha vivienda, sino, estrictamente en el cómputo de su valor a efectos de que las adjudicaciones al esposo y a la esposa reflejen ese criterio legal de igualdad".

El parecido con el caso traído ahora a la censura casacional es tan evidente, en que existió reconvención y una doble valoración.

Finalmente, la sentencia 977/1996, de 21 de noviembre, que tenía su origen en una demanda que postulaba el derecho del actor a pedir la cesación del proindiviso de la vivienda objeto del litigio, disolviendo dicha comunidad de bienes y acordando su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños y en el reparto de la cantidad obtenida, se recoge en su único fundamento jurídico, impropiamente motejado de primero, con referencia a las viviendas de protección oficial, que "están sometidas a unos precios máximos de adquisición, conforme a lo dispuesto en el Texto refundido aprobado por Real Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre (art. 28), Reglamento de 24 de julio de 1968 (arts. 112 y 127 —está modificado por Decreto 477/1972, de fecha 4 de marzo—) Real Decreto 31/1978, de 32 de octubre y Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre (art. 11). Si bien el precio de adquisición permanece constante durante un año, a partir de la calificación se autoriza su actualización para las sucesivas transmisiones..." Y más adelante: "La legislación de las Viviendas de Protección Oficial no prohíbe sus transmisiones sucesivas y de producirse, aún rebasando los precios máximos, —lo que conviene decir que no conforma precisamente el objeto del debate y así lo entendió pero equivocadamente el Tribunal de instancia—. Estas ventas ulteriores no serían radicalmente nulas, y conforme ha declarado esta Sala de casación civil en sentencias 15/2 y 24/6/1991, que decretan improcedente la nulidad total del negocio y sí la parcial de la obligación relativa de precio pactado con excesividad, conforme a nueva doctrina (sentencias de 3/9 y 14/10/1992, 4/6/1993, 21/2/1994 y 11/7/1995) que resucitan la que ya contenían las de 10/2/1966, 28/4/1971, 20/3/1972 y 26/5/1974) no afecta a la validez de las compraventas las celebradas con precios superiores a los oficiales, lo que sólo ocasiona infracción administrativa, con sanciones económicas y pérdidas de beneficios".

A toda esta normativa, aún habría que añadir el Decreto de 10 de noviembre de 1978, el Real Decreto 1932/1991, de 20 de diciembre, el Real Decreto 726/1993, de 14 de mayo, así como las disposiciones dictadas por las respectivas Comunidades Autónomas.

En resumen, que la doctrina jurisprudencial va por camino diferente hoy que la instancia en ambas sentencias. La referencia del art. 1410 del Código civil a lo no previsto en el capítulo obliga a observar las reglas para la partición y liquidación de herencia, permite rescindir una liquidación que cause lesión en más de la cuarta parte. En este sentido, la sentencia de esta Sala de 26 de enero de 1993 ha mantenido que ni tiene fundamento alguno la exclusión de la rescisión por lesión en la liquidación de la sociedad de gananciales, dada la genérica y omnicomprensiva rescisión que efectúa el art. 1410 del Código civil.

Se ha de procurar en la liquidación guardar en lo posible la igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, según el art. 1061 referido a la partición de herencia, pero aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales. En tal supuesto, se hace preciso evitar que una calificación jurídica diferente, viviendas de protección oficial y otras viviendas puede determinar distorsiones en esta igualdad que se pretende y el motivo debe ser acogido, con los efectos que se determinarán en el

último fundamento jurídico de esta resolución.

El acogimiento del motivo único determina la revocación de la sentencia recurrida en el solo y exclusivo sentido de valorarse las viviendas y otros inmuebles de Protección Oficial con el precio de mercado, pero referido al año 1989, año en que recayó sentencia firme que acordó la separación conyugal y disuelta la sociedad de gananciales, haciendo la división y formación de los lotes de acuerdo con estas bases: a) Valoración en el precio del año 1989 y b) Tasación de los Inmuebles de Protección Oficial por el precio de mercado con tales características y referida al citado año 1989. c). Se tomará en cuenta asimismo la pericia practicada en el trámite de apelación y d) Se determinará sobre estas bases en período de ejecución de sentencia.

3. *Rescisión de la escritura de capitulaciones matrimoniales por haberse efectuado en fraude de acreedores, siendo indiferente que en el momento de su otorgamiento no se hubiese despachado ejecución sobre los bienes del esposo, ya que el mismo debe preservar su preexistente situación patrimonial no pudiendo variarse con eventos de reducción o desaparición de la misma en detrimento de aquella solvencia inicial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de noviembre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

ANÁLISIS DEL CASO

- Entre el Banco 21 S.A. y S., en su calidad de acreditado y D. Enrique, D. Ángel y D. Juan, en calidad de fiadores solidarios, se celebró el día 27 de octubre de 1993, póliza para el descuento de Letras de cambio y para otras operaciones cambiarias.
- Como consecuencia del incumplimiento contractual se dedujo demanda ejecutiva que recayó en este mismo Juzgado que finalizó con sentencia estimatoria de la demanda, ante la ausencia de oposición, por importe de 53.888.171 pesetas, de principal.
- Que la citada demanda se dedujo en octubre de 1994, resultando embargado el piso de la C/ Pedro Claret. Dicha vivienda fue adquirida por D. Ángel y D.ª María, conjuntamente para su sociedad conyugal el 16 de noviembre de

1989. Sobre la citada vivienda se constituyó una hipoteca con el Banco de Santander, el día 1 de diciembre de 1989 que fue cancelada el día 12 de enero de 1993.

- D. Ángel y D.ª María otorgaron capitulaciones matrimoniales, concertando el régimen legal de separación de bienes el día 14 de abril de 1994, adjudicándose la vivienda a la esposa.
- Que como consecuencia de lo anterior no resultó efectivo el embargo trabado en el procedimiento ejecutivo a que se ha hecho referencia. Que a la mujer se le adjudicaron la totalidad de los bienes inmuebles que componían el haber ganancial, adjudicándose el marido sólo acciones, entre ellas la de la sociedad afianzada.
- La entidad Banco 21 S.A. interpuso demanda de menor cuantía contra D. Ángel y D.ª Blanca solicitando se dicte sentencia por la que se declare que el crédito existente a favor de la actora es común a ambos esposos pese a estar suscrito exclusivamente por D. Ángel; que las capitulaciones matrimoniales y en consecuencia el reparto de bienes efectuado perjudica los intereses de la actora, debiendo responder los bienes componentes de la sociedad a la deuda contraída con la actora, declarando nula y procediendo a la cancelación de la inscripción registral a favor de la esposa, solicitando se proceda a anotar el embargo sobre la misma procedente del juicio ejecutivo 915/94 de este mismo Juzgado; y subsidiariamente se declararan rescindidas las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores, ello con expresa imposición de costas.
- Los demandados se opusieron a la demanda y solicitaron su íntegra desestimación.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 14 de Madrid dictó sentencia el 24 de julio de 1995, estimando la demanda y declarando: "1.º) La rescisión por fraude de acreedores de la escritura de capitulaciones matrimoniales de 14 de abril de 1994, en lo que a la adjudicación de los bienes se refiere, tomando nota de ello en los registros públicos correspondientes, con cancelación de los asientos sobre atribución privativa del bien. 2.º) Consecuentemente con lo anterior, los bienes gozarán de la misma situación anterior al otorgamiento de la citada escritura, con reserva a las partes de la traba que corresponda, con el límite del art. 1373 del CC, en los autos de juicio ejecutivo 915/94, seguidos en este mismo Juzgado. 3.º) Con desestimación del resto de los pedimentos, las costas se imponen a la demandada".
- En grado de apelación, la Sec. 13.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 27 de enero de 1997, desestimando el recurso interpuesto por los demandados.

- D. Ángel y D.ª Blanca interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los anteriores hechos deben de completarse con los siguientes datos: "El contrato de descuento bancario fue firmado y afianzado el 27 de octubre de 1993, las letras que con posterioridad fueron objeto de impago, fueron presentadas al descuento con fecha valor 8 de marzo de 1994 (folio 271), es decir, que el 8 de marzo el Banco entregó las cantidades al acreditado, teniendo como garantía las letras de cambio con fecha de vencimiento de 25 de junio de 1994. En ese día de marzo ya había nacido la obligación de pago al Banco de las cantidades descontadas. Las capitulaciones matrimoniales se firmaron el 14 de abril de 1994, cuando la obligación de devolución de las cantidades adelantadas por el Banco ya había nacido". De tales hechos, pues, sobresalen estas circunstancias: 1. El demandado actuaba con otros como fiador solidario. 2. El descuento bancario se suscribió en 27-10-93, se efectuó el descuento el día 8 de marzo siguiente. 3. Se firmaron las capitulaciones en 14-4-94. 4. Las letras vencían el 25-6-94.

En el primer motivo se alega que en el momento de firmar un contrato de descuento sólo existe una obligación futura no existiendo a la firma del contrato de descuento una entrega de dinero por el Banco 21 a S. S.L., a cambio de un interés, por lo tanto, a diferencia del contrato de préstamo, en el contrato de descuento cuando se firma éste, ni S. S.L., ni sus fiadores, en este caso don Ángel, nada adeudan al Banco 21 en base al contrato, e incluso, podría haber ocurrido que S. S.L., que tenía facultad de descontar, no hubiera ejercido dicha facultad. El es desestimado por el Tribunal Supremo, ya que, se confirma la tesis al respecto de la recurrida en cuanto a que, aun cuando la satisfacción de una obligación sea venidera en la idea de que su exigencia dependa de un vencimiento futuro, y aunque antes aun no pueda ser judicialmente objeto de reclamación aquella deuda, no por ello el deudor —como tampoco su fiador solidario— no debe observar una conducta representativa con su preexistente situación patrimonial que no puede variarse con eventos de reducción o desaparición de la misma en detrimento de aquella solvencia inicial y con el inevitable perjuicio de los intereses del acreedor, por lo que, se comparte la tesis de la recurrida cuando dice en su FJ 2.º:

— "...Así la STS de 5-6-1990, recoge la argumentación del recurrente: 'la deuda documentada en una serie de letras de cambio era ulterior a la escritura de capitulaciones matrimoniales por vencer las cambiales con posterioridad a la alteración capitular...,' lo que, 'es argumentación de escasa entidad', pues, es evidente que el crédito no surge con la sentencia de remate, ni tampoco propiamente con la expedición de la letra de cambio que origina obligación únicamente cambiaria, la obligación sustantiva surge cuando se concreta que una persona quede vinculada al futuro respecto de otra a dar o no dar alguna cosa, hacer o no hacer. Si bien, en el caso debatido, la aceptación de las letras cuestionadas y el descuento operado recibiendo una suma en numerario, fueron el origen de la obligación exigida en la demanda, no por las cambiales en sí, sino porque desde ese momento el deudor quedó obligado al reintegro en la fecha convenida."

— "...El hecho de que en el momento de firmar las capitulaciones ya existiera la obligación de pago, obligación que se había con-

traído tan sólo hacía un mes, así como el hecho de que se ocultase a la entidad bancaria la variación en el régimen matrimonial, y el modo de hacer el reparto de los bienes gananciales, son claras muestras del ánimo que existió de defraudar. Ya que en los contratos de préstamo o de obligaciones aplazadas, la capacidad de crédito del contratante que deviene deudor a plazo está íntimamente ligada con la entidad de los bienes que en última instancia hayan de soportar su responsabilidad patrimonial. Pues bien, en la medida que tal ecuación se altere de manera voluntaria y arteramente estaremos en presencia de un fraude de acreedores constitutivo de un ilícito civil. Digamos por último que, con diáfana claridad, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo intuye la posibilidad, así mismo incuestionable, de que el fraude se realice frente a deudas aún no exigibles pero cuya inminencia o probabilidad haya sido determinante de la operación de vaciado patrimonial. Es el caso que nos ocupa donde se sabe que, sin lugar a duda, fatalmente llegará el *dies ad quem* al que se refiere la exigibilidad de la deuda, de la misma manera que los cónyuges previsiblemente conocen en el momento de otorgar sus capitulaciones que aquélla iba a resultar impagada."

En el segundo motivo se alega que el Banco 21, no ha intentado obtener el pago dirigiendo la vía de apremio contra los bienes del deudor, la entidad S. S.L., con lo que no concurre, dada la naturaleza subsidiaria de la acción ejercitada, el presupuesto de que el Banco 21 carecía de otro recurso legal para obtener la reparación del juicio, ya que, la posibilidad de acudir a la vía rescisoria de capitulaciones matrimoniales está condicionada que previamente el acreedor haya tratado de obtener su crédito del deudor, agotando la vía de apremio contra éste, lo que no ha hecho; esto es, se sostiene que por el actor antes de instar esta vía debe agotar la solvencia del recurrente, y que no se ha cumplido por el mismo con la exigencia de subsidiariedad de la acción rescisoria que impone el art. 1294 CC, pues, el Banco o actor no ha embargado bienes ni impulsado el juicio ejecutivo, ni perseguido bienes del deudor. Tampoco se comparte el Motivo por el Tribunal Supremo, ya que, la Sala justifica la observancia de esa condicionalidad, al expresar en su FJ 3.º: "Alegan, asimismo, los apelantes que, para acudir a la acción rescisoria, al ser ésta una acción subsidiaria, es necesario haber agotado infructuosamente todos los medios para conseguir el pago. Que el Banco 21, no ha instado la vía de apremio contra el deudor. En el testimonio obrante en autos del procedimiento ejecutivo seguido contra los apelantes, se puede comprobar que Banco 21, S.A., efectuó diligencias de embargo contra todos los bienes de la sociedad, socios y fiadores. Si bien también hay que manifestar, que todos los deudores lo son solidariamente, pudiendo dirigirse su acreedor contra cualquiera de ellos y por la totalidad de la deuda. Así D. Ángel únicamente tiene para pago de la deuda, el piso que relacionó como garantía de su posición de fiador, ya que, el resto de los valores relacionados no tienen valor real, al ser acciones que no cotizan en bolsa, siendo parte de las mismas, acciones de la Sociedad C. —deudora del Banco 21— y sin la liquidez necesaria para dar cumplimiento a las obligaciones que han dado lugar a este procedimiento", todo lo cual exime de cualquier otra *addenda* en el razonamiento censor del Motivo.

4. *Carácter privativo del inmueble adquirido por el esposo meses antes de contraerse el matrimonio, debiendo incluirse en el activo de la sociedad, al resultar de aplicación la normativa anterior a la reforma de 1981, el valor actualizado de las letras pagadas desde la fecha en que se contrajo el matrimonio hasta que los cónyuges se separaron de hecho.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de diciembre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Ascensión interpuso demanda de menor cuantía contra D. Hipólito sobre liquidación de sociedad de gananciales, solicitando se dictase sentencia "condenando a la parte demandada a desalojar el piso propiedad de la sociedad disuelta, con apercibimiento de lanzamiento si así no lo hiciere en breve plazo que al efecto se señalase, debiendo procederse a la liquidación del haber ganancial y atribución a los cónyuges por partes iguales, debiendo llevarse a cabo dicha liquidación y atribución en período de ejecución, igualmente se condenase al demandado a indemnizar a la demandante por la ocupación del piso propiedad de la sociedad de gananciales, durante el período comprendido entre el día 22 de diciembre de 1992 y el día en que dicho piso quede desalojado, con la cantidad de 20.000 pesetas mensuales o aquella que pericialmente se determine".
- Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando del Juzgado, "que se reconociese el carácter privativo del inmueble litigioso como perteneciente a D. Hipólito, sin perjuicio del derecho de la sociedad de gananciales al reintegro de las cuotas mensuales abonadas durante el período de convivencia efectiva de dicha sociedad. Que se acordase declarar la procedencia de la rectificación registral de la inscripción de la compra de la vivienda de litis realizada a favor de la sociedad conyugal a fin de que en el registro figure la titularidad privativa de D. Hipólito. Deduciendo igualmente demanda reconvencional con el suplico de la demanda".
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 27 de Madrid dictó sentencia el 12 de diciembre de 1995, desestimando la demanda y estimando la demanda re-

convencional, declarando que la vivienda litigiosa pertenece con carácter privativo a D. Hipólito, sin perjuicio del derecho de la sociedad de gananciales al reintegro de las cantidades pagadas por la compra del piso desde el día del matrimonio, 19 de diciembre de 1971, hasta el mes de junio de 1973, incluido éste.

- En grado de apelación, la Sec. 22 de la AP de Madrid dictó sentencia el 30 de enero de 1997, estimando el recurso interpuesto por D.ª Ascensión y revocando la sentencia de instancia declaró que el inmueble es de naturaleza ganancial y procede su atribución en iguales partes a D.ª Ascensión y a D. Hipólito.
- D. Hipólito interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien confirmó la sentencia dictada por el Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero acusa infracción de los arts. 3.1, 7. 1 y 2, todos del Código civil. En su fundamentación se sostiene en esencia que es contraria a la buena fe y constituye un abuso de derecho la pretensión de la actora (acogida en la sentencia recurrida) de que el piso es de naturaleza ganancial, pues la misma se separó de hecho del demandado a mediados de 1973, habiendo contraído matrimonio en diciembre de 1971. Dice el recurrente que tan fugaz convivencia no le da derecho a aquella exigencia, cuando el piso fue adquirido antes del matrimonio y él ha pagado el precio aplazado de la compra, los impuestos y gastos. El motivo se desestima porque la Audiencia ha basado su fallo en que el piso se adquirió constante matrimonio, con fondos comunes. Mientras no se combata esta premisa por error de derecho en la valoración de las pruebas, huelga la invocación de los preceptos citados como infringidos.

En el motivo segundo el recurrente denuncia la infracción de los apartados 1 y 4 del art. 1.º y arts. 1323 y 1324, todos ellos del Código civil, por considerarse que debe ser apreciada la doctrina de los actos propios vinculantes, en las declaraciones realizadas por los cónyuges en el convenio regulador, aprobado judicialmente, y la sentencia de divorcio (de común acuerdo) entre los cónyuges de 1992. Se alega también la doctrina jurisprudencial, recogida en las sentencias que cita, que prohíbe ir válidamente contra los actos propios. Según el recurrente, si en dicho convenio, en orden a la atribución de la vivienda y ajuar familiares, los mismos cónyuges convivieron "no haber lugar a adoptar acuerdo alguno sobre al ser inexistentes", es una conducta contradictoria la de la actora, que pretende que se declare la ganancialidad de la vivienda. El motivo se desestima porque en el convenio regulador se manifestó lo que los cónyuges estimaron oportuno en orden al "uso" de la vivienda familiar, y es razonable que nada acordaban pues no existía, ya que llevaban separados de hecho desde 1973. Pero la declaración no puede desbordar sus límites para extenderse a cuestiones sobre la propiedad del piso litigioso. No constituía lugar familiar, pero ello nada tiene que ver con que fuese propiedad privativa de alguno de los cónyuges o de la sociedad conyugal que formaron con su matrimonio. Falta por ello el requisito de tratarse de actos "inequívocos" para la aplicación de la prohibición de toda conducta contraria a los mismos lleva-

da a cabo con posterioridad por el que los ha efectuado.

El tercer motivo del recurso se destina a la infracción de los arts. 1393, 1396.1 y 1392, todos del Código civil, en su redacción anterior a la reforma de 1981. Igualmente se acusa infracción de los arts. 1249 y 1347.3, también del Código civil. Se fundamenta en que la vivienda se adquirió con precio aplazado en octubre de 1971 por el recurrente antes de contraer matrimonio el 19 de diciembre del mismo año, por lo que ha de tener naturaleza privativa al no existir sociedad de gananciales cuando se adquirió, sin que pueda presumirse, como hace la sentencia recurrida, que por haber sido hecha tal adquisición poco antes de la celebración del matrimonio, quepa presumir su adquisición por razón de futuro matrimonio, cuando ni siquiera fija como hecho probado la procedencia del dinero con que se satisfacieron las letras de cambio anteriores a la fecha de celebración del matrimonio, ni la intervención que en las mismas tuviera el demandado. El motivo se estima por el Tribunal Supremo porque la Audiencia se ha aplicado indebidamente el criterio de esta Sala manifestado en su sentencia de 31 de octubre de 1989, que considera ganancial el bien adquirido en vísperas de contraer matrimonio, corriendo el precio aplazado a cargo de la sociedad de gananciales, pues no se aprecia una razón de identidad entre los dos supuestos fácticos. Es cierto que en el caso litigioso la fecha de adquisición (octubre de 1971) es casi concomitante con la del matrimonio (diciembre de 1971). Pero antes del matrimonio, es decir, antes de que existiese la sociedad de gananciales, vencieron dos letras, y después de la extinción de la misma, por separación de hecho de la actora, se siguieron pagando mensualmente por el demandado letras hasta el cumplimiento de la obligación por el precio aplazado.

Aplicando, pues, la normativa que regía con anterioridad a la reforma de 1981, el piso se adquirió en octubre de 1971, con anterioridad al matrimonio, celebrado en diciembre siguiente. Nada tiene que ver el que el pago de varias letras en que se documentó el precio aplazado se hiciera una vez vigente la sociedad de gananciales y con sus fondos, lo que determinará un crédito por su importe total contra el titular, pero en modo alguno condiciona la adquisición de la propiedad, que se rige por el art. 609 Cód. civ., que exige para ello no sólo el contrato, sino la entrega o *traditio.* La misma existió, pues el piso fue hogar común desde el inicio del matrimonio hasta la separación de hecho; nada se ha argumentado en contrario. Según la Audiencia, la adquisición del piso se ha de presumir que se hizo por razón de matrimonio, pero ello nada obsta a que la sociedad de gananciales no comenzase hasta la celebración del matrimonio (antiguo art. 1693 CC). Por tanto nada pudo adquirir la sociedad de gananciales con anterioridad a su constitución, ni mucho menos es admisible que los plazos que hasta entonces corrieron se satisfaciesen con cargo a los fondos de la sociedad. Nada se ha probado sobre una presunta donación de dinero del padre de la actora a la misma para que se pagasen las letras, ni que aquél lo hiciese directamente, de ahí que haya de considerarse que fue el aceptante de las cambiales quien las pagó.

La estimación del motivo tercero del recurso hace inútil el examen de los dos restantes, pues obliga a casar y anular la sentencia recurrida, y a resolver lo procedente, según los términos de debate (art. 1715.1.3.º LECiv).

Solicitaba la actora en su demanda, como primera petición, que se declarase que el piso objeto del litigio era bien ganancial, y que constituía el único haber de la sociedad de gananciales. A esta petición no se puede acceder por las razones que han quedado expuestas al examinar el motivo tercero del recurso. Por ello han de ser desestimadas las demás peticiones que formulaba la actora, consecuencia de la acabada de consignarse.

El demandado exesposo de la actora, en reconvención contra la misma solicitaba que se reconociese el carácter privativo del piso, sin perjuicio del derecho de la socie-

dad de gananciales al reintegro de las cuotas mensuales abonadas durante el período de convivencia efectiva. A tal petición ha de accederse, pues es reiterada la doctrina de esta Sala de que la separación de hecho consentida quiebra la base de la sociedad de gananciales, por lo que desde que se produce dejan de existir bienes comunes sujetos a la normativa de dicha sociedad, sin que ello impida por supuesto de que así se califiquen los habidos hasta la separación (Ss. 23/XII/92, 11/IX/99 y 26/IV/00, entre otras). Por lo tanto, demostrado en autos que letras mensuales por precio aplazado del piso se hicieron efectivas durante el matrimonio en situación de convivencia, en el haber de la sociedad de gananciales ha de incluirse el importe de tales letras como crédito de la misma contra el demandado-reconviniente. No se ha justificado en lo más mínimo que el pago de tales letras se efectuase por persona extraña al matrimonio, por lo que los fondos para ello han de considerarse gananciales.

La segunda de las peticiones de la reconvención era la de que se declarase "la procedencia de la rectificación registral de la inscripción de la compra de la vivienda realizada a favor de la sociedad conyugal —inscripción 2.ª de la finca registral 33.151— a fin de que en el registro figure la titularidad privativa a favor de D. Hipólito. A esta petición ha de accederse por estricta coherencia con la estimación de la inmediatamente anterior.

En suma, se confirma el fallo de la sentencia de primera instancia, que revocó la que se anula y casa.

5. *Carácter ganancial del inmueble adquirido constante el matrimonio al no existir pruebas que sirvan para destruir la presunción de gananciali-dad, máxime cuando en el momento de otorgarse la escritura pública de adquisición del derecho sobre el citado inmueble, ninguna reserva se hizo por el esposo respecto a pagos que pudieran haberse efectuado antes del matrimonio.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de diciembre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Iris interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra D. Fernando solicitando se dictara sentencia por la que se declare: 1.º Que los bienes que se relacionan en el hecho tercero de esta demanda constituyen el inventario de la sociedad legal de gananciales de la demandante y el demandado. 2.º Que D. Fernando adeuda además a la demandante por las mejoras por ésta realizadas en los bienes privativos del demandado la cantidad de 1.386.017 pesetas, condenando al demandado a estar y pasar por estas declaraciones y a repartir los bienes inventariados

en base a las mismas. Todo ello con la expresa condena en costas a la parte demandada.

- El demandado D. Fernando fue declarado en rebeldía por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos.
- El Juzgado de 1.ª Instancia de Salas de los Infantes dictó sentencia el 3 de diciembre de 1996, estimando parcialmente la demanda declarando que forman parte del activo de la sociedad de gananciales que formaban los litigantes, y disuelta en virtud de sentencia dictada por este Juzgado de fecha 25 de octubre de 1993, los siguiente bienes y derechos: 1. 20.434 dólares al cambio oficial vigente en dicha fecha. 2. 2.828.168 pesetas. 3. El vehículo D. 4. El inmueble sito en Quintanar de la Sierra, descrito en el hecho 3.º de la demanda. 5. El importe actualizado del aumento de valor que, al tiempo de la disolución de la sociedad de gananciales de los litigantes, tuviese la finca privativa del demandado sita al pago de "La Tejera", de Quintanar de la Sierra, como consecuencia de la construcción de la nave unida a dicha finca en lo que se verificase vigente la sociedad, a determinar en fase de ejecución de sentencia. Se desestiman los demás pedimentos de la demanda, absolviendo libremente al demandado de los mismos. No se hace imposición de las costas causadas en el presente juicio.
- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Burgos dictó sentencia el 12 de marzo de 1997, desestimando el recurso interpuesto por D. Fernando.
- D. Fernando interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El demandado ha formulado el presente recurso de casación estimando infringidos los artículos 1346, 1357 y 1354 del Código civil al mantener el carácter de bien privativo del inmueble.

Ante todo, es preciso recordar la función de la casación, que no es revisar la actividad probatoria de la sentencia de instancia, sino comprobar la aplicación correcta del ordenamiento jurídico al supuesto fáctico, "enjuiciar lo enjuiciado". Así lo expresan las sentencias de 31 de mayo de 2000, 9 de febrero de 2001, 24 de mayo de 2001, 8 de junio de 2001 y 12 de diciembre de 2002 que dice "... cuyo objeto es la resolución dictada en apelación verificando si a los hechos declarados se les dio la solución jurídica adecuada..."

Por ello, no cabe hacer supuesto de la cuestión que es la pretensión de una calificación jurídica a hechos distintos de los declarados en la instancia, sin impugnar —siempre que sea posible— la valoración o el error del derecho de la prueba. Así lo han dicho, entre otras muchísimas, las sentencias de 17 de mayo de 2000, 31 de enero de 2001, 3 de mayo de 2001, 9 de mayo de 2002, 31 de octubre de 2002, 8 de noviembre de 2002; estas últimas dicen: "con ello la parte recurrente ha incurrido en el vicio procesal denominado judicialmente supuesto de la cuestión, ya que parte de la base en

la fundamentación de su único motivo de datos fácticos diferentes de los fijados o tenidos en cuenta en la resolución objeto del recurso, sin obtener previamente su modificación o integración por parte de esta Sala; y esto último no ha ocurrido por estimarse que la acción hermenéutica efectuada en la sentencia recurrida es lógica y racional, no pecando de conclusiones absurdas que supongan un verdadero disparate".

La presunción de ganancialidad se halla contenida en el artículo 1361 del Código civil, que implica una alteración de la doctrina de la carga de la prueba; el que alega el carácter ganancial de un bien adquirido constante la comunidad de gananciales no tiene que probar que el bien lo es, sino que se presume y es el que alegue lo contrario quien tiene que probarlo.

La jurisprudencia ha aplicado con frecuencia esta norma y ha mantenido el carácter ganancial de bienes, por falta de prueba de que sean privativos, las sentencias de 3 de diciembre de 1985, 10 de noviembre de 1986, 30 de septiembre de 1989; ha destacado la necesidad de que se practique una prueba "suficiente, satisfactoria y concluyente" de que el bien es privativo, en las sentencias de 9 de junio de 1994, 20 de junio de 1995, 10 de marzo de 1997, 29 de septiembre de 1997; la de 24 de febrero de 2000 resume esta doctrina en los siguientes términos: "Es cierto que la jurisprudencia ha insistido en el rigor de la presunción de ganancialidad contenida en el art. 1361 CC, declarando que para desvirtuarla no basta la prueba indiciaria, sino que es precisa una prueba expresa y cumplida, pudiendo añadirse a las numerosas sentencias que se citan en el motivo las posteriores a su interposición de 2-7-96 (recurso núm. 2516/92) y 29-9-97 (recurso núm. 2491/93). Pero también lo es que en ningún caso dicha presunción deja de admitir prueba en contrario por quien afirme el carácter privativo o no ganancial de los bienes de que se trate (STS 7-4-97 en recurso 298/93, entre las más recientes) y que, en consecuencia, si la sentencia que considere desvirtuada la presunción de ganancialidad aparece fundada en una valoración de la prueba practicada en el proceso, el problema a resolver en casación consistirá en determinar, primero, si la valoración del Tribunal de instancia se asienta en verdaderas pruebas; segundo, si en la valoración de éstas se ha vulnerado o no alguna norma que contenga regla legal de valoración de la prueba; y tercero, si descartada la infracción de esta clase de reglas, las pruebas valoradas por el Tribunal de instancia tienen la fuerza suficiente para considerar desvirtuada la presunción de ganancialidad".

Tras lo expuesto, es clara la desestimación del único motivo del recurso de casación, que mantiene el carácter de bien privativo del inmueble sito en Quintanar de la Sierra, alegando que se compró o empezó a comprar antes del matrimonio y, por tanto, constituirse la comunidad de gananciales y no denuncia la infracción de ninguna norma relativa a la apreciación de la prueba, sino normas sobre la calificación de bienes como privativos, plenos o pro indiviso.

La sentencia de la Audiencia Provincial, de forma contundente, afirma: "no existen pruebas que sirvan para destruir la presunción de ganancialidad" y añade, "en el momento de otorgarse la escritura pública de adquisición del derecho sobre el citado inmueble, verificada constante matrimonio, ninguna reserva se hizo por él" (demandado) e incluso hace referencia al Registro de la Propiedad del que tanto se insiste en el desarrollo del motivo.

Por tanto, de los hechos declarados probados y no probados, incólumes en casación y sin que se pueda hacer respecto a ellos supuesto de la cuestión, no aparece de ningún modo prueba "suficiente, satisfactoria y concluyente" de que se trataba aquel inmueble de un bien privativo. Por ello, se ha cumplido el artículo 1361 y no se han aplicado, ni se han infringido los artículos 1346, 1357 y 1354 del Código civil ya que no son de aplicación al caso fáctico declarado en la sentencia de instancia.

IV. CONVENIO REGULADOR

1. *Nulidad de la transmisión de propiedad de una parte indivisa de un inmueble que hizo el esposo en el convenio regulador de la separación en pago de la pensión alimenticia y compensatoria, ya que no le pertenecía por cuanto la escritura de compraventa era simulada. Como consecuencia de dicha declaración se faculta a la esposa para pedir el cumplimiento de las obligaciones de alimentos y pensión compensatoria, asumidas por el marido, mediante su abono en metálico.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª , Sentencia de 21 de noviembre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Margarita, por sí y en representación voluntaria de su hijo D. Alejandro interpuso demanda de menor cuantía contra D. Emilio solicitando se dictara sentencia "por la que se ponga fin a la comunidad existente sobre unos inmuebles, de las que la actora y su hijo son copropietarios de la mitad indivisa, a razón de un cincuenta por ciento cada uno en dicha mitad, siendo el demandado copropietario de la otra mitad y: 1.º) Que de ser los inmuebles esencialmente divisibles, se condene al demandado a que se adjudiquen a éste, a la actora y a su hijo fincas de análoga calidad y especie, susceptibles de aprovechamiento independiente y propiedad separada, determinándose en período probatorio el hecho de la divisibilidad y el valor de cada una de dichas fincas, a la vez que se propone como proyecto para llevar a cabo la división entre los cotitulares, en fase de ejecución de sentencia, y al objeto de que sea aprobado por S.S.ª o, en su defecto, introduzca las modificaciones que considere pertinentes, el que se formen tres lotes con las fincas y valores que se concreten por peritos en período probatorio, con la salvedad que más adelante se expresa, para proceder a su sorteo y adjudicación en el Juzgado. Como plazo para realizar el sorteo y posteriores adjudicaciones se establecerá un máximo de treinta días a contar desde la firmeza de la Sentencia. No obstante la determinación del precio de los lotes en período probatorio, si desde la fecha de la peritación hasta la de la solicitud de la ejecución transcurriese, por cualquier causa, más de un año, deberá procederse a

una nueva valoración en la fase de ejecución, salvo acuerdo de las partes. 2.º) Que no de ser posible lo anterior, por determinarse en período probatorio la indivisibilidad de las fincas, se declare que deben de adjudicarse al demandando, sólo para el supuesto de que lo acepte expresamente, alcanzándose así acuerdo entre todos los cotitulares, en cuyo caso deberá indemnizar a las demás partes —la actora e hijo— en la proporción que a cada uno les corresponde, un veinticinco por ciento a cada uno del valor total de los bienes (en total el 50% de la mitad indivisa), estableciéndose como precio de la cosa indivisible el que se haya determinado por peritos en período probatorio, con la salvedad rectificatoria que más adelante se expresa. Como plazo, dentro del período de ejecución de sentencia, para que el demandado manifieste si acepta adjudicarse la totalidad de los bienes pagando simultáneamente el precio a mi representada y a su hijo, se propone que establezca un máximo de treinta días a contar desde la firmeza de la Sentencia. No obstante la determinación del precio en período probatorio, si desde la fecha de la peritación hasta la de la solicitud de la ejecución transcurriese, por cualquier causa, más de un año, deberá procederse a una nueva valoración en el período de ejecución, salvo acuerdo de las partes. Esta solicitud pretende evitar los inconvenientes de la subasta pública de los bienes, pues no cabe duda que desvirtuarían su valor, y se refiere a que sea el demandado quien, si así lo acepta, se adjudique los bienes e indemnice, dado que es la parte económicamente más capaz de entre todos los cotitulares, siendo imposible para mi representada y su hijo elegir esta opción pues carecen de medios para hacer frente a la indemnización. 3.º) Que de no ser posible alcanzar el acuerdo de que el demandado se adjudique el bien indivisible indemnizando a los demás, se ordenará la venta de los bienes en pública subasta, con el subsiguiente reparto del precio entre los tres cotitulares en razón a la proporción que ostentan en las fincas, un veinticinco por ciento de mi representada y su hijo y el cincuenta por ciento restante el demandado. Firme la Sentencia, se procederá de inmediato a su ejecución por los trámites establecidos en el artículo 1495 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, proponiéndose que si no transcurrió un año desde la peritación hasta la solicitud de la ejecución, sea el valor fijado en el período probatorio el que se tenga por válido para el avalúo, sin necesidad de proceder a una nueva valoración. 4.º) Que con independencia de las anteriores peticiones deberá el demandado rendir cuentas de su gestión a la actora y a su hijo desde el día 21 de febrero de 1995, liquidando económicamente la Comunidad, y entregando, su hubiere lugar, los frutos e intereses que los bienes hayan producido y produzcan hasta el momento mismo de la liquidación. 5.º) Las costas deben de imponerse al demandado".

- D. Emilio presentó demanda contra D. Mario Luis, D.ª Margarita y D. Alejandro solicitando "se declaren nulas y sin efecto alguno las disposi-

ciones hechas por los demandados D. Mario Luis y D.ª Margarita en el convenio regulador de la separación conyugal de los mismos pactado en autos 497/94 del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Gijón respecto de los dos inmuebles litigiosos, condenando a todos los demandados a estar y pasar por tal declaración; con expresa imposición de las costas a los mismos".

- Declarado en rebeldía el demandado D. Mario Luis, por auto del Juzgado número 1 de fecha 23 de enero de 1996 se acordó la acumulación de autos solicitada, y por auto de fecha 29 de marzo siguiente el Juzgado número 4 accedió a ella, siguiéndose ambos pleitos a partir de entonces en un solo juicio.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Gijón dictó sentencia el 31 de julio de 1996, desestimando ambas demandas.
- En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Asturias dictó sentencia el 7 de marzo de 1997, desestimando el recurso.
- Ambas partes interpusieron recurso de casación.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El juicio causante de los dos recursos de casación a examinar se inició en virtud de demanda de disolución de comunidad de bienes sobre dos locales que madre e hijo demandantes decían formar con el abuelo paterno de éste y suegro de aquélla a raíz de un convenio regulador de separación conyugal, aprobado en sentencia, por el cual el marido de la actora y padre del codemandante les había transmitido su mitad indivisa, al cincuenta por ciento para madre e hijo, en sustitución de los alimentos en metálico para el hijo y de la pensión compensatoria en metálico para la madre, indicándose en dicho convenio regulador que la propiedad del transmitente se fundaba en escritura pública de compra, nueve años antes, a su tío carnal, hermano del demandado.

Éste se opuso a la demanda alegando que su hijo nunca había llegado a ser propietario de nada, que su titularidad sobre la mitad indivisa de los locales era puramente ficticia, por razones de índole exclusivamente fiscal o tributaria, y que la demandante era perfectamente consciente de ello pero quería aprovecharse de la situación, anunciando a su vez este demandado una demanda contra los actores iniciales y contra su propio hijo para instar la nulidad del referido convenio regulador en la parte relativa a la transmisión patrimonial cuestionada.

La demanda así anunciada efectivamente se interpuso contra esas tres personas y con la indicada petición. Como hechos básicos de la misma se alegaban que la venta del año 1986 al hijo del actor, en escritura pública otorgada por el propio actor como representante de quien, titular de la mitad indivisa transmitida, era hermano del mismo actor y por tanto tío carnal del aparente comprador, había respondido a una exclusiva finalidad de aligerar la carga fiscal del demandante, titular ya de la otra mitad indivisa de los locales e instituido único heredero testamentario de su hermano, ya por entonces gravemente enfermo y que fallecería cinco meses más tarde; que después de transmitir en nombre de su hermano la mitad indivisa

de otras dos fincas, cuya otra mitad era también del actor, a un empleado de éste de toda confianza previa separación de bienes entre dicho empleado y su esposa, complementando la escritura pública de venta con un documento privado en el que el referido empleado le vendía a su vez la misma mitad indivisa al actor, se llevó a cabo una operación similar con los locales litigiosos; y que para ello comparecieron en la notaría él, su hijo y su nuera, estos dos últimos otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales pasando del régimen de sociedad de gananciales al de absoluta separación de bienes e inmediatamente, sin solución de continuidad, se otorgó la escritura pública de venta de la mitad indivisa de los locales litigiosos, figurando como vendedor el actor en cuanto apoderado de su hermano y como comprador el hijo del propio actor, acto seguido de la cual, y siempre en la misma notaría, se redactó en documento privado un contrato por el que el hijo vendía a su padre aquello mismo que acababa de comprar. Con base en todo ello concluía que su hijo nunca había llegado a ser propietario de nada y que así lo sabía su nuera.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda acumulada, es decir la nulidad de las disposiciones patrimoniales del convenio regulador de separación conyugal, razonando que éstas eran válidas por tener un objeto cierto con independencia de que el disponente fuera o no titular de los bienes, pues una cosa era la validez de tales disposiciones y otra su eficacia. Y también rechazó la demanda inicial, en cuanto al hijo demandante, no sólo por ineficacia sino también por invalidez de la atribución patrimonial al mismo por no haberla consentido expresamente, siendo mayor de edad, y contravenir además lo dispuesto en los arts. 151 y 1814 CC; y en cuanto a la madre, por ser ésta sabedora de que su marido no podía transmitirle nada porque de nada era propietario, ya que su propia adquisición aparente había sido en realidad inexistente.

Interpuesto recurso de apelación por la parte inicialmente demandante, y adherido a la impugnación el actor de la demanda acumulada, el tribunal de segunda instancia confirmó la sentencia apelada, desestimando ambas impugnaciones, aunque no por las mismas razones. En cuanto a la demanda de nulidad de las disposiciones patrimoniales del convenio regulador, el tribunal la desestima, básicamente, por no haber interesado el actor, como antecedente imprescindible, la previa ineficacia de la escritura de compraventa por la que su hijo había adquirido las mitades indivisas de las que luego dispuso. Y en cuanto a la demanda inicial de disolución de la comunidad formada sobre los locales a raíz de aquel convenio regulador, el tribunal declara compartir el análisis de la prueba por el juzgador del primer grado, subraya especialmente el cabal conocimiento por todos los litigantes de la finalidad exclusivamente defraudatoria a la Hacienda Pública de todas las operaciones llevadas a cabo el mismo día en la notaría (capitulaciones, escritura pública de compraventa y documento privado), añadiendo el propio tribunal otras razones de su convicción probatoria, y, considerando nula la supuesta compraventa documentada en la escritura pública otorgada entre padre e hijo, razona jurídicamente el rechazo de la demanda inicial con base en "la inexistencia total de cualquier intento de comunidad entre los actores y el demandado", que a su vez comporta "la ausencia de los requisitos esenciales a todo negocio jurídico", tratándose de una nulidad original "que por ser absoluta no precisa de petición expresa reconvencional, pero que surte efectos como excepción de fondo para impedir la prosperabilidad de la demanda".

Contra la sentencia de apelación han recurrido en casación las dos partes. La demandante inicial denuncia en su primer motivo de casación la incongruencia de la sentencia impugnada por alterar la causa de pedir y conceder de oficio más de lo pedido apreciando una nulidad de la escritura pública de compraventa no solicitada por nadie, ya que la única nulidad interesada en el litigio, mediante la demanda acumulada, fue la

de las disposiciones matrimoniales del convenio regulador de separación conyugal; el motivo segundo lo dedica a sostener la validez de la referida compraventa por existir título y tradición *ficta* en virtud de la propia escritura pública; el tercero, a rebatir la apreciación de simulación absoluta en la misma compraventa; el cuarto, a negar todo valor al documento privado de venta que siguió a la referida escritura pública; el quinto, a vincular a los otorgantes de la escritura a sus propios actos reflejados en la misma; y el sexto, a rebatir la apreciación probatoria de que todos los litigantes eran conscientes de que las operaciones llevadas a cabo en un mismo día y en la notaría no tenían más finalidad que la de ocultar a la Hacienda Pública la verdadera titularidad de los bienes. El actor de la demanda acumulada, por su parte, articula un solo motivo de casación orientado a que se declaren nulas las disposiciones patrimoniales del convenio regulador por no ser imprescindible una previa declaración de nulidad de la escritura pública de compraventa entre aquél y su hijo, ya que éste a su vez había "retrovendido" los mismos inmuebles a su padre en documento privado.

El análisis de ambos recursos pasa necesariamente por subrayar, como peculiaridad muy destacada del litigio que los origina y de las sentencias de ambas instancias, que para los respectivos juzgadores quedó plenamente acreditado el conocimiento por todos los litigantes de que mediante la escritura pública de compraventa entre padre e hijo nada se transmitía en realidad, pues tanto dicha escritura como el subsiguiente documento privado, precedidos a su vez de las capitulaciones matrimoniales de separación absoluta de bienes, obedecían a la exclusiva finalidad de crear una titularidad puramente formal o aparente. Pese a ello, y de ahí una segunda peculiaridad no menos destacada, ninguna de la dos sentencias estima la demanda de nulidad de las disposiciones patrimoniales del convenio regulador de separación conyugal suscrito nueve años después y mediante las cuales quien nada había adquirido transmitió sin embargo el objeto de aquella presunta compraventa, fundándose la denegación de tal nulidad, expresamente pedida mediante la demanda acumulada, en que no se había interesado al propio tiempo la nulidad de la escritura pública que creó la apariencia de titularidad. Finalmente, y con ello una tercera peculiaridad o paradoja, se deniega la disolución de la comunidad sobre los locales litigiosos precisamente por no existir tal comunidad al reducirse las disposiciones del convenio regulador también a una pura apariencia.

Surgen así inmediatamente dos cuestiones: primera, si es coherente el pronunciamiento desestimatorio de la demanda inicial con base en la nulidad de unas disposiciones patrimoniales que sin embargo no se declara, pese a haber sido expresamente pedida en la demanda acumulada; y segunda, si el obstáculo a la nulidad de tales disposiciones, constituido para la sentencia impugnada por la falta de expresa petición de nulidad de la escritura pública de nueve años antes, podía o no haberse superado mediante su declaración de oficio por el tribunal sentenciador.

Pues bien, puede adelantarse desde este mismo momento, en cuanto a la primera de esas cuestiones, que no es coherente denegar la disolución de la comunidad por nulidad de las disposiciones del convenio regulador que crearon tal comunidad entre demandantes iniciales y actor de la demanda acumulada y, al propio tiempo, denegar también la nulidad de esas mismas disposiciones expresamente pedida en la demanda acumulada; y en cuanto a la segunda, que según la jurisprudencia de esta Sala es posible, al amparo del art. 6.3 CC aunque no sin extremar la prudencia, apreciar de oficio la nulidad de un acto cuando así lo exija el interés público o la salvaguardia del orden público (SSTS 18-2-97, 20-6-96, 9-5-94 y 26-6-82). La indudable presencia de este interés público en el litigio causante de los recursos examinados se advierte con sólo pensar en la situación que crearía la sentencia impugnada: por un lado, carencia de de-

recho alguno de los demandantes iniciales sobre los locales cuya mitad indivisa se les transmitió en el convenio regulador "por inexistencia total de cualquier intento de comunidad" entre ellos y el actor de la demanda acumulada, derivada a su vez de la nulidad de la escritura pública de nueve años antes; pero por otro, subsistencia tanto de la escritura como del convenio, ya que no se declara nulidad alguna al respecto, con lo que se produce el efecto perverso de que madre e hijo demandantes nada pueden pedir en relación con una comunidad de bienes que se declara inexistente y nada pueden pedir tampoco en concepto de alimentos ni de pensión compensatoria porque las correspondientes obligaciones de pagos periódicos en metálico aparecen sustituidas por las disposiciones patrimoniales del convenio, que sigue vigente en su integridad.

De lo dicho se desprende que la salvaguardia del interés público presente en la efectividad de un convenio regulador de separación conyugal, aprobado en sentencia, autoriza claramente a declarar de oficio, si hubiera causa bastante para ello, la nulidad de las compraventas antecedentes al propio convenio regulador para, así, poder declarar también la nulidad de las disposiciones patrimoniales del mismo convenio deshaciendo toda la cadena de apariencias creadas a lo largo de los años y, al propio tiempo, salvaguardando los derechos de madre e hijo a alimentos y la pensión compensatoria reconocidos y cuantificados en el convenio regulador de separación y sustituidos por la transmisión de la mitad indivisa de los locales litigiosos.

Definidos así los términos del núcleo del litigo y de los recursos, procede comenzar el estudio de éstos por el motivo sexto del recurso de la parte demandante inicial, ya que pese a su articulación en último lugar es el que combate la declaración de hecho esencial de la sentencia recurrida, es decir, la plena conciencia por todos los litigantes de que la venta documentada en la escritura pública del día 7 de marzo de 1986 fue una pura ficción en cuanto no había voluntad alguna de transmitir ni de adquirir ni medió precio alguno.

Se funda este motivo, en infracción de los arts. 1227, 1230, 1232 en relación con el 1249 y 1253, todos del CC, así como de la doctrina jurisprudencial "de que nadie puede ser condenado sin que existan pruebas de los hechos en que se funda", y su desarrollo argumental consiste en una crítica de los razonamientos probatorios de la sentencia impugnada, a los que la parte recurrente contrapone su propia valoración de las diversas pruebas practicadas. Bien claramente se advierte, pues, que el motivo ha de ser desestimado, porque ni cabe acumular en un solo motivo una crítica a la valoración de diferentes pruebas encubriendo así un intento de nueva valoración conjunta, inadmisible en casación (SSTS 14-4-97, 24-12-97 y 28-5-91), ni es tampoco admisible mezclar en un mismo motivo la cita de los arts. 1249 y 1253 CC combatiendo simultáneamente una presunción y los hechos que le sirven de base (SSTS 20-6-97, 31-12-98 y 19-2-02) ni, en fin, se alcanza a comprender la alegada infracción de jurisprudencia puesto que ninguna condena impone la sentencia recurrida a esta parte recurrente. Además, en cualquier caso, la conclusión probatoria del tribunal sentenciador es plenamente acorde con la prueba practicada, pues a la concentración en un mismo día de una separación de bienes, una transmisión al marido por su padre, en representación de un hermano de éste que se encontraba enfermo, y una transmisión de los mismos bienes en documento privado por el recién adquirente a su padre, con presencia de todos los interesados en la notaría, se suma la falta absoluta de posesión de los bienes por quien teóricamente los había adquirido en escritura pública, el silencio de la demandante inicial sobre el hipotético patrimonio de su esposo en la fase contenciosa del proceso de separación conyugal y, en fin, la ausencia del menor rastro de comunidad de bienes efectiva tanto entre el adquirente de los bienes según la escritura y su tío carnal, primero, o su padre, después de fallecer el tío, como entre los

demandantes iniciales y el actor de la demanda acumulada después del convenio regulador.

Lo anteriormente razonado determina necesariamente la desestimación de los motivos segundo, tercero, cuarto y quinto del mismo recurso, todos ellos amparados asimismo en el ordinal 4.º del art. 1692 LEC de 1881 y orientados a defender la efectiva propiedad del transmitente de la mitad indivisa de los locales cuando dispuso de ella en el convenio regulador. Así, el motivo segundo, fundado en infracción de los arts. 1254, 1261, 1277, 1274, 1275 y 1462 CC, discute que hubiera simulación, porque en el otorgamiento de la escritura pública de compraventa el padre habría actuado en representación de su hermano y siguiendo sus instrucciones; el motivo tercero, fundado en infracción de los arts. 1253 y 1264 CC, aduce que la parte contraria no ha demostrado simulación alguna, ni absoluta ni relativa; el cuarto, fundado en infracción de los arts. 1230, 1227, 633, 618, 1274, 1281 y 1261 CC, apunta las hipótesis de que entre padre e hijo se hubiera suscrito el documento privado subsiguiente a la escritura pública para cubrirse frente a futuras reclamaciones de la esposa de éste, o de que el hijo hubiera querido regalarle a su padre lo que acababa de adquirir de su tío; y el quinto, en fin, fundado en infracción de la jurisprudencia sobre la teoría de los actos propios, aduce que al consentir padre e hijo en que éste figurase como titular de los bienes ante la Hacienda Pública, habrían causado estado frente a terceros.

Si ya los motivos segundo y cuarto adolecen patentemente de inobservancia del art. 1707 LEC de 1881 por mezclar preceptos heterogéneos y cuestiones de hecho y de derecho, incurriendo así en la causa de inadmisión del art. 1710.1.2.ª de la misma ley apreciable ahora como razón para desestimarlos (SSTS 29-6-93, 9-12-96, 28-7-98 y 8-10-01 entre otras muchas), nada puede ninguno de estos cuatro motivos frente a la evidencia cegadora de que no hubo venta real alguna de tío a sobrino en escritura pública, ni venta real de hijo a padre en escritura pública, ni pago de precio por los presuntos adquirentes, ni posesión de los bienes por quien aparentemente los adquiría en escritura pública ni, en fin, verdadera comunidad de bienes en la que éste fuera partícipe. Incólumes, pues, los hechos probados por las razones ya expuestas para desestimar el motivo sexto de este mismo recurso, claro está que no ha podido darse ninguna de las infracciones denunciadas en estos otros motivos, siquiera sea por la razón elemental de que no puede infringirse el art. 1214 CC cuando el tribunal sentenciador da por demostrados unos hechos en virtud de pruebas efectivamente practicadas, ni se vulnera la presunción de existencia de causa negocial cuando la prueba practicada demuestra que el negocio fue una pura ficción ni, desde luego, se quebranta la teoría de los actos propios cuando resulta que son estos mismos actos los que, según la prueba practicada, sirvieron para crear la ficción de transmisiones y titularidades puramente aparentes.

Es desde esos hechos probados como hay que examinar los dos únicos motivos que del conjunto de ambos recursos quedan por examinar, esto es, el motivo primero del recurso de la demandante inicial y el motivo único del recurso del otro litigante. Amparado aquél en el ordinal 3.º del art. 1692 LEC de 1881 para denunciar incongruencia de la sentencia recurrida, con cita del art. 359 de la misma ley como infringido, y amparado el único motivo del otro recurso en el ordinal 4.º del citado art. 1692 por inaplicación de los arts. 1261 y 1300 CC, su examen conjunto se justifica por la interrelación que los une, ya que la demandante de disolución de la comunidad cifra la incongruencia de la sentencia recurrida en que desestima su demanda en virtud de una nulidad, no planteada por nadie, de la escritura pública otorgada en su día entre padre e hijo, y el demandante de nulidad de las disposiciones patrimoniales del convenio regulador impugna la misma sentencia por no haber declarado nulas tales disposiciones pese a considerarlas en realidad ineficaces, entendiendo este recurrente que tal nulidad podía

haberse declarado por la sentencia impugnada sin necesidad de declarar también la de la escritura pública otorgada nueve años antes.

Pues bien, si los hechos probados se analizan a la luz de lo razonado en el fundamento jurídico segundo, habrá de concluirse que procede estimar ambos motivos: el primero del recurso de la demandante inicial, porque en verdad no es congruente privar de eficacia a las disposiciones patrimoniales del convenio regulador en virtud de una nulidad por simulación de la escritura pública del año 1986 que no fue pedida por la otra parte y que tampoco se declara de oficio por el tribunal sentenciador; y el motivo único del actor de la demanda acumulada, porque en efecto tenían que haberse declarado nulas las disposiciones patrimoniales del convenio regulador por faltar los requisitos del art. 1261 CC, ya que quienes las suscribieron sabían que el disponente no era titular de los bienes transmitidos ni partícipe en comunidad alguna sobre los mismos, por responder la escritura pública y el documento privado de nueve años antes a una pura ficción.

Procede por tanto casar la sentencia recurrida por incongruente y por haber infringido el art. 1300 CC, aunque desde luego esto no suponga acoger por completo el planteamiento del actor de la demanda acumulada en el sentido de que deban dejarse a salvo la escritura y documento privado referidos.

Asumiendo esta Sala la instancia conforme a lo previsto en el art. 1715.1.3.º LEC de 1881, procede resolver en el sentido de declarar nulas las disposiciones sobre los locales litigiosos contenidas en el convenio regulador, pero también, de oficio y como presupuesto de tal nulidad, tanto la escritura pública de compraventa de 7 de marzo de 1986 como el documento privado de compraventa de esa misma fecha, en cuanto compraventas absolutamente simuladas y creadoras de titularidades meramente aparentes que a su vez permitieron la creación de otra apariencia negocial más mediante el convenio regulador.

Se salvaguarda, por tanto, el interés público presente en la efectividad del convenio de separación aprobado por sentencia judicial, que ciertamente no permitirá pedir la disolución de una comunidad de bienes que nunca llegó a existir pero sí el cumplimiento de las obligaciones de alimentos y pensión compensatoria, asumidas por el marido, mediante su abono en metálico, ya que lo que queda sin efecto es únicamente la sustitución de esos abonos en metálico por la transmisión de la mitad indivisa de los locales litigiosos.

En cuanto a las costas de las instancias, sobre las que esta Sala debe resolver aplicando las reglas generales según el art. 1715.2 LEC de 1881, la desestimación de la demanda inicial (disolución de la comunidad) y la estimación de la acumulada (nulidad de las disposiciones del convenio sobre los locales litigiosos), determinaría en principio, conforme al párrafo primero del art. 523 de la misma ley, que todas las costas de la primera instancia hubieran de imponerse a la parte actora de la demanda inicial, vencida tanto en sus propias pretensiones como en su oposición a las de la parte contraria. Sin embargo, la necesidad de que esta Sala haya tenido que actuar de oficio para, superando silencios y omisiones interesadas de ambas partes, restablecer el orden jurídico declarando también la nulidad de la escritura pública y del documento privado tantas veces referidos, cuya validez quería preservar a todo trance el actor de la demanda acumulada, debe computarse como circunstancia excepcional justificativa de un pronunciamiento distinto y consistente en que cada parte pague las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y otro tanto procede para las costas de la segunda instancia, por más que el recurso de apelación del actor de la demanda acumulada hubiera tenido que prosperar, si bien añadiendo una nulidad de oficio en la que no estaba interesado, y el de la parte demandante inicial ser totalmente desestimado, ya que en esa segunda instancia persistían los mismos

problemas determinantes de circunstancias excepcionales contempladas en el párrafo segundo del art. 710 LEC de 1881.

En cuanto a las costas de los recursos de casación, la estimación de ambos comporta que asimismo cada parte satisfaga las suyas, conforme al art. 1715.2 LEC de 1881, y que a cada una haya que devolverle el depósito constituido en su día, como se desprende de los arts. 1703 y 1715.3 de la misma ley.

Finalmente, la finalidad de defraudar a la Hacienda Pública, expresamente declarada por el actor de la demanda acumulada como única atribuible a la escritura pública y al documento privado de 7 de marzo de 1986, de un lado, y la declaración de oficio por esta Sala de la nulidad de las compraventas plasmadas en ambos documentos, de otro, determinan que esta sentencia deba comunicarse a la autoridad tributaria a los efectos que procedan.

V. CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

1. *Rescisión de la escritura de compraventa otorgada entre una madre y su hija al haberse llevado a efecto con la única finalidad de defraudar a los acreedores de la primera sustrayéndola de la inminente ejecución judicial. Para el ejercicio de la acción no es necesaria la insolvencia total de la deudora, incumbiendo al deudor señalar otros bienes para excluir la legitimidad de la acción revocatoria.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de octubre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 31 de diciembre de 1992 los cónyuges D. Félix y D.ª María del Pilar concertaron con el "Banco C., S.A." Sucursal de Abarán (Murcia), una póliza de préstamo mercantil por importe de cinco millones de pesetas y vencimiento el 30 de octubre de 1996.
- El 26 de febrero de 1993 los mismos cónyuges concertaron con el "Banco E.", Sucursal de Abarán, un préstamo de 2.750.000 pesetas con garantía hipotecaria sobre la vivienda sita en Abarán, propiedad de D.ª María del Pilar.
- El 6 de julio de 1993 el "Banco C., S.A." comunicó, por conducto telegráfico, a D.ª María del Pilar haber procedido a dar por vencido el préstamo

concedido el 31 de diciembre de 1992, al tiempo que la requería para que conforme a lo pactado hiciese efectiva la suma de 5.483.493 pesetas, saldo de la operación a 30 de junio de 1993 más los intereses convenidos.

- El 25 de octubre de 1993 D.ª María del Pilar vende, mediante escritura pública, a su hija D.ª María Trinidad la vivienda antes referida, finca registral núm. ... 33, por el precio de tres millones quinientas cincuenta mil pesetas, de las que cincuenta mil pesetas declara la vendedora haberlas recibido con anterioridad, en tanto los restantes tres millones quinientas mil pesetas constituyen el importe del préstamo garantizado con hipoteca en el que se subroga la compradora.
- Por el "Banco C., S.A." se entabló juicio ejecutivo (núm. 351 de 1993 del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Cieza) contra los esposos D. Félix y D.ª María Pilar, que fueron requeridos de pago el 3 de noviembre de 1993, procediéndose a la anotación preventiva de embargo respecto de una finca rústica y sin que pudiera practicarse respecto de la finca registral núm. ... 33 por aparecer inscrita a nombre de D.ª María Trinidad por haberla comprado a D.ª María del Pilar el 25 de octubre de 1993.
- Según resulta de esta escritura D.ª María Trinidad es mayor de edad, estudiante, soltera y tiene como domicilio la vivienda de Abarán, aunque según su madre es militar profesional habiendo servido durante el curso del proceso en Bosnia.
- La entidad "Banco C., S.A.", interpuso demanda de juicio de menor cuantía D.ª María del Pilar y D.ª María Trinidad, solicitando se dicte sentencia por la que: "a) Declare que el contrato de compraventa celebrado por D.ª María del Pilar con D.ª María Trinidad en escritura pública de 25 de octubre de 1993, autorizada por el Notario es simulada y, en consecuencia, declare su nulidad así como la de la inscripción producida a consecuencia del mismo en el Registro de la Propiedad. b) Alternativa y subsidiariamente declare rescindido dicho contrato por haberse celebrado en fraude de acreedores, declarando asimismo la nulidad de la inscripción producida en el Registro de la Propiedad a consecuencia del mismo. c) Condene a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones con todas sus consecuencias legales, así como a la cancelación de dichas inscripciones y al pago de las costas del juicio."
- D.ª María del Pilar y D.ª María Trinidad contestaron a la demanda solicitando su íntegra desestimación.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Cieza dictó sentencia el 15 de mayo de 1995, estimando la demanda y declarando rescindido el contrato de compraventa celebrado entre las demandadas, con declaración de nulidad de la inscripción practicada en el Registro de la Propiedad.

- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Murcia dictó sentencia el 15 de mayo de 1995, estimando el recurso interpuesto por D.ª María del Pilar y D.ª María Trinidad y desestimando la demanda inicial absuelve a las demandadas de las peticiones que contra ellas se contenían en el suplico de la misma.
- La entidad "Banco C., S.A." interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sentencia recurrida contiene dos fundamentos jurídicos. En el primero examina ampliamente la acción de simulación formulada en la demanda para concluir que el juzgador de instancia acierta al declarar la venta real y no simulada. Este fundamento resultaba innecesario porque la acción de nulidad (*rectius,* inexistencia) por simulación se había ejercitado con carácter de principal mientras que la revocatoria o pauliana lo fue con carácter subsidiario (eventual) por lo que, al desestimarse aquélla y no apelar (ni adherirse) el demandante, la desestimación devino firme, y quedaba fuera del ámbito devolutivo de la apelación, so pena, caso de acogerse, de infringir la prohibición de la reforma peyorativa. Además es de significar que la falta de precio en la compraventa supone falta de causa de conformidad con los arts. 1274, 1445 y 1450 CC, por lo que obviamente al existir el precio no faltaba la causa objetiva del contrato mencionado.

Lo anterior se trae a colación por lo que se razona por dicha Sentencia en el fundamento jurídico segundo a propósito de la acción revocatoria. Se dice que esta acción, de clara naturaleza rescisoria, se funda en la existencia de una lesión que viene producida para el acreedor por la existencia de un fraude, el cual es apreciado por la sentencia apelada dando lugar a los efectos de la rescisión pedidos en la demanda. A continuación niega que haya fraude dejando sin efecto la apreciación de la resolución del Juzgado. Dice literalmente "La respuesta debe ser negativa, porque el camino que eventualmente hubiera sido idóneo para forjar el *consilium fraudis,* hubiese sido, precisamente, el de simular la venta, lo cual, como ha quedado dicho, no se produjo, sino que ésta existió y el precio de la misma fue destinado a atender deudas de la vendedora, lo cual hace imposible la apreciación del ánimo de defraudar preciso para que esta acción pueda prosperar. En esto debe ser contradicha la sentencia de instancia, pues aprecia lo que llama *fraudens creditoris* (*sic*), del conocimiento que transmitente y adquirente tenían de la existencia del crédito, pero de sólo este hecho, no puede derivarse el acuerdo de defraudar; además de que difícilmente se sostiene, que en el mismo negocio no haya acuerdo simulatorio, lo cual reconoce expresamente la sentencia impugnada, y sí haya, por el contrario, *consilium fraudis.*

El argumento que constituye la *ratio decidendi* de la sentencia de instancia no puede ser confirmado. Ni son parangonables las situaciones de simulación y de enajenación en fraude de acreedores, ni cabe concebir el *consilium fraudis* como presupuesto de prosperabilidad de la acción revocatoria en los términos que lo hace la resolución recurrida. La acción de simulación absoluta supone que el acto o negocio atacado es nulo (*rectius,* inexistente) por falta de causa. Al no ser válida la enajenación, el bien objeto

de la misma no salió del patrimonio del deudor. En cambio en la enajenación fraudulenta (arts. 1111 y 1291.3 CC) el acto o negocio es válido (art. 1290 CC), y por consiguiente el bien objeto de la enajenación salió del patrimonio del enajenante, aunque, mediante la acción revocatoria, se trate de reintegrarlo al mismo rescindiendo la operación. La finalidad, o mejor, los resultados finales de la simulación y de la enajenación fraudulenta son similares (excluir la persecución del acreedor), pero son actuaciones notoriamente distintas.

El fraude (*consilium fraudis*) es un presupuesto indispensable para que la enajenación llevada a cabo por el deudor pueda ser rescindida (arts. 1111, p. segundo, 1291.3, 1297 CC). Constituye un requisito subjetivo, cuya subjetividad, sin embargo, ha sido notablemente atenuada por la doctrina y la jurisprudencia para hacer factible en la práctica la operatividad de la acción revocatoria. Frente a la concepción rigurosa que configuraba la exigencia como la intención o propósito de perjudicar al acreedor, y por contra de quienes mantienen un criterio objetivista neto en el sentido de que habrá de estarse al resultado producido con total abstracción del ánimo o intención del deudor, la doctrina predominante y la jurisprudencia siguen una orientación intermedia consistente en que basta demostrar el resultado producido y que éste fue conocido o debido conocer por el deudor (*scientia fraudis*). En esta línea se manifiestan entre otras las Sentencias de 13 de febrero y 6 de abril de 1992, 31 diciembre de 1997, 31 diciembre 1998, 25 enero 2000, 20 febrero y 11 de octubre de 2001, y 15 de marzo de 2002, con arreglo a las que no es preciso la existencia de un *animus nocendi* y sí únicamente la *scientia fraudis*, esto es, una conciencia o conocimiento de que se origina un perjuicio, por lo que aunque puede concurrir una actividad intencionada y directamente dolosa, sin embargo basta una simple conciencia de causarlo, "llegando a alcanzar cotas de cuasiobjetividad si el perjuicio se ocasiona por simple culpa civil o impremeditación".

Aplicando la anterior doctrina al caso de autos, tal y como resulta de la configuración fáctica antes expuesta, se deduce con claridad meridiana la concurrencia del presupuesto del *consilium fraudis* tal y como se acogió por la resolución de primera instancia, e incluso cabe estimar que la enajenación de la vivienda se efectuó con la exclusiva finalidad de sustraerla a la inminente ejecución judicial anunciada telegráficamente en el mes de julio de 1993.

Por la parte recurrida se formulan en su escrito de impugnación diversas alegaciones que no pueden ser acogidas. La afirmación de que la apreciación del *consilium fraudis* constituye una "cuestión de hecho" que no puede ser revisada en casación no tiene en cuenta que tal requisito supone un concepto jurídico que integra la *quaestio iuris,* reduciéndose la *quaestio facti* únicamente a los hechos que sirven de base para formar aquel juicio jurídico (S. 16 marzo 2001), por lo que obviamente los mismos pueden ser valorados de forma diferente a como lo hizo el juzgador de instancia. La alegación de que la deuda con el "Banco C., S.A." era de los dos cónyuges, y contra ambos se dirigió la acción ejecutiva, y a pesar de ello no se intentó el embargo de bienes del codeudor solidario D. Félix, resulta irrelevante porque la solvencia o insolvencia a considerar es la del deudor que realizó la enajenación sin que importe la situación económica de los codeudores solidarios, aparte de que no se proporcionó el mínimo dato sobre la hipotética solvencia económica de D. Félix. Las consideraciones que efectúan los recurrentes respecto a la falta de valoración de la vivienda enajenada carecen de consistencia, pues lo realmente importante es que, como consecuencia de la venta, D.ª María del Pilar quedó en situación de práctica insolvencia, pues su patrimonio se reduce a una finca rústica de valor insignificante en cuanto tasada en 125.000 ptas. (fto. segundo de la Sentencia del Juzgado), debiendo además indicarse que el valor de dicha vivienda rebasa los seis millones de pesetas (como resulta del informe pe-

ricial practicado para determinar el acceso a la casación) por lo que es evidente que existe el perjuicio para la entidad acreedora, sin que sea preciso una insolvencia total de la deudora pues basta que en su patrimonio no haya bienes suficientes para pagar a los acreedores (SS. 31 octubre 1994, 20 febrero y 19 septiembre 2001 y 27 junio 2002), incumbiendo al deudor precisar y señalar otros bienes para excluir la legitimidad de la acción revocatoria (S. 19 septiembre 2001). Y finalmente la circunstancia de que la compradora se haya subrogado en el préstamo garantizado con hipoteca sobre la vivienda litigiosa no obsta a la acción revocatoria, tanto más si se tiene en cuenta que dicho préstamo fue concertado con posterioridad al que ostenta el "Banco C., S.A.", por lo que incluso su propia concertación contribuyó a disminuir la solvencia económica de D.ª María del Pilar, y por otro lado en absoluto se había producido su vencimiento al tiempo de la enajenación de la finca.

Por todo lo razonado anteriormente se estima el primer motivo del recurso, lo que hace innecesario el examen del segundo, y conlleva la casación y anulación de la Sentencia recurrida y la confirmación de la dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia de Cieza el 15 de mayo de 1995, cuya confirmación comprende también el pronunciamiento relativo a las costas causadas en primera instancia. No se hace preciso pronunciamiento sobre las costas de la apelación al no haberse personado en la misma el apelado "Banco C., S.A.", y de conformidad con lo establecido en el art. 1715.2 LEC, al haberse estimado el recurso de casación, cada parte debe satisfacer las causadas en el mismo a su instancia.

VI. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

1. *Falta de competencia del Tribunal Supremo para pronunciarse sobre la demanda de exequátur respecto de una sentencia suiza al resultar competente el Juzgado de 1.ª Instancia del domicilio de la parte demandada.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 24 de septiembre de 2002.
Ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Pietro, formuló demanda de exequátur de la sentencia de 29 de junio de 2000, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Baden, Suiza, por la que se condenó a D. Rudolf, al pago de las cantidades que en la misma se detallan.
- Por Providencia de fecha 11 de diciembre de 2001, se acordó oír a la parte solicitante sobre la aplicabilidad del Convenio de Lugano de fecha 16 de

septiembre de 1988 al presente procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48.3 de la LEC 1/2000, sin que hasta la fecha la misma haya realizado manifestación alguna.

- El Ministerio Fiscal en Informe de fecha 12 de julio último, dijo: "...Que de conformidad con lo prevenido en el artículo 32, apartados 1 y 2, del Convenio relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de resoluciones judiciales en Materia Civil y Mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988, firmado tanto por Suiza y España, la Sala Primera del Tribunal Supremo carece de competencia objetiva por razón de la materia para conocer del exequátur deducido, dado que tal precepto establece que la solicitud de ejecución se presentará ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la parte contra la que se solicitare la ejecución, esto es en el caso presente, el que por reparto corresponda de la localidad de Pego (Alicante), por lo que procedería, al amparo del artículo 955 II LEC de 1881 (en vigor por lo establecido en la Disposición Derogatoria Única.1.3.ª de la nueva LEC), declararlo así y, no pronunciándose sobre la demanda de exequátur interpuesta, prevenir a la parte para que use de su derecho ante el órgano judicial competente".
- El Tribunal Supremo desestimó la solicitud de exequátur.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Proclamado en el art. 24 de nuestra Constitución la garantía de que el justiciable sea juzgado por el Juez ordinario predeterminado por la ley, debe significarse que el órgano judicial ante el que, de entre los muchos existentes, debe el demandante interponer su demanda, es aquel al que la norma legal haya investido, con carácter previo al hecho motivador de la actuación, de jurisdicción y competencia. Se establece así la competencia como uno de los presupuestos del proceso de gran trascendencia, y ello habida cuenta la sanción de nulidad de pleno derecho a la que se encuentran sometidos los actos judiciales producidos con manifiesta falta de competencia objetiva o funcional, no así territorial, conforme previene el art. 238.1 LOPJ. Ese carácter de *ius cogens* que caracteriza a las normas sobre competencia —con excepción de las normas sobre competencia territorial— es lo que determina que en el presente supuesto haya de estarse a las previsiones contenidas en el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia Civil y Mercantil que resulta aplicable, no encontrándose la resolución cuyo reconocimiento se pretende entre las excluidas que, por razón de la materia, figuran relacionadas en el artículo 1.º del Convenio; la sentencia por reconocer, de fecha 29 de junio de 2000, está indudablemente sujeta al régimen del citado Convenio que entró en vigor en Suiza el 1 de enero de 1992 y en España el 1 de noviembre de 1994.

Ha de tenerse presente el artículo 32.1.º del Convenio de Lugano, que establece que las solicitudes de ejecución se presentarán "En España, ante el Juzgado de Primera Instancia", por lo que, en todo caso, el otorgamiento del exequátur no corresponde a esta Sala, que no es competente para pronunciar-

se sobre el mismo, sin perjuicio de reservar a la solicitante el derecho a acudir al órgano jurisdiccional pertinente.

El carácter de *ius cogens* de las normas reguladoras de la competencia objetiva exige el examen de oficio de tal competencia por el órgano jurisdiccional que conozca del asunto, razón por la que, conforme dispone el art. 48.1.º de la LEC 1/2000 (que dispone que "la falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto"), que en este punto ha de ponerse en relación con el art. 56.4 de la LOPJ, la Sala habrá de abstenerse de conocer si, oído el Ministerio Fiscal y las partes personadas, se considera incompetente *ratio materiae,* previniendo entonces a las partes de que usen su derecho ante quien corresponda.

En cuanto a la competencia territorial el artículo 32.2.º del Convenio de Lugano dispone que "La competencia territorial se determinará por el domicilio de la parte contra la que se solicitare la ejecución. Si dicha parte no estuviere domiciliada en el Estado requerido, la competencia se determinará por el lugar de ejecución".

VII. PROCESAL

1. *No cabe recurso de casación contra las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en un procedimiento de modificación de medidas, procedimiento que debe tramitarse conforme a lo establecido en el artículo 771 de la LEC y que finalizará por medio de auto.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 1 de octubre de 2002.
Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

ANÁLISIS DEL CASO

- En el rollo de apelación núm. 672/2001 la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Cuarta) dictó Auto, de fecha 23 de mayo de 2002, declarando no haber lugar a tener por preparado recurso de casación por la representación de D. Antonio contra la Sentencia de fecha 11 de julio de 2001 dictada por dicho Tribunal.
- Contra dicho Auto se interpuso recurso de reposición que fue denegado por Auto de fecha 28 de junio de 2002, habiéndose entregado el testimonio de

ambas resoluciones a los efectos del artículo 495 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.

- D. Antonio interpuso recurso de queja que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Es criterio reiterado de esta Sala, adoptado por unanimidad de sus Magistrados, reunidos en Junta General de 12 de diciembre de 2000: 1.º) Las sentencias dictadas en segunda instancia, a partir de la fecha de entrada en vigor de la nueva LEC, serán susceptibles de recurso de casación y por infracción procesal, según los criterios de la LEC 2000, lo que exige aplicar los supuestos de recurribilidad previstos en el art. 477.2 LEC; 2.º) Son susceptibles de acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la resolución dictada sea un auto o cuando debió adoptar esa forma, en función de la recaída en la primera instancia (art. 456.1 LEC); 3.º) Son resoluciones recurribles las dictadas en los casos taxativamente previstos en los tres ordinales del art. 477.2 de la LEC, que constituyen supuestos distintos y excluyentes; 4.º) Atendido el art. 477.2 LEC, serán susceptibles de acceso a los recursos extraordinarios: a) Las sentencias dictadas en procesos relativos a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, tramitados por el cauce del juicio declarativo o por el incidental previsto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre; b) las sentencias dictadas en procesos declarativos ordinarios de mayor o menor cuantía, seguidos por razón de la cuantía, siempre que ésta exceda del límite de veinticinco millones de pesetas, quedando excluidos los de cuantía inferior o indeterminada, así como los juicios de cognición y verbales también por razón de la cuantía; c) las sentencias dictadas en procesos declarativos sustanciados por razón de la materia, así como en procesos especiales, serán recurribles cuando se justifique interés casacional para la resolución del recurso, excepto en los juicios ejecutivos (Disp. transitoria quinta LEC); d) la preparación, interposición y admisión se llevará a cabo conforme a las normas de la nueva LEC (Disp. transitoria tercera LEC); habiéndose plasmado tales criterios en numerosos Autos, de fechas 13 y 27 de marzo, 10 y 24 de abril, 3, 16 y 29 de mayo, 5, 12, 19 y 26 de junio, 3, 10, 17 y 31 de julio, 18 y 25 de septiembre, 2, 9, 16, 23 y 30 de octubre, 6, 13, 20 y 27 de noviembre, 4, 11, 18 y 28 de diciembre de 2001, 22 y 29 de enero, 5, 12, 19 y 26 de febrero, 5, 12, 20 y 26 de marzo, 9, 16, 23 y 30 de abril, 7, 14 y 28 de mayo, 4, 11, 18 y 25 de junio y 2, 9, 16 y 31 de julio de 2002.

Pues bien, siendo aplicables tales criterios al presente caso, habida cuenta que la Sentencia cuyo acceso a la casación se pretende data de fecha 11 de julio de 2001, y por tanto es posterior a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, por lo que ha de estarse al nuevo régimen de recursos extraordinarios, en base al cual procede la desestimación del recurso de queja interpuesto y la confirmación del Auto dictado por la Audiencia Provincial de Alicante.

Las razones que justifican la desestimación del presente recurso de queja vienen dadas porque el art. 477.2 de la LEC establece que serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, lo que de entrada excluye las sentencias de apelación, cuando la impugnada no puso fin a una ver-

dadera primera instancia. La cuestión que se suscita entonces es si una sentencia dictada en un procedimiento de modificación de medidas adoptadas en juicio separación, cual es la que se intenta recurrir en casación, se ajusta a las exigencias del art. 477.2 de la LEC 2000. La conclusión ha de ser negativa, como ya se plasmó en precedentes Autos de 12 de junio y 28 de diciembre de 2001, recaídos en los recursos de queja 1763/2001, 1960/2001 y 2230/2001, y en los más recientes de fechas 19 de febrero, 9 de abril, 25 de junio y 2 de julio de 2002, recaídos en los recursos de queja 64/2002, 280/2002, 564/2002 y 612/2002, siendo la razón que aboca a tal solución la imposibilidad de atribuir a la resolución recurrida la condición de una verdadera "sentencia de segunda instancia", y ello porque la propia LEC 2000 distingue entre "apelación" y "segunda instancia", limitada esta última a los casos en que se pone fin a la primera, tras la tramitación ordinaria del proceso (cfr. art. 206.2.3.ª LEC 2000), apareciendo concebida y regulada la modificación de medidas como una cuestión incidental, a resolver por Auto, según establece el art. 771.4 LEC 2000, precepto que ciertamente se contrae a las "Medidas provisionales", pero al que se remite explícitamente el art. 775.2 LEC 2000, relativo a las "Medidas definitivas", sin que la referencia al art. 771 pueda entenderse como un mero error material o errata, pues no ha sido objeto de rectificación en las Correcciones aparecidas en el BOE de 14 de abril y en el de 28 de julio de 2001 y, además, la redacción del art. 775.2 actual era idéntica en el precepto equivalente del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de octubre de 1998 (véase el art. 777.2, con remisión entonces al art. 773), e igualmente idéntico era el art. 775.2 del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de fecha 26 de diciembre de 1997, sin que se calificase en el *iter* legislativo tal remisión de equivocada; es más, en el Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en sesión de 11 de mayo de 1998, de modo explícito "se considera también acertada la previsión recogida en el artículo 775, actualmente prevista en el artículo 91 del Código Civil, sobre la posibilidad de modificar las medidas definitivas siempre que variaran sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta para aprobarlas o acordarlas, resultando igualmente razonable que el trámite para la modificación de las medidas sea el del artículo 771 o el del artículo 776, en función de que la petición se haga o no de común acuerdo". La conclusión es obvia, el Legislador, con mayor o menor acierto, pero en todo caso expresamente, ha configurado la modificación de las Medidas definitivas, por variación de las circunstancias y a solicitud de uno de los cónyuges, como "cuestión incidental" a resolver mediante Auto y, por ende, excluida al acceso a la casación, que es a los únicos efectos para los que se está examinando ahora el reiterado art. 775.2 LEC 2000, inciso primero, por esta Sala.

Por otra parte es preciso significar que bajo la vigencia de la LEC de 1881, ni siquiera las sentencias que resolvían sobre la nulidad matrimonial, el divorcio o la separación eran susceptibles del recurso de casación, con la salvedad del que pudiera presentar el Ministerio Fiscal en interés de la ley (Disposición Adicional quinta, apartado y, de la Ley 30/1991, de 7 de julio), por lo que no puede tampoco sorprender que en el régimen de la nueva LEC 2000 no quepa el acceso a la casación de las resoluciones relativas a Medidas provisionales o definitivas, siendo irrelevante la forma de la resolución recaída, Auto o Sentencia, pues lo que determina la irrecurribilidad son las razones a que se ha venido haciendo consideración. Como se ve la desestimación de la queja difiere de los razonamientos contenidos en el Auto denegatorio dictado por la Audiencia Provincial, mas esta cuestión carece de relevancia, sin que pueda verse en ello atisbo alguno de indefensión, pues en esta vía de la

queja se debe verificar la concurrencia de los presupuestos de recurribilidad establecidos por el legislador, materia de orden público cuyo examen está atribuido a los órganos jurisdiccionales llamados a comprobar la concurrencia de tales requisitos.

Finalmente, cabe añadir que ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente se produce por la denegación preparatoria, pues la propia doctrina del Tribunal Constitucional es bien clara al señalar que no existe un derecho constitucionalmente protegido a interponer determinados recursos y, por tanto, que no existe un derecho de relevancia constitucional a recurrir en casación, siendo perfectamente imaginable, posible y real que no esté prevista semejante posibilidad (SSTC 37/88, 196/88 y 216/98); por el contrario, el derecho a los recursos, de neta caracterización y contenido legal (SSTC 3/83 y 216/98, entre otras), está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por vía interpretativa por esta Sala, a la que corresponde la última palabra sobre la materia, con el único límite consistente en la proscripción de la arbitrariedad y la evitación de los errores materiales (SSTC 37/95, 186/95, 23/99 y 60/99), sin que la interpretación de las normas rectoras del acceso a la casación tenga que ser necesariamente la más favorable al recurrente (SSTC 230/93, 37/95, 138/95, 211/96 y 132/97); y que el "principio *pro actione*", proyectado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, no opera con igual intensidad en las fases iniciales del pleito que en las posteriores (SSTC 3/83, 294/94 y 23/99), habiéndose añadido, por último, que el referido derecho constitucional se satisface incluso con un pronunciamiento sobre la inadmisibilidad del recurso, y no necesariamente sobre el fondo, cuando obedezca a razones establecidas por el legislador y proporcionadas en relación con los fines constitucionalmente protegibles a que los requisitos procesales tienden (SSTC 43/85, 213/98 y 216/98).

2. *La competencia para conocer del procedimiento de modificación de medidas no corresponde necesariamente al Juez que dictó la sentencia, sino que se determina conforme a los artículos 769 y 771 LEC.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 24 de octubre de 2002.
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 26 de febrero de 2002 D. Manuel, con domicilio en Sevilla, presentó en el Decanato de los Juzgados de Sevilla demanda de modificación de medidas definitivas al amparo del artículo 775 LEC contra D.ª María Luisa, domiciliada también en Sevilla, interesando la extinción de la obligación de abonar en concepto de cargas de matrimonio y manutención de sus hijos la cantidad fijada en convenio regulador aprobado por la sentencia de divorcio dictada el 22 de febrero de 1989 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Logroño.

- Repartido el asunto al Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Sevilla, que lo registró con el núm. 274/02, por providencia de 19 de marzo del corriente año se acordó oír al demandante y al Ministerio Fiscal sobre la posible falta de competencia territorial del mismo Juzgado por corresponder el conocimiento del asunto al Juzgado de Logroño que en su día había dictado la sentencia de divorcio.
- La representación del demandante presentó escrito interesando que el Juzgado de Sevilla aceptara su propia competencia por tener la demandada su domicilio en esta ciudad, haberse tramitado un anterior procedimiento de modificación de medidas por el Juzgado de Familia núm. 6 de Sevilla, tener fijado su domicilio ambos litigantes en la misma ciudad y haber contraído matrimonio y vivido en ella antes de desplazarse a Logroño por motivos laborales.
- El Ministerio Fiscal, por su parte, dictaminó que conforme al artículo 769 LEC era competente el Juzgado de Primera Instancia del último domicilio conyugal.
- Con fecha 7 de mayo del corriente año la Ilma. Sra. Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Sevilla dictó auto declarando su falta de competencia territorial para conocer del asunto por entender que correspondía al Juzgado de igual clase núm. 2 de Logroño.
- Recibidas las actuaciones en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Logroño, que les asignó el número 348/92, su titular dictó auto con fecha 3 de julio del corriente año apreciando de oficio su falta de competencia territorial por corresponder a los Juzgados de Sevilla conforme a los artículos 50.1 y 769.1 LEC.
- Remitidas a la Sala 1.ª del Tribunal Supremo todas las actuaciones, formado con las mismas conflicto negativo de competencia territorial, que se registró con el núm. 19/02, y pasado al Ministerio Fiscal para informe, éste dictaminó que la competencia territorial para conocer del asunto correspondía al Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Sevilla conforme a lo dispuesto en el artículo 775.2 en relación con el 771, así como si se aplicara el artículo 769 e incluso el artículo 50 de la misma Ley, todos de la LEC.
- El Tribunal Supremo acordó que la competencia correspondía a los juzgados de Sevilla.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Definidos en los antecedentes los términos del presente conflicto negativo de competencia territorial, procede resolverlo declarando que el conocimiento del asunto corresponde al Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Sevilla, ya se aplique el art. 769.1

LEC, puesto que ambos litigantes tienen su domicilio en dicha ciudad, ya el art. 771.1 por remisión del art. 775.2, sin que pueda aceptarse el criterio del auto dictado por la titular de dicho Juzgado porque, una vez recaída sentencia firme de divorcio, la modificación de medidas definitivas no se configura en el Capítulo IV del Título I del Libro Cuarto de la LEC como un incidente del juicio de divorcio ni como ejecución de la sentencia que le ponga fin. Es más, una interpretación de las normas sobre competencia ajustada al principio constitucional de tutela judicial efectiva permite descartar inmediatamente en este caso el fuero de Logroño, pues aunque un Juzgado de dicha ciudad dictara hace ya más de trece años las sentencias de separación y divorcio, resulta que los litigantes contrajeron matrimonio en Sevilla, en esta misma ciudad vivieron hasta su traslado a Logroño y a la misma volvieron luego, hasta el punto de haberse tramitado ya en Sevilla un anterior procedimiento de modificación de medidas en el año 1985, de suerte que obligar ahora a los litigantes a pleitear en Logroño carecería por completo de justificación legal y razonable alguna.

3. *Desestimación del recurso de revisión al no existir maquinación fraudulenta en la designación del domicilio del demandado ya que incluso la policía local realizó las gestiones oportunas antes de procederse al emplazamiento por edictos.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de noviembre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Ramón formuló demanda de juicio de revisión contra la sentencia dictada, en fecha 6 de junio de 2000, por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Villagarcía de Arosa, en autos de juicio de menor cuantía núm. 337/97 sobre reconocimiento de paternidad extramatrimonial, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: "Que, habiendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan, tenga por interpuesto, en tiempo y forma, recurso de revisión contra la sentencia indicada, se digne admitirlo solicitando la remisión del pleito en el que recayó la sentencia que se impugna y se mande emplazar a cuantos en aquél hubieren litigado o a sus causahabientes para que contesten a la demanda en el plazo legal, siguiendo el juicio por los trámites del verbal, y, en su día, previo informe del Ministerio Fiscal, se dicte sentencia declarando haber lugar a la revisión instada y rescindiendo

la sentencia impugnada, con imposición de costas a quien se oponga a la revisión, se expida certificación del fallo y se devuelvan los autos al órgano judicial de procedencia".

- El Ministerio Fiscal, evacuando el traslado conferido para admisión, emitió el siguiente dictamen: "De los términos del escrito en que se promueve el recurso y de la documentación adjunta al mismo, puede deducirse, inicialmente, la concurrencia de la causa de revisión invocada, prevenida en el artículo 510, núm. 4, de la Ley de Enjuiciamiento Civil por maquinación fraudulenta tendente a la obtención del pronunciamiento judicial precitado. Procede, en consecuencia, con admisión de la demanda de revisión, llamar ante la Sala todos los antecedentes del pleito y mandar emplazar a cuantos en él hubieran litigado, para que dentro del término legal comparezcan a sostener lo conveniente a su derecho (art. 514 LEC)".
- D. Alfonso, mediante escrito, de fecha 7 de octubre de 2001, se opuso a las peticiones del recurrente, y, tras alegar hechos y fundamentos de derecho, suplicó a la Sala: "Dicte sentencia, por la cual: Se desestimen las pretensiones contenidas sin entrar a conocer del fondo del recurso por acogimiento de la excepción planteada de falta de legitimación procesal activa del recurrente; o, subsidiariamente, de entrar a conocer, se desestime por no haber lugar a la impugnación interesada, con todos los pronunciamientos favorables a mi principal, manteniendo la sentencia de instancia; condenando en cualquiera de los casos al demandante al pago del total de las costas procesales, incluidas las de esta parte".
- El Tribunal Supremo desestimó el recurso de revisión.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se solicita en la demanda la revisión de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Villagarcía de Arosa en fecha de 6 de junio de 2000 en los autos de juicio declarativo de menor cuantía, sobre reconocimiento de paternidad extramatrimonial, que acogió la demanda deducida por don Alfonso contra la herencia yacente y/o herederos de don Francisco, e instaba la condena de aquélla/éstos a estar y pasar por la declaración de paternidad de don Fernando, respecto de don Alfonso, con los demás derechos inherentes a tal declaración —cuya resolución fue aclarada por auto de 15 de junio de 2000, con la precisión de que "don Francisco era el padre de don Alfonso"—, con base en la causa de revisión comprendida en el artículo 510.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativa a que la sentencia se hubiera ganado en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta, con indicación de que esta última fue utilizada para colocar a la parte demandada en situación de indefensión mediante la ocultación del domicilio de ésta o su nombre, pues primeramente se ha omitido, en el escrito inicial, el domicilio para el emplazamiento; después, se indicó la calle Cenicero, inexistente en Villanueva de Arosa; y, por último, se instó el emplazamiento por edictos, cuando, aun en el supuesto, que se niega por la demandante de revisión, de que don Alfon-

so no lo conociese, lo habría podido identificar nominalmente con la designación de un domicilio hábil para tal objetivo, habida cuenta de que el reducido número de habitantes de Villanueva de Arosa y de Villamayor es, según el padrón, de 2.223 y 363 personas, respectivamente, por lo que en Villanueva de Arosa "se conoce todo el mundo personalmente" y todos los vecinos "saben quién es quién".

En primer lugar, ha de examinarse si por don Ramón se ha dado cumplimiento al plazo de caducidad de tres meses para interponer la demanda de revisión, en relación al cual tiene declarado esta Sala (entre otras, SSTS de 24 de marzo de 1995, 17 de julio de 1996 y 15 de febrero de 2001) que es necesario, para la viabilidad de la pretensión de que se trata, que el "dies a quo" del plazo referido se pruebe con precisión, cuyo incumplimiento debe soportar el demandante.

El inicio del cómputo del plazo de tres meses, que era exigencia imperativa del artículo 1796 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, y lo es también del artículo 512.2 de la Ley 1/2000, ha de ser a partir del descubrimiento de la supuesta maquinación, y, en este caso, se ha probado suficientemente, sin contraprueba eficaz de contrario, que tuvo lugar a raíz de que don Emilio, hermano del demandante de revisión, tras personarse y solicitar vista de los autos de juicio declarativo de menor cuantía número 337/97 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Villagarcía de Arosa, se le dio conocimiento de lo actuado mediante providencia de 22 de marzo de 2001, y como la demanda de revisión tuvo entrada el 18 de mayo de 2001 en el Registro General del Tribunal Supremo, es evidente que tal presupuesto ha sido observado debidamente.

Es reiterada doctrina jurisprudencial, contenida en numerosas sentencias, de ociosa cita, la de que, para la aceptación de la causa de revisión del artículo 510.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preciso que la maquinación consista en una conducta dolosa o maliciosa de la parte recurrida, que, a través de astucia, artificio u otro medio semejante, tienda a conseguir una lesión, como también la relativa a que los hechos que evidencien la obtención de la sentencia mediante estos métodos, tendentes a impedir la defensa de la parte contraria, sean probados de manera cumplida, de modo que exista un nexo causal eficiente entre el proceder malicioso y la resolución judicial, y, en el caso que nos ocupa, de los datos obrantes en los autos, no resulta la presencia de dicha actuación en la desarrollada por don Alfonso, que no se pudo enterar del testamento de don Francisco hasta después de haber obtenido firmeza la sentencia impugnada en revisión, mediante la entrega de la oportuna copia autorizada de dicho documento por la Notaría, en la cual se dice que don Francisco "instituye heredero a su hermano de doble vínculo José Manuel, al que sustituye vulgarmente por sus descendientes", y, al ignorar quiénes eran los sucesores del fallecido, a iniciativa del Juzgado, señaló el domicilio que aparece manuscrito en el certificado de defunción, con la solicitud, al mismo tiempo, de que para los que no constasen en dicho sitio, como herederos desconocidos de don Francisco, se les emplazase por edictos, como así se hizo, después de que la Policía local puso de manifiesto el desconocimiento del lugar en donde se podía llevar a cabo tal diligencia.

Esta Sala descarta la existencia de cualquier maquinación, máxime cuando la sentencia objeto de la demanda de revisión se fundamenta, para estimarla, en que no sólo concurre la prueba de la convivencia con la madre de quien don Alfonso afirma ser su padre, que es conocida y notoria en la localidad de residencia de ambos, sino en la prueba biológica practicada, que permite al hilo del principio de investigación de la paternidad recogido en el Código Civil como prácticamente ilimitado, demostrar y acreditar, con una fiabilidad del 99,999%, dicho dato de paternidad.

VIII. SUCESIONES

1. *Nulidad de la partición de herencia efectuada por el contador partidor testamentario al no haberse liquidado la sociedad de gananciales del causante con su primera esposa.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de octubre de 2002.
Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Lorenzo, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía, contra D.ª Encarnación, D.ª M.ª del Valle O.C., D. Rafael, D. José, D. Gerardo y D. Pedro y D. Agustín, D. Francisco, D.ª Lourdes, D.ª M.ª del Valle D.O. y D.ª Rosario y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: a) Se declaren nulas y sin efecto, las operaciones divisorias de los bienes quedados al fallecimiento de D. Lorenzo por no haberse procedido a la previa y/o simultánea liquidación de la sociedad de gananciales habida entre el mencionado causante y su primera esposa D.ª Rosario, por cualquiera de los dos motivos expresados al final del hecho octavo. b) Subsidiariamente, y para el supuesto de que no fuese acogida la nulidad, se acuerde la rescisión por lesión de acuerdo con los siguientes motivos que autónoma o conjuntamente se articulan: 1.º Por no haberse operado la previa y/o simultánea liquidación de la sociedad de gananciales que D.ª Rosario formaba con D. Lorenzo. 2.º Por la omisión de las partidas que aludimos en el hecho cuarto. 3.º Por no incluir en el inventario de los bienes como partida del activo el usufructo que D.ª Encarnación ostenta sobre la finca denominada "S.". 4.º Por no haberse incluido en el pasivo de la sociedad de gananciales formada por D. Lorenzo y D.ª Encarnación una deuda que esta sociedad mantiene con los siete hijos del causante como razonadamente explicamos en el hecho noveno y cuya cuantía deberá determinarse durante la tramitación de este procedimiento o en ejecución de sentencia. c) Se condene a los demandados a estar y pasar por lo que se dictamine,

según se expresa en los pedimentos a) y b) anteriores. d) Y para el caso de que fuese acogido el 2.º de nuestros pedimentos señalado con la letra b), se proceda en período de ejecución de sentencia, de conformidad con el artículo 1077 del Código civil a la elaboración de nuevo inventario y valoración de los bienes del causante, hasta conseguir la total partición y adjudicación de los mismos, labor que habrá de ser cumplida por los demandados juntamente con el actor, apercibiendo a estas personas que si no lo hacen en el plazo que por el Juzgado se les otorgue se efectuará por éste, designando a tal efecto la persona o personas que deban acometerla. Con la imposición de costas a los demandados que se opusieren a esta demanda.

- D. Pedro, D. José Luis y D. Gerardo se allanaron íntegramente al contenido de la demanda. Los codemandados D. Agustín, D. Francisco, D.ª Lourdes, D.ª M.ª del Valle D.B. y D.ª Rosario fueron declarados en rebeldía por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos. D.ª Encarnación y D.ª M.ª del Valle O.C. se opusieron a la demanda solicitando se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar a rescindir las operaciones particionales realizadas al fallecimiento de D. Lorenzo, al no existir lesión en los derechos legitimarios del actor, declarándose asimismo no haber lugar a la nulidad del referido cuaderno particional realizado al fallecimiento del causante por el comisario contador partidor designado en el testamento del causante, por estar confeccionado el mismo con arreglo a la última voluntad del testador y habiendo quedado comprendido cuantos bienes quedaron al fallecimiento del causante, declarándose asimismo haber incurrido el actor y los que a su pretensión se hubiesen allanado en la cláusula sancionadora impuesta por el testador respecto a la prohibición testamentaria de interpelación judicial de las operaciones realizadas a su fallecimiento, y de todo ello con expresa condena de las costas causadas a la parte actora.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Écija dictó sentencia el 1 de septiembre de 1995, desestimando íntegramente la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Sevilla dictó sentencia el 13 de noviembre de 1996, desestimando el recuso interpuesto por D. Lorenzo.
- D. Lorenzo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo declarándose la nulidad de la partición realizada.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El presente proceso —típico "pleito de familia" por razón de una herencia— precisa partir de las personas que lo integran. El origen de la familia y causantes de la herencia lo fueron D. Lorenzo O.P. de M., fallecido en 1991 y su esposa D.ª Rosario B. del

R., fallecida en 1934. De este matrimonio nacieron seis hijos: uno de ellos, D. Lorenzo O.B., es el demandante en la instancia y parte recurrente en casación; los demás son demandados: D. Rafael, demandado y comparecido como tal en la instancia y parte recurrida en casación, y D. José Luis, D. Gerardo y D. Pedro, que se han allanado a la demanda; la hermana D.ª Rosario premurió y han sido demandados sus hijos, sobrinos del demandante, D. Agustín, D. Francisco Lorenzo, D.ª Rosario, D.ª M.ª del Valle y D.ª Lourdes D.O., todos ellos declarados en rebeldía. Asimismo, han sido demandadas D.ª Encarnación C., segunda esposa de aquel causante (matrimonio contraído en 1940) y la hija, fruto de este matrimonio, D.ª M.ª del Valle O.C.: ambos comparecidos y opuestos a la demanda bajo la misma defensa y representación y son parte recurrida en casación.

La acción ejercitada por el mencionado demandante D. Lorenzo O. B. se basa esencialmente en que no se practicó la liquidación de la comunidad de gananciales formada por sus padres, D. Lorenzo O. P. de M. y D.ª Rosario B. del R. por razón del fallecimiento de éste y así formuló demanda en cuyo suplico solicitó, primero, la nulidad de la partición hecha por contador-partidor testamentario el 5 de abril de 1993 y, segundo, subsidiariamente, la rescisión por lesión, de la misma por igual razón y por la no inclusión de ciertas partidas.

La sentencia objeto del presente recurso de casación, de la Sec. 2.ª de la AP Sevilla, de 13 de noviembre de 1996, confirmando la dictada por el JPI núm. 2 de Écija, desestima íntegramente la demanda, condenando al demandante en las costas causadas en ambas instancias. Esencialmente se basa: primero, desestima la acción de nulidad por no apreciar causa de nulidad de la partición y, segundo, desestima la acción de rescisión por lesión porque ni cuantifica la lesión, es decir, no alega siquiera la lesión en más de la cuarta parte atendiendo al valor de las cosas que le fueron adjudicadas, ni, como dice literalmente la sentencia, "... por lo probado y alegado por el actor apelante no se produce causa real, objetiva, fundada y probada para ello" (la rescisión de la partición).

Frente a esta sentencia, la parte demandante en la instancia ha interpuesto el presente recurso de casación, en diez motivos, que contiene dos partes bien diferenciadas: la primera, los cinco primeros motivos, que se fundan en el núm. 3.º del art. 1692 de la LEC, se refieren a cuestiones procesales; la segunda se refiere al fondo del asunto, se funda en el núm. 4.º del mismo artículo, tiene dos subpartes; los motivos sexto y séptimo se refieren a la acción de nulidad y los motivos octavo a décimo, a la de rescisión por lesión.

Antes de entrar en los motivos del recurso de casación es preciso clarificar la postura de esta Sala frente a una partición de la herencia del causante del que no se ha practicado previa o simultáneamente la liquidación de su comunidad de gananciales, sea ésta única o sean dos por haber concurrido dos matrimonios sucesivos. La nulidad de la partición no está regulada orgánicamente en el CC, sino que se aplica la normativa general de la invalidez del negocio jurídico (así, la S 13 de junio de 1992 lo dice, refiriéndose a "las mismas causas que las de los contratos"). Se producirá, por tanto, cuando falta un elemento esencial, cuando se contravenga una norma imperativa o prohibitiva o cuando concurra con vicio del consentimiento o un defecto de capacidad.

Como presupuesto —o elemento— esencial, se cuenta la determinación del patrimonio hereditario del causante. Y para poder hacerlo es imprescindible la fijación del suyo y del cónyuge o herederos del mismo, correspondientes a su parte de los bienes gananciales. En otro caso, se estaría practicando una partición de patrimonio a sabiendas de que es parcialmente ajeno.

Así ocurre en el presente: se practicó la partición de la herencia del causante D. Lorenzo O.P. de M. por el contador-partidor testamentario, sabiendo (había recibido un requerimiento notarial al respecto) que no se había liquidado la comunidad de gananciales formada por dicho causante y su primera

esposa, fallecida en 1934, D.ª Rosario B. del R.; sí se hizo la liquidación de la formada por el mismo y su segunda esposa, la viuda D.ª Encarnación C.B., que compareció en la partición. En la misma se hace constar que si aparecen "bienes o deudas derivadas de la liquidación de la sociedad de gananciales habida entre el causante y su primera esposa D.ª Rosario B. del R. se repartirán aquéllos y se dividirán éstas, en la misma forma en que ha quedado dividido el caudal objeto de las operaciones particionales".

Consecuencia de lo expuesto es la estimación del motivo sexto del recurso de casación interpuesto por la representación procesal del demandante en la instancia D. Lorenzo O.B. Se funda en el núm. 4.º del art. 1692 de la LEC y alega infracción del art. 1431 en su redacción anterior a la reforma del CC operada por L 11/1981, de 13 de mayo.

El art. 1431 antiguo, coincidente con el texto del art. 1409 vigente, contiene una norma de liquidación de más de una comunidad de gananciales correspondientes a varios matrimonios sucesivos; presupone la falta de exacta constancia de los patrimonios gananciales y establece una primera exigencia de prueba y, subsidiariamente, una norma presuntiva. Nada se ha observado en el presente caso; simplemente se ha ignorado una evidente comunidad de gananciales que ciertamente existió y nadie pone en duda y se ha practicado una partición como si aquélla no hubiera existido; es decir, sin la determinación del patrimonio que correspondía al causante, que no incluye a la parte (sus gananciales) que correspondía a su primer cónyuge.

En este sentido, es de tener en cuenta lo expresado en la sentencia de esta Sala de 8 marzo de 1995, que dice literalmente: "es también de tener en cuenta a estos efectos, que si entre las facultades de los albaceas-contadores-partidores entra la de liquidar la sociedad ganancial del causante y el cónyuge viudo (SS 18 de abril de 1928, 10 de enero de 1934 y 17 de abril de 1947, además de DGRN RR 14 de marzo de 1903, 30 de abril de 1906, 31 de enero de 1912 y 22 de agosto de 1914), por la misma razón es evidente que en casos como el aquí comprendido deba también liquidar la sociedad de gananciales del primer matrimonio, como trámite previo a la del segundo, con intervención para ello de los partícipes —herederos— de la primera esposa del causante, y en la de la segunda sociedad ganancial de la viuda y herederos del segundo matrimonio, nada de lo cual se ha hecho ni tan siquiera intentado".

Se estima, pues, el sexto motivo, pues la partición —como se ha apuntado— cae en nulidad por carecer del presupuesto básico de determinación del patrimonio hereditario del causante, al no separarlo del correspondiente a los bienes gananciales de su primera esposa, tal como prevé el art. 1409 vigente y 1431 anterior.

En virtud de lo dispuesto en el art. 1715.1.3.º de la LEC, la Sala debe resolver lo que corresponde dentro de los términos en que aparece planteado el debate, es decir, debe asumir la instancia y, por los razonamientos expuestos hasta aquí, procede declarar la nulidad de la partición, objeto de la acción principal ejercitada, por haberse practicado sin hacer previa o simultáneamente la liquidación de la comunidad de gananciales habida entre el causante y su primera esposa.

2. *Nulidad de la compraventa en virtud de la cual la madre transmitía a la hija determinados inmuebles al ser inexistente el precio, siendo igualmente nula la donación encubierta en la escritura de compraventa por ilicitud de la causa al responder exclusivamente a la finalidad de defraudar los derechos legitimarios del hijo.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de octubre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don José Antonio R.B. interpuso demanda de menor cuantía contra don Eduardo José y don Ignacio Elías solicitando se dictara sentencia en los siguientes términos: "1. Declarando la inexistencia de la escritura de compraventa otorgada por doña Rita B. y B. a doña M.ª Concepción R. B. el 25 de enero de 1972 por la cual la primera enajenó su participación de 82,3969% enteros en el inmueble sito en San Fernando y el inmueble sito en la c/ General Marvá y, ordenando la cancelación de los asientos registrales correspondientes. 2. Procediendo a la división material de la finca de General Marvá núm. ... asignando a don José Antonio R. B. una sexta parte de la misma. 3. Procediendo a la división material de la finca sita en San Fernando núm. ... asignando a don José Antonio R. B. una participación indivisa del 22,534316%. Subsidiariamente para el caso de no estimarse la anterior petición que se asigne al mismo una participación del 8,8015%. 4. Que se condene a don Eduardo José H. R. y a don Ignacio Elías H. R. a satisfacer a don José Antonio R. B. una sexta parte de las rentas percibidas en el inmueble de General Marvá núm. ... desde el día 28 de noviembre de 1973 hasta el momento presente. El importe de las mismas será fijado en ejecución de Sentencia. 5. Que se condene a don Eduardo José H. R. y a don Ignacio Elías H. R. a satisfacer el 22,534316% de las rentas percibidas en San Fernando desde el día 28 de noviembre de 1973 hasta el momento presente. Subsidiariamente para el caso de no estimarse la anterior petición, que se condene a los demandados a satisfacer a don José Antonio R. B. el 8,8015% de las rentas percibidas desde la fecha citada. El importe de estas rentas será fijado en ejecución de Sentencia. 6. Imponiendo las costas de este proceso a los demandados".
- Los demandados se opusieron a la demanda y además de plantear diversas excepciones solicitaron se dictase sentencia por la que se declare "no haber

lugar a la declaración de inexistencia de la escritura de compraventa de fecha 25 de enero de 1972 que por la actora se postula, y consecuentemente tampoco al resto de los pedimentos contenidos en su demanda, con expresa imposición de las costas a la misma, o, subsidiariamente, de dar lugar a la declaración de tal inexistencia, desestime la demanda en el resto de sus pedimentos, al no ser procedente la división material de las fincas que en la misma se postula, por las razones aducidas por esta parte, ni la condena de los demandados al pago de las rentas de tales fincas, por tratarse los mismos en todo caso de poseedores de buena fe, y todo ello sin condena en costas de tales demandados".

- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Alicante dictó sentencia el 21 de febrero de 1994 estimando la excepción de prescripción de la acción de nulidad ejercitada.
- En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Alicante dictó sentencia el 12 de diciembre de 1996 estimando el recurso interpuesto por don José Antonio R. B. y desestimando la excepción de prescripción, estimó la demanda declarando la nulidad, por inexistencia, de la escritura de compraventa otorgada por doña Rita B. y B. a doña Concepción R. B. el 25 de enero de 1972 procediendo la cancelación de los asientos registrales correspondientes, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y demás consecuencias inherentes a ella; sin hacer especial imposición de las costas procesales en ninguna de las instancias.
- D. Eduardo José y D. Ignacio Elías interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El presente recurso de casación dimana de un juicio de menor cuantía sobre nulidad de una escritura pública por la que la madre del demandante vendió a la hermana de éste todos sus bienes en enero de 1972. Habiendo fallecido la madre del demandante en noviembre de 1973, casi dos años después de otorgar la referida escritura, y su hermana a finales de 1985, aquél dirigió la demanda contra sus sobrinos, nietos de la transmitente de los bienes e hijos de la adquirente.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda razonando que, si bien la compraventa reflejada en la escritura era inexistente por falta de causa, bajo ese negocio simulado se encubría una donación ya inatacable por haber prescrito la acción de nulidad.

Interpuesto recurso de apelación por el demandante, el tribunal de segunda instancia lo estimó y, revocando la sentencia apelada porque la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de negocio inexistente se extendía al negocio oculto con causa ilícita, declaró la nulidad por inexistencia de la escritura de compraventa y acordó la cancelación de los correspondientes asientos registrales.

Dejando un lado los motivos de forma y en los que la parte recurrente pretende una

nueva valoración de la prueba, cuestionan los recurrentes que la resolución de la Audiencia infringe los arts. 1276, 618, 630, 633 y 1301 CC, sosteniendo, en esencia, que aun no prescribiendo la acción de nulidad radical de la compraventa por inexistente sí habría prescrito, en cambio, la acción de nulidad de la donación encubierta o disimulada por transcurso del plazo de cuatro años establecido en el art. 1301 CC.

Tal planteamiento no es aceptado por el Tribunal Supremo porque la sentencia recurrida, al considerar imprescriptible la acción de nulidad de la donación con causa ilícita por defraudar los derechos legitimarios del demandante, encubierta bajo una compraventa inexistente, aplicó muy atinadamente la jurisprudencia de esta Sala citada en su fundamento jurídico cuarto, que se ha reiterado en otras sentencias posteriores como la de 1 de abril de 2000 (recurso núm. 1850/95) cuando, al examinar un motivo de casación muy similar a éste, declara lo siguiente: "Para que pueda hablarse de simulación relativa es requisito indispensable que el contrato disimulado (el verdaderamente querido celebrar bajo la apariencia de otro) sea plenamente válido, pero éste no es el caso aquí contemplado, en el que no nos hallamos en presencia de ninguna simulación relativa en el sentido antes expuesto, ya que los dos contratos son radicalmente nulos: el aparente de compraventa (por falta de causa: precio) y el disimulado de donación (por ilicitud de la causa, al haberse defraudado mediante ella los derechos legitimarios del actor), por lo que la acción ejercitada para obtener dicha nulidad radical es imprescriptible, como acertadamente han entendido las coincidentes sentencias de la instancia". A lo que cabe añadir que también la inexistencia misma de la donación con causa ilícita por responder a la exclusiva finalidad de defraudar los derechos legitimarios de otros herederos se ha afirmado por esta Sala en sentencias posteriores a la recurrida, como la de 2 de abril de 2001.

3. *Nulidad de la donación al no ser la donante propietaria de la mitad indivisa del inmueble habida cuenta de la existencia de una fiducia.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña María entró en contacto con doña África para la compraventa de la vivienda a que inicialmente se formaliza en una opción de compra (por 8 millones de pesetas, f. 339 y ss.) con entrega inicial de 1 millón de pesetas y, posteriormente, otras entregas de l millón y de 2 millones de pesetas para finalmente estructurar el pago del resto de precio que faltaba por abonar en un contrato privado de 18 de agosto de 1978, en que intervinieron ambos cónyuges don José y doña María con doña Purificación en que ambos consortes reconocen adeudar a doña África el resto de una cantidad de

3.984.730 pesetas, de los 8 millones de pesetas del total de la venta. Para pagar la suma se libraron una serie de cambiales aceptadas por ambos esposos y reseñadas en la cláusula segunda del contrato con vencimientos entre el 17 de febrero de 1979 a 4 de mayo de 1980.

- Los pagos de las cantidades invertidas en la vivienda fueron realizados con un préstamo cargado en una cuenta conjunta de ambos esposos, y donde también fue abonada parte de dichas cambiales mediante cheques contra la cuenta corriente que ambos esposos mantenían.
- No consta que doña Purificación abonase directamente o mediante tercero cantidad alguna de los ocho millones de pesetas, pues, tampoco consta tuviera ingresos suficientes para hacer frente a las sumas satisfechas.
- Como consecuencia de los acuerdos previamente existentes entre doña Purificación y D. José, el 23 de octubre de 1984 la primera vende al demandante la mitad indivisa que "formalmente" había adquirido a D.ª África y que se estima en la suma de 4 millones de pesetas (mitad del valor de la adquisición realizada).
- Por donación la demandada doña Purificación otorgó la mitad indivisa de la vivienda a favor de doña María (en cuanto al usufructo) y a favor de don David y doña Victoria (en cuanto la nuda propiedad) en escritura de fecha 28 de diciembre de 1990.
- D. José interpuso demanda de menor cuantía contra doña Purificación, don David, doña Victoria y doña María solicitando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad absoluta y radical del título de donación por la que fraudulentamente los demandados don David y doña Victoria han adquirido la nuda propiedad, y doña María Aguilera el usufructo vitalicio de la mitad indivisa propiedad de mi mandante de la finca sita en Barcelona, C/ Muntaner, en méritos de la escritura de donación otorgada por doña Purificación el 28 de diciembre de 1990, ordenando en consecuencia la cancelación de la inscripción y condenando a los demandados a permitir el goce y disfrute de la finca y en consecuencia el ejercicio pacífico de los derechos dominicales inherentes a la mitad indivisa propiedad de mi mandante de la finca de autos; así como declarar extinguida la comunidad de bienes entre el actor y los demandados, David y Victoria nudos propietarios de la otra mitad indivisa de la finca de autos, y se declare que la finca es esencialmente divisible en dos entidades físicas y registrales de similares características, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración, ordenándose la división de la cosa en común según el dictamen pericial que en período probatorio o en ejecución de sentencia se adjudican en consecuencia a mi mandante la entidad resultante de la división y que se corresponda con la que de hecho venía siendo utilizada de despacho, así como se condene a los demandados a la indemnización de daños y perjuicios a favor de mi man-

dante por las acciones cometidas según resulte de las pruebas hacederas o en ejecución de Sentencia, con expresa imposición de las costas del Juicio a los demandados.

- Admitida a trámite la demanda la representación procesal de los demandados contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando la desestimación de la demanda. Al propio tiempo doña Purificación formuló reconvención frente a don José Manuel, para pedir que se declarase la nulidad de la venta de la mitad indivisa de la referida finca efectuada el 23 de octubre de 1984 por parte de doña Purificación a favor de don José, con imposición de costas a la demandada reconvencional.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 10 de Barcelona dictó sentencia con fecha 19 de junio de 1995, estimando en parte la demanda y desestimando la reconvención, declara la nulidad absoluta de la donación que, en escritura de fecha 28 de diciembre de 1990, otorgó doña Purificación y por la que los demandados don David y doña Victoria han adquirido la nuda propiedad, y doña María el usufructo vitalicio de la mitad indivisa de la finca sita en Barcelona, C/ Muntaner, debiendo, en consecuencia, cancelarse la inscripción registral.
- En grado de apelación, la Sec. 14 de la AP de Barcelona dictó sentencia el 4 de marzo de 1997, desestimando el recurso interpuesto doña Purificación y los demás demandados.
- Doña Purificación, don David, doña Victoria y doña María interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se resuelve en la sentencia la reclamación del actor para que se declare la nulidad de la donación de la mitad indivisa del inmueble litigioso, por haberlo adquirido el mismo a la donante previamente a lo que se oponen los codemandados que además reconvienen para que se declare la nulidad de aquella compraventa.

El motivo del recurso se basa en la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa al negocio jurídico fiduciario, y se afirma que, "la Sentencia recurrida, al confirmar la Sentencia de Primera Instancia, aprecia la existencia, en el supuesto que nos ocupa, de un negocio fiduciario...", agregando una serie de argumentos doctrinales y referencia a sentencias sobre los presupuestos del negocio fiduciario. El motivo no prospera por las siguientes razones: a) La Sala emite esa calificación habida cuenta los hechos que se declaran básicos para su decisión, esto es, que si bien participó la codemandada —madre política del actor— en el primitivo contrato privado de 18-8-78, está acreditado que no hizo pago alguno sobre el compromiso del precio pendiente que fue satisfecho por el actor y su esposa, por lo que, esa titularidad aparente fue determinante de que, después se procedería por esa demandada a vender al actor la misma mitad

indivisa que había adquirido "formalmente" a la primitiva dueña, como así hizo en la compraventa de 23-10-1984. b) De ello la Sala, al igual que el Juzgado entiende la realidad de un negocio fiduciario, por cuanto se produce su conocido doble efecto, esto es, la adquisición de una titularidad como lo es esa mitad indivisa, y luego, la readquisición por quien realmente, fue el que efectuó el pago del precio de aquella mitad, que es lo que sucede con la posterior venta a favor del actor en 23-10-84.

Como es sabido, dicha fiducia en su concepción general está consagrada por la jurisprudencia del TS, por todas la Sentencia de 22-2-1995: "Se está en presencia de un negocio fiduciario por el que quien recibe la titularidad de los bienes se obliga a emplear las facultades dispositivas que la adquisición le confiere en el cumplimiento de las finalidades de la fiducia. No puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante. El instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia que no por eso dejará de tener su causa, que se halla en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para alcanzar una determinada y prevista finalidad, con el riesgo inherente en estos negocios de que el fiduciario abuse de su posición jurídica y emplee aquellas facultades no en utilidad o beneficio del fiduciario...", por ello, la Sala *a quo,* asimismo, configura tal negocio fiduciario al de autos al expresar en su FJ 3.º: "... que no existe alteración de la 'cusa de pedir' ni se acusa indefensión por el debate sobre la concurrencia de la referida institución del negocio fiduciario en el caso litigioso, que no son sino alegaciones enervantes a la reconvención formulada por las demandadas en la instancia, rechazando la alegación *in voce* verificada en la alzada sobre nulidad de actuaciones derivada del extremo referido...", son argumentos que este Tribunal que juzga comparte tras reiterar esos presupuestos de la fiducia en su doble variante de *cum creditore* o *cum amico* (que es la del litigio).

IX. PENAL

1. *Condena a un matrimonio por un delito de alzamiento de bienes cuando después de haberse practicado el embargo transfieren la propiedad del inmueble objeto de la traba a una sociedad constituida días antes por la madre y hermana de la esposa.*

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 18 de octubre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Delgado Baena.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Magín y D.ª Nuria, mayores de edad y sin antecedentes penales, fueron demandados en juicio ejecutivo por la empresa D. en reclamación de la cantidad de 1.018.623 pesetas más 250.000 pesetas por costas, por impago de

tres letras de cambio por importe de 339.541 pesetas cada una. Mediante diligencia de requerimiento, embargo y citación de remate practicada en Sabadell el 25 de febrero de 1992 se embargó un inmueble, nombrando depositaria a D.ª Nuria que firmó la correspondiente diligencia.

- El 19 de mayo de 1992 se dictó sentencia de remate y mediante Auto de 1 de diciembre de 1993 se acuerda la mejora de embargo sobre la vivienda que los demandados tenían en Sabadell, practicándose diligencia de embargo el día 21 de enero de 1994.
- D. Magín y D.ª Nuria vendieron el inmueble en escritura pública el 7 de junio de 1994 a la sociedad N., S.L., sociedad familiar constituida cinco días antes de la venta, por la madre y la hermana de la D.ª Nuria, apareciendo ésta como administradora única. En la compraventa se hizo constar que la parte compradora retenía en su poder la cantidad de 12.530.957 pesetas para el pago de un préstamo hipotecario que gravaba la finca, préstamo que fue pagado por "N., S.L." en fecha 21 de marzo de 1997. Como consecuencia de la enajenación el embargo no pudo inscribirse en el Registro de la Propiedad.
- El Juzgado de Instrucción número 5 de Sabadell incoó Diligencias Previas contra Nuria y Magín que, una vez conclusas remitió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Barcelona que, con fecha 13 de octubre de 2000, dictó sentencia condenando a D. Magín y D.ª Nuria como autores criminalmente responsables de un delito de alzamiento de bienes anteriormente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a cada uno de ellos a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, así como a una pena de doce meses de multa con una cuota diaria de 500 pesetas, con un día de responsabilidad personal, por cada dos cuotas impagadas, y al pago de las costas del presente juicio, y debemos absolver y absolvemos a los acusados del delito de malversación de caudales públicos del que venían siendo acusados. En concepto de responsabilidad civil se declara la nulidad del contrato de compraventa celebrado por los acusados y la entidad mercantil "N., S.L.", debiendo ser reintegrado dicho bien inmueble al patrimonio de los acusados a los efectos de lo dispuesto en el artículo 1911 del Código Civil.
- D. Magín y D.ª Nuria interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El delito de alzamiento de bienes constituye una infracción del deber de mantener íntegro el propio patrimonio como garantía universal en beneficio de cualquier acreedor (art. 1911 del CC). Aparece sucintamente definido en los arts. 519 CP 73 y 257.1.º CP 95

que utilizan dos expresiones muy ricas en su significación, conforme han sido reiteradamente interpretadas por la doctrina y por la jurisprudencia de esta Sala: "alzarse con sus bienes" y "en perjuicio de sus acreedores".

Prescindiendo del concepto tradicional que tuvo en nuestra historia, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición de su persona y de su patrimonio, en la actualidad alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar algún elemento patrimonial con el que poder cobrarse.

Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore dónde se encuentra, o de forma más sofisticada, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen, o se sustrae algún elemento del activo patrimonial de modo que se impida o dificulte la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho que obstaculiza la vía de apremio.

La expresión "en perjuicio de sus acreedores", que utilizan los mencionados artículos, 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, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores.

De tal expresión, entendida de este modo, se deducen tres consecuencias:

1.ª Ha de haber uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que, cuando la ocultación o sustracción se produce, todavía no fueran vencidos o fueran ilíquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que, ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2.ª La intención de perjudicar al acreedor o acreedores constituye un elemento subjetivo del tipo.

3.ª Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

La jurisprudencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión insolvencia, y la doctrina encuadra esta infracción junto con los delitos de quiebra y concurso bajo la denominación de insolvencias punibles, criterio sistemático que acoge nuestro CP vigente al incluir todos ellos en el mismo Capítulo VII del Título XIII del Libro II CP bajo la denominación "De las insolvencias punibles", de modo semejante al CP 73.

Conviene precisar que, como resultado de este delito, no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las sentencias de esta Sala, que hablan de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia (SS 28 de mayo de 1979, 29 de octubre de 1988

y otras muchas), porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en la mayoría de las ocasiones precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos.

Desde luego, no se puede exigir que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados (S 6 de mayo de 1989), ni menos aún que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica. Es decir, lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Por lo tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, ya no es necesario ningún otro requisito para la existencia de este delito.

Ahora bien, es incompatible este delito con la existencia de algún bien no ocultado y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor, y porque nunca podría entenderse en estos supuestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos del activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

En conclusión, el concepto de insolvencia, en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de esta Sala lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio. En definitiva, algo que se encuentra ínsito en el mismo concepto de alzamiento de bienes en perjuicio de los acreedores y que no puede constituir un elemento del tipo nuevo a añadir a la definición del art. 257.1.1.º del CP actual (519 CP anterior), salvo que se entienda en la forma antes expuesta.

Así se viene pronunciando esta Sala con reiteración. Véanse las recientes SS 27 de abril de 2000, 12 de marzo de 2001 y 11 de marzo de 2002, entre otras muchas.

En el primer motivo del recurso de denuncia infracción del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, concretamente respecto de dos de los elementos que, según acabamos de exponer, son constitutivos de este delito: la preexistencia de la deuda en consideración a la cual se realizó la escritura de venta y el que tal escritura se realizara con ánimo de perjudicar a la sociedad acusadora.

El Tribunal Supremo desestima el motivo:

1.º Nos dice que no existía deuda alguna porque las letras fueron libradas en garantía de la cesión de unas mercancías que los acusados devolvieron a la querellante, devolución con la que la deuda quedó extinguida. Pero la sentencia recurrida no lo entendió así y lo justifica razonando sobre la prueba existente en este punto, particularmente una testificial, conforme a lo cual llega a la conclusión de que no quedó acredita-

do que esa devolución de mercancía lo fuera con relación al negocio concreto que sirvió de causa a la aceptación de esas tres letras de cambio. Se trata de un tema sobre valoración de la prueba, competencia exclusiva del Tribunal de instancia particularmente cuando de medir la credibilidad de un testimonio se trata. Nos remitimos a lo que dice la sentencia recurrida en su fundamento de Derecho 1.º apartado a) que argumentó correctamente sobre este extremo.

2.º Alega también que, entregó una letra de cambio librada por M., a la sociedad acusadora, letra que ésta cobró con lo que quedó cancelada la deuda de tales tres letras. También examina este tema la sentencia recurrida en la parte segunda de este fundamento de Derecho 1.º a). Nos dice la prueba existente al respecto para llegar a la conclusión, también expuesta de una manera razonable, de que no existe constancia alguna respecto de que el importe de dicha deuda hubiera sido abonado a la entidad querellante.

Pretende el recurrente que la carga de la prueba de la preexistencia de la deuda le incumbe a las partes acusadoras, y es cierto, pues la presunción de inocencia obliga a absolver cuando la prueba deja duda sobre la existencia de alguno de los elementos del tipo. Pero la duda la tiene que tener el Tribunal que dicta la sentencia y sobre los criterios de dicho Tribunal no pueden prevalecer los argumentos de las partes.

Como ya se ha dicho, en el caso presente había tres letras de cambio que importaban un total de 1.018.623 ptas., y con estos títulos la sociedad querellante inició juicio ejecutivo, se despachó la ejecución contra los dos demandados (Nuria y Magín), se hizo la correspondiente diligencia de requerimiento, embargo y citación de remate, propia de esta clase de procedimientos, y llegó a dictarse sentencia de remate. Es decir, no sólo había unas letras de cambio que incorporaban la deuda, sino que hasta hubo un proceso judicial que, aunque sumario, terminó con sentencia condenatoria contra los dos ahora recurrentes. Con esto hay que decir que ha quedado acreditada la preexistencia de la deuda. No ha habido lesión del derecho a la presunción de inocencia respecto de este elemento constitutivo del delito. Los demás argumentos esgrimidos por los acusados en la instancia, contestados adecuadamente en el fundamento de Derecho 1.º a) de la sentencia recurrida y luego repetidos en el presente recurso, acerca de la extinción de la deuda según esa doble argumentación que acabamos de rebatir, nada tienen que ver con el derecho a la presunción de inocencia, sino con la valoración de la prueba que compete a la Sala de instancia.

En conclusión, en relación a este primer punto objeto de este motivo 1.º, hubo prueba sobre la preexistencia de la deuda, al haber quedado acreditados los elementos constitutivos de esa relación crediticia con la existencia de tales tres letras que, además, en el caso presente estuvo reforzada con la mencionada sentencia de remate dictada en el correspondiente juicio ejecutivo.

En la segunda parte de este motivo 1.º, se dice que la sentencia recurrida lesionó el derecho a la presunción de inocencia en cuanto que no hubo prueba de que la venta de la sociedad N., S.L., lo fuera con el ánimo de perjudicar a la sociedad querellante en su derecho al cobro de las mencionadas letras. Se impugna así el elemento intencional que necesariamente ha de concurrir en este delito de alzamiento de bienes conforme hemos dicho al exponer la doctrina sobre esta clase de infracción penal en el anterior fundamento de Derecho 2.º

Ordinariamente, este elemento subjetivo del delito ha de acreditarse mediante prueba de indicios, deduciendo de hechos objetivos debidamente acreditados la concurrencia de esta particular intención de perjudicar a los acusados. Tal prueba existió en el caso presente, como bien razona la sentencia recurrida en el apartado d) de su fundamento de Derecho 1.º que aporta los siguientes datos

básicos para la construcción de tal prueba indiciaria:

1.º Los dos acusados tenían perfecto conocimiento de la existencia de la deuda representada en esas tres letras de cambio con las que se inició el mencionado juicio ejecutivo en la vía civil.

2.º La venta de la finca se hizo a favor de una sociedad limitada constituida sólo cinco días antes de realizarse tal venta.

3.º Esta sociedad se constituyó con la madre y la hermana de la acusada como sus dos únicos socios.

4.º De tal sociedad compradora aparece como administradora única la acusada Nuria.

Se trata de elementos indiciarios que ordinariamente acompañan a estos delitos de alzamiento de bienes. Pero es que en este caso incluso reconoció Magín en el juicio oral que la venta se realizó a la familia de la mujer para ver "si la finca no se perdía", prueba directa acerca de este elemento subjetivo, que no suele existir en esta clase de asuntos penales, la cual no deja la menor duda acerca de cuáles fueron los verdaderos propósitos del matrimonio acusado y ahora recurrente.

Terminamos este apartado poniendo de relieve que el escrito de recurso no impugna esta prueba que la sentencia recurrida nos expone con singular claridad, sino que se desvía a otros temas colaterales hablándonos de la existencia de una hipoteca sobre la vivienda vendida, lo que carece de aptitud para desvirtuar la argumentación que al respecto nos ofrece la Audiencia Provincial y que acabamos de resumir.

Ciertamente hubo prueba respecto de ese elemento subjetivo del injusto, lo que, junto con lo expuesto en el fundamento de Derecho anterior nos obliga a rechazar este motivo 1.º relativo a la presunción de inocencia.

2. *Absolución de un delito de estafa procesal a la esposa y al representante legal de la empresa donde trabajaba, ya que la circunstancia de que ésta prestase sus servicios también en otra empresa distinta y ello no trascendiese al procedimiento no constituye ningún ilícito penal, debiendo recordarse que en los procedimientos matrimoniales no se impone a ninguna de las partes un específico deber de información a favor de la parte contraria.*

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 15 de noviembre de 2002. Ponente: Excmo. Sr. D. Sánchez Melgar.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 3 de enero de 1992 D.ª Antje, casada con D. José Rolando presentó demanda de separación matrimonial en los Juzgados de Alcobendas que fue turnada al JPI núm. 3 de esa localidad, el cual incoó autos núm. 4/1992 admitiendo la demanda a trámite. Entre otros pedimentos, se solicitaba en la demanda una pensión compensatoria a favor de la esposa de 700.000 pese-

tas, mensuales ante el evidente desequilibrio económico que le producía la nueva situación matrimonial y hasta tanto no se liquidara la sociedad de gananciales. Junto con la demanda la Sra. D. R. presentó solicitud de medidas provisionales, tramitadas en el mismo Juzgado de Primera Instancia en autos 5/1992.

- D. José Rolando se opuso a la demanda y a la solicitud de medidas provisionales. En estos últimos autos y a instancia de la parte demandada el Juzgado núm. 3 de Alcobendas requirió a la empresa L., con sede social en Madrid, en la que D.ª Antje trabajaba como secretaria de dirección, para que se certificara por quien correspondiera sobre el tipo de contrato suscrito por la misma con esa entidad, categoría del puesto de trabajo, categoría profesional, remuneración que percibe mensualmente por todos los conceptos, así como los complementos personales, de destino, de puesto de trabajo, etc., y pagas extras que percibe.
- En contestación al oficio del Juzgado núm. 3 de Alcobendas, Don G., que realizaba labores de contable para L., respondió con un certificado que tenía el siguiente contenido literal: "En contestación a su oficio fechado el 21 de enero de 1992, por la presente acreditamos que D.ª Antje tiene suscrito con esta entidad un contrato de trabajo indefinido, trabajando como Secretaria y percibiendo al mes como líquido total la cantidad de 130.984 pesetas por todos los conceptos, incluidos complementos personales, antigüedad e idiomas, así como 4 pagas extraordinarias".
- En el año 1991 D.ª Antje empezó a trabajar también para la empresa T., independiente de L. pero con idéntico objeto social y colaboradoras habituales siendo dada de alta en la Seguridad Social como trabajadora de T. el 11 de septiembre de 1991. En el año 1991 Antje percibió por su labor para T. la suma de 323.772 ptas. Estos datos sobre la remuneración de la D.ª Antje en T. no fueron solicitados por el JPI núm. 3 de Alcobendas y no se incorporaron al procedimiento de separación ni de medidas provisionales.
- El Juzgado núm. 3 de Alcobendas dictó sentencia el 3 de junio de 1992 estimando la demanda de separación y acordando, entre otras cosas, que el esposo pagaría a la esposa en concepto de pensión compensatoria la suma de 400.000 pesetas, mensuales revisables anualmente con arreglo al IPC y hasta tanto se produzca la total liquidación de la sociedad de gananciales. Esta sentencia fue apelada por el Sr. J. M., dictando la Secc. 22.ª de la AP Madrid sentencia el 26 de noviembre de 1993 que desestimaba el recurso.
- Una vez firme la sentencia de separación, dado que D. José Rolando no pagaba la pensión compensatoria, D.ª Antje solicitó del Juzgado de Primera Instancia el embargo de bienes de su ex marido, acordándolo así el Juzgado para cubrir las cantidades vencidas y garantizar dos anualidades pendientes de vencimiento.

- D. José Rolando presentó el día 11 de mayo de 1995 demanda incidental de modificación de las medidas acordadas en sentencia de separación solicitando la supresión de la pensión compensatoria acordada a favor de su ex mujer. La demanda fue admitida a trámite, en los autos 195/1995 del JPI núm. 3 de Alcobendas, se siguió con la oposición de la demandada y en el trámite de prueba el Juzgado requirió a instancia de la parte demandante a la empresa L. para que se certificara por quien corresponda si la trabajadora D.ª Antje presta sus servicios en la citada empresa, así como los salarios, nóminas o emolumentos que percibe anualmente por tal concepto.
- El requerimiento del Juzgado fue respondido de nuevo con un certificado expedido por D. G en el que se detallaban los conceptos por los que la Sra. D. había percibido una remuneración de L. entre los años 1991 a 1995 certificando una remuneración total de fija más aleatorio de: 130.984 pesetas mensuales en el año 1991; 148.176 pesetas mensuales en el año 1992; 185.854 pesetas mensuales en el año 1993; 196.118 pesetas mensuales en el año 1994; y 198.736 pesetas mensuales en 1995.
- En 1992 y 1993 D.ª Antje trabajó también para T., empresa en la que cesó el día 31 de diciembre de 1993 el primer año percibió por ese trabajo una remuneración total de 930.125 pesetas y el segundo año una remuneración total de 922.216 pesetas. Estos datos no fueron solicitados en el proceso incidental de modificación de las medidas y no quedaron incorporados al mismo.
- El Juzgado núm. 3 de Alcobendas desestimó la demanda presentada por D. José Rolando en sentencia de 14 de octubre de 1997 que fue confirmada por otra de la Sec. 22.ª de la AP Madrid de 28 de mayo de 1999.
- D. José Rolando falleció el día 12 de marzo de 1999 y ejercita la acusación particular en esta causa D.ª Madelen nombrada heredera universal por D. José Rolando en testamento, otorgado ante el Notario de Alcobendas D. Manuel Rodríguez Marín el día 11 de febrero de 1999 que contiene como segunda cláusula del mismo la siguiente: "Es deseo del testador, que la heredera nombrada continúe litigando en los procesos que el testador tiene contra D.ª Antje hasta agotar todas las instancias judiciales sin llegar a transacción ni judicial ni extrajudicial".
- El Juzgado de Instrucción núm. 6 de Alcobendas incoó procedimiento abreviado núm. 424/1998 por delitos de estafa, falso testimonio y daños contra Don G. y D.ª Antje D. R., y una vez concluso lo remitió a la Secc. 2.ª de la AP Madrid, que con fecha 14 de marzo de 2001 dictó sentencia absolviendo a D.ª Antje y a D. Gilbert del delito continuado de estafa por el que han sido acusados y a D.ª Antje también del delito de daños por el que ha sido acusada, imponiendo las costas procesales a D.ª Madelen.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Argumenta la parte recurrente que la acusada D.ª Antje obtuvo la pensión compensatoria acordada en su proceso de separación matrimonial y mantenida posteriormente en el proceso incidental de modificación de medidas, produciendo en el Juzgador error "ocultando una parte de sus percepciones salariales", pues tal y como se declara probado, en los citados procedimientos civiles no se puso de manifiesto que se estaban recibiendo por aquélla, junto con las cantidades pagadas por la empresa L. (certificadas por el también acusado Don G.), otras prestaciones salariales pagadas por la empresa T. Es decir, imputa a los acusados la comisión de un delito de estafa por omisión.

Tal razonamiento no puede ser acogido, pues cualquier omisión de información relevante para despejar una posible situación de error no puede ser considerada equivalente a la producción activa del error: tal equivalencia requiere, como primer presupuesto, que el autor se encuentre en posición de garante. Sin embargo, en el presente caso los acusados no se encontraban en posición de garante respecto del esposo de la recurrente: los procesos de separación en los que se discute sobre los intereses patrimoniales de los cónyuges se ordenan conforme al principio de justicia rogada, de modo que la aportación de hechos y pruebas es libremente administrada por las partes (arts. 216, 217, 282 y 770 LEC), y no se impone a ninguna de ellas un específico deber de información a favor de la parte contraria. Y tampoco cabe fundar una posible posición de garante en el genérico deber de buena fe procesal que impone el art. 247 LOPJ, pues el deber de buena fe solamente puede fundar una posición de garante derivada del deber de control de la fuente de peligro que entraña la propia organización cuando se concreta en deberes extrapenales al menos implícitamente enunciados por la normativa reguladora del ámbito de relación de que se trate: así, en el caso de la compraventa en la que se oculta la existencia de cargas sobre la cosa vendida, la buena fe contractual permite fundamentar una posición de garante que deriva de las normas sobre evicción y vicios ocultos contenidas en los arts. 1475 y 1484 CC; pero en los procesos civiles que tienen por único objeto los intereses patrimoniales de las partes, la buena fe procesal no impone deberes de información que, por el contrario, la propia normativa procesal excluye (Cfr. arts. 216, 217 y 282 LEC).

El segundo de los motivos del recurso se formaliza al amparo del art. 849.1 de la LECrim., y es calificado por la parte recurrente como una "incongruencia subsanable como error de derecho". Alude la parte recurrente a que en el párrafo último del fundamento de Derecho de la sentencia recurrida se contienen apreciaciones de hecho que no son recogidas en el relato de hechos probados, y que no pueden ser derivadas de la prueba practicada, por lo que también se habría producido una infracción del art. 24.1 CE, invocado al amparo del art. 5.4 LOPJ.

El motivo debe ser desestimado. Tal y como ha declarado desde antiguo la jurisprudencia "las afirmaciones de hechos contenidas en los fundamentos jurídicos son complemento de los hechos probados, por lo que cualquiera que sea el capítulo de la sentencia en que se mencionen, tienen el carácter técnico de cuestiones de hecho" (STS 12 de diciembre de 1996). En consecuencia, la impugnación de tales declaraciones como error de Derecho solamente resulta posible bien por la vía del art. 849.2 de la LECrim., bien por la del art. 24 CE en relación con el art. 5.4 LOPJ, como en este caso pretende la parte recurrente.

Sin embargo, no puede reconocerse a la parte acusadora legitimación para invocar, ante la jurisdicción ordinaria, derechos fundamentales de los que no puede tenérsele por titular en el proceso penal. Tal y como ha declarado el TC (Sentencia 41/1997, de 10 de marzo), la reclamación de derechos

fundamentales "no constituye una vía abierta a los poderes públicos para la defensa de sus actos y de las potestades en que éstos se basan, sino, justamente un instrumento para la correcta limitación de tales potestades y para la eventual depuración en defensa de los derechos fundamentales y libertades públicas de los particulares", por lo que, concluye, que "en el proceso penal las garantías constitucionales de una de las partes —el imputado— adquieren un especial relieve en sede de amparo constitucional, mientras que, como tal, la potestad pública de imponer penas que se ventila en él no es susceptible de ser amparada". Los anteriores argumentos, que excluyen la legitimación de las partes acusadoras en el proceso penal para invocar, frente al acusado, la vulneración de derechos fundamentales, deben ser también aplicados a las acusaciones particulares, pues como declara la citada sentencia "pese a que por disposición de la Ley puede ejercitar la acción penal y debe, por tanto, obtener una respuesta jurídicamente fundada, carece, desde la perspectiva constitucional, de interés legítimo en la imposición del castigo, pues la pena pública implica, por su propia naturaleza, la exclusión de todo móvil privado en su aplicación. Y por tanto, al pedir que se actúe penalmente contra un tercero no hace sino promover el ejercicio de una potestad estatal limitadora de los derechos fundamentales".

En definitiva, el recurso no puede prosperar —como ya hemos argumentado— en tanto no se ha activado penalmente la pretensión por falsedad documental, sino únicamente por estafa procesal. De ahí se deriva que resulten intrascendentes las alegaciones sobre alteración o mendacidad de documentos, que además de no corresponderse con lo probado en la causa y tener las explicaciones que se realizan en la sentencia de instancia, no pueden ser causalmente determinantes de una acusación que no incluye tales mutaciones documentales, sino exclusivamente una pretensión punitiva por estafa procesal que carece de un elemento esencial: si toda estafa requiere un engaño a un sujeto y éste despliega su actuación mediante el error producido, ocasionando un quebranto patrimonial en perjuicio propio (autolesión) o de un tercero (como en el caso, ocurre con la estafa procesal, ya que el error del juzgador le sufre una de las partes, que resulta así perjudicada), completándose lo que esta Sala denominó "estructura triangular de la estafa", es lo cierto que no aparece en modo alguno determinado tal elemento, pues no puede llegar a concluirse contundentemente cuál pudiera ser, ni siquiera de modo indiciario, tal comportamiento judicial, lo que se traduciría en la comprobación del quebranto patrimonial, y por ende, la naturaleza misma de la estafa.

El cuarto motivo del recurso se formula al amparo del art. 849.2 de la LECrim. Manifiesta la parte recurrente que se incurre por el Tribunal *a quo* en error en la apreciación de la prueba cuando declara que los documentos aportados a los pleitos de separación matrimonial por el acusado D. G. no son falsos, pues tal conclusión es contradicha por los documentos que se relacionan.

El motivo debe ser desestimado. Ciertamente la documentación remitida por la Agencia Tributaria pone de manifiesto que la acusada D.ª Antje tuvo, durante los años 1991 a 1995, unos ingresos económicos superiores a los que aparecen en el certificado emitido por el otro acusado correspondiente a las cantidades recibidas de la empresa L. Sin embargo, el motivo de tal discrepancia ha sido fundadamente explicado en la sentencia de instancia, en la que se declara probado que durante ese período de tiempo D.ª Antje recibió también ciertas cantidades por los servicios prestados para otra empresa distinta, T. La posible relevancia de esta posible omisión de información ya fue examinada al resolver sobre el motivo primero del recurso. No existe por tanto contradicción alguna entre lo que se declara probado y el contenido de la documentación invocada.

El quinto motivo del recurso se formaliza al amparo del art. 849.2 de la LECrim. Ma-

nifiesta la parte recurrente que el Tribunal *a quo* ha incurrido en error al no dar relevancia alguna al hecho probado que la acusada Antje D. R. tenía otros ingresos (los percibidos de la empresa T.) que no fueron tomados en consideración en los procesos de separación y de modificación de medidas al no tenerse conocimiento de la existencia de los mismos.

El examen de este motivo del recurso pone de manifiesto que la recurrente parte de la corrección de los hechos que se declaran probados, si bien no se muestra conforme con las consecuencias jurídicas derivadas por el Tribunal a partir de los mismos, en consecuencia el motivo debe ser desestimado, por ser una cuestión jurídica, a la que ya hemos dado respuesta con anterioridad.

El sexto motivo del recurso se formula al amparo del art. 851.3 de la LECrim., consistente en incongruencia omisiva. Manifiesta la parte recurrente que la acusación de estafa procesal formulada contra la acusada Antje se fundaba también en la aportación por ésta al proceso de separación de un fax supuestamente remitido a su esposo por la empresa Steag en el que se le ofrecía (como empleo) un cargo de consejero con una retribución por importe de 700.000 ptas. El motivo tiene que ser desestimado.

Se trata de un documento que resultaba irrelevante para que el Juzgador resolviera, en el proceso civil, sobre la cuantía de la pensión compensatoria, pues el mismo aparecía referido a una oferta de contratación que finalmente no se había materializado, y como se declaró probado en la sentencia de instancia, la causa determinante de la fijación de una pensión compensatoria tan elevada no fue otra que la existencia de un enorme patrimonio ganancial al que la acusada no tenía inmediato acceso; es decir, se trataba de un medio que no puede ser considerado idóneo como vía de engaño para la comisión de una estafa procesal. De hecho, el examen del escrito de acusación de la parte recurrente pone de manifiesto que el engaño que se imputaba a la acusada se identificaba con la ocultación de parte de sus ingresos al Juzgado de Primera Instancia, y que la referencia a la existencia de una oferta de trabajo posteriormente desmentida aparecía como un elemento accesorio al engaño principal.

La sentencia recurrida resuelve, en consecuencia, sobre la cuestión principal planteada (la inexistencia de un verdadero engaño al que pueda resultar objetivamente imputable la decisión judicial adoptada), y al hacerlo omite pronunciarse expresamente sobre una cuestión, que por sí misma, y como ya se ha dicho, no habría permitido alcanzar una solución diversa. Por ello se trata de una desestimación implícita que no puede dar lugar a la estimación del recurso.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

I. UNIONES DE HECHO

1. *Establecimiento de una pensión compensatoria por desequilibrio patrimonial a favor de la conviviente, ya que aun cuando durante los trece años que duró la unión trabajó en la casa y en el negocio del otro conviviente, percibiendo un sueldo, ha quedado acreditado que el mismo era insuficiente y que el trabajo en la casa debió ser relevante (desde la separación el conviviente tiene a dos personas a su servicio).*

TSJ de Cataluña, Sentencia de 1 de julio de 2002.
Ponente: Excmo. Sr. D. Guillermo Vidal I Andreu.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Nuria formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D. Juan.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Mollet del Vallés dictó sentencia el 18 de mayo de 2001 extinguiendo la unión estable de hecho formulada por D.ª Nuria y D. Juan provocando como efecto el cese y revocación de todos los poderes otorgados y condenando a D. Juan a pagar a la actora la cantidad de 50.000 pesetas, mensuales, durante tres años ininterrumpidos.
- En grado de apelación, la Sec. 12.ª de la AP de Barcelona dictó sentencia el 28 de noviembre de 2001 estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por D.ª Nuria y desestimando el de D. Juan revocando la misma únicamente en lo referido a la indemnización solicitada en la demanda, de

manera que se condena a D. Juan a que pague a D.ª Nuria la cantidad de tres millones de pesetas, confirmando en todo lo demás la sentencia apelada.

- D. Juan interpuso recurso de casación que fue desestimado por el TSJ de Cataluña.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La sentencia de primera instancia, estimando parcialmente las pretensiones de la demanda, concedió a la actora una pensión de cincuenta mil pesetas mensuales durante tres años ininterrumpidos con cargo al demandado. Implícitamente desestimó la petición de que se le concediera una pensión compensatoria a tanto alzado de diez millones de pesetas. El fundamento del acogimiento de aquella primera pretensión se centraba en la probada convivencia *more uxorio* de los litigantes durante catorce años aproximadamente y el desequilibrio económico que se había producido tras la crisis convivencial. Por contra, se denegó la pensión compensatoria por entender el Juzgador que aquel desequilibrio traía causa de la situación económica y patrimonial de que ya disfrutaba D. Juan antes de iniciar la relación de pareja con D.ª Nuria.

La sentencia de apelación confirmó el primero de los pronunciamientos y revocó parcialmente el segundo para conceder a la apelante una pensión de tres millones de pesetas, sobre la base de quedar probada en los autos la dedicación de D.ª Nuria, mientras duró la convivencia, a la casa común y durante un tiempo al negocio de su pareja, lo que redundó en el sostenimiento y la mejora de la situación económica de ésta.

La sentencia ahora combatida declara probado que actora y demandado convivieron desde al menos el 30 de mayo de 1986 y afirma que: " si bien es cierto que, tras la entrada en vigor de la Ley de Uniones Estables de Pareja, de 15 de julio de, los litigantes no vivieron dos años juntos, pues se separaron en 1999, dicha Ley puede ser aplicada por razón de existir una hija común ", es decir, la Audiencia hace aplicación de lo establecido en el art. 1.2 de la Llei catalana. Al propio tiempo, la Audiencia explica: "La compensación económica que reconoce el art. 13 de la repetida se funda en haberse dedicado quien la solicita a la casa o al negocio del otro, sin retribución suficiente, ocasionando con ello un enriquecimiento del otro interesado. Es obvio que un tal fundamento de hecho puede conducir a una indemnización al amparo de la doctrina del enriquecimiento sin causa, aunque no se reputase aplicable la legislación especial de parejas de hecho".

En el primer motivo del recurso se aduce "infracción del principio de retroactividad establecido en el art. 2.3 del Código civil, al aplicar al presente caso una norma legal cuya aplicación viene expresamente limitada en aquellos supuestos en que no hayan transcurrido dos años de convivencia desde su entrada en vigor y estableciéndose una especie de retroactividad en su aplicación". Como es sabido, el art. 2.3 del Código civil establece que "las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario". La Lley de Unions Estables de Parella, como también es conocido, contiene una Disposición Transitoria, única y especial, de forma que deviene inaplicable la disposición general contenida en el Código civil. Sin más, pues, el motivo casacional debería ser rechazo.

Pero el recurrente, con mezcla inapropiada de supuestas vulneraciones de preceptos sustantivos, alude en este mismo motivo a que no se dan las condiciones de aplicación de la citada Disposición Transitoria de la Llei catalana, con lo que tácitamente está reconociendo que el precepto hipotéticamente

conculcado es el contenido en dicha Disposición y no el art. 2.3 del Código civil.

Mas ocurre que tampoco la Disposición Transitoria de la Llei ha sido conculcada por el órgano *a quo* por la sencilla razón de que, según se ha visto, no la aplica, contando con la específica previsión del art. 1.2 del texto legal. Es decir, la Audiencia acude a la Llei de Unions Estables de Parella no porque entienda que debe sumarse el tiempo de convivencia anterior a la entrada en vigor de la Llei al posterior a dicha fecha, lo que requeriría —efectivamente— el acuerdo de los dos miembros de la pareja, sino porque entiende que tal convivencia de dos años mínimo que marca el art. 1.1 para la aplicación de la Llei no rige en el presente caso al darse una descendencia común.

El motivo, en consecuencia, ha de desestimarse por carecer fundadamente de razón jurídica.

El segundo de los motivos de casación denuncia "error por parte del Tribunal en la interpretación del artículo 1.2 de la Ley de unión estable de parejas dictada por la Comunidad Autónoma de Cataluña" y se basa en que "la filiación de la presunta hija común, Tania, estaba determinada conforme a derecho, resultando que el padre de la misma era el ex marido de la actora D. Jaime, por lo que no puede atribuirse ésta a mi representado por obra del Tribunal".

Salta a la vista, pues, que el precepto supuestamente vulnerado no puede ser nunca el citado por el recurrente sobre cuya exégesis no yerra el Tribunal, sino, en todo caso, el o los preceptos que definen la filiación no matrimonial, como puede ser el 93 del Codi de Familia, pues el ataque que dirige el recurrente a la sentencia de la Audiencia se basa en la declaración de una negada descendencia.

Pero hay más. Nótese que el recurso de casación lleva fecha 20 de febrero de 2002. Pues bien, según consta en la documentación del recurso, en fecha 1 de septiembre de 2001 el Juzgado de primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Mollet del Vallés dictó sentencia reconociendo a D. Juan, hoy recurrente, la filiación paterna no matrimonial de Tania y ello mediando el allanamiento del demandado. Poco más habría de añadirse a lo anterior y con la vista puesta en las inasumibles alegaciones del dicho recurrente ante la presentación de la documentación aludida, sino recordar las reglas de la buena fe que deben presidir las actuaciones ante los Tribunales de Justicia conforme determinan los arts. 11.1 y 437.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Llei catalana de Unions Estables dispone en el segundo inciso del art. 1 que "no és necessari el transcurs del període esmentat (dos años ininterrumpidos de convivencia) quan tinguin descendència comuna, pèro sí que cal el requisit de la convivència".

Según lo probado existe un largo período de convivencia entre D. Juan y D.ª Nuria, que comienza en 1986 y termina en 1999, y consta también la existencia de una hija nacida de esta unión.

Sobre estos parámetros de hecho, la aplicación de la norma catalana es rigurosa y exacta, por cuya razón ha de ser mantenida.

En el tercer motivo de recurso se invoca: "la sentencia objeto del presente recurso, es incongruente con las pretensiones de la contraria, introduciéndose hechos no alegados por las partes, como es la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, infringiéndose con ello el artículo 24 de la Constitución Española".

El motivo no es ya desestimable, sino incluso inadmisible. Como es sabido y ha tenido ocasión de exponer esta Sala, la incongruencia es un vicio de la sentencia que se presenta cuando ésta otorga más de lo pedido por el actor o convenido por las partes (*ultra petita*), concede cosa distinta a la pedida (*extra petita*) u omite algún pronunciamiento (*citra petita)*. La incongruencia es un vicio procesal de la sentencia en cuanto se contradice con el mandato contenido en el art. 359 de la antigua Ley de Enjuiciamiento civil y 218.1 de la actual. En consecuencia, el vicio de incongruencia sólo puede acceder a la casación por la vía del quebrantamiento

de forma, hoy por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal y, en concreto, por la previsión que se contiene en el numeral 3 del art. 469 de la LEC. Al no haberse hecho así en el caso presente, el motivo de recurso no debió siquiera haberse admitido, procediendo ahora, en esta fase procesal, su desestimación. Desestimación, por otro lado, que también procede en el fondo a poco que se observe que:

— Primero. La actora ya en el Suplico de su demanda solicita que: "atendiendo a que D.ª Nuria siempre ha trabajo tanto para el hogar como para el negocio familiar, generando ella (sic) una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implica un enriquecimiento injusto favorable para el Sr. Juan, se fije como Compensación económica la cantidad de diez millones de pesetas (10.000.000 Ptas.)".

— Segundo. Que el enriquecimiento injusto es precisamente la base de la procedencia de la compensación económica, porque específicamente se prevé en la Ley, art. 13 *in fine,* corroborado por sentencias del Tribunal Supremo de las que son ejemplo las de fechas 11 de diciembre de 1992 y 16 de diciembre de 1996.

— Tercero. Que la teoría del enriquecimiento injusto es utilizada en la sentencia como argumento de refuerzo o *ex abundantia,* como claramente se deduce de su texto, pudiendo ser sólo objeto de revisión casacional los errores en los fundamentos jurídicos que son decisivos para la integración del fallo.

Por todo lo anterior, pues, el motivo debe ser rechazado.

El cuarto de los motivos de casación reza así: "por último, la sentencia incurre en un error en la valoración de la prueba, en primer lugar al declarar la posesión de estado de D. Juan respecto a la hija de la actora Tania, y en segundo lugar en cuanto a la determinación de la existencia de desequilibrio patrimonial entre la actora y el demandado, infringiéndose con ello lo dispuesto en el artículo 1.214 del Código civil, vigente durante la sustanciación del proceso".

De la situación de la hija de los litigantes ya se ha hablado, de forma que, tanto para no repetir conceptos, cuanto porque la parte recurrente mezcla de forma incompatible en casación preceptos heterogéneos, debemos remitirnos a lo expresado en el Fundamento de Derecho Tercero.

Respecto a la determinación de la existencia de un desequilibrio patrimonial que es base del otorgamiento de la pensión compensatoria, el recurso no puede prosperar en la medida en que adolece de la lamentable confusión de presentar una casación como si de un puro recurso de apelación se tratara. No es ya la cita del art. 1.214 del Código civil, derogado por la Disposición Derogatoria Única (punto 2) y por tanto sin vigor al dictarse la sentencia combatida, lo que es inaceptable del recurso, pues podría sin esfuerzo entenderse integrado por la cita del art. 217 de la actual LEC, sino la pretensión de una revisión probatoria por el Tribunal de casación, lo que supone el desconocimiento de la esencia misma de este recurso. Pues se pretende, en efecto, que esta Sala sustituya la conclusión valorativa, imparcial y objetiva, del Tribunal de instancia por unos argumentos de la parte recurrente, resumidos en tres párrafos, que revelan la parcial interpretación de unos hechos realizada por aquel a quien en definitiva interesa.

El Tribunal analiza el resultado de las pruebas y llega a concluyentes decisiones: La actora convivió durante trece años con el demandado; trabajó en la casa y en el negocio de éste; percibió por ello una retribución insuficiente; el trabajo en la casa debió ser relevante a partir del hecho de que, desde la separación, el demandado tiene a dos personas a su servicio; la actora ha quedado probadamente con un capital que asciende a 2.752000 ptas.; el demandado, por el contrario, mantiene un productivo negocio de venta de animales.

Los argumentos de contrario, expuestos por el recurrente, no pueden ser más inasumibles: el demandado ya poseía el negocio al iniciarse la convivencia con la demandante y durante los trece años que duró esa con-

vivencia mantuvo a la actora y le abonó un sueldo por su trabajo. Sus argumentos, en consecuencia, no son de prueba, sino jurídicos y olvidan y desconocen la filosofía de la pensión compensatoria, orientándose más bien hacia la figura del servicio doméstico retribuido o al puro salario laboral. La pensión compensatoria nace para equilibrar en lo posible las desigualdades que pueden generarse durante una convivencia estable, cuando uno de los convivientes se dedica al cuidado del hogar y de los hijos o ayuda en el negocio percibiendo en este caso una insuficiente remuneración, mientras el otro dirige y administra el comercio con el ahorro —de todo tipo— añadido que supone la anterior dedicación. La pensión compensatoria intenta impedir o limitar que, al cese de aquella convivencia, quien ha ayudado propiciando el mantenimiento y el desarrollo del negocio, quede sin la capitalización de sus esfuerzos, mientras el otro retenga el activo patrimonial íntegro. Se trata, pues, de lograr un justo equilibrio patrimonial, medido a la hora de la crisis de convivencia, pero con la vista puesta en la necesidad de retribuir un trabajo y un esfuerzo colateral pero convergente no remunerado o remunerado insuficientemente hasta entonces.

La valoración de la prueba de los hechos ha sido efectuada con toda corrección por el Tribunal de Instancia en este caso y ha sido también correcto el encaje jurídico de aquellos hechos en la norma, en razón de lo cual el último de los motivos de casación y con él todo el recurso ha de ser rechazado.

II. INDEMNIZACIÓN DEL ARTÍCULO 41 DEL CODI DE FAMILIA Y PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *Aun cuando el patrimonio del esposo proviniera de bienes privativos, el aumento y consolidación del mismo no hubiera sido posible sin la dedicación de la esposa a la casa, y por ello procede reconocerse la indemnización prevista en el artículo 41 del Codi de Familia, sin que sea obstáculo para ello que durante la convivencia, que duró 13 años, la esposa hubiese trabajado dos fuera de casa.*
   La fijación de un plazo en la pensión compensatoria no es, pues, un criterio ilegal, es, por el contrario, una opción legal que tienen los tribunales en el momento de fijarla.

TSJ de Cataluña, Sentencia de 10 de febrero de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Guillermo Vidal I Andreu.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Carolina formuló demanda de separación conyugal contra D. Óscar
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 51 de Barcelona dictó sentencia el 4 de diciembre de 2000 que, además de acordar la separación entre los cónyuges,

estableció entre otras medidas las siguientes: "6.º Se dispone a favor de la Sra. Carolina una compensación económica por importe de 10 millones de pesetas que podrá satisfacer el Sr. Óscar de una sola vez o aplazándolo en tres anualidades en cuyo caso engendrarán el interés legal del dinero. 7.º Como pensión compensatoria el Sr. Óscar abonará a la Sra. Carolina una cantidad equivalente a cinco veces el salario mínimo interprofesional fijado en cada momento por el Gobierno".

- En grado de apelación, la Sec. 18.ª de la AP de Barcelona dictó sentencia el 20 de mayo de 2002 estimando en parte el recurso dejando sin efecto la cantidad fijada a favor de la esposa y a cargo del marido por el concepto de compensación económica del artículo 41 del Codi de Familia y fijando como pensión compensatoria a favor de las Sra. Carolina y a cargo del Sr. Óscar la suma de mil seiscientos cincuenta y cinco euros (1.655 Euros), con la temporalidad de cuatro años a computar desde la fecha de la resolución apelada.
- D.ª Carolina interpuso recurso de casación que fue estimado por el TSJ de Cataluña quien concedió a D.ª Carolina una compensación económica por importe de 60.101 euros que deberá satisfacer D. Óscar de una sola vez o aplazándolo en tres anualidades, en cuyo último caso engendrará el interés legal.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La presente resolución aborda dos temas fundamentales que merecen ser analizados de forma independiente:

1. Indemnización del art. 41 del Codi de Familia.

El primer motivo de recurso invoca infracción del art. 41 del Codi de Familia de Catalunya, Llei 9/1998, de 15 de julio. Se alega en el recurso que la Audiencia sostiene erróneamente que sólo procede la compensación económica respecto al cónyuge que se ha dedicado exclusivamente a la casa o ha trabajado desinteresadamente para el otro, sin retribución o con retribución insuficiente, generándose una situación de desigualdad económica y un enriquecimiento injusto a favor del otro cónyuge. Se queja también la parte recurrente de que la sentencia combatida afirme que "ha trabajado durante varios años del matrimonio por cuenta ajena fuera del hogar conyugal", cuando lo cierto es, según la parte, que "la esposa trabajó poco más de un año de los trece que duró el matrimonio". La primera parte del motivo exige unas precisiones antecedentes. La Audiencia no hace sino transcribir casi literalmente el texto del art. 41 del Codi de Familia.

La tesis, a mayor abundamiento, ha sido confirmada en nuestras sentencias de 27 de abril de 2000 y de 21 de octubre de 2002 y se adecua a la finalidad de la norma. Ya en la 31 de octubre de 1998 se decía que: "El legislador catalán en sintonía con la Resolución del Consejo de Ministros de Europa de 27 de septiembre de 1978 afirma que no es insensi-

ble a la necesidad de introducir correctivos en el régimen legal para evitar posibles situaciones de desigualdad a la hora de la extinción del matrimonio" y en la de 27 de abril de 2000 se expresaba que la indemnización compensatoria supone un elemento corrector del régimen de separación de bienes, vigente como supletorio en Cataluña, que trata de recompensar el trabajo desinteresado de uno de los cónyuges para el hogar o para el otro cónyuge, evitando situaciones de desigualdad patrimonial que deriven en un enriquecimiento injusto al concluirse la sociedad matrimonial. Acoger la tesis generalista contraria, que parece patrocinar la parte recurrente, tratando de compensar situaciones de desigualdad cuando ambos cónyuges han compatibilizado su actividad profesional fuera del hogar, sería, no sólo ir contra la letra y espíritu de la norma, sino, además, destruir el régimen de separación de bienes cuya esencia está en la división de patrimonios dentro del matrimonio. Ahora bien, es de todo punto cierto que la Audiencia agrega en su texto un importante elemento corrector de la norma que no se encuentra en ella al aludir a que la dedicación a la casa debe serlo en régimen de exclusividad. Esto efectivamente ni lo expresa el art. 41 del Codi ni se ajusta a su finalidad. La norma trata, como se ha dicho, de compensar el trabajo desinteresado del cónyuge que opta por dedicarse al cuidado del hogar y de los hijos, porque esta opción es precisamente la que permite al otro cónyuge mantener y, en su caso, aumentar el patrimonio conyugal, y sería de todo punto injusto que esta opción —que debe beneficiar a ambos consortes— derivara en enriquecimiento de uno y empobrecimiento de otro. De ahí que la ley no ponga adjetivo alguno a la dedicación a la casa (piénsese en el cónyuge que reduce su jornada laboral para cuidar del hogar y de los hijos) y deja al arbitrio del Juzgador la determinación y fijación de la pensión equilibradora. Y aquí entra el segundo punto de disidencia del recurrente con la sentencia. La Audiencia declara que la esposa ha trabajado durante varios años fuera del hogar, pero declara asimismo que no se da el enriquecimiento injusto por parte del marido —elemento este esencial, como se ha visto, de la procedencia de la indemnización compensatoria (" toda vez) dice la sentencia— que el patrimonio de éste, procedente prácticamente en su totalidad de la herencia paterna, no se ha acrecentado constante matrimonio, cosa que sí ha acontecido en cambio con el de la esposa, constando además el piso conyugal inscrito a nombre de ambos consortes, pese a ser el mismo abonado exclusivamente por el esposo...". En definitiva la Audiencia viene a sentar que no ha existido enriquecimiento por parte del marido y que, en todo caso, de haber existido, no sería injusto, esto es, sin causa o cuya causa hubiera sido la dedicación de la esposa al cuidado del hogar, del esposo y del hijo habido en el matrimonio. Lo cierto es que la hoy recurrente, según se halla probado, contrajo matrimonio en octubre del año 1986 y trabajó fuera del matrimonio hasta marzo del año 1989 (las demás actividades comerciales en una empresa de decoración se han revelado insustanciales). La separación matrimonial, decretada en la sentencia de primera instancia, se produce en el año 2000. Hay, pues, acreditado, trece años de convivencia conyugal y algo más de dos años de trabajo de la esposa fuera del hogar familiar. Lógico es desprender de lo anterior que la recurrente dedicó su actividad plena a la casa durante unos once años y una actividad reducida durante algo más de dos. A lo anterior debe añadirse, también según lo acreditado, que el esposo posee hoy un notable patrimonio y que la esposa queda con la mitad del piso conyugal y poco más, siempre según lo adverado. Si esto se enlaza con lo expuesto precedentemente habrá de concluirse que el mantenimiento y aumento, en su caso, del patrimonio del esposo —aunque procediera de sus bienes privativos— no hubiera sido posible sin la opción de la esposa, sin la dedicación de ésta a la casa, que propició la dedicación —ésta sí exclusiva— del marido a la consolidación del patrimonio. Con tales premisas resulta inasumible la postura de la Audiencia, que parece situar el

enriquecimiento injusto como resultado de una actividad constante matrimonio cuando la Ley lo sitúa como consecuencia de la desigualdad patrimonial, esto es, una vez comparados los patrimonios resultantes de ambos cónyuges. El recurso, en consecuencia, debe ser estimado y declararse la firmeza en este punto de la sentencia de primera instancia, al no tener esta Sala otros elementos o criterios de valoración que los que tuvo el Juez, cuyas conclusiones no se antojan arbitrarias, ilógicas, ni irracionales.

2. **Temporalidad de la pensión compensatoria.**

Como segundo motivo invoca la parte recurrente vulneración del art. 84 del mismo Codi de Familia de Catalunya, aunque, por error (puramente material como se comprueba en su texto), lo titule como de infracción de normas procesales. Este motivo no puede ser acogido. Critica el recurrente la limitación temporal de la pensión compensatoria, que califica de excepcional con base a algunas declaraciones contenidas en sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, y termina con una valoración de los datos probatorios para concluir solicitando una pensión compensatoria equivalente a cinco veces el salario mínimo interprofesional. Cierto que el Tribunal de instancia no ha sido en este punto relativo a la temporalización de la pensión lo suficientemente explícito, pero esta Sala ya ha mostrado claramente su criterio.

La ya antes citada sentencia de esta Sala de 4 de marzo de 2002, después de estudiar minuciosamente el precepto —y concordantes —del Codi concluía que: "Deviene, pues, claro que el Codi de Familia (art. 86) permite la fijación del término o plazo, pero no obliga a su fijación judicial". La doctrina se reprodujo en la sentencia —también citada— de 21 de octubre del mismo año. La fijación de un plazo en la pensión compensatoria no es, pues, un criterio ilegal, es, por el contrario, una opción legal. Pero, en cualquier caso, lo que sí resulta inadmisible es la pretensión de una nueva valoración de la prueba —como también se decía en la última de las sentencias— tanto porque no puede sustituirse el criterio objetivo e imparcial del Tribunal por el interesado de una parte, cuanto porque no se combate en este caso el resultado del análisis probatorio por los cauces de casación legalmente previstos. Si los criterios establecidos para la fijación de la pensión han de ser el *status* o posición social y económica del matrimonio, duración del período convivencial, dedicación primordial o exclusiva de uno de los cónyuges al sostenimiento del consorcio y de los hijos comunes, situación de los consortes después de la crisis matrimonial, preparación personal y profesional ante el mercado laboral, etc. (sentencia de 4 de marzo de 2002), vemos cómo la sentencia que se combate analiza, en sus distintos fundamentos, todas estas características del caso concreto para concluir que "en función de las circunstancias concurrentes en el presente caso y en especial la edad de la esposa —44 años en el momento de interponer la demanda judicial— el tiempo de duración del matrimonio —casi 13 años— y que ésta tiene cierta cualificación profesional y experiencia en el mundo laboral, lo que le puede facilitar, obviamente, su acceso al mercado de trabajo...". Las conclusiones a que llega la Audiencia, tras el ponderado análisis de los hechos, tampoco aparecen aquí como irracionales, arbitrarias o ilógicas y así pues han de ser mantenidas. El segundo motivo de recurso ha de ser, en consecuencia, desestimado.

III. PENSIÓN DE VIUDEDAD

1. No habiéndose puesto en conocimiento del juzgado la alegada reconciliación entre los cónyuges producida después de haberse dictado la sentencia de separación, sólo procede que la viuda perciba la pensión de viudedad sobre un porcentaje del 45% de la base reguladora.

TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia de 1 de octubre de 2002.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Felipe Soler Ferrer.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Dolores contrajo matrimonio con D. Emilio el 6 de junio de 1973, habiéndose dictado en fecha 7 de diciembre de 1994, sentencia de separación de los cónyuges.
- El 7 de agosto de 1999 falleció D. Emilio.
- D.ª Dolores solicitó del Instituto Nacional de la Seguridad Social el 11/08/1999 el reconocimiento de pensión de viudedad como consecuencia del fallecimiento, el día 7/08/1999, del que fue su cónyuge D. Emilio. En la solicitud se hizo constar que convivió con el causante desde el día 6/01/1973 hasta el 7/08/1999.
- Por resolución de 1/10/1999 le fue concedida pensión de viudedad sobre una base reguladora de 28.779 pesetas, en un porcentaje de 45% y una prorrata de convivencia del 80,34%, lo que daba lugar a una pensión total de 30.487, incluidas las revalorizaciones, con efectos del 1/09/1999.
- Contra tal resolución la demandante interpuso reclamación previa el 29/10/1999, interesando el reconocimiento del total porcentaje sin reducción por falta de convivencia por separación del matrimonio, la cual fue desestimada por resolución de fecha 5/11/1999.
- D.ª Dolores presentó en el juzgado de lo social demanda en la que solicitaba el reconocimiento de una pensión de viudedad, dictándose sentencia el 28 de octubre de 2001 estimando la demanda interpuesta por D.ª Dolores contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y declarando el derecho de la actora a percibir pensión de viudedad, sobre un porcentaje del 45% de la

base reguladora mensual de 37.955 pesetas, con efectos económicos desde el día 1/09/1999".

- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social que fue estimado por el TSJ de Cataluña que declaró el derecho de la actora a percibir pensión de viudedad sobre el 45% de la base reguladora mensual de 28.779 pesetas, con aplicación sobre el importe resultante de un porcentaje del 80,34% como prorrata del tiempo convivido matrimonialmente con el causante, por importe actual de 30.487 pesetas al mes incluidas revalorizaciones, pero con aplicación completa además del complemento legal por mínimos hasta abonar el importe mínimo de la pensión vigente en cada momento en España (37.955 ptas./mes en 1999 para titulares con menos de 60 años), con efectos desde el 1/9/1999, condenando al ente gestor recurrente a estar y pasar por dicha declaración y a abonar a la demandante la referida prestación en los términos indicados.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El recurso tiene por objeto, al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la censura jurídica de la resolución de instancia, a la que se imputa, en primer término, infracción del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social. Se argumenta, en síntesis, que según el indicado precepto en los casos de separación o divorcio la pensión de viudedad corresponde a quien sea o haya sido cónyuge legítimo en cuantía proporcional al tiempo convivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieren determinado la separación o el divorcio; de ahí que el ente gestor se atuviera en el presente caso al Auto de medidas provisionales de 16/5/94, estimando en su recurso que la reconciliación de los cónyuges, de la que no existe constancia judicial, pues no fue comunicada al Juzgado civil como manda el artículo 84 del Código Civil carece de eficacia frente a terceros.

El motivo se ha de aceptar. La actora contrajo matrimonio con el causante en 6/6/1973, habiéndose dictado en fecha 7/12/1994 sentencia de separación. Con anterioridad, en 16/5/1994 se había dictado Auto de medidas provisionales (folios 58 y 59 de autos). Pese a lo cual, según señala el hecho probado sexto de la resolución recurrida, la actora convivió con su exesposo hasta el fallecimiento de éste.

La cuestión que se suscita ante la Sala gira en torno a las previsiones del párrafo 1.º del artículo 84 CC, a cuyo tenor la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio.

Dicho precepto ha de ponerse necesariamente en conexión con la disposición adicional 9.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, que establece la obligación del Juez de comunicar de oficio la sentencia de separación, divorcio o nulidad al Registro Civil en que conste el matrimonio. Se asienta tal necesidad de constancia registral en los efectos que conlleva el nuevo estado civil, pues los mismos no sólo se producen en el ámbito interno de relaciones entre los esposos y sus hijos, sino que inclusive pueden afectar a terceros, como ocurre con el cese de la posibilidad de vincular uno de los consortes bienes privati-

vos del otro en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 83 CC), la disolución del régimen económico matrimonial (art. 95), o el uso del domicilio familiar en situación de arrendamiento (art. 96), sin perjuicio igualmente del llamamiento a la sucesión intestada, conforme a lo prevenido en los artículos 944 y 945 CC. Se trata, en definitiva, de dar seguridad al ámbito de relaciones jurídicas derivadas de la disociación nupcial, de tal modo que la misma pueda ser conocida por todos aquellos a quienes, de uno u otro modo, pudiera afectar o interesar, extendiéndose lógicamente la necesidad de dicha constancia registral a las posibles situaciones ulteriores de plena reconciliación de los esposos, en el supuesto de separación, que, conforme al indicado artículo 84, deja sin efecto ulterior lo resuelto en el procedimiento de separación, pero que, a tenor de lo antedicho, requiere que los esposos lo pongan en conocimiento del Juzgado, a fin de que el mismo ordene la cancelación de la anotación registral de la referida sentencia, en orden a producir la reconciliación plenos efectos jurídicos no sólo entre los propios consortes sino frente a terceros. La comunicación referida, en cuanto dimanante además de una decisión que ostenta las características de un acto jurídico de configuración bilateral, debe igualmente proceder de ambos consortes, conforme así lo establece de un modo inequívoco el analizado artículo 84, pues no puede el Juzgado dejar sin efecto una sentencia firme que afecta al estado civil de dos personas por la mera manifestación unilateral de voluntad de una de ellas. En definitiva, una vez recaída la citada sentencia, son muy libres los esposos de acomodar sus conductas o bien al estado de disociación nupcial sancionado, o bien, prescindir del mismo para reanudar su cohabitación bajo el mismo techo; y en este último supuesto se ofrece la alternativa de objetivos ajenos a los propios del matrimonio, cual los que contempla el párrafo 1.º del artículo 87, que implican la subsistencia a efectos legales del cese efectivo de la convivencia, o, como segunda opción, la de hacer resurgir los derechos y obligaciones del vínculo conyugal, que, para una plenitud de efectos, especialmente respecto de terceros, por obvias razones de seguridad jurídica, requiere la comunicación al Juzgado y derivada constancia en el Registro Civil en el que se halla inscrita la sentencia de separación. Sin entrar en el análisis de fondo de la transcendencia jurídica que los esposos quisieran dar al mantenimiento de su cohabitación bajo el mismo techo, es lo cierto que no pusieron, ambos, en conocimiento del Juez la presunta reconciliación que ahora esgrime la demandante, lo que determina la inaplicabilidad al caso de las previsiones del artículo 84 CC. La reconciliación es un acto por el cual los cónyuges deciden, de una manera libre y voluntaria, cesar en la situación jurídica de separación, reanudando la plena convivencia conyugal. Y a este respecto, y por la repercusión que pueda tener para terceros dicha situación, el art. 84 CC exige que sea puesta en conocimiento del órgano jurisdiccional que haya dictaminado sobre la separación anterior, y ello vendría obligado o impuesto por la necesidad de respeto al principio de la seguridad jurídica, ya que si los efectos tanto de una separación como de una reconciliación han de extenderse a terceras personas, los mismos han de ser conocidos. Ya hemos dicho que la disposición adicional 9.ª de la Ley 7 julio 1981 exige que las sentencias de separación sean inscritas en los Registros Civiles, y ello siempre de cara a la protección de terceras personas; y por la misma causa, si existe una reconciliación y la misma puede afectar de igual manera esos intereses, debe ser puesta en conocimiento del Juez competente, ya que otra cosa vulneraría la exigencia de certidumbre a la que antes nos hemos referido. Sin embargo, está admitida de manera generalizada la existencia de la reconciliación tácita, que es aquélla realizada voluntariamente por las partes sin ponerlo en conocimiento del Juez que declaró la separación anterior. Se trata de una situación en la que los cónyuges libremente deciden reanudar su convivencia en común pero sin dotarla del carácter oficial previsto por la Ley para las reconciliaciones. Es evi-

dente y lógico que unas personas separadas pueden reconciliarse libremente y sin formalidades, pero si quieren cambiar aquello que fue acordado en sentencia su obligación es poner la anterior circunstancia en conocimiento del Juez. Existe, pues, en la reconciliación tácita, una situación jurídica consolidada que no varía por el simple hecho de que los cónyuges hayan decidido rehacer su vida de manera extrajurídica o no formal. De manera que, en el presente caso, y ante la inexistencia de una reconciliación formal, los cónyuges seguían permaneciendo en la situación jurídica declarada por la anterior sentencia de separación. De lo expuesto debe concluirse que si la pretendida reconciliación no se puso en conocimiento del Juzgado que dictó la sentencia, no sólo subsiste la declaración de la separación matrimonial decretada en su momento, sino la totalidad de los efectos o medidas acordadas en dicha sentencia. La reconciliación privada, para surtir efectos solamente entre los cónyuges, no exige homologación judicial alguna, pero ésta es necesaria a efectos de inscripción en el Registro Civil, es decir, para surtir efectos respecto de terceros.

En definitiva, pese a que la cónyuge supérstite, y sólo ella, afirme en este proceso de Seguridad Social que, no obstante la separación matrimonial decretada judicialmente, la convivencia efectiva con el esposo nunca quedó interrumpida, ello no puede anular los efectos a que da lugar una sentencia judicial dictada a instancia de la persona que ahora pretende regular o al menos condicionar sus efectos, puesto que de ser ello cierto debió acudir al Juzgado poniendo en conocimiento del mismo que entendió del asunto, la nueva situación poniendo fin a la separación, tanto con efectos internos como frente a terceros y entre ellos a la Entidad Gestora, por lo que no habiéndose producido dicha reconciliación formal procede la estimación del motivo, estimándose en consecuencia correcta la resolución de la entidad recurrente en cuanto fijó como límite temporal para el cálculo de la prestación reconocida la fecha del auto de medidas provisionales.

Seguidamente denuncia el Instituto Nacional de la Seguridad Social que la sentencia de instancia infringe el artículo 72 de la Ley de Procedimiento Laboral. Argumenta, en síntesis, que el mencionado precepto regula la necesaria correlatividad que ha de darse entre la vía administrativa y la judicial, impidiendo la introducción de variaciones sustanciales; sin embargo, a juicio de la recurrente, no se daría tal requisito en el presente caso, pues en la reclamación previa se pedía la pensión de viudedad en cuantía íntegra, sin reducción alguna por no haber cesado la convivencia con el causante, mientras que en la demanda se hacía referencia expresa a la cuantía mínima de las prestaciones para 1999. Pero, añade el ente gestor, que aunque se entrara a conocer de tal petición tampoco debería accederse a la misma, pues la resolución administrativa que otorgó la pensión de viudedad ya incluyó los complementos por mínimos, que también tendrían carácter proporcional al igual que la prestación reconocida, como así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencias de 30/3/94 y 27/9/94. Por lo que reconocida una prestación con carácter proporcional, el complemento por mínimos se aplica a la prestación y también será a juicio de carácter proporcional.

El motivo ha de correr suerte adversa. Debemos en primer lugar negar que la modificación introducida en demanda pueda calificarse de variación sustancial, pues para ello sería preciso que afectara de forma decisiva a la pretensión misma ejercitada o a los hechos en que se fundamente, insertando elementos susceptibles de generar para la demandada una situación de indefensión, lo que no es el caso, pues en la reclamación previa se pedía el reconocimiento de la pensión en cuantía íntegra, sin reducción proporcional por el cese de convivencia, y en demanda se pide lo mismo y también que, en cualquier caso, la reducción no afecte al complemento de mínimos, con lo que, sin

modificarse el sustrato fáctico y sin salirse del objeto material del proceso (cuantía de la pensión), se está pidiendo la aplicación de efectos, directos y derivados, impuestos en normas de derecho necesario. En segundo lugar, hemos de señalar que la Sentencia esta Sala de 22/2/2000 ya abordó la cuestión referida a si la viuda/o que no concurre con otro viuda/o del causante, y que tiene derecho a pesar de la citada no concurrencia, a lucrar la pensión de viudedad exclusivamente en la proporción al tiempo convivido, tiene o no, por el contrario, derecho a percibir íntegramente el complemento por mínimos hasta alcanzar la cuantía completa de la pensión mínima de viudedad fijada en cada momento. Y señala dicha sentencia que "(...) A pesar de existir jurisprudencia en unificación de doctrina, constituida por las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fechas 30 de marzo y 27 de septiembre de 1994, en el sentido de que en caso de repartirse dos cónyuges sobrevivientes una única pensión de viudedad, cada uno de ellos no tiene derecho a percibir el importe íntegro del complemento por mínimos, esta Sala de lo Social entiende que sí existe dicho derecho a percibir la pensión mínima de viudedad vigente en cada momento, cuando en realidad hay un único cónyuge sobreviviente y ello en base a las siguientes consideraciones:

1. Lo que realmente resolvió el Tribunal Supremo en las sentencias referenciadas alegadas por el INSS en su escrito de recurso, era un supuesto en el que la cuantía originaria de la pensión de viudedad antes de efectuar su reparto entre los cónyuges supervivientes era superior a aquella que genera complemento por mínimos, lo que no sucede en el caso de autos en el que la pensión causada es de 22.794 ptas. mensuales, de las que a la demandante le corresponde un 59,99% en razón del tiempo de convivencia, lo que supone una pensión de 13.674 ptas. mensuales, muy inferior a la cuantía mínima fijada en el año 1996, para titulares menores de 60 años, que era de 35.580 ptas. mensuales, según estableció el Real Decreto 2/1996, de 15 de enero.

2. En el caso de que tengan derecho dos o más cónyuges supervivientes se generarían dos o más pensiones mínimas, mientras que en el caso de autos al existir un único cónyuge superviviente se genera una única pensión de viudedad, ya que la parte que ésta no percibe queda en manos de la Seguridad Social, y también, por tanto, un único complemento por mínimos, por lo que resulta aplicable la doctrina que realmente se infiere de las sentencias del Tribunal Supremo ya referenciadas en el sentido de que el complemento por mínimos es único para toda la pensión y debe ser prorrateado entre los beneficiarios/as, por lo que en su totalidad ha de corresponder a la demandante, ya que el INSS no es un auténtico beneficiario de la referida pensión.

3. Ha de tenerse en cuenta que el complemento por mínimos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley General de la Seguridad Social , no es una prestación contributiva de Seguridad Social a la que se tenga derecho por las cotizaciones efectuadas ni por la aplicación de las normas relativas al cálculo de la cuantía de cada prestación, sino que su naturaleza es de carácter asistencial, siendo su objeto el que los pensionistas alcancen el mínimo que cada año mediante norma con rango de Ley se considera necesario para su supervivencia, por lo que no se accede a los mismos cuando aquéllos por rentas propias de cualquier naturaleza tienen ingresos que hacen incompatible su percepción, no habiéndose puesto en cuestión por el INSS recurrente el hecho de que la demandante no tenga derecho a percibir mínimos, disponiendo cada año el correspondiente Real Decreto de revalorización de pensiones que el importe de las pensiones no concurrentes, en el caso de la actora su pensión de viudedad por importe de 13.674 ptas. en el año 1996, se complemente, si no percibe otras rentas, en la cantidad necesaria para alcanzar las cuantías mínimas que se fijan en el correspondiente

Real Decreto, lo que precisamente se ha efectuado por la sentencia recurrida en una interpretación literal de la normativa aplicable". Esta tesis es compartida también por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que en su Sentencia de 14/9/2001 declara que "(...) el reparto del mínimo sólo tiene sentido cuando concurren en la única pensión repartida varios beneficiarios (STS de 27-9-1994), pero no cuando la beneficiaria es una única persona, a la que se le deben garantizar los mínimos de pensiones contributivas cuando su pensión no alcanza el mínimo garantizado a los pensionistas para cada año". Por lo que procede revocar en parte la sentencia recurrida para estimar únicamente en este particular la demanda origen de autos. Sin desconocer que se detectan fallos en sentido contrario, como el de la Sentencia de 5 de junio de 2000 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid (Castilla y León), en la que se dice que "ha de partirse de que lo que se complementa es la pensión de viudedad y como quiera que la pensión de viudedad es única, sea uno solo el beneficiario o varios, el complemento por mínimos no puede aplicarse a cada beneficiario, pues si lo que se complementa es la pensión, en caso de aplicación de prorrata de separación la misma proporción ha de aplicarse al complemento por mínimos, pues en otro caso no se aplicaría el complemento por mínimos a la pensión sino a los beneficiarios, cosa que no dice la Ley". En igual sentido la Sentencia de 15-10-1999 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. FILIACIÓN

1.1. *Conforme a la legislación foral navarra, el reconocimiento de la paternidad de un menor de edad efectuado por el padre por declaración ante el Encargado del Registro Civil (Ley 69) no está sujeto a requisito alguno supletorio del consentimiento del menor (Ley 69), de modo que la validez y eficacia de tal reconocimiento y su consiguiente inscripción en el Registro Civil no pueden quedar subordinadas al cumplimiento de los requisitos del artículo 124 del CC.*

RESOLUCIÓN de 17 de marzo de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escrito presentado en el Registro Civil D. T.M.R., mayor de edad, soltero, de vecindad foral navarra, con domicilio en S., encontrándose en esos momentos cumpliendo condena en la Prisión Provincial de P., solicitaba el reconocimiento de paternidad, modificando la filiación paterna en la inscripción de nacimiento de su hija A., basaba su solicitud en el hecho de que la inscripción fue practicada en el Registro Civil de P. por su madre (M.A.C.) o la familia de ésta, los cuales se negaron a que figurase como padre el suscribiente inscribiéndola con el nombre de A.A.C. Añadía que a pesar de la negativa de la madre a que constasen los apellidos del padre, es conocido por todos, tanto en el domicilio del padre como en el de la madre,

que el solicitante es el padre de la menor, ya que en el año 1999 decidieron vivir juntos, iniciando una convivencia en la localidad de S., en cuyo Ayuntamiento figuran empadronados; la mayor parte del embarazo convivieron juntos, hasta que el firmante a primeros del mes de febrero de 2000 sufrió un accidente, volviendo a vivir cada uno con su respectiva familia, situación esta reflejada en el informe realizado por la trabajadora social de S. con motivo de haber solicitado para D.ª M.A. la renta básica, documento en el cual se hacía referencia al nacimiento próximo de la niña; en el momento del nacimiento, 24 de mayo de 2000, el solicitante estuvo todo el tiempo acompañando a la Sra. A. en el hospital; continuaba manifestando que a raíz de volver la Sra. A. al domicilio paterno, la situación entre ellos se enrareció, a pesar de ello el solicitante, acudía prácticamente todos los días a L. a ver a la niña, e incluso la Sra. A. llevaba los fines de semana a la niña con su familia paterna, pero de la noche a la mañana, la Sra. A. dejo de ir a S. a llevar a la niña e incluso puso graves dificultades para que él la viera en su domicilio; en el mes de junio de 2001, ingreso en prisión, siendo su madre quien a partir de entonces acudía a Lumbier a ver a la niña; la situación se había enrarecido de tal modo que ni tan siquiera tenía derecho a verla.

- La Encargada del Registro Civil dictó providencia, con fecha 11 de octubre de 2002, por la que se notificaba la incoación del expediente al promotor y al Ministerio Fiscal, asimismo, se citaba a la madre de la menor a través del Registro Civil de su domicilio, para que formulara las alegaciones que estime pertinentes y procedentes en derecho, aportando asimismo, certificación literal de la nacida. Recibido el documento solicitado, donde figura la menor inscrita como nombre de padre el de T. a los únicos efectos señalados por el art. 191 del RRC, siendo la declarante la madre de la menor, la Juez Encargada del Registro Civil dictó auto con fecha 15 de noviembre de 2002 acordando la práctica en la inscripción de nacimiento de la menor A.A.C., del reconocimiento de paternidad efectuado por D.T.M.R., al no existir filiación contradictoria que lo impida, modificándose la filiación en el sentido de figurar como primer apellido el de "M." y como segundo el de "A.".
- La madre interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado manifestando su disconformidad con la modificación efectuada en la inscripción de nacimiento de su hija A., como consecuencia del reconocimiento de paternidad efectuado por D. T.M., manifestando que si bien fue citada a fin de que manifestara lo que a su derecho le conviniera, lo cierto es que no lo fue en legal forma para comparecencia en el Registro Civil de P., alegaba que según la Ley 68 del Fuero Nuevo, párrafo antepenúltimo dice: "sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación del Registro Civil, la filiación no matrimonial se determina para cada uno de los progenitores por su reconocimiento o por sentencia firme", y el art. 69 de la misma Ley dice en su párrafo 1.º que el reconocimiento deberá hacerse por

declaración ante el Encargado del Registro Civil o en testamento u otro documento público, por lo tanto, la legislación civil navarra señala como se determina la filiación matrimonial, por lo que una vez reconocida la filiación de alguno de los modos señalados, habrá que atenerse a la normativa del Registro Civil en cuanto al acceso a una inscripción, pudiendo inscribirse, solamente el reconocimiento de un menor o incapaz, sin consentimiento del representante legal, como es este caso, cuando el reconocimiento sea hecho en testamento y se acredite la defunción del autor del reconocimiento, u en otro documento público dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento, deduciéndose que de no existir consentimiento no habría de practicarse la inscripción, suplicando se dicte nueva resolución por la que se acuerde denegar la inscripción solicitada y, subsidiariamente se declare la nulidad de las actuaciones hasta la citación a la madre de la menor.

- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Respecto de la filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento las normas forales navarras contienen una regulación completa, de modo que es improcedente completarlas con normas contenidas en el Código civil. Concretamente el reconocimiento de la paternidad de un menor de edad efectuado por el padre por declaración ante el Encargado del Registro Civil (Ley 69) no está sujeto a requisito alguno supletorio del consentimiento del menor (Ley 69), de modo que la validez y eficacia de tal reconocimiento y su consiguiente inscripción en el Registro Civil no pueden quedar subordinadas al cumplimiento de los requisitos que el art. 124 del Código civil exige tratándose de reconocimientos regulados por el Derecho común.

No puede argüirse contra esta aplicación clara y directa de las normas forales que la Ley 68 del Fuero Nuevo de Navarra señale que la filiación no matrimonial se determina para cada uno de los progenitores por su reconocimiento, "sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación del Registro Civil", porque esta salvedad ha de interpretarse en el sentido de que siguen vigentes las formas de determinación de la filiación no matrimonial reguladas especialmente en la Ley del Registro Civil, como sucede con las hipótesis de los arts. 47 (determinación de la filiación materna por coincidir en ella declaración y el parte médico) y 49 (determinación por expediente de la filiación paterna o materna), respecto de las que guarda silencio el Fuero Nuevo de Navarra. Por el contrario la determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento voluntario está regulada íntegramente por la ley foral y su aplicación no puede quedar desvirtuada exigiendo, contra la letra de las normas, requisitos no impuestos por éstas.

Ha de advertirse finalmente que el hecho de que el reconocimiento sea válido e inscribible no impide que el mismo pueda ser impugnado, no ya sólo por el propio menor al alcanzar la plena capacidad, sino también por su representante legal durante la minoría y con justa causa (cfr. Leyes 69 y 70), pero es claro que tal impugnación requiere ejercitar judicialmente la correspondiente acción.

1.2. *Validez de la adopción de un mayor de edad constituida en Perú conforme a la ley del adoptando al residir en aquel país tanto el adoptante español como el adoptando extranjero.*

RESOLUCIÓN de 9 de abril de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Jacqueline, nacida en Lima el 27 de mayo de 1982, soltera, de nacionalidad peruana y domiciliada en Lima, solicitaba su inscripción del nacimiento en el Registro Civil Consular de Lima, por haber sido adoptada, de acuerdo con la legislación local peruana, por el ciudadano español D. Lucas, nacido el 8 de enero de 1947 en Colmenar del Arroyo (España), de estado civil divorciado, de nacionalidad española.
- Visto lo solicitado y la documentación aportada, se realizó el trámite de audiencia reservada a la adoptada en la que declaró que ella tenía 20 años y su padre adoptivo 53, no sabiendo el lugar donde había nacido éste, que le conocía desde hace unos diez años, que vive en Lima, sabe que tiene una hija, que nunca ha vivido con su padre adoptivo aunque tiene mucha confianza con su familia; y finalmente manifestó no haber solicitado nunca visado para salir de su país.
- Notificado el Canciller del Consulado, en funciones de Ministerio Fiscal, de la incoación del expediente, éste se opuso a lo solicitado ya que de la entrevista se evidenciaba que no se cumplía el requisito del artículo 175.2 del Código Civil, la existencia de una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia iniciada antes de que el adoptado hubiese cumplido catorce años, no habiendo convivido en ningún momento, siendo importante señalar además que la adoptada incurrió en contradicciones en el lugar de residencia del adoptante al decir un domicilio de Lima pese a que en la actualidad el mismo residía en dos lugares: en Quito y en Lima en otra dirección diferente a la dada por el adoptado, asimismo sorprendía que el adoptante desde 28 de marzo de 2000 a 24 de octubre de 2001 había solicitado al menos tres pasaportes españoles, dos en Lima y uno en Quito, y, casi simultáneamente a la presente, la inscripción de las adopciones de otras dos personas mayores de edad. El Encargado del Registro Civil Consular dictó auto con fecha 16 de octubre de 2002 declarando la improcedencia de la inscripción de la adopción efectuada ante autoridad local peruana, al no cumplir con el principio de legalidad conforme a la ley española a la vista

de la documentación aportada, la entrevista efectuada y el informe del Ministerio Fiscal.

- Notificada la resolución a la promotora, ésta presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que la resolución dictada, en base a una interpretación errónea de las declaraciones que la suscrita había realizado en la entrevista, se pretendía cuestionar un acto jurídico perfeccionado con arreglo a leyes peruanas, situación que a su entender distorsionaba el sentido y los alcances del derecho internacional sobre materia de naturalización de peruanos como ciudadanos españoles y tratando de ignorar los convenios bilaterales sobre este mismo tema, suscritos entre Perú y España.
- De la tramitación del recurso se dio traslado al Canciller del Consulado, que en funciones de Ministerio Fiscal interesó la confirmación del auto recurrido ya que en la audiencia se comprobó que el adoptado desconocía datos personales del adoptado y la intención de los promotores estaba vinculada a aspectos ajenos a lo que era una adopción, no habiéndose acreditado el tiempo de convivencia exigido por el artículo 175.2 CC, habiendo solicitado el mismo adoptante desde la fecha de su anterior informe otras tres solicitudes más de adopción de mayores de edad. El Encargado del Registro Civil Consular de España remitió lo actuado a la Dirección General de los Registros y del Notariado para su resolución informando que estimaba la confirmación del auto apelado ya que no se cumplía el requisito el artículo 175.2 CC, la convivencia entre el adoptado y el padre adoptivo no parecía haber existido nunca, se pretendía utilizar la vía de la adopción con una finalidad totalmente distinta del verdadero matiz de un régimen de adopción, el promotor había presentado en los últimos meses en ese Consulado un total de siete inscripciones de adopción de ciudadanos peruanos mayores de edad sin haber convivido jamás con ninguno de ellos y, por último, estando ausentes las instancias judiciales en la normativa legal peruana sobre adopción regulada por la Ley de Competencia Notarial en Asuntos Contenciosos, la misma no tenía las más mínimas garantías jurídicas que contemplaba el ordenamiento español.
- La DGRN estimó el recurso y acordó la inscripción de la adopción.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Por aplicación del artículo 9.5 del Código civil, en la adopción constituida por la competente autoridad extranjera la ley del adoptando regirá en cuanto a capacidad y consentimientos necesarios. Por esto, a esa adopción peruana otorgada por un español en favor de un mayor de edad peruano, no hay que aplicar las normas restrictivas españolas sobre adopción de mayores de edad, sino las normas peruanas correspondientes.

Por lo demás, estando el adoptando domiciliado en el extranjero, no es necesaria la declaración de idoneidad de la entidad pública española y, finalmente, los efectos de esta adopción se corresponden con los previstos por la ley española (cfr. art. 9.5 CC) porque el adoptado quede equiparado a un hijo por naturaleza del adoptante; hay ruptura total de vínculos con la familia anterior y la adopción es irrevocable.

Ha de quedar a salvo que, si así se solicita en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción, el adoptado pueda optar por la nacionalidad española al amparo del artículo 19.2 del Código Civil.

Por todo ello, la Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, estima el recurso y ordena que se inscriba en el Registro Consular el nacimiento y la adopción de Jacqueline Cecilia.

1.3. *No se inscribe el reconocimiento efectuado por un tercero respecto a un menor a pesar de que la madre y su marido han prestado el consentimiento, al no haber transcurrido 300 días desde la separación legal o de hecho de la madre.*

RESOLUCIÓN de 17 de abril de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil de V. el 6 de febrero de 2003 Don H. y D.ª L., casados entre sí y separados de hecho desde el 26 de abril de 2002, y Don A., solicitaban la inscripción de nacimiento con inversión de apellidos de la menor M. nacida el 4 de enero de 2003 en V., fruto de la relación de D.ª L. con D.
- La Juez Encargada del Registro Civil dictó resolución con fecha 6 de febrero de 2002 acordando la inscripción de la menor con la inversión de apellidos solicitada como hija matrimonial de Don H. y D.ª L. y la práctica de la correspondiente anotación del nacimiento en el Libro de familia de los mismos.
- Notificado el auto al Ministerio Fiscal y a los promotores, D.ª L. y Don A. presentaron recurso alegando que la menor era fruto de la relación entre ambos adjuntando como pruebas: informe de convivencia de la Policía de Local de A. según el cual convivían desde antes de mayo de 2002, volantes de empadronamiento de ambos en el mismo domicilio, acta notarial de protocolización de convenio regulador de separación y de manifestaciones entre los cónyuges, declaración notarial de ambos en la que ambos declara-

ban no haber mantenido relaciones sexuales y haber quedado ella embarazada de otro hombre y escritura notarial de reconocimiento de filiación de la menor por D.A.

- En la tramitación del recurso, el Ministerio Fiscal interesó la confirmación de la resolución apelada por sus propios fundamentos ya que los cónyuges contrajeron matrimonio el 8 de abril de 2002 y la menor nació el 14 de enero de 2003, subsistiendo en esa fecha la presunción de paternidad del artículo 116 CC. La Juez Encargada confirmó la resolución apelada manteniéndose la inscripción de filiación matrimonial por subsistir en la fecha del nacimiento de la menor la presunción de paternidad del artículo 116 CC ordenando la remisión del expediente a la DGRN.
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Cuando se pretende inscribir por declaración dentro de plazo el nacimiento de un hijo no matrimonial de madre casada, el Encargado no debe tramitar un expediente innecesario, sino por las razones apuntadas en la Circular de 2 de junio de 1981, hacer uso de las facultades que en la calificación le confiere el artículo 28 de la Ley del Registro Civil y realizar en el plazo de diez días las comprobaciones oportunas, con audiencias si es posible, de los cónyuges o de sus herederos, a fin de cerciorarse de que el nacimiento ha ocurrido pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges. Estas comprobaciones son necesarias a los efectos de demostrar que no entra en juego la presunción de paternidad del marido de la madre (cfr. art. 116 CC). El criterio de esa Circular se ha visto confirmado por el artículo 185 del Reglamento del Registro Civil, el cual en su última redacción recoge literalmente la declaración final 3.ª de la repetida Circular.

En el caso actual las declaraciones de los interesados coinciden en que la separación de hecho del matrimonio acaeció el 26 de abril de 2002 y el nacimiento de la niña tuvo lugar el 14 de enero de 2003. No ha transcurrido, pues, entre ambas fechas el plazo de 300 días, de modo que rige la presunción de paternidad del marido, corroborada por la de convivencia entre los cónyuges (cfr. art. 69 CC), que tiene valor probatorio de la filiación presumida (cfr. art. 113 CC) y que no ha sido desvirtuada. Siempre quedará a salvo que por la vía judicial oportuna puedan los legitimados al efecto impugnar la filiación paterna inscrita.

Por lo demás, acreditada la filiación matrimonial, es ineficaz (cfr. art. 113.II CC) el reconocimiento contradictorio de la filiación no matrimonial otorgado por la madre y por varón distinto del marido.

1.4. *Aun cuando se solicite por el hijo una vez alcanzada su mayoría de edad, procede cancelar la inscripción de nacimiento y practicar una nueva inscripción donde conste únicamente la filiación adoptiva.*

RESOLUCIÓN de 14 de febrero de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escrito presentado en el Registro Civil de M. el 5 de diciembre de 2002 Don H., mayor de edad, vecino de dicho municipio, nacido el 3 de febrero de 1975 en M., solicitaba la cancelación de su inscripción de nacimiento y la práctica de una nueva inscripción con los datos exclusivamente de su filiación adoptiva.
- Ratificado el promotor, el Juez Encargado del Registro Civil dictó providencia con fecha 5 de diciembre de 2002 denegando lo solicitado por haber alcanzado el promotor la mayoría de edad.
- Notificada la resolución al promotor, éste presentó recurso ante la DGRN alegando que del texto de la Instrucción de dicho Centro Directivo de 15 de febrero de 1999 se deducía que el motivo de la misma era permitir a las familias salvaguardar su intimidad evitando la superposición de filiaciones y que para ello, como no estaba permitido a los padres cambiar dichas inscripciones, se les daba permiso expreso durante la minoría de edad del hijo y el hecho de que se especificara la minoría de edad era exclusivamente porque al ser el hijo mayor de edad la decisión ya no les correspondía a los padres sino al mismo y no porque no pudiera cambiar la inscripción para defender la intimidad de su familia y evitar la publicidad irregular de su adopción.
- De la tramitación del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que se adhirió al mismo ya que, aunque la hipótesis de que fuera el propio adoptado mayor de edad el que solicitase la cancelación de su inscripción de nacimiento y extensión de un nuevo asiento no estaba prevista en la referida Instrucción, en el supuesto planteado persistían las razones que justificaban lo solicitado para evitar confusiones, obteniéndose una mayor claridad en el nuevo asiento, o que irregularmente se diera publicidad a través de una certificación literal a datos que afectaban a la intimidad familiar. El Juez Encargado del Registro Civil interesó la confirmación de la resolución recurrida ordenando la remisión del expediente a la DGRN.

- La DGRN estimó el recurso y ordenó la cancelación de la inscripción de nacimiento y la práctica de una nueva donde constate únicamente la filiación adoptiva.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La Instrucción de 15 de febrero de 1999 sobre constancia registral de la adopción permite que, a solicitud del matrimonio adoptante del menor de edad adoptado, se extienda en el folio que 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; la inscripción anterior, a cuyos datos registrales se hará referencia en la nueva, será cancelada.

Este mecanismo registral tiende a evitar confusiones en el asiento de nacimiento, debidas a la superposición de filiaciones en la primera inscripción, y, asimismo a evitar que datos de publicidad restringida sean objeto de publicidad indiscriminada. Pues bien, ambas finalidades de la Instrucción citada se cumplen cuando el solicitante de la nueva inscripción de adopción, no es el matrimonio adoptivo del menor de edad, sino el propio adoptado una vez alcanzada la mayoría de edad. No hay, pues razón alguna para no aplicar el mecanismo de la Instrucción a este supuesto en el que solicitante es el hijo adoptivo mayor de edad.

2. APELLIDOS

2.1. *Denegación de la petición de inversión de los apellidos al no haberse ejercitado antes de la inscripción.*

RESOLUCIÓN de 1 de abril de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil el 7 de octubre de 2002, D.ª María Eugenia solicitaba la inversión de apellidos en la inscripción de nacimiento de su hijo Rubén, nacido el 10 de marzo de 2001, para que constasen primero el materno y después del paterno.

- Ratificada la promotora, compareció el padre del menor manifestando que estaba de acuerdo con la solicitud efectuada por su esposa de la inversión de apellidos del niño. El Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado ya que los artículos 55 y 109 LRC permitían la inversión de apellidos de los hijos pero debía hacerse inicialmente y de común acuerdo por lo que habría que esperar a que el hijo fuera mayor de edad y solicitase, si lo estimaba conveniente, la alteración del orden de sus apellidos.
- El Juez Encargado del Registro Civil dictó auto con fecha 4 de diciembre de 2002 denegando lo solicitado por los mismos al deber hacerse la alteración de apellidos inicialmente y de común acuerdo, sin perjuicio de que el propio inscrito pudiera, al alcanzar la mayoría de edad, si lo estimaba conveniente, solicitar la alteración de sus apellidos.
- Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y a los promotores, éstos presentaron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que se dejaba al arbitrio del hijo, al alcanzar la mayoría de edad, la posibilidad de la alteración del orden de los apellidos sin que, entre tanto, pudiera intervenir la madre en dicha alteración y, por tanto, existiendo discriminación hacia la mujer no conforme con los principios constitucionales de igualdad.
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La opción de los padres para atribuir a su hijo el primer apellido materno y el segundo paterno ha de ejercitarse "antes de la inscripción" (cfr. art. 109 CC, redactado por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre). Si no se ejercita en su momento esa opción, ha de inscribirse al nacido con el primer apellido paterno y con el segundo apellido materno (cfr. arts. 109 CC, 53 y 55 LRC y 194 RRC).

En el presente caso la pretensión de los padres de invertir los apellidos de su hijo se ha formulado extemporáneamente. Cuestiones distintas son que el hijo, al llegar a la mayoría de edad, pudiera obtener por simple declaración la inversión de los apellidos y que los padres, cuando exista una situación de hecho consolidada en el uso de los apellidos propuestos (cfr. art. 57.1.º LRC), puedan obtener del Ministerio de Justicia el oportuno cambio de apellidos del hijo tras un expediente que se instruye en el Registro Civil del domicilio.

3. MATRIMONIO

3.1. *Denegación de la inscripción de un matrimonio celebrado en Cuba, entre español y cubana, realizado por poderes al tratarse de un matrimonio de complacencia y no existir consentimiento matrimonial.*

RESOLUCIÓN de 14 de abril de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Consulado General de España en La Habana el 4 de julio de 2002, D.ª Katia, divorciada, cubana, nacida el 28 de noviembre de 1968 en Las Villas-Cuba, solicitaba la inscripción de su matrimonio con D. Andrés, soltero, español, nacido el 2 de julio de 1955 en Concentaina, celebrado por poder el 21 de mayo de 2002 en Santa Clara-Cuba.
- Ratificada la interesada, se celebró el trámite de audiencia reservada en el que declaró que tenía 33 años, estaba divorciada con un hijo de 10 años de su matrimonio anterior y era tabaquera, conoció al contrayente, de 47 años y pensionado por un accidente de trabajo, en mayo de 2001 por vídeos a través de una amiga de ella cubana que también residía en Concentaina, personalmente no se conocían, él nunca había ido a Cuba porque sus padres estaban muy ancianos y no podía dejarlos solos, desconociendo los datos personales de su esposo y lo relacionado con su entorno familiar. Por su parte, el contrayente, en audiencia celebrada en el Registro Civil de Concentaina, manifestó que no existían impedimentos para el matrimonio teniendo la aptitud necesaria y existía real consentimiento sin haber razones extrañas para el mismo, ratificándose en su solicitud.
- La Canciller del Consulado, en funciones de Ministerio Fiscal, se opuso a la inscripción del matrimonio al considerar que parecía tratarse de un matrimonio de complacencia con la clara intención de la esposa de inscribir el matrimonio como medio para abandonar el país dado el desconocimiento de las señas de identidad significativas y de las respectivas circunstancias personales de ambos cónyuges por no conocerse personalmente. El Encargado del Registro Civil Consular dictó auto el 7 de noviembre de 2002 denegando la transcripción del matrimonio local por no existir consentimiento matrimonial real por parte de los cónyuges.

- Notificada la resolución a los interesados, D. Andrés Vicente presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que desconocía en qué datos objetivos se basaba el Cónsul para llegar a la conclusión de que se trataba de un matrimonio de complacencia, no se le había dado traslado del contenido del acta de audiencia a D.ª Katia, de su propia acta no se podía deducir nada puesto que fue sucinta e incompleta, él, pensionista de incapacidad y sin descendencia, deseaba constituir una familia y dedicarse a ella, conoció a la contrayente un año antes de contraer matrimonio por mediación de otra persona cubana que residía en su localidad, conociéndose por vídeos y posteriormente llegando a un mayor conocimiento por contacto telefónico mantenido desde mayo de 2001 y no se pudo desplazar a Cuba dada la situación de sus padres, adjuntando una fotografía de su esposa y recibos de envío de dinero.
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El llamado matrimonio de complacencia es indudablemente nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1.º CC). Para evitar en la medida de lo posible la existencia aparente de estos matrimonios y su inscripción en el Registro Civil, esta Dirección General dictó en su momento la Instrucción de 9 de enero de 1995, dirigida a impedir que algunos extranjeros obtengan la entrada en España o regularicen su estancia en ella por medio de un matrimonio simulado con ciudadanos españoles.

La Instrucción citada trata de evitar que esos matrimonios fraudulentos lleguen a celebrarse dentro del territorio español, recordando la importancia que en el expediente previo a la celebración del matrimonio tiene el trámite de la audiencia personal, reservada y por separado, de cada contrayente (cfr. art. 246 RRC), como medio para apreciar cualquier obstáculo o impedimento para el enlace (cfr. arts. 56.1 CC y 245 y 247 RRC), entre ellos, la ausencia de consentimiento matrimonial. Pues bien, análogas medidas deben adoptarse cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o en el Central un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la *lex loci*. El Encargado debe comprobar si concurren los requisitos legales —sin excepción alguna— para la celebración del matrimonio (cfr. art. 65 CC) y esta comprobación, si el matrimonio consta por "certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración" (art. 256.3.º RRC), requiere que por medio de la calificación de ese documento y "de las declaraciones complementarias oportunas" se llegue a la convicción de que no hay dudas "de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española". Así lo señala el artículo 256 del Reglamento, siguiendo el mismo criterio que, para permitir otras inscripciones sin expediente y en virtud de certificación de un Registro extranjero, establecen los artículos 23.II de la Ley y 85 de su Reglamento.

Esta extensión de las medidas tendentes a evitar la inscripción de matrimonios simulados, por más que hayan sido celebrados en el extranjero, viene siendo propugnada por la doctrina de este Centro Directivo a partir de la Resolución de 30 de mayo de 1995, debiendo denegarse la inscripción cuando

existan una serie de hechos objetivos, comprobados por las declaraciones de los propios interesados y por las demás pruebas presentadas, de los que sea razonable deducir según las reglas del criterio humano (cfr. art. 386 LEC) que el matrimonio es nulo por simulación.

En este caso concreto se trata de inscribir un matrimonio celebrado en Cuba el 21 de mayo de 2002 entre un español y una cubana, y en él hay los siguientes hechos objetivos comprobados: se han casado por poderes sin llegar a conocerse personalmente y ella ignora las circunstancias personales y familiares de él.

De estos hechos comprobados es una deducción razonable y en modo alguno arbitraria entender que el matrimonio es nulo por simulación. Así lo han estimado el Canciller del Consulado en funciones de Ministerio Fiscal (art. 54 RRC) y el Encargado del Registro Consular, los cuales por su inmediación a los hechos son quienes más fácilmente pueden apreciarlos y formar su convicción respecto de ellos. Esta conclusión, obtenida en momentos cronológicamente más próximos a la celebración del matrimonio, no quedaría desvirtuada por un expediente posterior, el del artículo 257 del Reglamento del Registro Civil, del cual debe prescindirse por razones de economía procesal (cfr. art. 354 RRC), si es que se estima que, además de la vía judicial, quedara abierto este camino ante la denegación adoptada en la calificación efectuada por la vía del artículo 256 del Reglamento.

3.2. *Procedencia de la inscripción del matrimonio celebrado en Marruecos entre español y marroquí al haberse acreditado que existía verdadero consentimiento matrimonial pues queda probado el perfecto conocimiento mutuo de sus circunstancias personales, conviven juntos y tuvieron un hijo poco tiempo después de casarse.*

RESOLUCIÓN de 29 de abril de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil de Cerdanyola del Vallés el 12 de abril de 2002, D. Mohamed, divorciado, con nacionalidad española por residencia, nacido el 24 de abril de 1968 en Tetuán-Marruecos y D.ª Latifa, divorciada, marroquí, nacida el 25 de febrero de 1983 en K. Kebir-Marruecos, solicitaban la inscripción de su matrimonio celebrado el 23 de noviembre de 2001 en Tetuán-Marruecos.
- Remitidas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez Encargado del mismo dictó providencia requiriendo a los interesados que aportasen divorcio de la esposa y divorcio marroquí del esposo al existir discrepancia en la fecha de divorcio. Aportada por el esposo acta de divorcio retroactivo del mismo con D.ª Rhama, manifestó que se trataba de dos divorcios diferentes habiéndose casado con D.ª Rahma mientras continuaba casado con su esposa española siendo según la ley marroquí el matrimonio válido porque se

permitía el matrimonio con más de una mujer y en el momento del matrimonio del que solicitaba la actual inscripción se encontraba ya divorciado de su cónyuge española por lo que tenía libertad de estado para contraer matrimonio según la legislación española.

- Seguidamente se celebró el trámite de audiencia reservada en el que la contrayente declaró que tenía 19 años y su esposo 35, se conocieron en Tetuán en el barrio en el que ella vivía donde también vivía la madre de él a finales de octubre de 2001 y después de verse varias veces él se dirigió a ella, ella se había fijado ya en él porque en cuanto le vio le gustó, él fue el que le propuso contraer matrimonio cuando había transcurrido una semana o semana y media de conocerse, se casaron a finales de noviembre en el Ramadán pasado, en Marruecos era normal casarse a la semana de conocerse, estaba enamorada de él, ambos habían estudiado primaria, su esposo vivía con su hijo Ismael de 9 años, dio su dirección, ella no trabajaba en nada, él era encargado de una empresa de construcción, no sabía sus ingresos, conocía a la familia de él, una hermana se llamaba Zhora y vivía en Moncada i Reixac y otra Rahma que vivía en Marruecos, la madre de él se llamaba Aycha, ella era la quinta hija de ocho hermanos que vivían en Marruecos, él tenía una quemadura en las piernas, él nació en Tetuán el 24 de abril de 1968, a ella le gustaba más el pescado y a su esposo el pescado y el cordero, ella estuvo casada un año y cuando conoció a su esposo llevaba un año divorciada, no tenía hijos pero estaba embarazada de 6 meses de su esposo, él había tenido dos parejas antes de ella, su madre se llamaba Rahma, ella sólo conocía España del extranjero, él conocía Holanda, Francia y Bélgica, ella hablaba árabe y un poco de francés y de español, ella bebía agua y fanta en las comidas y él coca cola y, por último, ella pensaba residir en España.
- Por su parte, el contrayente manifestó que tenía 34 años y su esposa 19, se conocieron en Tetuán en el barrio en el que ella vivía donde vivía también su madre a finales de octubre de 2001 y después de verse varias veces se dirigió a ella, él le propuso contraer matrimonio, pasó una semana desde que se conocieron, se casaron el día de Ramadán y a los dos días vinieron a España, en Marruecos era normal casarse a la semana de conocerse, él estaba enamorado, ambos estudiaron primaria, él vivía con su esposa y su hijo Ismael de 9 años, ella trabajaba en la faena de la casa, él en pintura y reformas y ganaba según el mes, conocía a la familia de su esposa, él tenía dos hermanas una en Moncada i Reixac y otra en Marruecos llamadas Zhora y Rahma respectivamente y otra que su esposa no conocía, la madre de su esposa se llamaba Rahma Aycha, su esposa era la quinta de 8 hermanos y todos ellos residían en Marruecos, en la pierna tenía una quemadura de pequeño, su esposa nació en Ksar Kebir el 25 de febrero de 1983, a él y a ella les gustaba más el pescado, él había tenido dos parejas anteriores, tenía

un hijo y su esposa estaba embarazada de 6 meses, ella estuvo casada durante un año y se conocieron cuando llevaba otro divorciada, su esposa sólo conocía España y él Holanda, Francia y Bélgica, él hablaba árabe y español, él bebía agua y fanta aunque le encantaba la coca cola y ella agua, y deseaban vivir en España para vivir juntos. El Juez Encargado del Registro Civil dictó acuerdo el 26 de septiembre de 2002 denegando la inscripción de matrimonio solicitada al tratarse de un negocio jurídico simulado con fines migratorios ya que el contrayente contrajo matrimonio conforme a la ley marroquí siendo ya español y estando casado habiéndose divorciado conforme a la misma ley marroquí antes de celebrar este matrimonio, la esposa manifestó haberse conocido semana o semana y media antes de casarse y existía una diferencia considerable de edad entre ellos.

- Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y a los interesados, D. Mohamed presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que contrajo nuevo matrimonio islámico cuando aún no estaba divorciado de su anterior esposa pero sí separado y procedió a divorciarse cuando pudo económica y personalmente, contrajo matrimonio islámico para legalizar su relación conforme a sus creencias religiosas y culturales, la edad no era obstáculo para que dos personas se enamorasen y decidieran vivir juntas, se casaron tan pronto porque él vivía y trabajaba en España, se enamoraron nada más conocerse y él debía volver a España, sin existir en la sociedad marroquí la convivencia extramatrimonial, iniciaron su vida en común y fruto de su unión había nacido una hija el 20 de octubre de 2002 en Barcelona adjuntando certificación literal de nacimiento de la misma, copia del libro de familia, del pasaporte de la menor y certificado familiar de empadronamiento y cartilla de la seguridad social en la que también figuraban todos.
- De la interposición del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que interesó la confirmación del acuerdo por sus fundamentos. El Juez Encargado del Registro Civil confirmó la resolución recurrida y ordenó la remisión del expediente a la DGRN.
- La DGRN estimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

No sólo en el expediente previo para el matrimonio civil, a través del trámite de la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (art. 246 RRC), sino también cuando se intenta inscribir en el Registro Civil español un matrimonio ya celebrado en el extranjero mediante la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (art. 256.3.º RRC), es deber del Encargado cerciorarse de la inexistencia de impedimentos u otros obstáculos que provoquen la nulidad del matrimonio. Especialmente para evitar la inscripción de los llamados matrimonios de complacencia

en los que el verdadero propósito de las partes no es ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la situación del extranjero en relación con los requisitos de entrada y permanencia en España, el Encargado debe calificar, a través de las declaraciones complementarias oportunas que integran el título inscribible (cfr. art. 256 RRC), si ha habido verdadero consentimiento matrimonial en la celebración o si, por el contrario, se trata de un matrimonio simulado, nulo por la ausencia de dicho consentimiento matrimonial.

Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, de decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar.

En el caso actual de los hechos comprobados por medio de esas declaraciones complementarias oportunas no sólo no cabe deducir de ellos, la existencia de la simulación, sino todo lo contrario demuestran un efectivo y mutuo consentimiento matrimonial. En efecto, existe un perfecto conocimiento mutuo de sus circunstancias personales, conviven juntos y tuvieron un hijo en octubre de 2002.

4. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

4.1. *Validez de la escritura de capitulaciones matrimoniales en la que los cónyuges sustituyen el régimen de separación de bienes por el de gananciales y con efectos desde la celebración del matrimonio, si bien dada la redacción de las cláusulas, para la calificación de un bien como ganancial será necesario el consentimiento de ambos, por lo que habiendo quedado revocados los poderes otorgados entre los cónyuges por la demanda de divorcio, no procede acceder a petición realizada por el esposo.*

RESOLUCIÓN de 16 de abril de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada el 28 de diciembre de 1992 los cónyuges D. Manuel y D.ª Antonia, tras declarar que habían contraído matrimonio el 30 de marzo de 1985, bajo capitulaciones concertadas el día anterior en las que habían convenido como régimen económico para aquél el de la más absoluta separación de bienes, convinieron lo siguiente: “Primero: Que quedan sin efecto alguno las capitulaciones matrimoniales otorgadas en escritura de veintinueve de marzo de mil novecientos

ochenta y cinco, a las que antes se ha hecho referencia; Segundo: Que el régimen económico del matrimonio será el de la sociedad de gananciales y se regulará por los artículos 1344 y siguientes del Código Civil; Tercero: Que todos los bienes adquiridos desde el día siguiente a la celebración del matrimonio entre las partes por cualquiera de los cónyuges se considerarán comunes y en consecuencia pertenecientes a la sociedad ganancial que aquí se pacta; Cuarto: Que igualmente todas las cargas y deudas que hayan adquirido cualquiera de los cónyuges desde su unión matrimonial se considerarán comunes y en consecuencia es obligada su satisfacción a cargo de la sociedad ganancial; Quinto: que ambos cónyuges se apoderan recíproca e irrevocablemente para aportar a la sociedad ganancial, elevar esta aportación a escritura pública y su posterior inscripción registral cualquiera de los bienes muebles o inmuebles adquiridos privativamente por el otro desde la celebración del matrimonio el treinta de marzo de mil novecientos ochenta y cinco, en cualquier momento, incluso después de dejar de existir la sociedad ganancial, siempre que los bienes se hubieran adquirido constante su existencia". Y por escritura de 4 de mayo de 2000 ante el notario de Utrera, D. Manuel, en ese momento de estado divorciado, interviniendo además de en su propio nombre en representación de la que había sido su esposa D.ª Antonia, invocando las facultades conferidas en la escritura de capitulaciones relacionada, tras exponer las sucesivas modificaciones del régimen económico matrimonial y que D.ª Antonia era dueña de una concreta finca que describía adquirida por compraventa en escritura de 1 de octubre de 1987, por tanto una vez celebrado el matrimonio cuando éste se regía por el régimen de separación de bienes entonces pactado, la aportó a la sociedad de gananciales extinguida y no liquidada, solicitando su inscripción a nombre de ambos cónyuges.

- Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Utrera, el Registrador suspendió la inscripción.
- D. Manuel interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación que fue desestimado por el Presidente del TSJ de Andalucía.
- D. Manuel interpuso recurso ante la DGRN que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Causas alegadas por el Registrador de la Propiedad para denegar la inscripción.

Se ha observado el defecto subsanable de la falta de consentimiento de D.ª Antonia, al estar revocado el poder que dice ostentar D. Manuel, por imperativo del artículo 102 del Código Civil. En efecto, dicho poder quedó revocado por ministerio del precepto citado en el mismo momento de la presentación de la demanda de divorcio entre los cónyuges citados, cuya sentencia se dictó con fecha de siete de julio de mil novecientos noventa y

siete por el Juzgado de 1.ª Instancia número 1 de Utrera. Por otra parte, no se considera título suficiente las capitulaciones matrimoniales citadas para poder inscribir directamente la aportación a la sociedad de gananciales, porque del párrafo quinto del otorgamiento se deduce que para que los bienes adquiridos privativamente por cualquiera de los cónyuges desde la celebración del matrimonio, el treinta de marzo de mil novecientos ochenta y cinco, puedan ser aportados a la sociedad de gananciales, se exige un consentimiento conjunto de ambos cónyuges, si bien para prestar este consentimiento se apodera recíproca e irrevocablemente, quedando este poder revocado por el precepto legal antes mencionado. Es obvio, que si las correspondientes aportaciones a la sociedad de gananciales pudieran hacerse por uno solo de los cónyuges, sin el consentimiento del otro, con la sola presentación de la escritura de capitulaciones matrimoniales, sobraría el otorgamiento de los poderes recíprocos. Por petición del presentante se ha tomado anotación preventiva por defecto subsanable por plazo de sesenta días, con arreglo al artículo 96 de la Ley Hipotecaria

2. Alegaciones del recurrente.

Que el señor Registrador plantea la necesidad de un consentimiento expreso y concreto para cada acto de aportación a la sociedad de gananciales por parte de cualquiera de los contrayentes. Que tal conclusión la extrae del hecho de que en el apartado 5.º de las Capitulaciones se pacta o acuerda un apoderamiento expreso para la aportación de bienes a la sociedad de gananciales; pero se olvida que como en todo pacto hay que interpretar la voluntad de las partes conforme al contexto donde se ubica, conforme a la hermenéutica de los artículos 128 y siguientes. Que así en el apartado 3.º de las Capitulaciones de 28 de diciembre de 1992, se deja sentado que todos los bienes y deudas o cargas adquiridas desde la celebración del matrimonio, se consideran comunes y, en consecuencia, pertenecen a la sociedad de gananciales, en definitiva, se pacta la aplicación a los bienes adquiridos el régimen jurídico previsto en los artículos 1344 y siguientes del Código Civil.

Que los cónyuges acordaron no una aportación concreta de los bienes, ni creación de una sociedad de gananciales, sino la retroacción del régimen económico a la fecha de celebración del matrimonio, por lo que no se trata de aportar bienes privativos a la sociedad de gananciales. Que un pacto accesorio o instrumental no puede desvirtuar o anular el contenido esencial de un acuerdo, y ello no puede alterar la naturaleza ganancial de todos los bienes adquiridos constante el matrimonio. Que no se trata de un poder de descripción temporal sino dirigido a un fin concreto y por ello se pacta "de manera irrevocable" y para que tenga vigencia "incluso después de dejar de existir la sociedad de gananciales, a condición de que los bienes se hayan adquirido constante su existencia".

Que el fundamento del acuerdo es claro, se pretende evitar que uno de los cónyuges aporte o nomine físicamente bienes antes privativos del otro que ya son jurídicamente gananciales, y en determinado momento se impida al otro, a través de la revocación del poder o por el hecho de la extinción de la sociedad de gananciales, que titule los bienes del consorte de la misma manera. Que el poder que se otorgan las partes tiene un fin más material que jurídico, ya que no es para cambiar la titularidad de los bienes sino para llevar a cabo lo acordado.

Que en lo referente a si el poder otorgado en su día está o no revocado, hay que señalar que en la Capitulaciones se pacta el mismo con carácter "irrevocable".

3. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

Que la cuestión primordial a resolver en este recurso es si la escritura de Capitulaciones matrimoniales citada es, por sí misma, título suficiente para poder inscribir a nombre de la sociedad de gananciales una finca inscrita con carácter privativo a favor de uno de

los cónyuges o, si por el contrario, se precisa otra escritura de aportación en la que se determine de forma individualizada los bienes objeto de dicha aportación. Que el poder no se confirió de modo instrumental, pues si las capitulaciones fueron directamente inscribibles no sería necesario apoderamiento alguno, al igual que ocurre en cualquier otro título traslativo del dominio. De entenderse así, el recurrente hubiera presentado la escritura de capitulaciones matrimoniales y una mera instancia en la que se determine el bien objeto de la aportación, al modo que establece el artículo 16 de la Ley Hipotecaria; sin embargo no actuó de esta manera. Que se pretende argumentar, del contenido de las capitulaciones matrimoniales, que no se crea una sociedad de gananciales desde la fecha de las capitulaciones, sino que el régimen económico desde el mismo día del matrimonio sería el de gananciales en sustitución del de separación. Esta interpretación es absurda porque pretende retrotraer en régimen de gananciales al momento mismo de la celebración del matrimonio, sin tener en cuenta que la escritura de 29 de marzo de 1985, por la que se pactó el régimen de separación de bienes ha producido sus efectos correspondientes y en concreto, la inscripción con carácter privativo de determinados bienes adquiridos bajo su régimen. Los efectos del cambio del régimen económico se producen desde la fecha de la nueva escritura de Capitulaciones de 28 de diciembre de 1992, y por ello, al no ser posible dicha retroacción de efectos, se precisa una posterior escritura de aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales. Que los considerandos de la Resolución de 28 de mayo de 2000 no son trasladables al supuesto que se estudia. Que respecto a la revocación del poder queda claro que si éste se otorgó el 28 de diciembre de 1992 en la misma escritura que se pactó el régimen de gananciales y después se ha dictado Sentencia de divorcio de 7 de julio de 1997 por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Utrera, es obvio que con posterioridad a 28 de diciembre de 1992, se han producido los hechos que según el artículo 102 del Código Civil determina la revocación de dicho poder, esto es la admisión de la demanda de divorcio. Que, por otra parte, el recurrente en su considerando segundo, afirma que por providencia de 26 de marzo de 1992, se tuvo admitida a trámite la demanda de separación formulada por su esposa ante el Juzgado de Primera Instancia, número dos de Utrera, Autos 86/92, si bien del certificado del Registro Civil de Utrera que se acompaña, se deduce que tal demanda de separación judicial no prosperó al no constar inscrita la sentencia y sí, la sentencia de divorcio citada. Que no se entiende que en fase de separación judicial se pacte el régimen económico de gananciales incompatible con la situación de separación judicial, como lo describe el artículo 1392 del Código Civil. Que hay que considerar que las citadas Capitulaciones se otorgaron en estado de reconciliación de los cónyuges sobreviniendo con posterioridad la demanda de divorcio y la correspondiente revocación de poder. Que esta misma consideración de quedar revocado el poder por ministerio de la Ley, es sostenida por el titular registral, que ostentando la titularidad de la finca como privativa, otorgó escritura de 27 de diciembre de 2000, en la que vendió la finca cuestionada a un tercero y cuya compra se presenta en el Registro. Que, en conclusión, no puede admitirse la aportación a la sociedad de gananciales de la finca por la sola escritura de Capitulaciones de 28 de diciembre de 1992, siendo precisa una escritura de aportación en la que se determine el bien a portar y en la que presten el consentimiento ambos cónyuges, sin posibilidad de representación, al quedar revocado por ministerio de la Ley el poder que otorga en la referida escritura.

4. Resolución del Presidente del TSJ de Andalucía.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, confirmó la nota del Registrador por considerar revocado el poder y la irretroactividad de las

capitulaciones matrimoniales que exige posterior escritura de aportación.

5. Fundamentos de derecho de la DGRN

El carácter mudable del régimen económico del matrimonio como consecuencia de la libertad de convención que sobre el mismo se concede a los cónyuges (cfr. artículos 1315, 1325 y 1326 del Código Civil) puede dar lugar a supuestos tan poco frecuentes como el que ha alumbrado el presente recurso en que, pactada inicialmente la separación de bienes entre los cónyuges, se pasa después, constante matrimonio, al régimen de comunidad de la sociedad de gananciales pero con una importante matización, la pretensión de hacer comunes, a través de un sistema cuya falta de claridad es lo que ha suscitado el recurso, los bienes adquiridos y las deudas contraídas por cualquiera de ellos desde el momento de la celebración del matrimonio o sea, mientras rigió entre ellos la separación de bienes. Y todo para culminar en un momento en que disuelta la sociedad de gananciales por divorcio aunque pendiente de liquidación según se dice, se pretende por uno de ellos inscribir como común un bien que había adquirido el otro en la fase inicial del matrimonio, aquélla en la que regía el régimen de separación de bienes, acudiendo a tal fin a un negocio de aportación del bien a la sociedad de gananciales en el que, junto con su consentimiento, presta el de su antigua esposa haciendo uso de las facultades que recíprocamente se habían conferido a tal fin en la escritura que recogía el citado cambio de régimen.

Ninguna duda existe de que al quedar legalmente revocados por la sola admisión de la demanda que después daría lugar a la sentencia de separación los poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera concedido al otro (cfr. artículo 102.2. del Código Civil), revocado quedó aquel que invoca el otorgante del título cuya inscripción se ha rechazado, sin que frente a esa sanción legal pueda prevalecer la presunta irrevocabilidad con que según el recurrente se concedió. Por tanto, en la medida en que ese consentimiento fuera necesario ha de tenerse por inexistente. Tampoco el argumento de la retroacción del régimen de gananciales al momento de la celebración del matrimonio como consecuencia de lo pactado se sostiene y acertadamente lo desmonta el auto apelado. Las reglas generales sobre novación modificativa de los contratos o la específica del artículo 1317 del Código lo rechazan.

Cuestión distinta de la retroactividad de un régimen económico matrimonial es la que plantea la posibilidad de que al amparo de la amplia libertad en orden a la modificación del régimen o cualquiera de sus disposiciones, sea anterior o posterior a la celebración del matrimonio (cfr. artículos 1325 y 1326 del Código Civil) y la amplitud de su contenido tan sólo limitada en los términos del artículo 1328, así como la libertad de contratación que se reconoce a los cónyuges (artículo 1323), no puedan éstos con ocasión de iniciar un régimen de comunidad, sea el de la sociedad de gananciales, sea otro más reducido o amplio, acordar la comunicación de bienes hasta entonces privativos dando así lugar a desplazamientos patrimoniales que, al margen de cual sea su concreta naturaleza jurídica, en cuanto se refieran a inmuebles son perfectamente inscribibles en el Registro de la Propiedad si bien, como establece el artículo 1333 del ya citado Código, en la forma dispuesta en la Ley Hipotecaria, y entre las exigencias que ésta impone está la necesaria identificación de las fincas objeto del acto o contrato a inscribir (cfr. artículo 21 en relación con el 9 de la Ley Hipotecaria), identificación que en su caso puede hacerse en documento distinto y complementario del que recoge aquel acto o contrato siempre que ésta haya respetado la exigencia de certeza del objeto que impone el artículo 1261.2 del Código Civil, aunque por regla general exigirá el consentimiento de quienes fueron parte en el mismo. Un caso singular de este sistema de identificación complementaria en

que no es necesario el consentimiento de los interesados, en cuanto no existe duda de que los bienes que se identifican están comprendidos en el objeto del título a inscribir, es el previsto en el artículo 16 de la Ley Hipotecaria para adquisiciones por testamento o título universal o singular que no los describa individualmente. Pero si ya de por sí resulta dudosa su aplicabilidad al supuesto de transmisión de un conjunto de bienes que no integre un total patrimonio o al menos un patrimonio separado, en el supuesto aquí planteado ha de rechazarse toda posibilidad de acudir a él. En efecto, los términos de las capitulaciones matrimoniales no son lo suficientemente explícitos, e incluso en algunos puntos contradictorios, sobre el alcance de la comunicación de bienes convenida. Si a primera vista, acudiendo a un criterio puramente literal, cabría entender que tan sólo se fija un criterio temporal, la fecha en que se adquirieron los bienes o contrajeron las deudas, de donde podría deducirse que es suficiente probar la fecha de adquisición de un bien para que deba entenderse objeto del negocio, una interpretación finalista, avalada por los propios argumentos del recurrente en pro de una retroacción del régimen de sociedad de gananciales convenido conduciría a una solución contraria. Lo pretendido sería que pasasen a tener la condición de gananciales los bienes y derechos que lo hubieran sido de haber regido ese sistema desde la celebración del matrimonio, al tiempo en que se adquirieron, en cuyo caso el pacto no afectaría a aquéllos —los adquiridos a título gratuito, por subrogación con otros privativos previos al matrimonio, etc.— que legalmente no se hubieran integrado en la sociedad de gananciales conforme al artículo 1346 del Código Civil. Sería por tanto necesario concretar a posteriori en qué bienes se daban las circunstancias que determinaban su integración o exclusión de la nueva masa ganancial para lo que era necesario el consentimiento al menos de quien figurase como su titular, lo que justifica esa aparentemente innecesaria exigencia de escrituras posteriores de aportación para cuyo otorgamiento ambos cónyuges se apoderaron recíprocamente y que una vez extinguido el poder tan sólo el afectado puede llevar a cabo sin perjuicio de instar que se supla judicialmente su negativa a hacerlo.

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. *Habida cuenta que las agresiones o amenazas a las que se refiere la demandante tuvieron lugar en la mayoría de las veces con posterioridad al matrimonio no procede declarar la nulidad matrimonial por estar viciado el consentimiento matrimonial por miedo insuperable, sin perjuicio de las consecuencias que ello pueda tener en la separación o divorcio.*

AP CASTELLÓN, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de junio de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Esteban Solaz Solaz.

La demanda rectora del proceso del que este recurso trae causa se dirigió a obtener la declaración judicial de nulidad civil del matrimonio contraído el día 11 de mayo de 2001 por los cónyuges Don Aziz y Doña Belén, y en aquélla se invocó causa legal de tan excepcional remedio a la crisis familiar que el matrimonio se contrajo por coacción o miedo grave (art. 73 5 CC) de la demandante Doña Belén a que el otro contrayente le provocara un daño irreversible a ella o a su familia en caso de que se negara a tal celebración siendo obligada por las amenazas y agresiones sufridas a dar un paso que ella no pretendía.

El Juzgador *a quo* no apreció la causa por entender que si bien existió una situación de violencia, que se fue intensificando, por parte del marido hacia su mujer, no podía concluirse que la misma fuera anterior al matrimonio hasta el extremo de haber condicionado la prestación del consentimiento de la esposa.

El primer y único motivo de la impugnación de la sentencia articulado por la de-

mandante Doña Belén denuncia el error padecido por el Juzgador de instancia en la valoración de la prueba al haber rechazado la causa de concurrencia de miedo grave al contraer matrimonio, cuya discrepancia apoya en el análisis de las pruebas practicadas relativas al informe psicológico realizado por Doña Eva y su emisión en el acto del juicio, así como las propias declaraciones de la demandante Belén y de los testigos que depusieron en el juicio, de los que la impugnante extrae la conclusión de que en el momento de contraer el matrimonio Belén lo hizo por coacción o miedo grave a que se causara algún daño a ella o algún miembro de su familia.

La "coacción o miedo grave" a que se refiere el ordinal 5.º del art. 73 CC como causa legal de nulidad matrimonial, de formulación normativa idéntica desde la primera redacción del Código civil, debe ser entendida, a los efectos que ahora interesan, bien de una coacción o "*vis* absoluta" o violencia física que anula totalmente la voluntad y, por tanto, el consentimiento, y que resulta sumamente difícil que se produzca dada la necesaria intervención del Juez o funcionario autorizante, o bien de una intimidación o "*vis* relativa", más frecuente en la práctica como violencia moral, que puede definirse siguiendo las pautas del art. 1267 par. 2.ª CC, entendiendo por tal el que inspire a uno de los contrayentes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de sus parientes más próximo, pero en cualquiera de ambos casos, esa coacción o miedo grave debe ser inequívocamente demostrada por quien la alega por constituir la nulidad, como ya hemos dicho anteriormente, un remedio excepcional a las crisis matrimoniales.

Pues bien, examinadas las diversas pruebas practicadas en la causa, de las que forman parte el informe psicológico de Doña Eva y el testimonio de los amigos de la pareja a que hace mención la impugnante de la sentencia, la conclusión alcanzada por esta Sala no difiere en absoluto de la que en su día tomo el Juzgador *a quo* pues, en realidad, no existen suficientes elementos de juicio para deducir que Belén prestó su consentimiento al matrimonio con Aziz por un miedo grave e insuperable a que se causara algún daño a la misma o a su familia. Y ello es así, no sólo porque las agresiones o amenazas a la que se refiere la demandante tuvieron lugar en la mayoría de las veces con posterioridad al matrimonio, lo cual puede tener consecuencias en otra clase de acciones matrimoniales (separación y/o divorcio) pero no en la de nulidad por estar viciado el consentimiento matrimonial por miedo insuperable, que debe ser anterior al matrimonio, sino también porque el informe psicológico aportado —prueba básica de la impugnación—, practicado a instancia de parte, con posterioridad a los hechos y basado exclusivamente en las manifestaciones de Belén sin contrastar versiones ni datos con el otro cónyuge Aziz, tampoco revela ese miedo grave y determinante de la prestación del consentimiento matrimonial, pues refiere un estado psicológico de Belén que "permite" el matrimonio para reparar su conducta "inadecuada", sin que consten esas previas agresiones físicas o amenazas materiales, por lo que estaríamos hablando de "maltratos psicológicos" o conductas "rechazables" desplegadas por un compañero sentimental celoso y sin duda violento, pero que no permite deducir que Belén prestara su voluntad a contraer matrimonio mediatizada por un miedo insuperable a un mal en su persona o familia, el cual, por lo demás, tampoco fue advertido por el Juez Encargado del Registro Civil que les tomó el consentimiento para casarse.

No justificada la realización de actos determinantes de coacción o miedo insuperable, falta la base de hecho indispensable para estimar quebrantado el artículo 73.5.º CC, por lo que la impugnación de la sentencia debe ser desestimada.

II. GUARDA Y CUSTODIA

1. *Atribución de la guarda y custodia al padre, ya que la desmedida ingestión alcohólica de la madre lleva a situaciones de abandono de los deberes paterno filiales.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 10 de enero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

La primera de las cuestiones que, a través del presente recurso, se someten a la consideración del Tribunal ha de ser analizada y resuelta a la luz del principio del *favor filii* que, consagrado a nivel internacional, y entre otros, por la Declaración de los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959 y la Convención del mismo Organismo de 10 de noviembre de 1989, alcanza en el ordenamiento jurídico patrio el rango de principio fundamental, conforme a lo prevenido en el artículo 39 de la Constitución, que es desarrollado, entre otros, por la Ley Orgánica 1/1996, en especial en sus artículos 2 y 11.2, y, en lo que al caso concierne, por el artículo 92 del Código Civil que, dentro de la regulación judicial de la crisis matrimonial, previene que las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos.

Con tal inspiración legal no puede ser compartido, desde la perspectiva de esta alzada, el criterio establecido por el Órgano *a quo* en orden a la asignación del cuidado cotidiano de la prole habida de la unión de los litigantes, y que se asienta, de modo fundamental, en el informe pericial psicológico acordado como diligencia para mejor proveer. Dicha prueba contiene, ante todo, un grave defecto de planteamiento en la providencia de 14 de junio de 2000, pues en la misma no se contempla, en modo alguno, el examen por el Perito de ambos cónyuges y sus hijas, en orden a determinación de cuál haya de ser el marco más adecuado para el desarrollo futuro de las menores, limitándose a interesar del Equipo adscrito al Tribunal Superior de Justicia de Madrid la constatación de dependencia alcohólica de la Sra. Isabel, y su incidencia en la relación familiar.

Con tal condicionante, el dictamen emitido, tras exponer la realidad de dicha dependencia etílica, afirma, no obstante, que cuando la Sra. Isabel se encuentra bien puede ocuparse adecuadamente de sus hijas, relatándose igualmente que, al tiempo de ser examinada, se encontraba en un largo período de abstinencia, siguiendo los controles y el tratamiento adecuados, por lo que "no parecen existir motivos suficientes para que no pueda ejercer los cuidados de las niñas". No se descarta, sin embargo, en dicho informe el riesgo de recaída, si bien se considera que el centrarse la referida litigante en las hijas parece un estímulo para que la misma supere su adicción.

La Juzgadora *a quo,* partiendo de tales conclusiones, argumenta, en el segundo de

los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, que "precisamente lo que ayuda a la madre a mantener su situación de abstinencia es el hecho de que permanece en la vivienda y se encarga del cuidado de las hijas..."; de tal modo, y anteponiendo a los demás intereses en juego el de la madre, por muy legítimo y comprensible que sea, se acaba por olvidar que el mismo no es el que prioritariamente debe ser ponderado, máxime cuando la perspectiva de curación de la madre se aventuraba como una hipótesis ciertamente difícil, por lo que el mantenimiento en su compañía de las menores no dejaba de conllevar riesgos para las mismas; y así, con posterioridad a la emisión de tal dictamen, se han producido recaídas de la Sra. Isabel en su desmedida ingesta alcohólica, lo que ha conllevado situaciones de abandono de las obligaciones de cuidado y atención, en sus distintos aspectos, de las comunes descendientes.

Así se pone de manifiesto en el informe psicológico practicado en esta alzada, que relata recientes episodios críticos, por el consumo de alcohol, que impiden a Doña Isabel hacerse cargo de las niñas y asumir sus responsabilidades al efecto, situando el último período crítico en los meses de junio, julio y agosto de 2002. Por ello la Perito adscrita a esta Audiencia acaba por recomendar el sistema de custodia paterno.

Bajo tales condicionantes, el Tribunal debe acoger la pretensión del apelante en orden al cuidado cotidiano de la prole, y ello sin perjuicio de haber de compartir ambos litigantes la patria potestad, y con el régimen de visitas a favor de la madre que se especificará en la parte dispositiva de esta resolución.

2. *Procedencia de la pernocta con el progenitor no custodio al no haberse demostrado la incapacidad del padre para cuidar a su hija durante la noche ni que no tenga la infraestructura material suficiente.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 28 de enero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

Dando respuesta a las pretensiones planteadas por las partes en relación al régimen de visitas, conviene precisar que el derecho a las comunicaciones entre la prole y los progenitores viene reconocido el artículo 39 de la Constitución Española, el artículo 9 de la Convención Sobre los Derechos del Niño de 30/11/89, el artículo 94 del Código Civil y los artículos 1.º y 2.º y 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996, de manera que es incuestionable el derecho del niño a comunicarse con el progenitor no custodio, salvo si ello es contrario a su interés, por lo que sólo puede darse lugar a una limitación o restricción del derecho de visitas cuando concurren circunstancias graves o se incumplen de modo grave y reiterado las obligaciones impuestas por la resolución judicial. En este sentido, y dando respuesta en primer lugar a la pretensión planteada por el demandado, teniendo en cuenta que la hija va a cumplir los dos años, como quiera que se reconoce el derecho a la pernocta entre el padre y la hija en el período de verano, no habiéndose demostrado la incapacidad de aquél para cuidar de

dicha hija durante la noche, ni tampoco se ha justificado que no tenga infraestructura material suficiente, es lo cierto que no existe motivo alguno para restringir tal derecho, siendo lo procedente reconocer al padre el derecho a pernoctar con la hija durante los fines de semana. En consecuencia con lo anterior, debe rechazarse el recurso interpuesto por la actora, que pretende, sin justificación alguna, la supresión de la pernocta de la hija con el padre en el período de verano; por lo demás, cabe precisar que el régimen de comunicaciones para el período de verano, y para el momento en el que la hija cumpla los tres años, resulta adecuado a la situación de la menor y del grupo familiar. Sólo cabe añadir y aclarar que las visitas comenzaran, en los fines de semanas, los viernes a la salida del colegio o de la guardería, hasta el domingo, a las 20 horas, y que el horario de visitas en la tarde del miércoles, lo será desde la salida del colegio hasta las 19,30 horas. En los años pares, a la esposa corresponderá la primera mitad de los períodos de vacaciones, y en los años impares, la segunda mitad.

3. *Mantenimiento de la guarda y custodia de la hija que aún no ha cumplido dos años en favor del padre al desprenderse del informe psicológico que tal régimen no es perjudicial y que la menor no refleja ningún malestar, contando además el padre con el apoyo de la abuela paterna.*

AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 4 de febrero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina.

La representación de la demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 3 de Catarroja el día 23 de junio de 2002, que atribuyó la guarda y custodia de la hija de los litigantes, que todavía no ha cumplido los dos años de edad, a su padre, y que reconoció un régimen de comunicación a su madre.

Como ha subrayado una abundantísima jurisprudencia, el principio fundamental que ha de presidir la determinación de la guarda y custodia de los menores de edad es el de la protección de los hijos, o *favor filii,* de acuerdo con los Tratados y Resoluciones de las organizaciones internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño, y la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, así como el artículo 39.2 de la Constitución Española, que establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos; este principio inspira también numerosos preceptos del Código Civil, y constituye la idea básica de la regulación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; por lo tanto, a la hora de establecer el régimen de la guarda y custodia de los menores en las situaciones de crisis matrimoniales, sin desconocer que los padres gozan

del derecho de relacionarse con sus hijos, ha de procurarse ante todo el interés del hijo menor de edad en cuyo favor se reconoce este derecho-deber de los padres, de acuerdo con el artículo 39.3 de la Constitución, que establece la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; en el caso que hoy atrae la atención de la Sala, debe tenerse en cuenta el informe realizado por la señora psicóloga designada por el Juzgado, que figura en los folios 313 y siguientes de los autos, y especialmente las manifestaciones de la perito expresadas en el acto de la ratificación de su informe, registradas en la correspondiente grabación, de las que se desprende que no es perjudicial para la menor la actual situación de guarda paterna, y que la niña no refleja ningún malestar; si a ello unimos el que la menor está con su padre desde el mes de diciembre de 2001, y que en ese entorno cuenta con el apoyo destacado de su abuela paterna, la decisión de este Tribunal no puede ser sino confirmatoria de la del Juzgado; se estima procedente sin embargo, tal como solicita la recurrente, la ampliación del régimen de comunicación reconocido a la madre, a quien además la menor no extraña en absoluto, como también subrayó la señora perito, y extender esa comunicación a los períodos vacacionales, en la forma que se especificará en la parte dispositiva, pues como tantas veces ha declarado esta Sala, la intensa relación de los menores con los progenitores no custodios es, salvo que concurran circunstancias excepcionales, un elemento favorable que redunda en su mejor desarrollo personal y social.

III. RÉGIMEN DE VISITAS

1. *Restricción del régimen de visitas fijado a favor de los abuelos ya que en la actualidad el padre de los menores ha contraído nuevo matrimonio, tiene una familia estable, por lo que la adopción de medidas en orden al derecho de visitas deben, salvaguardando este derecho, alterar lo menos posible esta situación familiar actual del padre.*

AP ALICANTE, Sec. 7.ª, Sentencia de 10 de marzo de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. José de Madaria Ruvira.

Admite el Juzgado de Primera Instancia un escrito de oposición a la "impugnación" del recurso de la parte apelada, que no es tal, sino un mero escrito de oposición al recurso, lo que formalmente carece de trascendencia, sin perjuicio de la errónea interpretación que se da en aquél a la comparecencia de las partes de fecha 29 de mayo de 2002, puesto que este acuerdo entre el padre de los menores y los abuelos maternos, por parte de su madre fallecida, no viene a fijar como pretende la parte apelante un régimen definitivo en orden a adecuar el derecho de visitar a sus nietos que asiste a estos últimos, sino que viene a suponer una renuncia a la ejecución provisional solicitada en su día.

Respecto el derecho de visitas que asisten a los abuelos maternos con respecto a sus nietos, la jurisprudencia del TS es escasa, pero su espíritu viene reflejado en la sentencia de fecha 20 de septiembre de 2002, que viene a establecer en un supuesto análogo al presente, que los abuelos tiene un derecho jurisprudencialmente reconocido de relación con sus nietos. Así vino a resolver el Juzgado de Primera Instancia de Madrid que "debo declarar y declaro el derecho de los demandantes a relacionarse personalmente con las niñas Lina y Nuria el último fin de semana de cada mes, desde las 19 h del viernes hasta las 21 h del domingo, así como 5 días seguidos durante sus vacaciones escolares de Navidad (entre los que deberá incluirse al menos el 24 o 31 diciembre, o el 6 enero), 3 durante las de Semana Santa y 15 durante las de verano, eligiendo el padre estos períodos con la obligación de preavisar anticipadamente a los actores, quienes deberán recoger y entregar a las niñas en el domicilio paterno, sea el habitual o el accidental en tiempo de vacaciones...", sentencia que fue recurrida y revocada en la AP Madrid, que negaba este derecho de visitas a los abuelos, sentencia que a su vez fue revocada por el TS, que mantuvo el criterio del Juzgado de Primera instancia, con estos fundamentos: "es indudable que esas relaciones entre el padre y los parientes de su mujer, no deben influir en la concesión del régimen de visitas, pues es bien sabido, que los relaciones entre los padres cuando se separan, o divorcian en muchos casos no son buenas, y sin embargo este hecho, no puede afectar en forma alguna al régimen de visitas, lo que sí afectaría serían las relaciones de las menores con las personas que reclaman las visitas o comunicación. Por otra parte, en los autos, la animadversión se manifiesta especialmente en el padre, que llega a admitir que antes de la muerte de la madre de las menores, despreciaba a la familia de su mujer, y que si tenía relación con ellos era para complacer a su esposa y después de la muerte de ésta detesta al abuelo materno. Posición esta del padre recurrido, que como se dice en la sentencia de primer grado, hace a este árbitro, de la realización de este derecho, pues basta que siga detestando a sus suegros para que éstos no puedan comunicarse nunca con sus nietas. Sobre la perniciosa influencia que los abuelos puedan ocasionar a las niñas, sobre las posibles versiones manipuladas que puedan hacer llegar a éstas sobre la muerte de su madre, que hagan al padre responsable directo de la misma de la madre, aun entendiendo que se trata de un temor fundado, a la vista de las relaciones del demandado D. Raúl con los parientes de su esposa, se puede obviar este inconveniente, estableciendo medios correctores, como con criterio muy ponderado se hizo en la sentencia de primera instancia, imponiendo una limitación específica, consistente, en la posibilidad de la suspensión o mayor limitación del régimen de visitas, apercibiendo previamente de ello a los actores, esto es de la obligación que contraen de evitar en todo momento ante las niñas cualquier alusión que haga recaer ante el padre la responsabilidad de la muerte de la madre.

Por otra parte y como aspecto positivo de esas visitas de las niñas y los familiares de su madre, hay que poner de manifiesto, el carácter siempre enriquecedor de las relaciones abuelos y nietas, que no pueden ni debe limitarse a los pertenecientes a una sola línea, en este supuesto la paterna, y más cuando como se dice en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la relación de los actores, los familiares maternos con las niñas no han sufrido un deterioro directo, sino indirecto por motivos ajenos a su recíproca comunicación, por lo que sin duda si la comunicación se realiza de la forma establecida por el Magistrado juez número veintidós de Madrid, ha de resultar beneficiosa para las menores, como lo eran ya antes del luctuoso suceso, y si se siguen los criterios de progresividad recogidos en los informes periciales del psicólogo, bajo el control del equipo técnico adscrito al Juzgado, no hay duda que el régimen de comunicación soli-

citado por los actores ha de beneficiar en gran medida a las menores".

Pero no puede obviarse que en este caso concreto concurren circunstancias especiales que deben ser debidamente ponderadas, como es la relativa a que en la actualidad el padre de los menores, contraído nuevo matrimonio, tiene una familia estable, por lo que la adopción de medidas en orden al derecho de visitas, a favor de los demandantes, los abuelos maternos de los menores, deben, salvaguardando este derecho, alterar lo menos posible a esta situación familiar actual del demandado. Y ésta es la causa, de que manteniendo sustancialmente el criterio del Juzgado de Primera Instancia de Elche, se restrinja en parte el derecho de visitas, y se determine y se detalle de la forma más clara y estricta posible, para evitar un rosario de reclamaciones judiciales posteriormente en ejecución de sentencia. Todo ello también sin obviar incluso el informe psicológico de la parte demandada, emitido tras la sentencia dictada, que habla de "núcleo familiar", de "bloque familiar", de que los menores son conscientes de "las malas relaciones entre sus padres y su familia materna", y de que "lo positivo para los niños sería que estas relaciones con sus abuelos se produjeran de forma natural, sin presiones, y en un ambiente correcto y de respeto mutuo". Y esta última idea precisamente debe ser el Norte que guíe a ambas partes en beneficio de los menores, por muchos sacrificios que suponga de ideas personales que puedan tener.

Así el régimen de visitas que esta Sala establece para los menores Iván y Serafín, queda fijado de la siguiente forma: 1. Un día entre semana, que a falta de acuerdo será los miércoles, los abuelos podrán recoger a sus nietos del colegio y los llevarán a casa de aquéllos a comer hasta la hora de entrada al colegio y que en días no lectivos será desde las 10,00 h de la mañana hasta las 18,00 h. 2. Los niños podrán pasar un fin de semana al mes en casa de sus abuelos, que transcurrirá desde las 10,00 h del sábado hasta las 18,00 h del domingo, pudiendo pernoctar en casa de los abuelos. Para determinar en qué fecha concreta recaerá, el padre deberá ponerla en conocimiento de los abuelos de forma expresa con un mes de antelación, y caso de no hacerlo se entenderá que será en la última semana de cada mes. 3. En los períodos vacacionales de verano, los abuelos podrán tener consigo a sus nietos siete días y tres días en las vacaciones de Semana Santa y cuatro en las de Navidad, independientemente del régimen acordado en el apartado segundo, que esta medida excluye en esos meses. Las fechas, igualmente en beneficio del orden familiar actual del padre, las decidirá éste en la forma antedicha, y caso de no hacerlo tendrán lugar en la primera semana del mes de julio, que comience por lunes, y los días martes, miércoles y jueves de la semana posterior a la Semana Santa, así como los días 27, 28, 29 y 30 de diciembre, días que no han sido elegidos caprichosamente sino atendiendo al calendario escolar. Sin perjuicio de que judicialmente se modifiquen estas medidas en supuestos concretos específicos que pudieran plantearse.

La Sala es consciente del acuerdo suscrito entre el padre y los abuelos maternos en fecha 29 de mayo de 2002, en comparecencia ante el Juzgado, que supuso una renuncia a la ejecución provisional de la sentencia apelada, y de que las relaciones familiares entre las partes en la actualidad son cordiales dentro de lo posible. Por ello ha pretendido con esta sentencia salvaguardar los derechos formales que asisten a los abuelos maternos demandantes, sin perjuicio de que lo deseable sería que las propias partes extrajudicialmente lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambas, que en definitiva sería lo que redundaría en beneficio de los más afectados, los menores Serafín e Iván.

2. *Desprendiéndose del informe del equipo técnico la constatación de una grave manipulación del menor por parte de la madre en relación con la figura paterna, no procede suprimir las visitas sino fijar transitoriamente un régimen limitado hasta que en el futuro pueda acordarse uno normalizado.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 10 de junio de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Asumiendo los demás pronunciamientos de la sentencia de instancia, la parte apelante, a través del escrito presentado al amparo del art. 457 de la LEC, impugna el relativo al sistema de comunicaciones paterno-filiales.

Se aduce que la normalización del régimen de visitas podría causar agresividad en el menor, por el miedo que le produce estar a solas con el padre. Añade la recurrente que es contrario a sus intereses que dicho sistema normalizado "sólo se alcance de manera progresiva y bajo la supervisión del Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Móstoles, a quien se comisiona al efecto, por cuanto si esta parte considera contrario a los intereses de mi representada que se amplíe el régimen de visitas, no consideramos oportuno que deba supervisarse por ningún profesional, a lo sumo esa supervisión y valoración por el equipo Psicosocial de la actitud del menor frente a su padre deberá realizarse no para una ampliación en el régimen de visitas del mismo, sino para una disminución o anulación del mismo."

Y se acaba suplicando que se "dicte sentencia con revocación de la dictada en instancia, y en consecuencia, se dicte a favor de las pretensiones deducidas por esta parte".

La problemática que, por vía del presente recurso, se somete a la consideración del Tribunal tuvo una primera regulación judicial mediante el auto que, dictado en fecha 7 de diciembre de 2001, puso fin al expediente de medidas provisionales de carácter previo que había sido promovido por D. Rodolfo, y en el que, entre otros pronunciamientos, se acordó que dicho progenitor podía tener en su compañía al menor de los hijos comunes todos los domingos alternos, de 11 a 19 h, encomendándose al equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Móstoles la emisión de un informe respecto de las relaciones paterno filiales, en base a cuyo resultado se acordaría el mantenimiento, modificación y supresión de dicho régimen de visitas.

En su escrito de contestación a la demanda rectora del procedimiento que estamos examinando, la hoy recurrente aducía que el desarrollo de dicho sistema estaba siendo perjudicial para José Francisco, que mostraba abiertamente su negativa a ver al padre; refrendaba dicho aserto mediante un informe emitido, en fecha 4 de julio de 2002, por la Psicóloga D.ª Sofía, en el que se reflejaba dicha negativa, si bien la referida profesional no llegó, en tal punto, a conclusiones definitivas, debido a la escasa duración de la evaluación (dos sesiones).

En el acto de la vista ante el Órgano *a quo,* la dirección Letrada de D.ª Ángela no solicitó la suspensión de las comunicaciones paterno-filiales, sino simplemente un régimen de visitas limitado.

En cumplimiento de lo ordenado en la antedicha resolución judicial, los profesio-

nales adscritos al TSJ Madrid, con sede en Móstoles, emiten, en 6 de marzo de 2002, informe en el que se hace constar que D.ª Ángela "siente pánico ante la posibilidad de que se reinicie el régimen de visitas con José Francisco", y que éste reaccionó con llantos durante el encuentro mantenido con su padre, observándose que estaba muy vinculado a la madre y sometido y condicionado a la opinión de ésta y sus hermanas. Se insiste por dichos Peritos en que "se detecta una clara influencia y manipulación del niño por parte de la madre", si bien no se llega a apreciar rechazo o miedo del menor hacia la figura paterna, pero sí la manipulación de la madre "para que rechace al padre". Se concluye exponiendo que "a juicio de estos peritos, D. Rodolfo debe disfrutar de un régimen de visitas con su hijo José Francisco, ya que las relaciones entre ellos siempre transcurrieron dentro de la normalidad"; no obstante, y debido a la interrupción de los contactos desde el mes de octubre de 2001, se recomienda que las visitas inicialmente no incluyan pernocta ni vacaciones, y que la entrega y recogida del menor se haga en un Punto de Encuentro, a fin de evitar problemas.

El Equipo técnico del Punto de Encuentro informa, en 14 de julio de 2002, que las visitas se desarrollan con normalidad, pues si bien al principio el niño verbalizaba que tenía miedo a su padre, posteriormente marchaba confiado con él. En 28 del mismo mes se emite nuevo informe de seguimiento, exponiendo que, en tal fecha, el menor no quería separarse de su hermana, quien optó por marcharse con aquél.

Partiendo de tal contexto alegatorio y probatorio, el Juzgador *a quo* ofrece, en la sentencia que pone fin al procedimiento, una solución tan adecuada a las circunstancias concurrentes como plena de prudencia, pues aun sancionándose para el futuro un sistema normalizado de estancias del menor con el padre, se establece, de presente, un régimen limitado a domingos alternos de 11 a 19 h, con recogida y entrega en el correspondiente Punto de Encuentro, y todo ello bajo la supervisión del equipo Psico-social adscrito al Juzgado, a los fines de alcanzar de manera progresiva la antedicha normalización, respecto de la que no se establece un plazo concreto.

En definitiva, habrá de ser la evolución de los acontecimientos futuros la que marque la pauta a seguir para la solución de la problemática suscitada, y ello bajo el principio prioritario del *bonum filii* que sanciona el art. 39 de la Constitución y desarrollan, en lo que al caso concierne, los arts. 2 y 11.2 de la LO 1/1996, y 92, 94 y 160 del CC.

Se consagra en los mismos el derecho del progenitor no custodio a relacionarse con sus hijos, salvo que graves circunstancias aconsejen otra cosa. Y es lo cierto que en el caso no son de apreciar tales factores excluyentes, pues las pruebas practicadas tan sólo ponen de manifiesto la grave manipulación que del menor viene realizando la madre, en relación con la figura paterna, lo que no puede por menos de redundar en perjuicio del común descendiente, y no ha de erigirse en causa de entidad suficiente para excluir la normalización futura, con las prudentes precauciones establecidas, del régimen de visitas.

Y todo ello sin perjuicio, naturalmente, de que las circunstancias que en el futuro pudieran sobrevenir, al margen de aquella perniciosa manipulación, hicieran aconsejable otra solución, lo que habrá de ser ponderado por el Equipo técnico encargado de la supervisión de las comunicaciones.

Razones todas ellas que determinan, con desestimación de la ambigua pretensión revocatoria articulada por la recurrente, la plena confirmación de la sentencia de instancia.

IV. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Producido el cambio de guarda y custodia a favor del padre, procede modificar la atribución del uso de la vivienda familiar a favor de la menor, al haberse constatado que dicho cambio no fue arbitrario por parte de la hija en sus preferencias respecto a con cuál de los progenitores residir.*

AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 17 de febrero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Valdivieso Polaina.

Desde que se produjo la separación de los litigantes, la ex esposa, D.ª Fátima, ha permanecido en uso de la vivienda familiar, sita en Sant Boi de Llobregat. La separación se siguió por el procedimiento de mutuo acuerdo, siendo el convenio regulador de fecha 15 de junio de 1992. En dicho convenio se atribuyó la guarda de la hija menor, Elvira, que entonces tenía siete años, a la madre, se fijaron alimentos a cargo del padre y se atribuyó a la esposa e hija el uso y disfrute de la vivienda familiar citada.

El proceso de divorcio fue contencioso. Parece ser que en el mismo D. Ángel pretendió que se le atribuyese a él la guarda y custodia de la hija, según se desprende del fundamento segundo de la sentencia de divorcio, la cual se dictó en 19 de junio de 1996, mantuvo la atribución de la custodia de la hija a la madre, atribuyó el domicilio familiar a la señora Fátima, sin mencionar a la hija como beneficiaria del uso, y fijó "contribución económica a las cargas del matrimonio" a cargo del ex marido.

La situación se mantuvo así hasta finales del año 2000, en que la hija decidió pasar a residir con el padre, a cuyo efecto abandonó la que había sido vivienda familiar, lo que ocurrió el 6 de diciembre de dicho año, según afirmó la demandada en su declaración en el juicio. Pues bien, con fundamento en esa modificación de las circunstancias, D. Ángel presentó demanda, fechada en 14 de abril de 2001, para la modificación de los efectos establecidos en la sentencia de divorcio, postulándose en dicha demanda que se confirmase la situación de hecho, atribuyendo la guarda y custodia de la hija al padre y atribuyendo a éste y a la hija el uso de la vivienda familiar de la calle X. Se opuso la señora Fátima y, convocadas las partes a juicio, llegaron en el mismo a un acuerdo "que fue aprobado" y recogido en la S 10 de octubre de 2001, que es la que se quiere modificar mediante el proceso en el que ahora nos encontramos.

En dicha sentencia y en virtud del acuerdo alcanzado, se atribuyó la guarda y custodia de la hija menor al padre, se fijaron alimentos a cargo de la madre y, por lo que concierne al uso de la vivienda familiar, se atribuyó a la señora Fátima, pero sólo hasta el 30 de enero de 2002. Antes de dicha fecha debía procederse a la tasación de la vivienda, por perito allí designado, de modo que, llegada la fecha aludida, el inmueble se adjudicase a aquel de los ex consortes que mayor precio ofreciese por la mitad indivisa del otro. Si, llegada la fecha citada, ninguna de las partes hubiese deseado adquirir la mitad del otro, la vivienda se habría puesto a la venta para su compra por un tercero.

Pues bien, el problema a que se refiere el litigio se planteó porque, pese a que la vi-

vienda inicialmente pertenecía por mitad a ambos litigantes, resultó que, en el momento de alcanzarse el pacto a que nos hemos referido y de dictarse la S 10 de octubre de 2001, la señora Fátima ya no era propietaria de la mitad indivisa que inicialmente le pertenecía, puesto que en 1998 la había perdido a consecuencia de un juicio ejecutivo que había sufrido por impago de cierto préstamo. Pese a ello, la demandada había continuado ocupando la vivienda y así seguía al inicio de este pleito, porque había firmado un contrato de arrendamiento con el adquirente de la mitad indivisa, referido a esa mitad que había perdido la señora Fátima; contrato con una duración de cinco años (que terminaba el 1 de agosto de 2003) y con una opción de compra a favor de la repetida señora, ejercitable por precio de 5.500.000 ptas. Estas condiciones resultan de un documento aportado por la demandada, que no ha sido reconocido, pero que todo indica que responde a la realidad, porque, primero, de hecho la señora Fátima siguió ocupando la vivienda hasta el año 2002 y, segundo, el demandante reconoció en su declaración en el juicio que había hablado con el adquirente de la mitad indivisa antes perteneciente a su ex esposa, el cual le había confirmado que él tenía un documento como el que dicha señora aportó. De la circunstancia de haber perdido la ex esposa la mitad que antes le pertenecía, tuvo conocimiento el aquí demandante al día siguiente o a los dos días del señalado para el juicio de modificación de medidas en que se llegó al acuerdo a que nos hemos referido.

Por tanto, al llegar el día 30 de enero de 2002, la señora Fátima no estaba en disposición de cumplir su parte del pacto, puesto que ella no era dueña de la mitad indivisa de la vivienda y, si su ex esposo hubiese optado por adquirir la vivienda, no habría estado en disposición de vendérsela, aun cuando D.ª Fátima ha manifestado repetidamente que, su intención fue siempre la de ejercitar la opción de compra y readquirir lo que había perdido antes, lo que, sin embargo, no consta que haya intentado siquiera.

Es esa situación producida la que dio lugar a la demanda inicial de este proceso. En ella se solicitó que se atribuyese el uso de la vivienda a la hija Elvira ya su padre, invocando como causa de pedir, exclusivamente, esa imposibilidad de cumplimiento del pacto a que hemos hecho referencia. Imposibilidad que el demandante achacó a una maquinación de la demandada, de la que dijo que había simulado el crédito para que un fiduciario suyo pudiese quedarse con la mitad de la vivienda que le pertenecía y haciendo así posible la disolución de la copropiedad, evitando el uso a favor de la hija menor de edad. Se invocaba también en la demanda que la atribución del uso de la vivienda familiar era lo más beneficioso para la menor, dadas las reducidas dimensiones de la vivienda de los padres del actor en que la joven residía, aduciéndose al efecto lo dispuesto en el art. 83 del Código de Familia. Se alegaba también que la demandada disponía de una vivienda en la que poder residir, sita en la calle Z de Sant Boi.

El Juzgado estimó la demanda. Entendió que sí había habido cambio sustancial de las circunstancias, porque el consentimiento del actor había estado viciado y porque el acuerdo, alcanzado era de imposible cumplimiento. Al haber desaparecido las circunstancias bajo las que se había llegado al acuerdo procedía la modificación de medidas y, al no existir acuerdo respecto al derecho de uso, procedía la asignación del uso de la vivienda al padre y a hija menor, por aplicación de lo dispuesto en el art. 83 del Código de Familia.

Desde luego, puede afirmarse que lo que hubo fue, un vicio de la voluntad del señor Ángel al prestar su consentimiento al acuerdo que aprobó la S 10 de octubre de 2001, el cual podría haber conducido a la anulación del convenio o de una parte de él. Mas, tratándose de anulabilidad, el demandante era libre de ejercitar o no una pretensión en tal sentido, habiéndose decidido por la negativa.

Sentado, por tanto, que no se ha impugnado el convenio, lo que sí resulta indudable es que es de imposible cumplimiento, tal co-

mo se ha expuesto anteriormente. Por tanto, es indudable que sí se ha producido una modificación de las circunstancias concurrentes cuando el acuerdo se alcanzó: ahora consta que su cumplimiento no es posible, lo que entraña un cambio sustancial respecto al momento del acuerdo, en el que cuando menos una de las partes pensaba que podía cumplirse. La modificación de circunstancias consiste, por una parte, en el conocimiento de la imposibilidad, no en la imposibilidad en sí misma, que ya existía en octubre de 2001, pues la señora Fátima había perdido su parte de la finca en 1998. Por, otra, estriba en que, llegada la fecha límite del 30 de enero de 2002, no pudo ejecutarse lo establecido en el convenio alcanzado en octubre de 2001 y, por tanto, a partir de esa fecha, la situación posesoria de la esposa dejaba de estar respaldada por dicho convenio, pues el mismo sólo le atribuía el derecho de uso hasta el 30 de enero de 2002. Ese cambio de uso respaldado por un convenio y una sentencia a uso no susceptible de ampararse en aquéllos, constituye una evidente modificación de circunstancias, de índole completamente objetiva.

La alegación que hace la recurrente respecto a que equiparó el hecho de tener, una opción de compra a la titularidad misma es inadmisible, pues sin duda D.ª Fátima sabía que la vivienda no era suya y que, para recuperar su parte, había de abonar una suma importante de dinero, de la que ignoramos cómo pensaba obtenerla y si realmente estaba o no en disposición de conseguirla. Tampoco es aceptable el argumento de que no ha habido cambio de circunstancias porque, de todos modos, el actor podía obtener la mitad indivisa perteneciente antes a su ex esposa por la vía de accionar contra el actual titular "y en los mismos términos pactados en el procedimiento 402/01", como si el pacto a que se llegó pudiese vincular a quien había adquirido la mitad indivisa en 1998.

Por tanto, puede decirse que, ante el cambio del *status* posesorio, que pasó de estar amparado en un convenio y sentencia a carecer de tal amparo, nos encontramos en la misma situación en que se encontraban los litigantes en el momento de promoverse el proceso 402/01, para la modificación de lo acordado en la sentencia de divorcio de 19 de junio de 1996 ha de decidirse sobre el uso de la vivienda familiar que, hasta el momento, en virtud de lo acordado en dicha sentencia de divorcio, correspondía, a la esposa, puesto que, como hemos visto, el pacto respecto al uso aprobado en la S 10 de octubre de 2001, es inejecutable. Volvemos, por tanto, a la situación que existía inmediatamente antes de que se alcanzase el acuerdo de 2001, o sea una situación de controversia respecto al uso, que cada cónyuge reclama para sí.

La reclamación ha de resolverse aplicando las normas concernientes al uso de la vivienda familiar, puesto que, aunque su uso se atribuyó en su momento a la esposa, no ha perdido su condición de tal vivienda familiar, porque pertenecía por mitad a ambos ex cónyuges. No estamos en otra clase de supuestos, como los de arrendamiento, en que la atribución de uso inicial provoca la subrogación del beneficiario del uso en todos los derechos derivados del contrato de arrendamiento; supuesto en que sí puede hablarse de la pérdida de la condición de vivienda familiar.

La única razón en la que el demandante funda en este litigio su petición de que se le atribuya el uso de la vivienda familiar es la circunstancia de tener atribuida la guarda y custodia de la hija menor. Es ésa, como hemos visto, la razón que el Juzgado acogió.

A primera vista, puede parecer que las cosas están claras. El art. 83.2.a) del Código de Familia determina que, si hay hijos menores, el uso se atribuye, preferentemente, al cónyuge que tenga atribuida la guarda y custodia, mientras dure ésta. Pero, como se infiere del texto legal, el criterio legal no es de obligada aplicación siempre, pues la norma habla de que el uso se atribuye "preferentemente" al cónyuge que tiene a los hijos menores consigo, de tal modo que el adverbio citado pone de manifiesto que no es obligado actuar siempre así, sino que eso es, sólo, lo que ha de hacerse preferentemente,

o sea, en la generalidad de los casos pero no necesariamente en todos. Contempla la ley, por tanto, la posibilidad de que el uso no se atribuya al progenitor que tiene la custodia del hijo o hijos menores.

En la inmensa mayoría de los casos, haciéndose eco del preferente criterio legal, los tribunales atribuyen el uso a quien tiene la custodia de los hijos menores. Pero la cuestión no puede resolverse siempre así en los casos en que se produce un cambio de guarda y custodia por decisión unilateral del propio hijo. Porque, una cosa es que haya de protegerse preferentemente el interés de los menores y otra, bien distinta, que se permita que éstos, por su sola voluntad, puedan conducir a alterar situaciones de hecho establecidas, en muchos casos, desde años antes. El interés de los menores es prevalente, pero el de los padres también existe y no puede admitirse que, por el deseo de un hijo de cambiar de progenitor custodio, se altere, a veces de forma drástica (todos sabemos la enorme importancia que tiene la vivienda para la economía de cualquier persona), la situación de quien ostentó la custodia hasta el momento de ese cambio. Entender, como parece que hace el Juzgado, dado el automatismo con que resuelve la cuestión, que basta el cambio de custodia, decidido por una hija menor, para provocar el cambio del uso de la vivienda familiar, comporta gravísimos riesgos, que este tribunal no puede arrostrar. En primer lugar, para el progenitor custodio resultaría sumamente difícil el control educativo de los hijos menores y la imposición de la disciplina necesaria, si el hijo o hijos menores supiesen que, por su sola decisión de cambiar de progenitor custodio, pueden acarrear que quien los ha tenido hasta entonces consigo pierda la vivienda. Las consecuencias para cualquier proceso educativo y formativo que puede tener atribuir a un hijo menor un semejante poder están bien a las claras, son perfectamente comprensibles para cualquier persona y conducen a negar de modo terminante que, producido un cambio como el aquí examinado, ya haya de cambiar, de forma automática, el régimen de uso de la vivienda. En segundo lugar, mantener la ecuación entre cambio de custodia y cambio de uso de la vivienda, puede dar pábulo a la actuación del progenitor que no tiene la custodia en orden a conseguir que el hijo menor tome la decisión de irse a vivir con él. Los riesgos de compra de voluntades que ello comporta y los peligros para la disciplina y el buen orden en el comportamiento de los menores son también obvios y no hace falta insistir en ellos. La negativa de esta Sala a seguir esa senda de automatismo es, por consiguiente, rotunda y decidida.

En consecuencia, en los supuestos en que se produce una decisión filial de cambiar de progenitor custodio y en virtud de esa decisión se acuerda dicho cambio, habrá que examinar los motivos del hijo para considerar si ha lugar o no al cambio de uso de la vivienda, lo que deberá negarse si el cambio es caprichoso por inmotivado o si no se acreditan mínimamente las razones aducidas por el hijo para cambiar de progenitor custodio; razones que, evidentemente, habrán de ser serias y objetivamente justificativas del cambio de guarda y custodia. Lo contrario equivaldría a consagrar la arbitrariedad de los hijos menores, con afectación de la situación de sus padres, lo cual es completamente inadmisible. Si la Constitución prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos, también ha de considerarse prohibida la de los particulares, aunque sean menores de edad.

Sentado lo anterior, ha de constatarse que, en el presente caso, no se han alegado en modo alguno los motivos por los que la menor Elvira decidió, cuando tenía 15 años, pasar a convivir con su padre, en decisión que su madre decidió respetar. El fundamento de la pretensión del demandante y de la decisión del juzgado, una vez constatada la ineficacia del pacto alcanzado en octubre de 2001, es, sólo, el mero hecho de que es el padre quien ostenta ahora la guarda y custodia de la hija.

Si bien hemos dicho que con ese fundamento exclusivo no pueden aceptarse medidas de cambio de uso de vivienda familiar, también hemos de constatar que, en el presente caso, la parte demandada no ha opuesto que estemos ante un cambio arbitrario por parte de la hija en sus preferencias respecto a con cuál de los progenitores residir. El tema de si ha sido o no un cambio caprichoso o arbitrario no ha sido, por consiguiente, introducido en el debate procesal por la parte demandada.

Se trata de una cuestión ciertamente discutible, pero creemos que era a la parte demandada a la que incumbía la carga de alegar el carácter inmotivado o arbitrario de la decisión de la hija; introducir esa cuestión en el debate del proceso, porque ésa es la única forma en que podía la parte demandante intentar demostrar que sí existió un motivo razonable para que la hija tomase la decisión que tomó. Ha de observarse que la atribución del uso de la vivienda al progenitor que tiene consigo a los hijos menores es la regla general en los procesos matrimoniales, tal como hemos visto y, por ello, lo razonable es que sea el progenitor que postula que esa regla general no se aplique el que tenga la carga de alegar las causas por las que no procede aplicar dicha norma general, o sea, en este caso, la falta de motivos serios de la hija menor para tomar la decisión de cambiar de progenitor custodio.

Lejos de hacer esa alegación, la demandada no ha opuesto nada en ese sentido y, más bien al contrario, la madre ha manifestado respeto hacia la decisión de su hija, lo que fue perfectamente claro en la contestación a la demanda presentada en el anterior proceso de modificación de medidas, sustanciado en 2001 y que terminó con el acuerdo de 4 de octubre de dicho año, en cuya contestación, la señora Fátima se refirió al carácter maduro de su hija.

Así las cosas, considera la Sala que ha de confirmarse la decisión del Juzgado, aunque no, desde luego, porque las cosas sean, sin más, como entiende la sentencia apelada, sino porque la parte demandada no ha alegado que estemos en un supuesto de cambio inmotivado o caprichoso por parte de la hija, con lo que el tema de los motivos del cambio de la menor no ha sido introducido en el debate procesal.

V. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *Improcedencia de fijar en el procedimiento matrimonial pensión alimenticia a favor de un cónyuge, ya que la pensión compensatoria subsume ya cualquier otro tipo de prestación económica que deba existir entre ambos.*

AP ASTURIAS, Sec. 6.ª, Sentencia de 13 de enero de 2003. Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Nuria Zamora Pérez.

La apelante formula demanda en reclamación de alimentos contra Víctor, persona de quien se halla separada judicialmente por S 12 de febrero de 1998. Es importante destacar que en la sentencia de separación se fijó una pensión compensatoria a favor de la

mujer, en la cuantía que actualmente asciende a 29.842 ptas. o lo que es igual 179'41 euros.

Así las cosas, la parte apelante sostiene que la suma fijada en concepto de pensión compensatoria es insuficiente para cubrir sus necesidades más perentorias y reclama al ex marido una prestación en concepto de alimentos de 180 euros.

La sentencia apelada rechaza las pretensiones de la parte actora por considerar que desde la separación matrimonial hasta la actualidad no se ha producido una modificación sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta a la hora de fijar las prestaciones económicas a favor de la mujer.

Examinadas las actuaciones de instancia el recurso ha de ser rechazado.

En primer lugar el Tribunal discrepa del fundamento de Derecho segundo de la sentencia apelada, y en el que el juez de instancia llega a la convicción de que la pensión compensatoria y la prestación por alimentos de un excónyuge a favor del otro una vez acaecida la separación conyugal son prestaciones económicas compatibles.

El tema es sumamente discutido, sin embargo el Tribunal llega a la convicción contraria al igual que se hacía en la S 29 de octubre de 1983 dictada por la extinta Audiencia Territorial de Oviedo, la S 21 de julio de 1998 de la Sección primera de esta Audiencia Provincial o la de 22 de noviembre de 1992 de la AP Madrid. Dos son las razones en las que se fundamenta esta convicción. 1. Que en los arts. 90 y 91 del CC no se contempla la posibilidad de imponer a uno de los cónyuges prestación de alimentos a favor del otro, ni tan siquiera que los cónyuges lo pacten de mutuo acuerdo. 2. Que la pensión compensatoria que uno de los cónyuges debe abonar al otro en función del desequilibrio económico que la separación le produce subsume ya cualquiera otro tipo de prestación económica que deba existir entre ambos cónyuges. De hecho si la separación conyugal dejara a un cónyuge en una situación de penuria económica de manera que careciera de los ingresos necesarios para atender sus necesidades primarias tales como alimentación, calzado, vestido o habitación en tanto que el otro tuviera medios económicos suficientes para sufragar esas necesidades nos hallaríamos ante una situación de desequilibrio económico que debería subsanarse o paliarse vía pensión compensatoria.

2. *Extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad al haber desempeñado el mismo de forma intermitente actividad laboral en distintas empresas, percibiendo en la actualidad subsidio de desempleo, máxime cuando se constata la posibilidad real de realizar una actividad laboral remunerada en la empresa de su padre, en la que ya trabajó con anterioridad cesando de forma voluntaria en dicha actividad.*

AP VALLADOLID, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de febrero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso Mañero Pardal.

D. José Carlos interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Valladolid en los presentes autos de modifi-

cación de medidas, en la que estimándose sólo en parte la pretensión por él articulada, encaminada a obtener la extinción de la pensión alimenticia que satisface a su ex esposa, D.ª María Juana, en concepto de pensión alimenticia a favor de su hijo mayor de edad, Eugenio, se mantiene dicha pensión sólo temporalmente —durante un año—, salvo que D. Eugenio se incorporase a trabajar en la empresa de su padre, en cuyo caso se suspendería la obligación de abono de la prestación alimenticia.

En el escrito de interposición del recurso de apelación se interesa por el actor la íntegra revocación de la resolución objeto de recurso, estimando el Sr. José Carlos que la sentencia dictada en la instancia es incongruente al apartarse de lo solicitado por los litigantes, circunscrito a la controversia entre extinción o mantenimiento de la pensión alimenticia de su hijo Eugenio, considerando que, en todo caso, la decisión resulta equivocada al dictarse con infracción de lo dispuesto en el artículo 152.3.º del Código Civil.

Dados los términos en que se formula el recurso de apelación debe indicarse, como primera cuestión merecedora de específica respuesta, que ninguna incongruencia se comete por la Juez de Instancia en su decisión, pues siendo incontestable y aún vigente el axioma jurídico que señala que "quien pide lo más pide lo menos", en absoluto se separa la Juez de Instancia de los límites de la congruencia obligada en su resolución cuando ante la petición de extinción de una pensión alimenticia se atiende sólo parcialmente dicha pretensión, sometiendo la eficacia de dicha extinción al paso del tiempo o al cumplimiento de una determinada condición relativa al cumplimiento de alguno de los requisitos que objetivamente condicionan la aludida extinción, máxime cuando además nos encontramos ante una materia, la relativa a los alimentos que deben satisfacerse a los hijos —incluso los mayores de edad en los términos del artículo 93 del Código Civil—, en la que se produce una cierta quiebra del principio dispositivo que rige en el proceso civil.

Señalado lo anterior, entiende sin embargo esta Sala que el recurso de apelación interpuesto por el Sr. José Carlos merece suerte estimatoria ya que en el supuesto enjuiciado concurren los presupuestos que en debida aplicación del artículo 152 del Código Civil determinan la extinción de la pensión alimenticia hasta ahora satisfecha por el apelante a su hijo Eugenio. No existe duda alguna de que el hijo del actor se encuentra en perfecta disposición, capacidad y titulación para acceder al mercado de trabajo ejerciendo un oficio, profesión o industria, y habiendo desempeñado de forma intermitente actividad laboral en distintas empresas, percibiendo en la actualidad subsidio de desempleo. Si además se constata la posibilidad real de realizar una actividad laboral remunerada en la empresa de su padre, en la que ya trabajó con anterioridad cesando de forma voluntaria en dicha prestación laboral, parece incuestionable que concurren los presupuestos del número 3.º del artículo 152 del Código Civil, y por tanto que procede declarar extinguida la pensión alimenticia establecida con cargo al Sr. José Carlos.

3. *Mantenimiento de la pensión alimenticia en favor de la hija incapacitada ya que dada su especial situación personal precisa de atención y cuidados al no poder valerse por sí misma.*

AP ZAMORA, Sentencia de 16 de mayo de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Lis Estévez.

El recurso de apelación que se plantea por la representación procesal de D. Alejandro ataca la sentencia de instancia en un único pronunciamiento relativo a la fijación de una pensión para la hija incapaz por la cantidad de 90 euros, considerando que la argumentación contenida en la sentencia que se recurre y que se apoya en el hecho de que "compete lo acredita unos ingresos que no se corresponde en con los movimientos de la cuenta que obra en autos de la entidad Caixa Galicia".

Se cuestiona este único aspecto de la sentencia al entender que los datos económicos aportados a las actuaciones no reflejan verdaderamente cuál es el nivel adquisitivo de que dispone el recurrente al considerar que el salario que viene percibiendo es ligeramente superior a la pensión no contributiva que percibe la incapaz, argumentándose por otra parte, que la edad del recurrente no permite aportación en la medida de la que se viene obligado a afrontar.

Estos argumentos y atendiendo a las circunstancias concretas del caso, la existencia de la hija del matrimonio como una declaración de incapacidad como consecuencia de su padecimiento de una oligofrenia, no puede ser en modo alguno aceptado por cuanto su planteamiento resulta absolutamente contrario a la defensa de los intereses de la incapaz en cuanto que resulta absolutamente imprescindible otorgar a la misma los elementos económicos precisos al objeto de que en una situación como en la que se encuentra, absolutamente imposibilitada para valerse por sí misma, pueda disponer de todo aquello que se precise para su mejor atención a lo que cabría añadir, frente a las alegaciones contenidas en el cuerpo del recurso, cualquier aportación económica que contribuya a mejorar su situación tanto en el presente como en el futuro resulta absolutamente imprescindible, de ahí que tanto la postura como la pretensión de la parte apelante, en este caso, hayan de ser rechazadas.

En el cuerpo del recurso se hace un examen de la realidad económica que se atribuye al esposo al considerar que las nóminas aportadas no reflejan la Real retribución percibida, sin embargo viene a reconocerse que de los datos aportados a las actuaciones la media mensual percibida la cifra en 467,22 euros, cantidad que se aproxima esencialmente a la tomada como referencia en la sentencia recurrida para fijar la pensión alimenticia a favor de la hija incapaz, y ese concepto económico se le añade una cantidad que supuestamente percibe el esposo por importe de 91,45 euros en concepto de salario en especie, conclusión a la que llega esta parte en su recurso.

Se hace en examen de las necesidades más reales que han de afrontarse para el mejor tratamiento o dotación de la incapaz.

La petición que a este respecto se hace por la parte recurrente parte del criterio, se afirma en el recurso, contenido en la R 2 de abril de 2001 de la gerencia de los servicios sociales, sin embargo este criterio, válido

para otros aspectos, no puede ser tenida en cuenta a la hora de fijar una pensión alimenticia por cuanto ha de partirse no solamente de las necesidades del alimentado, sino de las posibilidades económicas contrastadas del obligado a prestar alimentos, y en este supuesto, ciertamente, los datos obrantes en autos son los que son y no permiten otros cálculos más que los contenidos en la sentencia recurrida, y ello porque las consideraciones en el recurso se hacen sobre las posibilidades económicas de la esposa-apelante como administradora de todos los bienes que componían el patrimonio de la sociedad conyugal, no pueden servir de prueba para establecer otros límites de las responsabilidades económicas distintos que los acreditados en las actuaciones, y lamentablemente una situación de separación, como la que ahora se analiza, por las dificultades de acreditación de una realidad económica diferente de la aportada a las actuaciones, no permite "intuir" más realidad que la contrastada.

VI. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *Extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital siendo indiferente que en la actualidad haya cesado dicha convivencia.*

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 24 de enero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. Don José Ángel Chamorro Valdés.

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, y en el acto de la vista, y con revocación de la resolución dictada por el Juzgado, ha interesado el mantenimiento del derecho a la pensión compensatoria en favor de la esposa, en los términos establecidos en una anterior convenio de separación aprobado judicialmente, argumentando que la convivencia con D. Marco Antonio lo fue únicamente por razón de la enfermedad de este último, y para cuidar al mismo, sin que haya existido comunidad de vida, indicando que tienen distintos domicilios, según la prueba relativa a los arrendamientos de viviendas distintas, alegando, asimismo, la situación de paro de la esposa, quien sólo trabajó esporádicamente y parar atender económicamente a su hijo. La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, y en el acto de la vista, ha solicitado la confirmación de la sentencia.

Debe partirse de la base de que el procedimiento de divorcio permite el análisis *ex novo* de las circunstancias concurrentes al momento presente, con independencia de lo resuelto en su momento en un anterior procedimiento, y aún siendo cierto que resulta significativo en muchas ocasiones, y por regla general, el mantenimiento de las medi-

das acordadas en el anterior procedimiento cuando éstas lo son por razón de un acuerdo entre los cónyuges aprobado judicialmente, tal decisión, de mantener la vigencia de tales efectos, se justifica en la medida que no se acredita un cambio en las circunstancias concurrentes al momento de aprobarse el anterior convenio, y puesto que tales pactos nacen con vocación de permanencia y futuro, por lo que no puede aprovecharse el trámite procesal posterior, relativo a un procedimiento de divorcio, para dejar sin efecto lo que fue asumido de mutuo acuerdo. Sin embargo, y hecha esta salvedad, *a sensu contrario,* tanto el procedimiento de modificación de efectos como el de divorcio permiten resolver de otra manera sobre las medidas que ahora se interesan, cuando se demuestra que la circunstancia personal, laboral y económicas de cualquiera de los cónyuges ha sufrido alguna variación significativa e importante.

La sentencia impugnada ha resuelto no reconocer el derecho a la pensión compensatoria en favor de la esposa, en base a la convivencia de la apelante con un tercero, y también en razón de las posibilidades laborales de la misma. En efecto, el artículo 101 del Código Civil declara la extinción del derecho la pensión compensatoria en razón de la convivencia marital del cónyuge beneficiario con otra persona, siendo así que, según doctrina y jurisprudencia al respecto, es preciso la prueba sobre dicha convivencia de la que se deduzca una unión basada en lazos de afecto, en el interés del cuidado mutuo en todos los sentidos, creándose una apariencia que genera un estado familiar o conyugal habitual y estable, que no esporádico ni ocasional, en equiparación con el modelo matrimonial, con apariencia de la existencia de una relación íntima en todos los aspectos (sentencia de 15 de octubre de 1992). Por otra parte, y partiendo también de la jurisprudencia de esta propia Sala (sentencia de 22 de octubre de 1992), es procedente la extinción definitiva del derecho a la pensión compensatoria por convivencia marital, sin que sea posible el renacimiento de tal derecho no obstante el cese de dicha convivencia. Sentado lo anterior, es claro que existió suficiente prueba sobre la convivencia de la apelada con D. Marco Antonio, y por un período extenso en el tiempo, durante más de dos años, y así lo acredita el informe de detective aportado en su momento junto con la demanda, y que fue debidamente ratificado por el investigador que elaboró dicho informe; por otra parte, reconoce la esposa dicha cohabitación bajo el mismo techo se produce de modo continuado y estable en el domicilio de la misma, hasta el punto de que se hace constar en el buzón de correos de dicho domicilio el nombre y los apellidos de aquel que convivió con la apelante, y en ningún caso consta que dicha convivencia no tenga otro motivo que el de iniciar y mantener una relación personal y afectiva, de carácter íntimo en todos los sentidos, estableciéndose una situación equiparable a la que se deriva de la relación matrimonial, y puesto que no existe prueba alguna al respecto de la causa, según dice la recurrente, de dicha convivencia, con referencia al estado de salud del tercero conviviente, o cuidado puntual prestado por aquélla, lo que en ningún caso tampoco justifica la residencia de aquél en el domicilio de la apelante. Se comparten los razonamientos de la sentencia impugnada, en lo relativo a la valoración de los contratos de arrendamientos de la esposa y de don Marco Antonio, ambos posteriores a la interposición de la demanda, por lo que nula trascendencia tienen tales documentos a los fines que pretende aquélla, como tampoco resulta significativo el hecho de que actualmente dicha convivencia haya cesado. Asimismo, y a mayor abundamiento, igualmente se acepta la valoración que se efectúa en la sentencia apelada sobre la situación laboral de la esposa, lo que ha quedado debidamente refrendado por la prueba documental practicada en esta alzada, sobre informe sobre la vida laboral de la misma, observándose una situación de constantes altas laborales a partir del año 1999, lo que permite presumir la capacidad laboral y de

generar ingresos suficientes que permitan a aquélla suficiente autonomía e independencia como para prescindir del beneficio establecido en el artículo 97 del Código Civil. Por cuanto antecede, el recurso debe ser desestimado.

2. *No concesión de pensión compensatoria al haber transcurrido seis años desde la separación de hecho de los cónyuges.*

AP ZAMORA, Sentencia de 16 de mayo de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Lis Estévez.

El recurso planteado por la representación procesal de D.ª Luis Antonio viene a oponerse a la resolución dictada negatoria de la pensión compensatoria que había sido solicitada.

Con relación a la pensión compensatoria que se reitera en esta alzada y negada en la sentencia recurrida, lo primero que habrá de traerse a colación es un hecho incuestionable, no negado en vía de alzada, y que condiciona la eficacia de la pretensión que ahora se reitera, y es el hecho de que la esencia del art. 97 del CC se dirige a evitar que "al momento de producirse la separación" una de las partes no sufra las consecuencias económicas inmediatas que ello implica, y la finalidad que persigue esa pensión compensatoria que es la de que en el momento en que se materializa la separación del cónyuge que queda en peor disposición económica pueda temporalmente disponer de una prestación encaminada a ayudar a recuperar la situación de desequilibrio económico provocado por el hecho de la separación.

En el modo en que en el supuesto de autos se formula tal pretensión ha de afirmarse que la misma tiene que ser necesariamente calificada de extemporánea y ello porque, como se recoge en la sentencia recurrida, la separación efectiva de los cónyuges se produjo seis años antes de iniciarse el proceso legal de separación, lo que viene a significar que la finalidad que se persigue mediante la aplicación del art. 97 citado ha dejado de tener razón de ser dado que esa situación de desequilibrio a que se viene haciendo referencia ha sido superada, o al menos ello ha de suponerse, por el transcurso de ese período ya dilatado de tiempo, y sin que durante el mismo se hubiera hecho patente o manifestado de algún modo la necesidad de tener que recurrir a esa pensión compensatoria para recuperar el equilibrio económico perdido, y nada de eso ha quedado acreditado en los autos, por ello esta pretensión, al igual que la anterior, ha de ser rechazada.

VII. CUESTIONES PROCESALES

1. *La competencia para el conocimiento del procedimiento de liquidación de gananciales corresponde al Juzgado que dictó la sentencia de separación.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 10 de enero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

Contra la sentencia dictada por el Juzgado ambas partes han formalizado el recurso de apelación, conforme a los motivos expuestos en los respectivos escritos, efectuando las oportunas solicitudes, y a los fines que interesa, es preciso destacar que la dirección letrada de la parte demandada ha reiterado en esta alzada el planteamiento de la excepción de falta de competencia funcional, según lo planteó en su momento en la instancia, en la correspondiente fase procesal, solicitando la estimación de dicha excepción por entender que el Juzgado de primera instancia número seis de Alcalá de Henares no es competente para conocer de la demanda planteada de contrario, sobre liquidación del patrimonio ganancial, competencia que recae en el Juzgado que conoció del procedimiento de separación y divorcio, que dictaminó, en el pleito principal que puso fin al matrimonio, la disolución del régimen económico.

En esta alzada es lo procedente resaltar dicho motivo de apelación de la parte demandada, que ha solicitado la estimación de esta excepción, por lo que se hace preciso dar respuesta a dicha problemática, pues siendo de estimar esta pretensión procesal, no se hace necesario entrar a conocer en el resto de las excepciones planteadas ni tampoco en las cuestiones sustantivas que ambas partes plantean ante la sala. Debe tenerse en cuenta que el Juzgado de Primera Instancia número uno de Alcalá de Henares dictó sentencia de separación con fecha de 4 de julio de 1987, y asimismo, el mismo Juzgado también dictó sentencia de divorcio, con fecha de 31 de julio de 1993. El pronunciamiento principal recaído en el procedimiento de separación determinará, en cuanto uno de sus efectos complementarios, la disolución de la sociedad legal de gananciales, conforme a lo dispuesto en los artículos 95 y 1192.3.º del Código Civil. No puede obviarse el contenido del artículo 91 del Código Civil, que previene la posibilidad de practicar la liquidación del patrimonio común ya en la propia sentencia que pone fin al procedimiento matrimonial, ya en su fase de ejecución, siendo así que la propia parte actora, en el acto de la comparecencia celebrada en el procedimiento de menor cuantía tramitado, afirma que fueron iniciados los trámites de ejecución en su momento ante dicho Juzgado número 1. A mayor abundamiento, y aún existiendo tal intento procesal llevada a cabo en su momento, ello no es óbice para declarar la competencia para entender del procedimiento de liquidación del patrimonio ganancial en favor del Juzgado que entendió del procedimiento de separación.

El artículo 55 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil establecía que los jueces y tribunales que tengan competencia para conocer de un pleito, la tendrán también para

las excepciones que en él se propongan, para la reconvención en los casos que proceda, para todas sus incidencias, para llevar a efectos las providencias y autos que se dictaron, y para la ejecución de la sentencia. Sobre dichas bases mal se entiende que el Juzgado que conoció del pleito matrimonial, así como de la liquidación societaria en fase de ejecución, no sea competente para resolver sobre las operaciones particionales, al no llegarse a un pleno acuerdo al respecto, en los términos establecidos en el artículo 1083 de la ley procesal civil derogada. El Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de noviembre de 1996, declara la competencia de los juzgados de familia (lo que habría de hacerse extensivo al Juzgado de primera instancia ordinario que conoce de una litis matrimonial) cuando se trata de ejecutar sus sentencias, en lo referido al fallo, al respecto de la liquidación y disolución del haber ganancial del matrimonio separado o disuelto. En dicha sentencia del Alto Tribunal se señala que el artículo 95 del Código Civil dispone que la sentencia firme producirá respecto de los bienes del matrimonio la disolución del régimen matrimonial económico, por lo que no puede excluirse la competencia del Juzgado de Familia (extensivo al Juzgado de Primera Instancia) para conocer de la ejecución de sus propias resoluciones, incluida la que se refiere a los bienes matrimoniales hasta agotar su adecuada liquidación distributiva. Con mayor rotundidad, la sentencia de 8 de julio de 1999 señala que el conocimiento de los procesos de separación matrimonial y de divorcio corresponde, con competencia objetiva exclusiva y excluyente a los Juzgados de Familia en las poblaciones donde existan. Como la sentencia firme recaída en dichos procesos produce, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial (artículo 95 del Código Civil) es evidente que la liquidación de dicho régimen económico, en cuanto consecuencia necesaria de dicha sentencia firme, solamente puede lograrse (a falta de acuerdo entre las partes) en trámite de ejecución de la expresada sentencia, por lo que la competencia funcional para conocer de tal ejecución de sentencia corresponde exclusivamente al juez que la dictó (artículo 55 de la Ley Procesal Civil derogada), y no a ningún otro a través de un proceso declarativo autónomo e independiente. Por todo lo cual, y siendo de aplicación la anterior doctrina a los supuestos en los que la sentencia de separación o divorcio se dicta por un Juzgado de Primera Instancia ordinario, es preciso declarar que el Juzgado que ha dictado la sentencia ahora apelada no es competente, sin que resulte argumento válido el hecho de que el trámite de la liquidación del patrimonio se encauce a través del proceso declarativo correspondiente o que dicha competencia venga atribuida por razón de las normas de reparto que rigen los Juzgados de Alcalá de Henares, y por cuanto que la cuestión sometida a debate es de orden público y debe resolverse de conformidad con las normas procesales y la doctrina jurisprudencial aplicable. A mayor abundamiento, cabe hacer notar que de dicha jurisprudencia se ha hecho eco de la actual legislación, que establece en el artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la competencia para conocer del procedimiento de liquidación en favor del Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio.

Por cuanto antecede, estimando el recurso interpuesto por la parte demandada, es lo procedente acoger la excepción planteada, sobre falta de competencia funcional, y por ende, debe desestimarse la demanda interpuesta por la parte actora.

De conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 523 de la ley derogada), las costas de la instancia deben imponerse a la parte demandante, y conforme al artículo 398 de la ley procesal, al estimar el recurso interpuesto por la parte demandada, no se hace declaración sobre condena en las costas causadas en la alzada.

2. *Nulidad de actuaciones por no haberse tramitado el procedimiento de modificación de medidas conforme a las normas previstas en el artículo 770 de la LEC.*

AP BALEARES, Sec. 5.ª, Sentencia de 13 de enero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Juan Cabrer Barbosa.

Mediante la interposición de la demanda instauradora de la presente *litis* se interesaba por parte de D. Donato la modificación de determinada medida que debía regir, entre otras, el divorcio de los hoy litigantes; viniendo referida dicha medida al ejercicio del derecho de visitas por parte del padre en relación a sus hijos menores de edad Juan y Nieves. Este litigio, en el que intervino tanto la madre de dichos menores, D.ª María Inés, como el M. Fiscal, terminó con sentencia favorecedora de los intereses del actor, y la meritada resolución fue recurrida en apelación por la demandada y también por el Ministerio Público.

Por cuestión de orden debe de ser analizada y resuelta la apelación fiscal por cuanto interesa la declaración de nulidad de actuaciones desde el auto de 18 de junio de 2002, incluido éste, en que se tuvo por solicitada por parte del Sr. Donato la modificación de medidas de referencia, y se ordenó la celebración de comparecencia de las partes para el 19 de junio de 2002 a las 9'55 horas.

El M. Fiscal basa su petición de nulidad de actuaciones en el vicio procedimental padecido por el juzgador al acomodar desde un primer momento la demanda a los trámites del art. 771 LEC a los que se remitía el 775 de dicha Ley Rituaria, cuando lo correcto era sustanciar el proceso por los trámites de los arts. 753 y 770 de la LEC ambos.

Pues bien, observa la Sala que ya desde un primer momento el M. Fiscal mostró su disconformidad con que el procedimiento se siguiera conforme a lo dispuesto por los arts. 771 y 775 de la LEC, a cuyos efectos tras serle notificado el auto de 18 de junio de 2002, interpuso recurso de reposición, que fue desestimado según es de ver a los fols. 79, 80 y 81.

Esta Audiencia Provincial de Palma ha tenido ocasión de pronunciarse anteriormente sobre esta cuestión con ocasión de resolver casos parecidos al presente —por ejemplo puede citarse al efecto la sentencia de esa propia Secc. 5.ª de fecha 8 de noviembre de 2002—, habiendo considerado que el procedimiento a seguir en estos casos es el del art. 770 y cc. LEC.

Se dice que del confuso párrafo segundo del art. 775 de la Ley Rituaria se infiere que existen dos procedimientos para la modificación de medidas definitivas: el consensual, cuando se presenta la demanda de modificación de medidas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno solo de ellos con el consentimiento del otro, y el contencioso, cuando la modificación se pretende tan sólo por uno de los cónyuges. Así, si las partes llegan a un acuerdo para modificar las medidas definitivas dictadas en anterior procedimiento —siendo indiferente que éstas se adoptasen inicialmente de forma consensual o contenciosa—, dicha petición deberá canalizarse a través de lo establecido

en el art. 777 de la LEC relativo al procedimiento que se ha de seguir cuando la demanda de separación o divorcio es presentada de mutuo acuerdo por los cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, es decir, el procedimiento matrimonial seguido de mutuo acuerdo. En este punto ya se advierte el primer error de remisión del art. 775.2, ya que no puede referirse, como dice, al art. siguiente 776, dedicado a la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas, sino que necesariamente debe ser al siguiente del siguiente, esto es, al art. 777. Por el contrario, si la demanda de modificación de medidas la presenta tan sólo uno de los cónyuges, es decir, cuando falta convenio entre las partes, el procedimiento al que irregularmente nos remite el art. 775 es el previsto para la adopción de las medidas provisionales previas a las demandas de nulidad, separación y divorcio —art. 771 LEC—. A la vista de lo anterior, nos encontramos con la paradoja de que si el procedimiento para la modificación de medidas es de mutuo acuerdo, se inicia una demanda firmada por Letrado y Procurador, a la que deberán acompañarse necesariamente una serie de documentos que el artículo determina, siendo necesaria la audiencia de los hijos menores o incapacitados que tuvieren suficiente juicio, y siempre la de los mayores de 12 años, y, además, dicho procedimiento concluye por sentencia contra la que cabe recurso de apelación, y, en su caso, contra la que recaiga en apelación cabrá recurso de casación, mientras que si el procedimiento es contencioso, se inicia por medio de una solicitud en la que no es necesaria la intervención de Abogado y Procurador, y termina por auto contra el que no cabe recurso alguno. Entendidas así las cosas, parece a todas luces un sistema injusto, y es obvio que hay que buscar una solución a esta cuestión, y ésa no puede ser otra que la de entender que en los casos en que no exista acuerdo entre los cónyuges, el procedimiento a seguir es el del art. 770 de la LEC de acuerdo con una interpretación lógica y sistemática del art. 775 del mencionado Cuerpo Legal, lo cual establece un equilibrio entre los pedimentos. El art. 770 dispone: "Las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el art. 777, las de nulidad matrimonio y las demás que se formulen al amparo del título IV del libro I del Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título, y con sujeción, además, a las siguientes reglas:..."; tales reglas, que enumera seguidamente el precepto, vienen a establecer una paridad con las del art. 777 LEC para las demandas solicitadas de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro. Sólo así se posibilita que la resolución judicial que ha de dictarse sea una sentencia, con posibilidad, por tanto, de recurso de apelación y casación en su caso. Por otro lado, no es lógico que lo acordado en una previa sentencia de separación o divorcio pueda modificarse y dejarse sin efecto a través de un auto no susceptible de recurso alguno, cual acontecería de aplicarse formalmente el art. 772 LEC, elegido por el Juzgado de la instancia como procedimiento a seguir en el auto de fecha 18 de junio de 2002 pese a que posteriormente, y en contra de la literalidad del texto de dicho precepto, el juzgado haya terminado el procedimiento por sentencia y haya admitido a trámite el recurso de apelación objeto de la presente resolución. Por todo ello, este Tribunal, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 290 LOPJ, acuerda decretar la nulidad de lo actuado en el procedimiento de modificación de medidas objeto de esta apelación, retrotrayendo las actuaciones al auto de 18 de junio de 2002, por entender que la tramitación de la demanda de modificación de medidas debió acomodarse a lo prevenido en el art. 770 de la LEC y no al 771.

Siguiendo este criterio y por las mismas razones expuestas en la sentencia mencionada, la Sala entiende que debe de tener acogida la apelación interpuesta por el M. Fiscal, y, en su consecuencia, se tiene que decretar la nulidad de actuaciones desde la fecha del dictado del auto de 18 de junio de

2002, incluido éste, al haberse acordado en el mismo seguir los trámites del art. 771 de la LEC cuando se hubo de haber acordado sustanciar el procedimiento de acuerdo a lo previsto por el art. 770 de la Ley de Ritos.

En cuanto al pronunciamiento sobre costas, decir que no se hace imposición de las mismas en ninguna de las dos instancias al procederse a efectuar una nulidad de actuaciones solicitada por el M. Fiscal.

3. *Admisión del recurso de apelación aun cuando el recurrente no haya especificado en su escrito de preparación los pronunciamientos de la sentencia que son objeto de impugnación.*

AP ASTURIAS, Sec. 6.ª, Sentencia de 13 de enero de 2003. Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Nuria Zamora Pérez.

En primer lugar hemos de pronunciarnos acerca de la alegación efectuada por la parte apelada en su escrito de oposición a la apelación. Y es que según dicha parte litigante el recurso de apelación nunca debió ser admitido a trámite al no cumplir el escrito de preparación del recurso los requisitos formales previstos en el apartado segundo del art. 457 de la LEC, pues no se especifican los pronunciamientos de la sentencia apelada que son objeto de impugnación.

La pretensión de la parte apelada ha de ser rechazada. La actual LEC acoge un sistema escrito en la tramitación del recurso de apelación, frente a la oralidad que rige en primera instancia. Con ello generaliza a todos los procesos la tramitación que la anterior LEC regulaba en relación al Juicio Verbal y los Juicios de Cognición. Además, dentro de la sustanciación del recurso establece dos fases, una primera de preparación en la que la parte apelante aparte de manifestar su voluntad de recurrir debe indicar cuáles son los pronunciamientos de la resolución de la primera instancia que impugna (art. 457 apartados primero y segundo). La segunda fase es la de interposición del recurso que se hará por escrito en el que se expondrán las alegaciones en las que se base la impugnación, art. 458 de la LEC.

El hecho de que en la fase de preparación deba manifestarse los pronunciamientos que se impugnan tiene por finalidad el centrar los temas que van a ser objeto de la apelación. Concreción que tiene su importancia cuando la resolución apelada contenga varios pronunciamientos y el recurso tan sólo venga referido a alguno o algunos de los mismos.

La relevancia de esa matización desaparece cuando la apelación venga referida a la totalidad de la resolución, bien porque se discrepe de ella en su integridad o bien porque, como ocurre en el caso de autos al tener ésta un único pronunciamiento el recurso sólo puede venir referido a él, con lo que ninguna duda cabe albergar acerca de cuál es el objeto de la segunda instancia.

4. *Falta de competencia de los tribunales españoles para fijar un régimen de visitas cuando con anterioridad a la petición efectuada por el padre, un tribunal alemán, estableció dicho régimen habiendo incluso intervenido dicho progenitor ante aquel tribunal.*

AP LLEIDA, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Sancho Segura.

A través de los motivos de impugnación contenidos en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia estimatoria de instancia se pretende, a través de las excepciones litispendencia y cosa juzgada que ya se articularon como motivos de oposición en su escrito de contestación a la demanda, que se declare la falta de jurisdicción, o de competencia internacional (conforme a los términos utilizados por la nueva LEC de 2000) de los Tribunales españoles para conocer de las pretensiones deducidas a través del escrito de demanda, y con las que el demandante interesó, en un primer momento, la atribución de la guarda y custodia de la menor Leticia y, subsidiariamente, el señalamiento de un amplio régimen de visitas en relación con ella, aun cuando posteriormente, y por mor del desistimiento parcial del actor, la pretensión litigiosa quedó circunscrita a este segundo pedimento que resultó parcialmente acogido por la resolución que ahora se impugna.

La correcta resolución de la cuestión litigiosa exige examinar, por un lado, los hechos acaecidos desde el momento en que se produjo la efectiva ruptura de la convivencia familiar entre los litigantes, y por otro, los criterios relativos a la extensión y límites de la jurisdicción de los Tribunales españoles, conforme a lo establecido en los arts. 21 a 25 de la LOPJ y, en su caso, la normativa contenida en los Tratados y Convenios Internacionales suscritos por España y que resulten aplicables.

De las actuaciones y diligencias probatorias obrantes en autos resultan debidamente acreditados los siguientes extremos: 1.º el demandante, D. Ángel Jesús, interpuso el 7 de octubre de 1997 demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía ante el Juzgado de La Seu d'Urgell, en el que se afirmaba que la demandada, D. Amparo, tras 12 años de convivencia, decidió poner fin a la relación y regresar a su país de origen junto con la hija común Leticia, nacida el 14 de junio de 1993. Aun cuando el demandante no llega a precisar con exactitud la fecha en la que D.ª Amparo y la menor Leticia se trasladaron a Alemania, de las actuaciones se desprende que tuvo lugar entre el mes de enero y el 1 de marzo de 1997, pues en esta última fecha inició su asistencia en la Guardería San Michel de Bonn y ha permanecido en aquella ciudad desde entonces. 2.º Con anterioridad a la interposición de aquella demanda D.ª Amparo promovió, el 12 de junio de 1997, ante el Juzgado Municipal de Bonn procedimiento de tutela en el que recayó resolución atribuyendo a la madre la patria potestad de la hija menor de edad. 3.º Por su parte, y en virtud de la petición interesada a través del escrito de demanda promovida ante los Juzgados españoles, recayó auto de medidas provisionales, de fecha 2 de octubre de 1998, por el

que se atribuía a la madre la guarda y custodia de la menor al tiempo que señalaba un amplio régimen de vistas en favor del padre. 4.º Posteriormente, D. Ángel Jesús instó ante los Juzgados alemanes una petición en orden a obtener un pronunciamiento relativo al derecho de visitas para con su hija menor de edad, habiendo recaído resolución de 27 de septiembre de 2000 aprobando el acuerdo de visitas alcanzado por ambos progenitores, sucediéndose a partir de entonces diversas resoluciones judiciales en el mismo sentido: resolución del Juzgado de Familia de Colonia de 9 de marzo de 2001, acuerdo complementario de 30 de abril de 2001, resolución del Juzgado de Familia de Colonia de 29 de junio de 2001 y resolución del Juzgado Local de Colonia de 7 de agosto de 2002. A través de cada una de estas resoluciones dictadas por los Tribunales alemanes se articuló un régimen de visitas, de carácter progresivo, del que ha venido disfrutando el padre. 4. En fecha 1 de septiembre de 2001 recayó sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de La Seu d'Urgell, en el procedimiento de menor cuantía promovido por D. Ángel Jesús, en el que se establecía un amplio régimen de vistas en favor del padre, pronunciamiento que ahora es objeto de impugnación.

De lo anterior se desprende que desde el momento en que se produjo la ruptura de la convivencia, a principios del año 1997, momento en el que madre e hija se trasladaron a Alemania, donde han permanecido desde entonces, la residencia de ambas se estableció en aquel país, de modo que en el momento de interponer la demanda ante el Juzgado de La Seu d'Urgell la residencia de la menor ya no se encontraba en territorio español.

La representación procesal de la parte apelante articula su impugnación en base a las mismas razones en las que en su momento fundamentó su oposición a la demanda, alegando así como principal motivo la falta de competencia de los Juzgados y Tribunales españoles para conocer de la controversia, y directamente relacionado con aquella alegación articuló las excepciones de cosa juzgada y litispendencia internacional, dado que existió un previo pronunciamiento sobre la misma cuestión por parte de los Tribunales alemanes a los que, en su opinión, se sometió el demandante al interesar el señalamiento de un régimen de visitas, pretensión sobre la que precisamente se pronunciaron aquellos Órganos Judiciales. En cuanto a estas últimas alegaciones debe significarse que, al margen de la estrecha relación que existe entre la cosa juzgada y la litispendencia, lo que se procura evitar es el riesgo de decisiones inconciliables o incoherentes. Por esta razón se dice que la litispendencia es un adelanto de la cosa juzgada. Pero es más, a través de ellas lo que se pretende no sólo es prevenir la inconciliabilidad de decisiones dictadas por órganos judiciales de diferentes estados sino también procurar, al mismo tiempo, una solución eminentemente práctica ya que si el segundo tribunal resuelve de forma contraria al primero, existirían dos decisiones inconciliables con una eficacia territorial limitada, ya que ni uno ni otro Estado reconocerían la ejecución de aquella otra resolución en su territorio. Por el contrario, acogiendo aquellas excepciones, y por lo tanto tratándose de una sola resolución, dictada por órgano judicial territorialmente competente, ésta sería reconocida en los demás y por lo tanto uniforme en todos los Estados. Aun cuando la excepción de litispendencia internacional se encuentra regulada en los arts. 21 y 23 del Convenio de Bruselas de 1968 y el art. 21 del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil entre España y la República Federal de Alemania de 1983, en el derecho interno español, y en concreto en la LOPJ y en la LEC de 1881, no existía ninguna regulación al respecto, aun cuando en la nueva LEC de 2000 –no aplicable al presente caso– dedica los arts. 63 a 65 y los arts. 416 y 421 a la regulación de aquella excepción procesal. Con todo, y previamente al examen acerca de la procedencia de aquella

excepción, se hace preciso examinar si los Juzgados y Tribunales españoles cuentan con competencia para conocer del presente procedimiento. Y así debe recordarse que las cuestiones sobre competencia judicial en conflictos de derecho internacional han de ser analizadas desde la perspectiva de que la jurisdicción es una manifestación de la soberanía de cada Estado y el orden público procesal, por el cual han de velar los Tribunales, incluso de oficio, exige el previo examen de la jurisdicción y competencia, en el bien entendido de que tan sólo podrá afirmarse o negarse la competencia de los Tribunales españoles pero sin que ello implique determinar la competencia o incompetencia de los Tribunales extranjeros.

Así, y en relación con esta materia, el Título I del Libro I de la LOPJ, y bajo el epígrafe "De la extensión y límites de la jurisdicción" se establecen las reglas de la competencia territorial internacional al decir, en el art. 21.1, que "los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los litigios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los Convenios y Tratados Internacionales de los que España sea parte" y a continuación determina unos foros generales y otros especiales, además de los exclusivos que no son de aplicación al presente caso. En cuanto a los primeros establecen dos foros generales, integrados por la sumisión y por el domicilio del demandado en España, sin que en el presente caso pueda afirmarse que la demandada se sometiera tácitamente a los Tribunales españoles ya que en el momento de comparecer y contestar a la demanda interpuesta por D. Ángel Jesús ante los Juzgados de La Seu d'Urgell adujo ya, en primer término, la falta de competencia de los Órganos Judiciales españoles para conocer de aquella pretensión aun cuando, de modo subsidiario, contestó a la demanda. La aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 58 de la antigua LEC resulta en estos casos controvertida por cuanto que no pueden trasladarse los principios que rigen la determinación de la competencia territorial interna de los órganos judiciales a los casos de determinación de la competencia internacional, y por esta razón el art. 18 del Convenio de Bruselas, tras decir que será competente el tribunal ante el que compareciere el demandado, dispone que esta regla no será de aplicación si la comparecencia tuviere por objeto impugnar la competencia, como ocurrió en el presente caso. No existió, por lo tanto, sumisión tácita de la demanda a los Juzgados y Tribunales españoles.

Excluida, por lo tanto, la regla general antes examinada, deberá acudirse a las reglas especiales contenidas en el art. 22.3 y 4 de la LOPJ, en la que se establecen unos foros especiales por razón de la materia, entre los que en relación con los menores se atribuye la competencia a los tribunales españoles en los dos siguientes supuestos: 1.º cuando se trate de medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores, cuando éstos tuvieran su residencia habitual en España; 2.º en materia de relaciones paternofiliales, cuando el hijo tuviera su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o cuando el demandante sea español o resida habitualmente en España. Se trata, por lo tanto, de dos normas distintas de atribución de la competencia, lo que a su vez exige calificar la acción ejercitada en la demanda a los efectos de seleccionar la norma que resulte aplicable. Y en este sentido la doctrina ha venido admitiendo que será aplicable la norma relativa a la protección de menores cuando lo que se trate sea la atribución de la custodia a uno de los progenitores en los supuestos de crisis matrimoniales o familiares, puesto que en estos casos la suerte de los menores exige la adopción de una decisión acerca de su guarda y custodia, con lo que deberá atenderse a su residencia habitual. Precisamente este criterio de conexión es el contemplado en los Tratados y Convenios Internacionales en materia de menores (Convenio de Luxemburgo de 1980, Convenio de La Haya de 1961 o Convenio de La Haya de 1980) ya que además constituye el foro más idóneo

no sólo para la obtención de pruebas sino también, y, en definitiva, para la efectividad de la decisión judicial. Así los Tribunales del lugar de residencia habitual del menor podrán contar con los medios de prueba que resulten necesarios para conocer y valorar el grado de integración del menor así como sus vínculos familiares, sociales, escolares e incluso su propia voluntad, permitiendo obtener con ello el necesario acervo probatorio en el que poder fundar una resolución que se ajuste a las verdaderas necesidades y exigencias derivada del interés del menor, y por lo tanto con estricto respeto al principio *favor filii,* y además podrán contar con el efectivo control y supervisión de la ejecución de la resolución judicial.

A mayor abundamiento, y a los solos efectos de agotar los anteriores razonamientos, resulta que si se estimara la competencia de los Tribunales españoles, por la sola aplicación del criterio de la nacionalidad del demandante o el de su residencia en España, resultaría que no existiría criterio de conexión territorial a los efectos de determinar la competencia interna de los Juzgados españoles, que vendría determinada por el lugar en el que se encontrara el domicilio del menor, fuero territorial que sería aplicable para la adopción de las medidas que se solicitaran respecto al hijo no matrimonial por cuanto que afectan al ejercicio de la patria potestad y, por lo tanto representa el ejercicio de una acción personal, con lo que, como indica la S TS 17 de noviembre de 1998, "a tenor de la regla 1.ª comprendida en el art. 62 de la LEC, la competencia para el conocimiento de las cuestiones litigiosas correspondía territorialmente al Juzgado del domicilio del menor".

De los anteriores hechos y de los razonamientos jurídicos a los que antes se ha hecho referencia resulta que en el momento en que D. Ángel Jesús interpuso demanda ante los Juzgados españoles en relación con la guarda y custodia de su hija Leticia y, subsidiariamente, peticionando un régimen de visitas, la menor residía ya en Alemania desde hacía más de siete meses y, por aquel entonces, existía una resolución judicial de los Tribunales de aquel país por la que se atribuía a la madre, D.ª Amparo, la patria potestad de la menor. Ciertamente el demandante hubiera podido utilizar, en su momento, los recursos previstos en el Convenio de La Haya de 1980 a los efectos de obtener la restitución de la menor a España y, una vez aquí, articular sus pretensiones directamente relacionadas con la menor. Deducir su demanda judicial cuando ya un Tribunal alemán atribuyó a la madre la patria potestad de la menor, pronunciamiento al que se sucedieron otras resoluciones judiciales en virtud de las cuales, con directa intervención del demandante, establecieron un régimen de visitas adecuado a las circunstancias personales, familiares y sociales en las que se encontraba la menor, conduciría a sancionar dos regímenes de visitas absolutamente distintos, es decir, el acordado por las autoridades judiciales alemanas y el acordado por los Tribunales españoles, resoluciones que, como ocurre en el presente caso, conceden un derecho de vistas de muy distinto alcance, sin que exista, como dice la sentencia del TSJ Cataluña de 10 de octubre de 2002, ninguna forma hábil para aproximar ni compatibilizar lo que disponen ambas resoluciones.

Pero es más, la posibilidad de dictar una resolución judicial que determine un régimen de vistas sin previa audiencia de la menor y sin posibilidad de evaluar, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, sus actuales circunstancias personales, familiares y sociales, máxime teniendo en cuenta el importante lapso temporal transcurrido desde el momento en que madre e hija trasladaron su residencia a Alemania, impide valorar el efectivo interés de la menor, interés directamente relacionado con el principio *favor filii* que preside tanto nuestra legislación interna como las disposiciones contenida en los Tratados internacionales suscritos por nuestro país. Y ya por último, y a mayor abundamiento, resulta que la evidente contradicción entre las resoluciones judiciales impediría su ejecución o cuan-

do menos ésta quedaría limitada territorialmente.

Por consiguiente, en la medida en que no existe controversia en cuanto la guarda y custodia de la menor, cuya patria potestad tiene atribuida la madre en virtud de resolución judicial de los Tribunales alemanes, y dado que la menor y la madre tienen su residencia habitual en aquel país en el momento en que el actor interpuso la demanda inicial del presente procedimiento, resulta que de conformidad con lo establecido en el art. 22 de la LOPJ los jueces y Tribunales españoles carecen de competencia para conocer del procedimiento, lo que irremediablemente comporta la estimación del recurso de apelación interpuesto y la revocación de la resolución de instancia en los términos interesados. El acogimiento del recurso hace innecesario examinar el articulado por la representación procesal de D. Ángel Jesús, y por el que venía a interesar una ampliación del régimen de vistas inicialmente acordado en la resolución de instancia, motivo por el que debe ser desestimado.

5. *Dictado el auto de medidas previas, el cómputo del plazo de treinta días previsto en el artículo 771 de la LEC, comienza a contarse desde la fecha de notificación del auto al ejecutante.*

AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª, Auto de 23 de febrero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Roque Villamar Montoro.

El problema que aquí se plantea es el de la fecha inicial del cómputo para el plazo de treinta días que establece el artículo 771.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, reiterando lo dispuesto en el artículo 104 del Código Civil, que se remite a la fecha de la adopción de medidas previas para el inicio del cómputo de los treinta días durante los que se ha de presentar demanda de separación o divorcio. Como segunda cuestión, se plantea el carácter civil o procesal del plazo, a los efectos de la exclusión de ese cómputo los días inhábiles. La resolución recurrida considera que la fecha de referencia es la de la adopción del auto de medidas, y el carácter civil del plazo, esto es, no distinción entre días hábiles e inhábiles.

Podemos decir que se está en un caso de caducidad que no admite la prórroga que el artículo 1885 de la derogada Ley Procesal permitía. Igualmente que para las medidas cautelares genéricas el artículo 730 habla también de un plazo perentorio, veinte días, para la presentación de la demanda, remitiéndose a la fecha de su adopción para el inicio de éste. Efectivamente, tal y como ha planteado la parte recurrente se está en un tema en el que la doctrina, única que, al parecer, ha tratado el tema con motivo de la actual Ley procesal, no es uniforme. No obstante, se ha de señalar que en el ámbito de las medidas cautelares genéricas también se ha planteado si se tendría que considerar que la medida estaba adoptada, cuando se ejecuta, con lo que la fecha de referencia se atrasa aún más. Pero esta opción, entendemos, se ha de desechar por cuanto que se remitiría a una fecha que también dependería de la parte interesada que podría demorar la solicitud de ejecución, y con ello el inicio

del cómputo, contrariando la esencia de transitoriedad de estas medidas. Carente de este inconveniente, la fecha de la verificación del embargo preventivo era tomada como referencia por el antiguo artículo 1411 de la Ley Procesal derogada. Téngase en cuenta también que la efectividad de la medida solicitada depende, primero, de que la parte conozca que se ha adoptado, y segundo, de que solicite su efectividad mediante la oportuna demanda ejecutiva, lo que requiere un plazo de espera de veinte días desde la notificación de la resolución ejecutiva al ejecutado, conforme al artículo 547 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (aplicable según la remisión contenida en el artículo 776), con lo que se está en el caso de que, a diferencia de las medidas cautelares genéricas cuya efectividad se acuerda en la misma resolución que resuelve la petición que se hace, aquí se ha de esperar no sólo la notificación sino el plazo de veinte días para su petición de efectividad. El caso tiene un paralelismo con el artículo 518 relativo a la caducidad de la acción ejecutiva fundada en títulos judiciales que remite a la fecha de la firmeza de la resolución, supuesto en el que no es ni la fecha de la resolución, ni la de la notificación de la misma, se ha de esperar a la firmeza, aquí, se tendría que esperar al plazo para el cumplimiento voluntario. También el artículo 1428 de la derogada Ley procesal daba un plazo de diez días para la presentación de la demanda a contar desde su concesión, lo que no podría predicarse sino a la fecha en la que el beneficiado por la medida lo sabía, pues, en otro caso, y ante posibles retrasos en la notificación o quedaba mermado el plazo o incluido podría haber transcurrido. En todo caso, podemos decir que la presentación de la demanda sería acuciante en el supuesto de que se hubiesen concedido esas medidas, pero dejaría de serlo si aquéllas no se conceden, en este caso, nada habría de ser ratificado en el procedimiento principal, del que las medidas previas serían un paso previo, lo que, ya desde este momento, nos lleva a concluir, con el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 29-9-1999 a propósito del artículo 104 del Código Civil, que se trata de un plazo procesal, al estar referido a una actuación concreta que se solicita a la parte en procedimiento en curso que se archivará si no actúa conforme dispone la norma. En todo caso, el interesado se encuentra en una situación que la debida tutela de sus derechos viene a exigir que conozca si está sometido a plazo para la presentación de la demanda.

Se hace preciso que el interesado conozca que se han adoptado las medidas, para conocer lo que se le exige que haga. Si esto es así, es evidente que el legislador cuando habla de la fecha en que se adoptan aquéllas, está moviéndose en un marco legal concreto que impone que la notificación de las resoluciones, también la que acuerda estas medidas, se realice el plazo máximo de tres días desde su fecha o publicación (artículo 151). No existe inconveniente alguno en reconocer que este requisito temporal puede dejar de cumplirse en la práctica, y que en el caso presente ha ocurrido, pues cuando menos a la parte ejecutante parece que se le notificó el auto de fecha 24-6-2002 el 2-7-2002, sin que esto suponga reproche alguno al proceder del Juzgado, sino simplemente la constatación de una realidad, por lo demás más que habitual en la práctica judicial. Lo que se viene a decir con esto, es que por las fluctuantes diferencias de fechas de la notificación de las diferentes resoluciones judiciales, estar a la fecha de aquéllas para el inicio del cómputo puede generar mucha incertidumbre. Esta situación crea una innegable inseguridad jurídica que puede frustrar el derecho a la tutela judicial efectiva del afectado, lo que impone una aplicación de la norma en el sentido más respetuoso para ese derecho fundamental en la medida que ello no afecte al derecho de la contraparte, y resulte acorde con el resto de regulaciones sobre este particular. En este sentido, ya el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 29-9-1999, antes citado, y a propósito del artículo 104 del Código Civil, se inclinaba por estar a la fecha de

la notificación del auto para el inicio del cómputo, solución que nos parece más justa y objetiva en tanto que si se trata de imponer una determinada conducta a la parte, ésta ha de saber el contenido de la resolución sin que el plazo de treinta días marcado no se vea mermado por retrasos en la notificación de aquélla. Es por ello, por lo que el recurso ha de ser estimado en el sentido de declarar que la ejecución siga adelante desestimando la oposición planteada por al representación de don Pedro A. V. en el sentido de que a la fecha de la presentación de la demanda ejecutiva planteada no había caducado la acción a favor de la ejecutante para instar la ejecución del auto de medidas previas dictado con fecha 24-6-2002 por tenerse que estar a la fecha de su notificación a la luego ejecutante para el inicio del plazo de treinta días que la Ley autoriza y que se considera de naturaleza procesal.

Sobre las costas de esta alzada, no cabe hacer especial pronunciamiento al estimarse el recurso de apelación. Sobre las de primera instancia, la remisión contenida en el artículo 561.1.1.º al artículo 394), permite hacer uso de la previsión en éste contenida para supuestos de "serias dudas de hecho o de derecho", como lo muestra tanto la polémica doctrinal al respecto, como la mera literalidad del precepto controvertido, con lo que no cabe hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la oposición tramitada en primera instancia.

6. *Imposición de las costas a la parte actora que desiste de la demanda de separación interpuesta, al no haber sido consentido por la parte demandada tal desistimiento.*

AP CÁCERES, Sec. 1.ª, Auto de 20 de marzo de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Bote Saavedra.

El escrito inicial del procedimiento promovió demanda de modificación de medidas acordadas en sentencia firme, y una vez admitida a trámite la demanda y emplazadas las partes, se opuso D.ª Margarita, proponiéndose y practicándose casi la totalidad de las pruebas, y posteriormente, la representación del actor presentó escrito manifestando que "desiste del procedimiento referenciado, interesando la no imposición de costas". Conferido traslado a la parte demandada, que se había personado con abogado y procurador, manifestó su oposición al desistimiento, y que en todo caso, se impusieran las costas por su mala fe, y con fecha 20 de diciembre de 2002 se dicta auto, desestimando la oposición al desistimiento, sin imposición de costas a ninguna de las partes, a la vez que acordaba el desistimiento del juicio.

Disconforme la parte demandada se alza el recurso de apelación, en el particular relativo a las costas, interesando la revocación del auto sobre dicho extremo para que se le impongan a la parte que ha desistido del procedimiento.

La parte contraria no contestó al traslado conferido del recurso.

Centrados los términos del recurso, y examinado el procedimiento, se pone de re-

lieve que una vez presentada y admitida la demanda se desarrolló el juicio por sus trámites, incluida la práctica de las pruebas, momento en que el actor presenta un escrito limitándose a decir que desiste del procedimiento y no se le impongan las costas. Como hemos dicho la parte contraria se opuso al desistimiento, interesando la continuación del procedimiento, y en todo caso, cualquiera que fuera la solución que diera el Juzgado se le impusieran las costas a la parte que había desistido, razonando la Juzgadora la no imposición, porque estamos en materia de familia y que las costas no se impondrían aun cuando se hubiera desestimado la demanda.

Sin embargo, aun cuando es cierto que en materia de familia la regla general es no hacer especial pronunciamiento sobre las costas, cualquiera que sea el resultado de la sentencia, en los supuestos de desistimiento, la solución no puede ser la misma, porque estos supuestos tienen una regulación especial en la LEC concretamente el art. 396 que hace depender la imposición de costas al consentimiento del demandado, es decir, si el demandado no consiente el desistimiento se impondrán las costas al actor y si lo consiente no se condenará en costas a ninguno de los litigantes.

En el presente supuesto, el actor en ningún momento justifica ni intenta justificar el desistimiento, se limita a decir que desiste, cuando es lo cierto que había obligado a la demandada a designar Abogado y Procurador para poder defenderse con los gastos que ello conlleva, por consiguiente, se hace acreedor a la imposición de costas en aplicación del precepto citado, que en ningún caso distingue entre una u otra clase de procedimiento.

En consecuencia, procede estimar el recurso y revocar la resolución recurrida en el particular relativo a las costas de la instancia que se imponen a la parte actora.

7. *Nulidad de actuaciones por haberse tramitado el procedimiento de modificación de medidas conforme a lo previsto en el artículo 771 de la LEC, ya que el trámite correcto es el establecido en el artículo 775 de la LEC.*

AP BALEARES, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de abril de 2003. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Juana M.ª Gelabert Ferragut.

El procedimiento del que dimana el presente Rollo se inició en virtud de demanda interpuesta por la Procuradora D.ª Concepción, en nombre y representación de D. Francisco, contra D.ª Caridad y D.ª Merce, en solicitud de modificación de medidas de divorcio. En el referido procedimiento se siguieron los trámites previstos en el art. 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, por remisión del artículo 775.2 del mismo cuerpo legal.

Las demandadas se opusieron a la modificación de la medida pretendida por el actor y en fecha 31 de julio de 2002 recayó sentencia en el procedimiento en la que se desestimó la modificación de la medida interesada en la demanda. Contra dicha sentencia la parte actora interpuso recurso de apelación.

Al haber propuesto la parte actora-apelante prueba en esta alzada, se celebró vista

conforme lo dispuesto en el art. 464 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la misma se dio traslado a las partes sobre la existencia de una posible nulidad de actuaciones por no haberse seguido, en primera instancia, el procedimiento adecuado.

El referido traslado fue evacuado por las partes, alegando, la parte actora-apelante, que consideraba que procedía la nulidad de actuaciones, y solicitando, las demandadas-apeladas, que se tuviera por subsanado el error procesal del procedimiento.

Como hemos indicado antes, el procedimiento se siguió por los trámites previstos en el artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, por remisión del artículo 775.2 del mismo Cuerpo Legal. Pues bien, de la lectura del confuso párrafo segundo del artículo 775 de la LEC, se infiere que existen dos procedimientos para la modificación de medidas definitivas: el consensual, cuando se presenta la demanda de modificación de medidas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno solo con el consentimiento del otro y, el contencioso, cuando la modificación se pretende tan sólo por uno de los cónyuges.

De tal forma que, si las partes llegan a un acuerdo para modificar las medidas definitivas dictadas en anterior procedimiento (siendo indiferente que éstas se adoptasen inicialmente de forma consensual o contenciosa), dicha petición deberá canalizarse a través de lo establecido en el artículo 777 de la LEC, relativo al procedimiento que ha de seguirse cuando la demanda de separación o divorcio es presentada de mutuo acuerdo por los cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, esto es, el procedimiento matrimonial seguido de mutuo acuerdo.

En este punto, ya se advierte el primer error de remisión del precepto, pues no puede referirse, como dice, el artículo siguiente, éste es el 776, dedicado a la ejecución forzosa de las pronunciamientos sobre medidas, sino que debe ser, necesariamente, al siguiente del siguiente, esto es, al artículo 777 de la LEC.

Por el contrario, si la demanda de modificación de medidas la presenta tan sólo uno de los cónyuges, esto es, cuando falta convenio entre las partes, el procedimiento al que nos remite el artículo 775 es el previsto para la adopción de las medidas previas a la demanda del artículo 771 de la LEC.

A la vista de lo anterior, nos encontramos con la paradoja de que, si el procedimiento para la modificación de medidas es de mutuo acuerdo, se inicia por una demanda firmada por Letrado y Procurador a la que deberá acompañarse, necesariamente, una serie de documentos que el artículo determina, es necesaria la audiencia de los hijos menores incapacitados que tuvieren suficiente juicio y siempre la de los mayores de doce años y concluye por sentencia, contra la que cabe interponer recurso de apelación y, en su caso, contra ésta, recurso de casación, mientras que, si el procedimiento es contencioso, se inicia por medio de una solicitud en la que no es necesaria la intervención de Abogado y Procurador y termina por auto contra el que no cabe interponer recurso alguno.

Entendidas así las cosas, parece, a todas luces, un sistema injusto y es obvio que hay que buscarle a esta cuestión de remisión de procedimientos tan distintos, una solución. Solución que, a juicio de esta Sala, consiste en entender que en los casos en que no exista acuerdo entre los cónyuges, el procedimiento a seguir es el del artículo 770 de la LEC, de acuerdo con una interpretación lógica y sistemática del artículo 775 de la LEC, solución que establece un equilibrio entre los procedimientos. El artículo 770 citado dispone: “las demandas de separación y divorcio, salvo las previstas en el artículo 777, las de nulidad de matrimonio y las demandas que se formulen al amparo de este título IV del Libro I del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título y con sujeción además a las siguientes reglas que enumera”.

Reglas que vienen a establecer una paridad con las del artículo 777 de la LEC para

las demandas solicitadas de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento de otro. Sólo así se posibilita el que la resolución judicial que ha de dictarse, sea una sentencia, con posibilidad, por tanto, de recursos de apelación y casación en su caso, no siendo, por otra parte lógico que lo acordado en una previa sentencia de separación o divorcio, pueda dejarse sin efecto y modificarse a través de un auto, no susceptible de recurso alguno.

Por todo lo dicho, esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se acuerda decretar la 382/2002 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Palma, retrotrayendo las actuaciones al momento de admisión a trámite de la demanda, por entender que la tramitación de la misma debió acomodarse a lo previsto en el art. 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no al artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VIII. CONVENIO REGULADOR

1. *La circunstancia de que en el convenio regulador se estableciera como causa de extinción el "contraer matrimonio", ello no supone la exclusión de otras causas tasadas legalmente como extintivas de dicha pensión, en concreto, la "convivencia marital", dada su equiparación a la institución matrimonial.*

AP CÁDIZ, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Rivera Fernández.

Invoca la apelante un único motivo de apelación: la improcedente extinción de la pensión compensatoria por desequilibrio económico establecida a favor de D.ª Gloria y a cargo de D. Juan Ramón, fijada en la previa sentencia de separación matrimonial, ante la apreciación de la concurrencia de los presupuestos exigidos en el art. 101 del CC; en concreto, "la convivencia marital con otra persona".

Como es sabido, la finalidad de la pensión compensatoria no es otra que la de establecer una pensión a favor del cónyuge que a raíz de la separación o del divorcio sufra un empeoramiento de su situación económica. De ahí que, para su fijación o cuantificación haya de estarse al momento en que se produce la ruptura matrimonial, momento en que nace el derecho al percibo de la pensión por aquél de los cónyuges al que la ruptura le suponga un empeoramiento en su situación económica. Asimismo, una vez fijada la pensión por desequilibrio económico, tal y como establece el art. 101 del CC se produce su extinción, entre otras causas y en lo que a este recurso interesa, por "contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona".

En el supuesto aquí planteado, se ha alegado en primera instancia y se ha entendido probado por el juzgador de instancia la existencia de una convivencia marital de D.ª Gloria con D. Jorge desde mayo de 1999. Es, por ello, por lo que cumplido el requisito

exigido en el art. 101 del CC anteriormente transcrito debe entenderse extinguido el derecho al cobro de la pensión.

Frente a la argumentación expuesta en la sentencia de primera instancia la apelante señala, esencialmente, dos cosas: 1) La convivencia entre D.ª Gloria y D. Jorge no debe entenderse que configura el supuesto de hecho exigido por el término "convivencia marital" manifestado en el art. 101 del CC; y 2) El convenio regulador que sirvió de base para la adopción de las medidas, tanto en el ámbito personal como económico, en el previo proceso de separación judicial (autos núm. 223/1999, S 4 de octubre de 1999) establecía en su cláusula novena lo siguiente: "... Pero expresamente se pacta que esta pensión compensatoria se extinguirá en el caso de que la esposa contraiga nuevo matrimonio con otra persona...". De este modo, ha existido una derogación convencional de lo establecido el art. 101 del CC en lo atinente a la "convivencia marital" como causa de extinción de la pensión compensatoria que vincula al actor que no podría sustentar su pretensión en la misma.

Por lo que respecta a la primera alegación planteada por la apelante, falta de convivencia marital, debe señalarse que por convivencia marital debe entenderse, no una simple relación sentimental, más o menos pasajera, sino una situación de comunidad de vida análoga al matrimonio, no incurriéndose en causa de extinción de la pensión por el mero hecho de residir en una misma vivienda si no hay una vida y proyecto en común cuya manifestación pública se traduce en una serie de actuaciones propias de la vida doméstica realizadas en común, compartiendo, administrando y disfrutando en común. Pero, tal y como sucede en el presente supuesto, ¿cómo puede probarse dicha convivencia? Indudablemente, toda actividad probatoria encaminada a demostrar una situación tan puramente subjetiva e inmersa en el grado de lo íntimo es difícilmente demostrable, de ahí que deba admitirse su acreditación mediante presunciones de hecho. De este modo, en el caso presente, la demandada, D.ª Gloria, reconoce su convivencia con D. Jorge, si bien sustentada en la mera amistad y en la intención de compartir los gastos diarios. No obstante, la testifical aportada por los propios hijos de la demandada es clarificadora a la hora de afirmar que la convivencia entre la Sra. Gloria y el Sr. Jorge no está sustentada en la mera amistad, sino que constituye una auténtica relación marital. Incluso, visualizado el soporte magnético de la vista oral, esta Sala entiende que, aunque lo niega, las manifestaciones de la Sra. Gloria son, en cierto modo, dubitativas a la hora de negar la convivencia marital con el Sr. Jorge, circunstancia que reafirma la convicción, ya manifestada en la primera instancia, de que la convivencia entre ambas personas constituye un claro ejemplo de la misma.

La cuestión verdaderamente de fondo que se plantea en el presente recurso viene planteada por la posible eficacia de la cláusula novena del convenio regulador, acordado en el procedimiento de separación judicial previo, por la cual se establecía que la pensión por desequilibrio económico sólo se extinguiría por dos causas: 1) Por contraer matrimonio la acreedora, y 2) Por acceder al mercado laboral.

Esta Sala no pone reparo alguno a la posibilidad de que las partes puedan alterar, en aras de su autonomía privada y dentro de los límites propios de la misma (art. 1255 del CC), las causas que den lugar a la extinción de la pensión por desequilibrio económico. Pero, tal posibilidad es una cosa y otra muy distinta el que la concreta cláusula novena del convenio regulador aquí planteado constituya una limitación de dichas causas de extinción establecidas en el art. 101 del CC, lo que nos lleva a interpretar la señalada cláusula, sin lugar a dudas de naturaleza contractual derivada del acuerdo de voluntades conseguido entre ambos cónyuges.

La cláusula novena en discordia señala lo siguiente: "... Pero expresamente se pacta que esta pensión compensatoria se extinguirá en el caso de que la esposa contraiga nuevo matrimonio con otra persona..". La cues-

tión es la siguiente: ¿Dicha cláusula supone una exclusión expresa, por parte de los cónyuges, de la "convivencia marital" como causa de extinción de la pensión por desequilibrio económico? Esta Sala entiende que la respuesta debe ser negativa, ya que del hecho de haber reflejado como causa de extinción el "contraer matrimonio" no supone una exclusión de otras causas tasadas legalmente como extintivas de dicha pensión, en concreto, la "convivencia marital", que, como de todos es sabido goza de una amplia equiparación al matrimonio en nuestro ordenamiento, avalada por la jurisprudencia del TS, no en vano son numerosas las leyes de carácter autonómico, y en lo que nos afecta también en nuestra Comunidad Andaluza, reguladoras de las parejas de hecho en las que tal equiparación es manifiesta.

IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

1. *Aun cuando los cónyuges pactaron un régimen muy flexible de comunicación del padre con la hija menor, ello no le permite al padre exigir que se obligue a la madre, con quien convive la hija, a facilitar el número de teléfono fijo de su vivienda, que el derecho a la intimidad de la madre le permite mantener oculto.*

AP BURGOS, Sec. 2.ª, Auto de 9 de enero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ibáñez de Aldecoa Lorente.

Procede desestimar el recurso interpuesto, y confirmar el Auto apelado, toda vez que, si bien es cierto que de la cláusula segunda del Convenio Regulador que fue homologado por la sentencia de separación, se extrae la conclusión de que los cónyuges pactaron un régimen muy flexible de comunicación del padre con la hija menor, ello no le permite a dicho progenitor exigir que se obligue a la madre, con quien convive la hija, a facilitar el número de teléfono fijo de su vivienda, que el derecho a la intimidad de la madre le permite mantener oculto, una vez consumada la ruptura de la convivencia, cuando tiene un teléfono móvil que permite a la hija comunicarse con fluidez con el padre. El hecho de que la tecnología permita al usuario de un teléfono móvil identificar la llamada, y rechazarla, en el caso de que no quiera aceptar la comunicación, nada aporta al presente supuesto, toda vez que, esa posibilidad también existe hoy en día con determinadas líneas y modelos de teléfonos fijos, y, en todo caso, en modo alguno se ha acreditado que la madre, haciendo uso de esa posibilidad, o de cualquier otro medio, esté impidiendo u obstaculizando una comunicación razonablemente fluida del padre con la hija, dentro de los límites acordados en el Convenio Regulador, y con respeto del principio contemplado en el párrafo segundo del artículo 92 del Código Civil.

Sí procede, sin embargo, acoger el recurso interpuesto, en el particular relativo a las costas, que le fueron impuestas al ejecutan-

te, por aplicación del artículo 716 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 8 de enero, toda vez que la naturaleza de las cuestiones que se debaten en el presente procedimiento, el hecho de que el referido artículo no sea de estricta aplicación al supuesto que nos ocupa, y la inexistencia de precepto específico en materia de costas para un incidente como el que nos ocupa, impiden hacer expresa imposición de costas, al no apreciarse tampoco temeridad ni mala fe en ninguno de los litigantes.

2. *No habiendo abandonado la esposa el domicilio familiar en la fecha indicada en el convenio regulador, procede su desalojo inmediato sin que sean de aplicación las normas procesales de ejecución de condenas de hacer de carácter personalísimo.*

AP CASTELLÓN, Sec. 1.ª, Auto de 29 de enero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Esteban Solaz Solaz.

La parte dispositiva de la resolución recurrida literalmente dispuso: "Imponer a doña Isabel una multa coercitiva de 30 euros mensuales hasta que proceda a desalojar la vivienda sita en Torreblanca (Castellón), con el apercibimiento de que si transcurrido un año continuare sin abandonar la vivienda se podrán adoptar cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante".

Se somete a la consideración de la Sala por medio del presente recurso de apelación el acierto de la resolución dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia Núm. 4 de Castellón que, en la Ejecución Forzosa del Convenio Regulador de fecha 25 de enero de 2001 aprobado por Sentencia de Separación de mutuo acuerdo dictada el día 10 de abril de 2001, instada por don Vicente para que la demandada doña Isabel abandonara de forma inmediata la vivienda que constituía el domicilio conyugal sito en Torreblanca (Castellón), impuso a la ejecutada una multa coercitiva de 30 euros mensuales hasta que proceda a desalojar la vivienda con el apercibimiento de que si transcurrido un año continuare sin abandonar la vivienda se podrán adoptar cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante. El Juez de la ejecutoria fundó su resolución, tras rechazar la oposición a la ejecución expuesta por doña Isabel en que la condena de hacer cuya ejecución se pretendía era de carácter personalísimo, por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 709.1 y 3 de la LEC impuso a la demandada multas mensuales coercitivas hasta el abandono de la vivienda.

El ejecutante y ahora apelante don Vicente discrepa del criterio decisorio adoptado por la resolución recurrida y solicita de la Sala su revocación y que en su lugar se dicte otra por la que se ordene a la ejecutada el desalojo inmediato de la vivienda que fuera domicilio familiar y la expresa imposición a la misma de las costas de la oposición, alegando en apoyo de su pretensión revocatoria la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al privar al ejecutante de lo establecido en una sentencia firme, no man-

dando cumplir la sentencia ejecutada en sus propios términos y degradando la petición de ejecución a una sanción alternativa que sólo a la incumplidora favorece sin que se haga pronunciamiento alguno sobre las costas de la ejecución. Solicitud revocatoria que ha sido impugnada por la parte contraria que interesa la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

El derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE integra dentro de su contenido el derecho a la ejecución de la sentencia en sus propios términos (arts. 117 CE y 18.2 LOPJ), que se califica constitucionalmente por la nota de efectividad. Por ello, sólo cuando se da cumplimiento a las resoluciones judiciales firmes el derecho al proceso se hace real y efectivo ya que si fuera de otro modo, el derecho no pasaría de ser una entidad ilusoria, al igual que las decisiones judiciales no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance practicado ni efectividad alguna. Así el cumplimiento de lo acordado por los jueces y Tribunales en el ejercicio de su función jurisdiccional constituye una exigencia objetiva del sistema jurídico y una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho pues implica, entre otras manifestaciones y vinculación de todos los sujetos al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adoptan los órganos judiciales, no sólo juzgando sino también haciendo ejecutar lo juzgado (STC Pleno núm. 73/2000, de 14 marzo). En el presente caso, el Juez *a quo* ni resolvió la cuestión planteada en la ejecución conforme a las normas procesalmente establecidas sobre la oposición a la misma, ni respetó el derecho del ejecutante a que la sentencia dictada en el proceso de separación se ejecutara en sus propios términos, conculcando así el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, que debe ser reparado en esta alzada. Promovida demanda de ejecución de título judicial o transaccional aprobado judicialmente, como lo era el concreto pacto sobre abandono de la vivienda que fuera domicilio familiar sito en Torreblanca (Castellón) contenido en el Convenio Regulador (Extremo 1 del Convenio, F. 5) aprobado por la Sentencia de Separación de fecha 10 de abril de 2001, y formulada oposición a la ejecución por doña Isabel basada en motivos de fondo (variación de las circunstancias tenidas en cuenta para adoptar dicho pacto y aplicación del principio *favor filii*), como fuere que el Juez de la ejecución rechazare la oposición a dicha ejecución por entender que debió hacerla valer en el correspondiente proceso matrimonial de modificación de medidas y no existir causa legal para no dar curso a la ejecución, la resolución que debió adoptar no era otra que la prevista en el artículo 561.1 de la LEC, esto es, declarar procedente la ejecución y condenar al ejecutado en las costas de la ejecución en los términos previstos en el artículo 394 de la LEC, pues éste es el procedimiento establecido para toda clase de oposiciones a la ejecución al estar contemplado dentro de las disposiciones generales de la ejecución dentro del Título III del Libro III de la LEC, y ello sin perjuicio de las especialidades contempladas en el artículo 776 de la LEC para la ejecución forzosa de medidas en procesos matrimoniales, que no resulta de aplicación al caso. Contrariamente a este proceder, el Juez de instancia, sin razón ni motivo alguno, cambió el trámite a seguir y considerando que la condena de hacer era de carácter personalísimo, sin resolver sobre la oposición a la ejecución, continuó la ejecución modificando el título judicial e impuso a la ejecutada una multa coercitiva cuya cuantía arbitrariamente fijó en 30 Euros mensuales hasta que desalojara la vivienda. Sin embargo, ni la condena de hacer cuya ejecución se pretende constituye una obligación personalísima por no depender el abandono de la vivienda de la condición y circunstancias de la ejecutada (arts. 1098 y 1161 CC), ni puede dejarse de ejecutar una sentencia en sus propios términos aplicando normas que ninguna relación guardan con lo discutido, ni puede el Juez de la ejecución incluir pronunciamientos ejecutorios no solicitados ni pretendidos por la parte ejecu-

tante. Rechazada como fue la oposición a la ejecución por motivos de fondo alegada por la ejecutada doña Isabel, el único pronunciamiento posible y respetuoso con el derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante, era el de desestimar la oposición mostrada y declarar procedente que la ejecución siga adelante imponiendo las costas de la misma a la parte ejecutada, pronunciamiento que debemos ahora realizar en esta alzada con estimación del recurso de apelación formulado.

Por cuanto antecede y queda expuesto procede, con la estimación del recurso de apelación interpuesto, la revocación de la resolución recurrida, y en su lugar, declarar que la ejecución siga adelante ordenándose a la ejecutada el desalojo de la vivienda bajo apercibimiento de lanzamiento e imponiéndole las costas de la oposición (arts. 394 y 561.1. párrafo 2.º, ambos de la LEC), sin que proceda hacer especial declaración sobre las costas de alzada, conforme a lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. *Abono de las pensiones fijadas en el convenio regulador desde la fecha en que se firmó, pudiendo reclamarse las cantidades impagadas desde la fecha del convenio hasta la fecha de la sentencia que lo aprueba, en la propia ejecución de sentencia de separación sin tener que acudir a un procedimiento declarativo.*

AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, Auto de 11 de junio de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Berdugo Gómez Torre.

Impugna la parte recurrente Doña Concepción en el primer fundamento jurídico de su recurso la afirmación de la sentencia recurrida contenida en los antecedentes de hecho de que "esta deuda se corresponde con los atrasos en el pago de la pensión compensatoria", afirmación que consideren inexacta pues de la cantidad reclamada, 3.356,05 euros y 471,19 euros corresponden al importe de gananciales adjudicados en la estipulación 9.º del convenio. Así, de los 42.542,04 euros que debieron abonarse el 30-11-2001, sólo se abonaron por el ejecutado en dos pagos posteriores de 20.708,84 euros, por lo que aún se adeudan 471,19 euros del concepto parte de los gananciales adeudados a la apelante y no abonados por el esposo, y no en concepto de pensión compensatoria.

El recurso sólo, en parte, debe ser estimado, pues se observa un error en las cantidades que el ejecutado ha abonado por aquel concepto.

En efecto la cantidad inicialmente adeudada era de 42.542'04 euros, y los entregados por el esposo, 36.060'73 el 22-12-01 y 6.454'87 euros el 5-6-02, es decir un total de 42.515'60 euros (7.074.000 ptas.), por lo que resta por pagar son solamente 26,44 euros cantidad en la que debe estimarse el motivo del recurso.

Efectuada esta precisión previa se impugna en esta alzada la resolución de fecha

28-1-03, en virtud de la cual estimando en parte la oposición formulada contra el auto de 17-1-02 que despachó ejecución contra D. Rafael reduciendo el importe a las cantidades debidas por prescripción a la fecha de la sentencia, 1-9-01 que acordó el divorcio y aprobó el convenio regulador, en lugar de las adeudadas por el esposo desde el momento en que ambos cónyuges suscribieron dicho convenio regulador, 1 de junio de 2001, fijando esta fecha como la del inicio del devengo de la pensión compensatoria (estipulación 7.ª) que posteriormente fue aprobado a través de aquella resolución. Se trata así de determinar el momento en que resultan exigibles las obligaciones económicas dimanantes del convenio regulador y, en su caso, resolver acerca del procedimiento a través del cual deban reclamarse las pensiones devengadas desde la firma del convenio hasta la fecha de la sentencia.

El desarrollo argumental del motivo hace necesario recordar la naturaleza jurídica del convenio Regulador en las situaciones de crisis matrimonial, siendo interesante recoger aquí la interpretación que efectúa la S. TS. 22-4-97, citada por la recurrente, que venía a resumir la doctrina y jurisprudencia hasta la fecha señaladas: "En principio, debe ser considerarlo como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como *conditio iuris* determinante de su eficacia jurídica. Deben por ello, distinguirse tres supuestos: en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobación judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el apartado 90 CC". Por su parte la 25-6-87 declara igualmente que "se atribuye trascendencia normativa a los pactos de regulación de las relaciones económicas entre los cónyuges, para los tiempos posteriores a la separación matrimonial"; la de 26-1-93 añade que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes"; la de 21-12-98 recuerda que "la Ley 7-7-81 ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges, los convenios así establecidos tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que son carácter general establece el código civil para toda clase de contratos en el artículo 1261 CC, siendo la aprobación judicial que establece el art. 90 del Código un requisito o *condictio iuris* de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva, de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia," y la 15-2-02 incide en su naturaleza de auténticos negocios jurídicos de derecho familia (s. 22-4-97) y su carácter contractual, "se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas, reconocida por la Jurisprudencia (ss. 26-1-93, 7-3-95,22-4, 19-12-97, 27-1 y 21-12-98) y la doctrinal registral (Resoluciones de la DGRN de 31-3 y 10-11-95 y 1-9-98) que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante interpartes o la aprobación y homologación judicial".

Es la propia ley, como dice la SAP Barcelona 20-2-02, la que atribuye a los miembros de la pareja un amplio margen a la autonomía de la voluntad para regular los efectos de la situación de crisis, ya que en principio nada mejor que los propios interesados están en condiciones para determinar los efectos de la ruptura, razón por la cual alcanzados los acuerdos sobre los efectos económicos de la ruptura, los cónyuges vienen obligados a cumplirlos y siendo

aprobados por resolución judicial, el cumplimiento de tales pactos puede instarse por la vía de apremio. Consecuencia de lo anterior debe interpretarse que la fecha de los efectos no puede ser otra que la de la firma del Convenio, momento en que se pactó —y así se recogió expresamente— la cantidad que debía abonarse.

Consecuencia de lo razonado es la estimación del recurso en este extremo. Cierto es, como se infiere del auto recurrido, que lo que ahora se insta es la ejecución de una sentencia y no de un convenio regulador que no puede considerarse como título que lleva aparejada ejecución, más aún, conforme a lo establecido en el apartado segundo *in fine* del art. 90 CC, será precisa la previa homologación judicial del convenio regulador antes de la reclamación por vía de apremio, aun cuando con esta disposición tan sólo se establece el momento a partir del cual será posible deducir aquella reclamación, aun cuando deja sin resolver cuál será el contenido de aquella ejecución.

La SAP Lleida 4-9-01 significa que el convenio regulador no constituye únicamente un requisito procesal para interponer una demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo, sino que representa un efectivo negocio jurídico, pero de naturaleza mixta, al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial, que no desplaza su naturaleza contractual, como parcela de privatización en el Derecho de Familia y no está sujeto a formalidades rigurosas, bastando que contenga los mínimos, que enumera el art. 90 CC, siendo predominante la voluntad concorde de los cónyuges, con lo que lo acordado alcanza situación de irrevocabilidad, salvo que se produzca una modificación judicial, cuando legalmente procede (STS 21-12-98) que exige de su homologación judicial para contar con la necesaria eficacia procesal. Se trata, por lo tanto, del medio a través del cual los cónyuges manifestaran su voluntad acerca de los efectos que deberá tener la separación o divorcio y, por esta razón constituye un requisito indispensable en los procedimientos matrimoniales de mutuo acuerdo. La posterior intervención judicial se limitará a controlar la legalidad de lo acordado por los interesados y, en su caso, a la aprobación mediante su incorporación a la sentencia. Por lo tanto, los pactos contenidos en el convenio regulador, excepción hecha de aquellas materias que vulneren lo que se denomina orden público familiar, despliegan sus efectos y por lo tanto son exigibles a las partes del momento en que se hubiere sido suscrito y podrán reclamarse, por vía de apremio, a partir del momento en que hubiera sido homologado judicialmente a través de la sentencia.

Por lo demás no puede olvidarse que exigencias derivadas del principio de economía procesal impiden remitir a la actora recurrente a un proceso declarativo en el que deducir su reclamación referida a la exigibilidad de las pensiones devengadas desde la fecha en que se suscribió — y así se acordó— el convenio regulador hasta el momento en que se dictó sentencia.

En base a lo razonado, debe estimarse el recurso de apelación y reponer así la resolución de instancia en el sentido de acordar seguir adelante la ejecución, también, por la cantidad pendiente de pago de pensiones desde la fecha que consta en el convenio regulador, 1-6-01, esto es 2884'85 euros (480.000 ptas), sin que pueda hablarse de pagos duplicados por la vigencia hasta el 1-9-01 de las medidas provisionales por los que D. Rafael venía abonando 120.000 ptas. mensuales por alimentos y cargas familiares, dado que estas cantidades han sido deducidas previamente por la ejecutante del total adeudado.

4. *Abono de los intereses por impago de las pensiones desde la fecha en que se interpuso la demanda de ejecución, y no desde las fechas en que se iban produciendo los sucesivos impagos.*

AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, Auto de 11 de junio de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Berdugo Gómez Torre.

En cuanto a la problemática de los intereses de demora que la recurrente solicita se adeuden, sobre la cantidad impagada en cada incumplimiento y por el tiempo que éste haya durado, tal como determina el art. 1108 en relación con los arts. 1100, 1101 y 1102 todos del Código Civil; debemos recordar que ciertamente la más moderna jurisprudencia considera que el máxime *in illiquidis non fit mora,* aplicable a supuestos variados en su tipología pero referentes, sustancialmente, a aquellos en que la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se lleve a efecto la fijación de la misma a través de la correspondiente resolución judicial, ha sido atenuada, en su aparente automatismo por esta doctrina jurisprudencial a cuyo tenor la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que con autoridad a la resolución judicial ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor y así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aun cuando fuese menor de lo por él reclamada, pero no tratándose de deudas mercantiles los intereses legales moratorios se devengan desde la interposición de la demanda, cuando falta el requerimiento o intimación anterior al cumplimiento de la obligación, esto es, desde el momento que se procedió a su exigencia judicial (STS 1-12-97, que cita las de 5-4-92, 18-2-94, 21-3-94 y 24-5-94, así como también las SSTS 26-3-97, 30-1-98, 30-7-99, 11-11-99 y 8-10-02) en este caso desde la demanda instando la ejecución de la sentencia.

5. *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.

X. REGÍMENES ECONÓMICOS

1. *Desestimación de la tercería de dominio instada por la esposa, ya que aun cuando la escritura de capitulaciones matrimoniales se inscribió en el Registro Civil, al no haberse practicado la inscripción en el Registro de la Propiedad no produce efectos frente a terceros.*

AP PONTEVEDRA, Sec. 5.ª, Sentencia de 8 de enero de 2003. Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Inmaculada Martín Velázquez.

La codemandada, D.ª Carla, es deudora a la Seguridad Social por cuotas impagadas a dicha entidad durante un período que comprende desde febrero de 1997 a marzo de 1999.

A instancia de la codemandada TGSS (Unidad de Recaudación núm. 3) se embargó el inmueble señalado con el número Núm. 001 bajo, de la calle 000 de Villagarcía de Arosa, inscrito en el Tomo Núm. 002, libro Núm. 003, folio Núm. 004 y número de finca Núm. 005 del Registro de Propiedad de la citada localidad de Villagarcía de Arosa.

Por el actor se formuló demanda de tercería de dominio alegando que el referido inmueble fue embargado como propiedad de la ejecutada D.ª Carla o de su presunta sociedad de gananciales pero resulta que ambos contrayentes (la ejecutada y el tercerista) habían otorgado separación de bienes en virtud de Escritura de capitulaciones matrimoniales y liquidación de gananciales de 6 de septiembre de 1994. En dicha escritura que se inscribió en el Registro Civil en esa misma fecha se efectuó la adjudicación de bienes a cada cónyuge y estableciéndose en el Pacto Segundo que: "Establecen que si aparecieran otros bienes con el carácter de gananciales quedaban desde ahora adjudicado a marido y mujer, por mitad y proindiviso".

En fecha 23 de octubre de 1998 otorgaron otra escritura complementaria y de rectificación y liquidación de gananciales por haber sido omitidos algunos bienes, entre ellos la finca de *litis,* en aquella inicial liquidación. Por tanto, dice el tercerista que la deuda que origina el embargo del bien objeto del presente procedimiento es posterior tanto a la fecha de otorgamiento de Capitulaciones Matrimoniales de 6 de septiembre

de 1994 como a la de Rectificación y Liquidación de Gananciales, de 23 de octubre de 1998, y es que las cantidades que originan el embargo provienen de actos de liquidación de cuotas levantadas en el año 1999.

Por la demandada, TGSS, se alegó que había realizado reclamaciones de deuda en fecha 13 de noviembre de 1997, 17 de noviembre de 1997 y 20 de febrero de 1998 cuyo impago determinó que se dictase providencia de embargo de 9 de marzo de 1998 de bienes derivando en diligencias de embargo de vehículos, y cuentas corrientes.

Que pidió información el Registro de la Propiedad de Villagarcía de Arosa informando el 20 de diciembre de 1999 que la finca registral número Núm. 006 (la de litis) estaba inscrita a favor de D.ª Carla y D. Benedicto en pleno dominio y con carácter ganancial. Como consecuencia de ello, se dictó el 29 de diciembre de 1999 diligencia de embargo del referido inmueble notificándoselo a los cónyuges el 7 de enero de 2000.

Mantiene la codemandada que la modificación del régimen económico matrimonial sólo afecta a terceros desde la fecha de su inscripción registral y resulta que la escritura complementaria de fecha 23 de octubre de 1998 en la que se adjudica la finca litigiosa al demandante fue presentada en el Registro de la Propiedad el 18 de enero de 2000.

Con caracter subsidiario entiende que en todo caso, en la escritura de 6 de septiembre de 1994 los cónyuges pactaron expresamente que "si aparecieran otros bienes con el carácter de gananciales, quedan desde ahora adjudicados a marido y mujer, por mitad y proindiviso" con lo que el tercerista no tendría acción para obtener el alzamiento total y absoluto del embargo.

La sentencia de instancia desestimó la demanda pues el embargo trabado sobre la finca de *litis* fue anterior a la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura en cuya virtud se adjudica al actor el inmueble.

Se solicita nuevamente en esta alzada que se declare la plena pertenencia del bien al actor o en su caso se deje la traba sin efecto en aquella parte que pertenece al tercerista pues al menos desde la fecha de haber otorgado capitulaciones, el bien pertenecería a ambos cónyuges por mitad y proindiviso.

La cuestión objeto de debate queda reducida a determinar los efectos que frente a terceros pueden surtir las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges y que pese a haber sido inscritas en el Registro Civil no lo fueron en el de la Propiedad aun cuando afectaban a bienes inmuebles.

Pues bien, aun cuando las capitulaciones hayan sido inscritas en el Registro Civil (tal y como ocurrió en el presente caso) pero no en el Registro de la Propiedad cuando afecten a bienes inmuebles, aquella alteración no puede tener eficacia frente a terceros.

Así, el art. 1333 del CC manda que, además de la mención que ha de hacerse en el Registro Civil, se tome razón en el Registro de la Propiedad cuando las capitulaciones afecten a inmuebles, en la forma y a los efectos previstos en la LH, y conforme al art. 32 de esta Ley los títulos de dominio sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudicaron a tercero.

La "exigencia" de que aparezcan en el Registro de la Propiedad para poder perjudicar a tercero, se justificaría si tenemos en cuenta que la publicidad que se obtiene por la vía del Registro Civil se refiere al régimen capitular y a sus modificaciones pero no el contenido o estipulaciones ni a la adjudicación privativa de derechos o bienes concretos, además, no hay que olvidar que el Registro Civil no puede ofrecer garantías sobre la publicidad de los pactos que modifiquen la titularidad de los bienes pues, por su propia naturaleza, no es apto para la publicidad de las titularidades reales si tenemos en cuenta que su objeto específico son los hechos y actos que afecten exclusivamente el estado civil de las personas, por tanto, carece en el ámbito inmobiliario de los efectos de legitimación y fe pública, al contrario de lo que ocurre con el Registro de la Propiedad, a lo que habría que añadir otra serie de argumentos recogidos por la doctri-

na como la dificultad de consultar el Registro Civil o el propio contenido del art. 1219 CC "Las escrituras hechas para desvirtuar otra escritura anterior entre los mismos interesados, sólo producirán efectos contra terceros cuando el contenido de aquéllas hubiese sido anotado en el registro público competente o al margen de la escritura matriz y del traslado o copia en cuya virtud hubiera procedido el tercero".

En esta misma línea se mueve el TS cuando en su S 25 de septiembre de 1999 dispone que "La modificación del régimen económico matrimonial sólo afecta a terceros desde la fecha de su inscripción registral (S 26 de junio de 1992), por lo que su eficacia y disponibilidad está en función de la inscripción en el Registro Civil, que no altera el régimen de publicidad registral inmobiliaria (dice la S 6 de junio de 1994) con las garantías que a terceros ofrece el mismo, en consonancia con lo dispuesto en el art. 1333 del CC respecto a inmuebles concretos y determinados que resultaren afectados por las capitulaciones matrimoniales y en cuanto a la toma de razón en el Registro de la Propiedad.

La protección que a los terceros de buena fe que establece el art. 1333, en relación al 1317, encuentra justificación en evitar que cualquier otra interpretación conduzca al absurdo pues incluso instauraria contra-derecho, si se permitiera que los cónyuges hicieran uso de esos pactos capitulares en el momento que reputasen más beneficioso para sus intereses, avasallando los legítimos derechos de los terceros (S 9 de marzo de 1995) y hay que referir no sólo a los que contrataran con los esposos, sino también a todos aquellos que ostentan un legítimo derecho merecedor de protección legal (SS. 6 de diciembre de 1989, 16 de febrero y 2 de abril de 1990)".

Las razones anteriores nos llevan a la desestimación del recurso habida cuenta que las capitulaciones matrimoniales en las que la apelante funda su derecho, no tuvieron acceso al Registro de la Propiedad hasta después de notificado el embargo.

2. *A efectos de incluir en el activo de la sociedad el automóvil adquirido constante el matrimonio debe atenderse a su valor venal y no al de adquisición.*

AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 9 de enero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España.

Alega la actora recurrente que debe indicarse que el automóvil debe valorarse conforme a su valor de adquisición y no conforme a su valor venal, siendo la diferencia entre dicho valor y el valor venal en el momento de la partición una deuda imputable al esposo, y a este respecto debe decirse que debe atenderse, como hace la sentencia de instancia, a su valor venal, pues tal vehículo existía al tiempo del matrimonio y por tanto podía ser utilizado por cualquiera de ellos como cotitulares de la sociedad de gananciales o patrimonio común como facultad inherente al derecho de copropiedad del artículo 394 del Código Civil, y así viene entendiéndose usualmente por los Juzgados y Tribunales.

3. *Las ganancias percibidas por el esposo por rendimientos del trabajo personal no pueden incluirse como un crédito de la sociedad de gananciales frente al esposo, ya que se entiende que se emplearon en atender las cargas del matrimonio. Excepcionalmente sólo procederá su inclusión cuando se acreditase que se empleó en negocios o usos individuales.*

AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 9 de enero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España.

Por lo que se refiere a la cantidad de 11.544.903 pesetas por rendimientos del trabajo personal, al haber sido recurrida dicha cuestión por ambas partes debe decirse que las ganancias percibidas por el trabajo jamás pueden incluirse como hace la sentencia de instancia como un crédito de la sociedad contra el esposo toda vez que lo único que puede incluirse son las cantidades que resten al tiempo de la disolución, dado que el resto habrá sido empleado en atender las cargas y necesidades propias de todo matrimonio. Sólo en el caso de que se acreditase que se empleó en negocios o usos individuales de uno de los cónyuges podría ser incluido como crédito de la sociedad contra el mismo, lo que no acontece en el caso de autos, debiendo por tanto excluirse dicho crédito.

4. *La carga de la prueba para acreditar que las cantidades que uno de los cónyuges extrajo de las cuentas gananciales que no se destinaron a atender las cargas del matrimonio corresponde al cónyuge que pretenda su inclusión en el activo.*

AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 9 de enero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España.

Por lo que se refiere a la alegación de que se incluya como crédito de la sociedad contra el esposo las cantidades de las que dispuso éste de las cuentas corrientes, debe señalarse que en estos procedimientos, muy especialmente, rige lo dispuesto en el artículo 1214 del Código Civil, de cuya lectura, en relación con la doctrina Jurisprudencial sobre el tema, se desprende que todo hecho trascendente en derecho que se quiera hacer valer ante los Jueces y Tribunales, ha de ser objeto de oportuna prueba, sin más excepción que la de tratarse de hechos notorios o que se encuentren favorecidos por alguna presunción legal o hayan sido reconocidos, expresa o tácitamente, por la parte obligada a soportar sus consecuencias, y tal prueba corresponderá a quien del hecho a acreditar pretenda que se derive un derecho a su favor, o, por el contrario, la liberación de una obligación que resulte pactada a su cargo, o la que deba, conforme a derecho, hacer frente; de donde se infiere que el litigante que reclama ha de acreditar los hechos normal-

mente constitutivos de su pretensión, así como los necesarios para el nacimiento de la acción ejercitada, y su oponente el de los obstativos a la misma, lo que debe ser completado en el sentido de que la prueba incumbe al que afirma y no al que niega, en virtud del principio *incumbit probatio qui dicit, non qui negat,* en tanto que los hechos negativos, salvo excepciones, no son susceptibles de demostración por su propia naturaleza, por lo que necesariamente habrá que desestimar tal petición al no haber ni una sola prueba en autos sobre tal extremo; en efecto, ni siquiera se ha practicado prueba acerca de la utilización de dicho dinero lo que impide poder pronunciarse como lo interesa la parte recurrente.

5. *En el procedimiento de liquidación de gananciales no puede entrarse a declarar el carácter ganancial o privativo de un inmueble que figura a nombre de la madre del esposo, ya que ello produciría indefensión a terceros, sin que por otro lado pueda ser parte en el procedimiento de liquidación dicho tercero.*

AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 9 de enero de 2003.
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España.

En cuanto a la vivienda adquirida a nombre de la madre del esposo debe decirse que sobre dicha cuestión no puede entrar la Sala a través del presente procedimiento ya que ello implicaría el poder dictar una sentencia que afectaría a una persona que no ha sido parte en el mismo, con la consiguiente indefensión para la misma; en efecto, mal puede alegarse dicha cuestión en un procedimiento en el que sólo pueden ser parte los cónyuges, sin que quepa la intromisión de terceras personas ajenas a dicha sociedad conyugal, sin perjuicio de que, posteriormente, las terceras personas ajenas o ambos cónyuges o cualquiera de ellos, pueda entablar el correspondiente procedimiento, ya que, en otro caso, se estaría permitiendo resolver una cuestión afectante a una persona que no ha sido parte en la causa.

6. *Las indemnizaciones por cese laboral no tienen carácter ganancial.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 7 de febrero de 2003.
Ponente: Ilmo. Sr. Don José Ángel Chamorro Valdés.

Es doctrina reiterada de esta Sala que las indemnizaciones por cese laboral no tienen carácter ganancial atendiendo a la finalidad de la prestación, ya que no vienen a retribuir

un trabajo prestado con anterioridad, ni constituyen un complemento del sueldo entonces percibido, en cuanto lo determinante de las mismas no es en sí, de modo directo o inmediato, el trabajo, ya retribuido salarialmente en el pasado, sino la pérdida de dicho derecho fundamental (artículo 35 de la Constitución Española), teniendo en consecuencia, un evidente componente de resarcimiento moral, sin perjuicio de obvios aspectos de reparación de daño material inherente a la pérdida de poder adquisitivo, los que, no obstante, no siempre concurren. Proyectando la doctrina expuesta al caso analizado, habría que concluir que la indemnización de 2.000.000 de pesetas en concepto de indemnización, saldo y finiquito por la resolución del contrato de trabajo recibida de E. el 10 de junio de 1983, según los documentos que acompañan al escrito rector del proceso que obran a los folios 50, 51 y 52, y la indemnización recibida por el demandado de M. por importe de 1.834.776 pesetas, motivada por la baja laboral por expediente de regulación de empleo (documentos que obran a los folios 53 y 54) no tiene carácter ganancial, máxime en relación con esta última indemnización si consideramos que se recibe una vez disuelta la sociedad de gananciales por la sentencia de la Sala primera de lo civil de 19 de julio de 1983. Ahora bien sobre esta última indemnización ya ha habido pronunciamiento judicial, efectivamente el 26 de diciembre de 1986 la Sala mencionada consideró que del total de la última indemnización señalada, tenía carácter ganancial 1.555.554 pesetas, y esta declaración es vinculante y debe ser respetada en base al más elemental principio de seguridad jurídica.

7. *Inclusión en el activo del valor que tenía el vehículo adquirido constante la sociedad de gananciales, pero atendiendo al momento en que se produjo la disolución.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 7 de febrero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. Don José Ángel Chamorro Valdés.

Ha quedado acreditado que durante la vigencia del matrimonio fue adquirido el vehículo marca Citroen GS Palas y fue matriculado el 3 de diciembre de 1976, según el documento que acompaña a la demanda que obra al folio 62 por lo tanto hay que considerar que dicho bien es ganancial en virtud de la presunción de gananciali dad contemplada en el artículo 1361 del Código Civil, y no habiéndose demostrado lo contrario, que dicho bien existía en el momento de disolverse la sociedad de gananciales, ya que éste ocurre en una fecha no excesivamente distante de la fecha de su matriculación. Y las alegaciones de índole formal del segundo apelante no pueden desvirtuar su inclusión en el activo, ya que la pretensión del demandante sobre dicho bien se contiene en la demanda y así lo entendió el juzgador de instancia. La valoración sobre dicho bien no debe realizarse atendiendo al valor del coche similar que exista hoy en el mercado, tal como sostiene el primer apelante sino considerando el valor que tenía en el mercado en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales y actualizándolo desde ese momento.

8. *Valoración de la vivienda de protección oficial a precio de mercado, sin que la normativa que rige dichas viviendas pueda tenerse en cuenta a estos efectos.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 7 de febrero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

Dando respuesta, en primer lugar, a la pretensión planteada por la parte apelante, en orden a la solicitud de la valoración de la vivienda familiar según el precio oficial, debido a la calificación de vivienda de protección oficial, a este respecto es de tener en cuenta la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 16/12/95), y la emanada de esta Sala, entre otras, en sentencia de 4 de julio de 1997, y partiendo de la base de la aplicación del artículo 1344 del Código Civil, que dispone que las ganancias o beneficios obtenidos por cualquiera de los cónyuges serán atribuidas por mitad al disolverse la sociedad, y con referencia, asimismo, a lo dispuesto en la normativa relativa a la partición y liquidación de la herencia, en consonancia con el artículo 1404 del Código Civil, pues en la partición debe observarse el principio de igualdad. Conviene precisar que el valor real de la vivienda es muy superior al precio oficial, de manera que, de asumir la solicitud de la apelante, se produciría, en perjuicio de una de las partes, un enriquecimiento injusto para la otra, pues no puede ignorarse que en el futuro dicho bien litigioso puede quedar desafectado, por el transcurso del plazo legal, a computar desde su calificación definitiva, y de conformidad con la normativa que rige en la materia, sobre viviendas de protección oficial, por lo que tales condicionantes no puede ser tenidos en cuenta cuando se trata de liquidar la sociedad conyugal (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1983). Por ello, se concluye que no se está en el caso de vender dicha vivienda, sino de determinar el valor real a efectos de las adjudicaciones al esposo y a la esposa, y para respetar el criterio de igualdad (sentencia de 16/12/95), por lo que la solución se decanta en pro del valor de libre mercado de la vivienda.

9. *Estimación de la tercería de dominio interpuesta por la ex esposa por la traba realizada sobre un inmueble adquirido por ésta después de la separación, teniendo en cuenta además que la deuda con la Tesorería de la Seguridad Social la mantiene su ex esposo.*

AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, Sentencia de 16 de marzo de 2003. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Rosa María Fernández Nuñez.

El pronunciamiento del juzgado ha de ser mantenido por sus propios y acertados fundamentos que esta Sala comparte y no aparecen desvirtuados por las alegaciones de la recurrente.

Así, estimada la tercería y ordenado el levantamiento del embargo trabado sobre la finca propiedad de la actora D.ª Remedios, se alza en apelación la TGSS bajo dos escalonados argumentos, el primero y principal

de los cuales denuncia la infracción del art. 1401 del CC en relación con las normas reguladoras de la carga de la prueba —se citan el art. 1214 de dicho Texto y el 218.1 de la vigente Ley Procesal— aduciendo que el precepto sustantivo "impone una sanción al cónyuge no deudor, como salvaguarda de los derechos de los acreedores, por el solo hecho de que no se haya formulado inventario de los bienes procedentes de la sociedad de tal manera que la responsabilidad se convierte en *ultra vires* y va a afectar no sólo a los bienes procedentes de la sociedad de gananciales y adjudicados al cónyuge no deudor, sino que se extenderá a los suyos propios", por lo que —entiende la parte— la agresión de bienes privativos de dicho consorte únicamente exige acreditar que no se ha formulado inventario, sin que pueda además imponerse al acreedor insatisfecho la demostración de la existencia de bienes consorciales "que liquidar e inventariar"; en segundo lugar y con carácter subsidiario, cuestiona la Tesorería el pronunciamiento en costas, al entender improcedente la condena al pago de las causadas en la instancia, que infringe —en su criterio— el art. 2.b), en relación con el 36.2 de la Ley 10 de enero de 1996, sobre Asistencia Jurídica Gratuita. Solicita en consecuencia la recurrente se deje sin efecto el fallo del juzgado, acordando en su lugar la total desestimación de la demanda formulada por la tercerista, y, en todo caso, de no ser acogida dicha pretensión, se declare improcedente la condena en costas efectuada en la instancia.

El atento y detenido examen de las actuaciones muestra, sin embargo, la inconsistencia del recurso en ambas vertientes, e inclina su total desestimación, con refrendo de la sentencia apelada en sus propios términos.

En efecto, abordadas las cuestiones propuestas por el orden de su enunciado, es claro que en modo alguno el discurso judicial infringe las normas reguladoras del *onus probandi* en perjuicio de la disidente, ni —desde luego— puede apreciarse la pretendida vulneración del art. 1401 del CC.

Pasando por alto la desafortunada cita de los arts. 1214 del CC, derogado por la Disposición Derogatoria Única, 2.1.º de la vigente LEC, y 281.1 de esta última, relativo al objeto de la prueba y no a la distribución de su carga entre los contendientes, hoy recogida en el art. 217, aps. 2 y 3 de la nueva Ley Procesal, la conclusión adelantada en consideraciones precedentes se alcanza sin dificultad. Y es que tratando la TGSS de empañar la tercería y mantener el embargo causado sobre bienes de la demandante Sra. Remedios a la luz de lo dispuesto en el art. 1401 del CC, ningún reproche puede merecer la sentencia de instancia que subordina la aplicación de la norma sustantiva a la ausencia de inventario de la extinta sociedad conyugal, conjugado con la efectiva existencia de bienes pertenecientes al consorcio y sujetos a liquidación que hayan pasado en su virtud a nutrir el patrimonio de la esposa embargada.

Ciertamente, situada la cuestión obstativa en el ámbito de las normas tutelares del acreedor frente a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales —artículos 1399 a 1402 del CC— cumple señalar, siquiera con vocación general e introductoria, que precisamente la doctrina especializada censura dicha preceptiva en tanto preocupada sólo de contemplar y regular los supuestos de una sociedad de gananciales convenientemente dotada de bienes, en que —por lo demás— el activo sea superior al pasivo, dejando en la penumbra los más conflictivos supuestos liquidatorios, que afloran cuando falta esa superioridad del activo respecto del pasivo, o no hay liquidez para hacer frente a las deudas, ni existen bienes o no resultan de fácil realización.

Si bajo este enfoque dudosamente puede tacharse de ocioso extralimitado el análisis patrimonial que la sentencia preconiza, una mayor aproximación a los resortes jurídicos invocados por la Tesorería en defensa del embargo no vienen sino a convertir dicho examen en verdadera necesidad y exigencia imprescindible para la recta solución del caso.

Resulta obligado establecer, siguiendo constante jurisprudencia, que el art. 1401, concretamente esgrimido por la Tesorería demandada, se refiere a las deudas de la sociedad de gananciales ya liquidada y contiene un precepto explícito y otro implícito, pues en primer lugar se sujetan expresamente a responsabilidad los bienes adjudicados al cónyuge no deudor, con independencia de la que incumbe al deudor con todos sus bienes; esta responsabilidad limitada descansa sobre los presupuestos de que se trate de una deuda consorcial contraída por el otro cónyuge y que se haya formalizado debidamente el inventario, pues de no ser así —precepto implícito— es decir, si los cónyuges han dividido el activo sin pagar alguna deuda consorcial, el cónyuge no deudor responde *ultra vires,* por cuanto según el art. 1402, los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición de herencia (*Vid.,* S 28 de abril de 1988 y en igual sentido las de 20 de marzo de 1989 y 22 de octubre de 1991, entre otras).

Desde otro punto de vista, el sentido general de los arts. 1399, 1403 y 1404 del CC indica que debe resolverse la situación del pasivo de la sociedad conyugal y, por tanto, de los acreedores, con precedencia a la división y adjudicación de bienes, pues antes es pagar que partir (*Vid.,* STS de 27 de noviembre de 1987), y cuando no se atienda a la liberación de las cargas y gravámenes y se pase a ultimar la liquidación, la preservación de los derechos de los acreedores se traduce en que éstos conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor con responsabilidad ilimitada y además el consorte responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, pues en otro caso tal responsabilidad será *ultra vires,* por lo que ha podido decirse que con independencia de la que alcanza al esposo deudor, existe una responsabilidad real de la masa de bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados (STS de 13 de junio de 1986).

Así pues, podemos afirmar con la doctrina más autorizada que el patrimonio ganancial persiste, siempre individualizado, cualesquiera que sean las vicisitudes de su titularidad y hasta la total extinción de las deudas a que está afecto; persiste, por tanto, cuando aún no se ha hecho la liquidación y partición de gananciales y también cuando sin pagar a todos los acreedores de la sociedad, la adjudicación y partición ha sido acordada entre los cónyuges; persiste cuando la liquidación de gananciales se ajusta al rigor del beneficio de inventario, y también cuando se pierde este beneficio, lo que únicamente puede implicar una confusión de patrimonios en daño del propio cónyuge, pero no en daño de los acreedores, pues según la máxima tradicional adoptada por la jurisprudencia "no hay gananciales sino después de pagar las deudas", esto es los bienes que integran este patrimonio no pasan a integrar indiferenciadamente el patrimonio personal de cada cónyuge hasta la liquidación de las deudas.

Es evidente, por tanto, que aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes consorciales (*Vid.* S de 13 de junio de 1986, antes citada) mas para que el cónyuge no deudor responda con los bienes propios se precisa que no se haya hecho inventario y que, no obstante, se adjudiquen bienes gananciales, pues entonces se confunden éstos con los suyos propios (STS de 7 de noviembre de 1997, que en acabada síntesis de la doctrina expuesta en los apartados precedentes vértebra la respuesta del juzgado *a quo*).

Todas y cada una de las reflexiones precedentes colocan inequívocamente el acento en la existencia de bienes gananciales pertenecientes a la disuelta sociedad, susceptibles de transmisión a cada cónyuge y de provocar a falta de inventario, una confusión con los bienes propios del no deudor, sólo así expuestos a la afectación mediante el embargo.

Pues bien, si a tenor de lo expuesto resulta indiscutible la exigencia judicial en tal

sentido, sucede además que en el supuesto de autos, disuelta la sociedad de gananciales formada por la tercerista y su esposo deudor de la Tesorería, D. Jesús Miguel, al ser decretada judicialmente su separación por S 5 de mayo de 1995 (art. 1392.3.º del CC), el embargo trabado por la acreedora en junio de 1999 sobre el apartamento adquirido por la esposa separada en julio de 1997 no puede en modo alguno prevalecer y ha de ser removido, con total confirmación de la sentencia apelada.

Y es que en nuestro caso no es ya que no se pruebe la existencia de bienes o activo patrimonial alguno perteneciente a la disuelta sociedad —lo que bastaría sin duda para empañar las alegaciones del recurso— sino que la propia Tesorería de la Seguridad Social se encarga de establecer con sus aportaciones documentales la completa ausencia, de bienes conyugales, de ahí el total fracaso de todas sus anteriores averiguaciones e iniciativas de cobro. Por otra parte, al margen de lo expuesto, es evidente que la extinta sociedad no ha sido liquidada en el sentido que exige el art. 1401 del CC para su operatividad, pues no se ha realizado —desde luego— el oportuno inventario, pero tampoco se han atribuido a los consortes bienes de esta procedencia susceptibles de confusión patrimonial, de modo que —aun testimonialmente, según lo dicho— pudiera afirmarse la vigencia de las acciones de los acreedores contra el acervo ganancial, tal y como se razona en la sentencia, mas no cabría amparar el embargo causado en las concretas previsiones del invocado art. 1401 antedicho. Si a ello se añade la absoluta falta de cualquier vestigio de conexión entre el inmueble adquirido por la esposa mediante crédito hipotecario con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales, que autorice a hablar de subrogación en términos de utilidad para el embargo trabado por la Tesorería, la conclusión adelantada definitivamente se impone y obliga a mantener en este extremo la sentencia, estimando fundada la tercería.

Dicho cuanto antecede y pasando a examinar el motivo segundo y subsidiario del recurso, centrado en el pronunciamiento sobre costas, es visto que ha de correr la misma suerte.

Como ya ha tenido ocasión de afirmar esta Sala, una cosa es imponer las costas, pues ello deriva del art. 394 de la LEC, y otra distinta el abono o exacción de las mismas, no existiendo impedimiento alguno para que se acuerde la condena y posteriormente no pueda ejecutarse su exacción precisamente por gozar la parte de dicho beneficio. En tal sentido ha de tenerse en cuenta que el art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, sobre Asistencia Jurídica Gratuita, reconoce a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social tal beneficio "en todo caso", y, por el contrario, el art. 36.2 dispone que quien ha obtenido el reconocimiento del derecho de asistencia gratuita o quien lo tuviere legalmente reconocido, quedará obligado a pagar las costas causadas en su defensa y las de la parte contraria, si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso viniere a mejor fortuna. Dicho precepto, como ya señalara la Sección Quinta de esta Audiencia en S 13 de abril de 2000, es criticable y más parece un *lapsus* del legislador, pues aun cuando mantiene la misma redacción del antiguo art. 48 de la Ley Procesal de 1881, al añadir a los que obtuvieron el reconocimiento del derecho por disposición legal concede, en relación a éstos, un derecho prácticamente sin contenido a los posibles perceptores de las costas, ya que es difícil que se cumpla dicho requisito.

Esta postura, mantenida por el TS tanto en sentencia de la Sala Tercera de 23 de julio de 1997, como posteriores de la Sala Primera, entre ellas y más recientemente las SS 18 de julio de 2001 y 18 de mayo de 2002, ha sido la asumida e incorporada por esta Audiencia Provincial en reunión plenaria de sus magistrados celebrada en fecha 10 de marzo de los corrientes en orden a la necesaria unificación de criterios, e inclina, sin necesidad

de mayores consideraciones a mantener y confirmar la sentencia de primera instancia también en este punto, desestimando el recurso, todo ello con imposición de las costas de esta alzada a la Tesorería recurrente, como se expresará en la parte dispositiva.

XI. FILIACIÓN

1. *Estimación de la demanda de reclamación de paternidad con base en la negativa a someterse a las pruebas biológicas unido a haberse acreditado que la madre y el demandado coincidieron trabajando en el mismo inmueble, existe en poder de la madre dos fotografías del demandado que corresponden a dicha época que, obviamente, no se dan a un simple conocido, el parecido existente que se aprecia entre el demandado y la menor en las fotografías aportadas a los autos y la declaración de una testigo que aun de referencias, había trabajado como asistenta en el mismo domicilio, y que era conocedora de la existencia de una relación afectiva entre ambos.*

AP ZARAGOZA, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de abril de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Julián Carlos Arque Bescos.

Tiene declarado el TC (SS 7/1994, de 17 de enero y 95/1999, de 31 de mayo), que las denominadas pruebas biológicas no pueden considerarse degradantes ni contrarias a la dignidad de la persona y que se limitan a desarrollar el mandato contenido en el inciso final del art. 39.2 de la CE, según el cual la ley posibilitará la investigación de la paternidad autorizando el empleo de toda clase de pruebas que sirvan para la consecución de la protección integral de los hijos e igualdad ante la Ley con independencia de su filiación (art. 39.2 de la CE) y la obligación de los padres de prestar asistencia a los hijos habidos fuera o dentro del matrimonio (art. 39.3 de la CE) y que las partes tienen la obligación de posibilitar las prácticas de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo y, al hallarse dicha fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales (art. 118 de la CE), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos.

Igualmente, el TS tiene declarado con reiteración que la negativa a la prueba biológica es un valioso elemento probatorio que unido a otras aunque no sean más que indiciarias o insuficientes por sí solas para apreciar probada la paternidad, permite la declaración de ésta (STS 22 de mayo de 2000, 22 de noviembre de 2000, 24 de mayo de 2001, 3 de noviembre de 2001, 17 de julio de 2002 y 20 de septiembre de 2002).

El demandado en su recurso sostiene que la sentencia recurrida ha infringido lo dispuesto en el art. 767 de la LEC, así como que no ha existido indicio o prueba relevante que justifique la declaración de paternidad solicitada y que ratifica la sentencia de

instancia. En primer lugar, ha de indicarse que el precepto indicado no contradice la anterior doctrina, sino que precisamente viene a sancionarla de tal manera que la negativa injustificada a la realización de la prueba es un dato relevante no suficiente por sí solo, pero que puede ser completado por indicios que no tienen porque ser exactamente aquellos indirectos que expresamente se contemplan en el núm. 3 del art. 767 de la LEC, así pues, en primer lugar existe una negativa a la prueba biológica por parte del demandado que no es en modo alguno entendible, se alude a un supuesto pacto de honor con su esposa o carencia de medios para el pago de la prueba, obviamente ambos motivos son injustificados si se tiene en cuenta las consecuencias que en uno y otro sentido puede conllevar una declaración de paternidad, habiéndose advertido incluso en el acto del juicio por el Juzgador de instancia al demandado recurrente de las consecuencias de su negativa a dicha prueba, y la otra cuestión que debe ventilarse es si existen indicios que unidos a aquella negativa pueden llevarnos a la conclusión que contempla la sentencia apelada. Contrariamente a lo afirmado por el recurrente estos indicios existen y no son producto de una decisión libre o caprichosa del Juzgador de instancia, en primer lugar ambos coincidieron trabajando en el mismo inmueble y coincidían incluso en el domicilio donde la actora trabajaba como asistenta al ser el demandado amigo de los dueños de la misma, existe en poder de la actora dos fotografías del demandado que corresponden a dicha época, que, obviamente, no se dan a un simple conocido, el parecido existente que se aprecia entre el demandado y la menor en las fotografías aportadas a los autos, la declaración de la testigo que aun de referencias, había trabajado como asistenta en el mismo domicilio, y que era conocedora de la existencia de una relación afectiva entre ambos, así como del interrogatorio de ambas partes (art. 316 de la LEC), permiten llegar a la misma conclusión que la que acertadamente sostiene la sentencia recurrida, por lo que procede la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución apelada.

Pudiendo estar inicialmente justificado el presente recurso, no procede hacer especial declaración sobre las costas por el mismo ocasionadas (art. 398 de la LEC).

XII. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *Concesión del certificado de idoneidad para la adopción internacional a personas que han contraído el virus del Sida, ya que la referida enfermedad, debidamente tratada y sometida a las exigibles precauciones, no les impide la prosecución de una vida normal y perfectamente idónea para el desempeño de sus obligaciones como padres adoptivos*

AP CANTABRIA, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Sáiz Leñero.

Contra la resolución de la Consejería de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria, de fecha 31 de octubre de 2001, mediante la que se denegó a los demandantes la idoneidad precisa para la adopción internacional pretendida por ellos

[certificado, tal, de idoneidad que fue establecido en el art. 25.1.b) de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, cuya expedición fue encomendada a las "entidades públicas"], fue promovido este juicio verbal por quienes habían recabado dicho certificado siguiendo, al efecto, lo previsto en el art. 780 de la LEC, en relación con el art. 753 del propio Texto.

Es claro que, en supuestos como el ahora examinado, la falta de idoneidad para la adopción proyectada en la que, por supuesto, no están aún determinadas las circunstancias del menor sobre el que, en su día, habría de verificarse; pues de lo que se trata, en el caso, es solamente la obtención de aquel requisito previo y genérico, por su carácter negativo, y por su propia naturaleza de frustración de un propósito legítimo y loable, ha de quedar suficientemente acreditada.

En el caso no se ha logrado justificar, con la debida suficiencia, la referida falta de idoneidad, pues habida cuenta de cuantos informes de conducta, de índole social, de aptitud psicológica, de laboriosidad, de medios económicos, etc., favorables a los demandantes, la entidad pública apoya su negativa (movida, sin duda, por el interés del menor que, en el futuro, pudiere ser adoptado, y cuyas circunstancias no son actualmente conocidas, como antes se dijo; interés que, en todo caso, ha de ser el predominante) en la enfermedad padecida por aquéllos, infección por VIH y padecimientos concomitantes; y, así, de la prueba practicada, y singularmente del testimonio, de excepcional valor (y que, además, puede ser reputado como una muy calificada prueba pericial) de D. Juan Manuel, médico adjunto de medicina interna del Hospital "Marqués de Valdecilla", autor de los informes aportados al expediente, y facultativo encargado del tratamiento a que están sometidos los solicitantes del certificado de idoneidad, se colige, después de "visionar" el acto del juicio, que la referida enfermedad, debidamente tratada y sometida a las exigibles precauciones, no impide a los propios interesados la prosecución de una vida normal y perfectamente idónea para el desempeño de sus obligaciones como padres adoptivos. De tal manera, la evolución previsible del padecimiento, a salvo de meras hipótesis y especulaciones acerca de futuras contingencias (que, incluso, podrían favorecer la situación de los enfermos, ante el previsible advenimiento de avances científicos), no es determinante para justificar una resolución negativa. Sin que, en este punto, pueda preterirse la ausencia de un específico riesgo de contagio; pues éste solamente podría derivarse de una conducta ajena a las precauciones más elementales y de todos conocidas, y que no es lícito presuponer como la propia, y futura de las personas que ahora se oponen al recurso deducido de contrario.

No existen, pues, en la actualidad, motivos que justifiquen la negativa de la "entidad pública". Por lo que el recurso debe ser desestimado. Y las costas de esta alzada serán a cargo de la parte apelante (arts. 398.1 y 394.1, interrelacionados, de la LEC).

XIII. TEMAS PENALES

1. *A pesar de que la esposa, después de haber cobrado las cantidades que le adeudaba el esposo, renunció expresamente a la acusación particular, procede condenar a este último por un delito de impago de pensiones, ya que si bien la denuncia es requisito de procedibilidad necesario para iniciar el procedimiento, no lo es para su prosecución una vez comenzado éste.*

AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, Sentencia de 24 de enero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

Dados los términos del recurso planteado por el Ministerio Fiscal contra la sentencia que absolvió a Pedro Antonio del delito de abandono de familia regulado en el art. 227 CP cuestionando la estimación del juez *a quo* de que como dicho delito exige para su persecución la condición objetiva de procedibilidad de denuncia por parte de la persona agraviada o el representante legal en caso de menores de edad o incapacitados, el escrito presentado, al folio 130, antes del comienzo de las sesiones del juicio oral por la representación de la denunciante Ana poniendo en conocimiento que el acusado había procedido al pago íntegro en la cantidad que en concepto de alimentos adeudaba a su menor hija, renunciando expresamente a la acusación particular formulada, pone de manifiesto que la única intención de la denunciante era el cobro de las cantidades adeudadas, pero no el castigo penal de su ex marido, con lo cual ha de cuestionarse que concurra el presupuesto procesal de perseguibilidad exigidos por el art. 228 CP considera la Sala necesario precisar que si bien la denuncia del citado precepto es requisito de procedibilidad necesario para iniciar el procedimiento, no lo es para su prosecución una vez iniciado éste. En efecto si bien el art. 228 del CP señala que los "delitos sólo se perseguirán previa denuncia de la persona agraviada", ello no es extrapolable a lo dispuesto por el art. 106.2 LECrim, a cuyo tenor la acción penal para la persecución de los delitos que no pueden ser perseguidos sino a instancia de parte se extingue por renuncia de la persona agraviada, pues no es lo mismo la persecución a instancia de parte que la persecución "previa denuncia de parte", el primero de tales términos mantiene en efecto, en poder de la parte el control de la acción penal a lo largo de todo el procedimiento penal, correspondiendo a la misma la instancia de su prosecución (son los casos de delitos sólo perseguibles previa querella del ofendido, en los que, consecuentemente, no interviene el MF, ni en la instrucción, ni en el juicio, dados los estrictos intereses personales que en tales tipos se protegen) pero, en el presente caso, al igual que acaece en un gran número de delitos, denominados por la doctrina "semi-públicos" lo único que queda a la disponibilidad de la partes es la iniciación o no del procedimiento que podrá así iniciarse por simple denuncia (e incluso cuando la persona agraviada sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida podrá denunciar también el MF, intervención por tanto, no subordinada a la falta de representación legal, ni planteada de forma subsidia-

ria) siendo, una vez interpuesta ésta, irrelevante la renuncia a la acción penal por la agraviada, pues la persecución de los delitos sólo pende de la iniciativa privada en el inicial momento de presentar o no por los hechos la necesaria denuncia, asumiendo, una vez interpuesta ésta el MF el deber de impulsar la persecución de los delitos, que queda así abstraído de la disponibilidad subsiguiente de la parte. Este criterio ha sido mantenido por esta Audiencia Córdoba, sección 2.ª, SS 11-12-91, 17-9-96, señalando que en estos delitos semipúblicos la previa denuncia es una condición objetiva de la propia infracción y un presupuesto para la viabilidad del mismo proceso. La legitimación por ello implica la determinación de a qué persona confine la Ley el poder de disposición mediante el cual, en estos casos, el procedimiento penal se posibilita como acto de voluntad por el que se hace desaparecer el impedimento para proceder, pero una vez presentada la denuncia por los personas legitimadas, la consecuencia inmediata es el inicio del proceso penal, con lo que la doctrina alemana denominada "traspaso de persecución" al poder entrar ya entonces el MF en el proceso, haciéndose cargo el Estado, a través de él, del mismo, mientras el denunciante se retira a la situación de interviniente adhesivo, pudiendo o no constituirse en parte. Postura esta compartida por las Audiencias Provinciales Barcelona S 15-9-99, Gerona S 9-11- 99, señalando esta última "En efecto, el recurrente parte para sostener un alegato impugnativo del error de considerar que el delito tipificado en el art. 227 CP es un delito privado en el que la acción penal únicamente puede ser ejercida por la persona perjudicada por el delito, cuando ello no es así, puesto que se trata de un delito semipúblico, en el que el perjudicado únicamente tiene la disponibilidad de la acción penal en un primer momento para decidir sobre el inicio del proceso penal mediante la formulación o no de la correspondiente denuncia (art. 228 CP) que opera así como condición objetiva de perseguibilidad o procedibilidad pero una vez iniciado el proceso a su instancia, la acción penal es pública y, por tanto, el perjudicado carece de disponibilidad sobre la misma, la cual podrá ser ejercida por el MF aunque el perjudicado renuncie a su ejercicio, de ahí que el perdón del ofendido, a diferencia de lo que ocurre con los delitos privados, no esté previsto como causa la extinción de la responsabilidad criminal para el delito del art. 227 CP. El motivo debe ser desestimado, puesto que el MF está plenamente legitimado para ejercer la acción penal contra el acusado a pesar de que la Sra. Ana, al llegar a un acuerdo económico satisfactorio con el acusado, decidiera apartarse del procedimiento, siendo, en consecuencia, la condena plenamente válida". En efecto, como decíamos en el auto de esta Sección 2.ª AP 17-9-96 no existe en nuestro proceso penal la renuncia de la denuncia, ni puede aquélla equipararse al perdón. Una cosa es la facultad de disposición expresa o presunta de la acción penal mediante esa denuncia y otra muy distinta el desistimiento en cuanto expresión de voluntad tendente a poner fin al procedimiento. Parece razonable entender que no cabe en los procesos penales fórmulas de desistimiento o renuncia propias del proceso civil en que impera el principio dispositivo, ello aparte de que la no constitución del denunciante como parte acusadora, hace sólo que se aleje del procedimiento en sí, que en cambio es asumido por el Ministerio Fiscal y entonces sólo le resta al denunciante la posibilidad de perdón, en las condiciones y términos del art. 130.4 CP, esto es que sea firme y absoluto, mediante actos inequívocos que no resulten contradichos por otras actitudes del condenante, que sea expreso y terminante, sin que pueda equipararse o bastar con que el perjudicado renuncie a mostrarse parte, bien entendido igualmente que cuando se trate de delitos o faltas contra menores, los Jueces o Tribunales, oído el MF, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del MF o el cumplimiento de la condena, y para rechazar el perdón referido, el

Juez o Tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor. Condicionamientos que no concurren en el caso enjuiciado en el que el escrito obrante al folio 130, no aparece firmado por la denunciante y su contenido se limita a la renuncia expresa a la acusación particular, siendo de destacar que en el acto del juicio Ana tras señalar que el acusado nunca ha tenido intención de pagar y que actualmente han ajustado cuentas y el acusado le ha pagado todo, precisó que "la única intención que le guía es defender los intereses de su hija que es menor y cree que la Ley debe aplicarse".

2. *Se condena por un delito de apropiación indebida a la madre de una conviviente de hecho que falleció, por haber dispuesto de las cantidades que el otro conviviente le entregó con la finalidad concreta de invertirlas en las obras de reforma de la vivienda en la que residía o la adquisición de una nueva.*

AP LLEIDA, Sec. 1.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2003. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Sancho Segura.

Se impugna por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular la sentencia absolutoria al estimar que los hechos enjuiciados son legalmente constitutivos de delito, aun cuando difiere la calificación jurídica en la que las acusaciones incardinan los hechos objeto de acusación. Así mientras que para el Ministerio Fiscal los hechos son legalmente constitutivos de un delito de receptación, previsto y penado en el artículo 298 del Código Penal, la acusación particular incardina los hechos en el delito de estafa y, subsidiariamente, de apropiación indebida, que imputa a la única acusada, Julia, tras el fallecimiento de la otra coimputada Rebeca. Frente a estas pretensiones, mantenidas íntegramente en la vista celebrada, se opone la representación procesal de la acusada que interesa la desestimación de los recursos de apelación interpuestos y, consecuentemente, la íntegra confirmación de la resolución absolutoria impugnada.

El examen de los motivos en los que se sustentan los recursos de apelación interpuestos imponen una relación sucinta y estrictamente objetiva de los hechos enjuiciados. Así resulta debidamente acreditado: 1.º que la inicialmente coacusada, Rebeca, posteriormente fallecida, inició en el mes de febrero de 1999 una relación sentimental con Abelardo ; 2.º que posteriormente, el día 13 de agosto del mismo año, Abelardo ingresó en la cuenta aperturada en la entidad Ibercaja n.º ..., de la que eran cotitulares Rebeca y Julia, la cantidad de 4.000.000 pts.; 3.º que tres días después, el 16 de agosto, Julia efectuó un primer reintegro de 300.000 pts. de aquella cuenta y, posteriormente, el 1 de septiembre realizó un nuevo reintegro de 350.000 pts.; 4.º en fecha no determinada, pero en todo caso situada hacia finales de mes de septiembre de 1999, terminó la relación sentimental que Rebeca y Abelardo habían iniciado meses antes, motivo por el que este último reclamó la devolución de los 4.000.000 pts. que había ingresado en aquella cuenta bancaria; 5.º que la acusada Julia extendió y firmó, el día 15 de septiembre

de 1999, dos talones —con número ... y ...— por unos importes de 800.000 y 2.500.000 pts. que ingresaron en la cuenta de la entidad Caixa de Catalunya n.º ... y, a continuación, el mismo día traspasaron la cantidad de 2.500.000 pts. a la cuanta bancaria n.º ... de aquella misma entidad y que Rebeca y Julia habían aperturado aquel mismo día. Entre octubre y diciembre de 1999 dispusieron de la totalidad del dinero.

La acusación particular incardina los anteriores hechos, en primer termino, en el delito de estafa al afirmar la concurrencia de todos y cada uno de los presupuestos exigidos por aquel delito y, en especial, las maniobras engañosas con las que se consiguió que Abelardo hiciera entrega de los 4.000.000 pts., conclusión que no comparte la Sala al no apreciar la concurrencia del preceptivo y necesario engaño previo sobre el que se asienta el delito de defraudación. Aun cuando es cierto que el denunciante hubiera podido verse inducido a realizar el acto de disposición patrimonial debido a las promesas o al proyecto de iniciar una vida en común también lo es el que primero hubo entre ellos una relación sentimental, iniciada de mutuo acuerdo, y aun cuando posteriormente concluyó no puede decirse, o cuando menos no ha quedado acreditado, que la denunciada, Rebeca, no hubiera pensado jamás en iniciar una convivencia estable con él y que ésta, precisamente, hubiera presidido su actuación con el único propósito de apoderarse de la importante cantidad de dinero que le entregó el denunciante, pues lo cierto es que aquella entrega fue voluntaria aun cuando estuviera presidida, como se dirá, por una determinada finalidad. No existe, por lo tanto, o cuando menos no ha quedado debidamente acreditado, que la entrega de los 4.000.000 pts. estuviera supeditada al inicio o a la continuidad de una relación amorosa ni a que ésta se transformara finalmente en una convivencia estable ya que en este tipo de relaciones no puede exigirse, por su propia naturaleza, ni una determinada duración ni que finalmente desemboquen en una común convivencia ya que como es sabido pueden quebrar por los más variados y diversos motivos o incluso sin causa, por la sola y exclusiva decisión de cualquiera de ellos. Por lo tanto no hubo engaño previo que indujera erróneamente a realizar la entrega de aquella importante cantidad de dinero, con lo que no es posible incardinar los hechos en el delito de estafa.

En cuanto a la incardinación de los hechos en el delito de apropiación indebida, su existencia requiere, conforme a reiterada jurisprudencia, los siguientes presupuestos: a) una inicial posesión legítima por el sujeto activo del dinero, efectos, o cualquier otra cosa mueble; b) que el título por el que se ha adquirido dicha posesión sea de los que producen obligación de entregar o devolver la cosa; c) un acto de disposición de los efectos o dinero, de naturaleza dominical, por parte de dicho agente; y, d) un elemento subjetivo, denominado ánimo de lucro que se traduce en la conciencia y voluntad del agente de disponer de la cosa como propia. (STS 25 de noviembre de 1998.)

Concurren en el presente caso los anteriores elementos pese a la dificultad que representa el que Rebeca hubiera fallecido con anterioridad a la celebración del juicio oral. Sin embargo, del conjunto de diligencias de investigación obrantes en autos resultan los siguientes hechos incontrovertidos: que Rebeca inició una relación sentimental con Abelardo, que recibió la suma de 4.000.000 pts., que posteriormente se produjo la ruptura de aquella relación y que, finalmente, dispuso íntegramente de aquel dinero. Como justificación de aquel proceder adujo que aquel dinero se lo regaló y por lo tanto se lo gastó, extremo por lo demás afirmando igualmente en el acto de juicio por su hija, ahora acusada, Julia. Estas afirmaciones deben ponerse a su vez en relación con lo afirmado por el denunciante y con las actuaciones anteriores, coetáneas y posteriores a la entrega de aquella importante suma de dinero. Y así, en primer lugar, el denunciante siempre sostuvo que la entrega del dinero se hallaba estrechamente vinculada con la relación amorosa que mantenía

con Rebeca, y más concretamente dijo que se lo entregó con la única y exclusiva finalidad de iniciar una mutua convivencia con ella, ya fuera en una nueva vivienda o ya fuera mediante la rehabilitación del domicilio en el que vivía Rebeca, con lo que aquella importante cantidad de dinero tenía que destinarse a aquel fin. Esta versión coincide plenamente con la relación sentimental que existía entre ellos y que habían iniciado siete meses antes, tiempo durante el cual uno y otro habían viajado juntos, habían pasado algunos días de vacaciones e incluso el denunciante había sido invitado a la boda del hijo de Rebeca, evento de carácter estrictamente familiar del que es posible inferir, sin lugar a dudas, la estrecha relación que existía entre ellos. Por lo demás, la propia hija de Rebeca reconoció en el acto de juicio que su madre no sólo se había gastado el dinero en juegos de azar o en arreglarse la boca sino que además arregló su vivienda, "arregló el plato de la ducha del domicilio" dijo, extremo que corroboró su hermano Claudio, citado en calidad de testigo, cuando manifestó que su madre, además de gastarse el dinero —según dijo— en otros menesteres, también reformó el baño de la vivienda. Por lo tanto Rebeca invirtió parte de aquel dinero en reformar su vivienda o cuando menos realizó allí unas obras aunque éstas fueran mínimas, lo que viene a reforzar la versión de los hechos ofrecida por el denunciante. Pero es que además los 4.000.000 pts. no se entregaron de forma fraccionada o a lo largo de la relación sentimental o en cantidades inferiores sino que se hizo de una sola vez y en una cuenta bancaria aperturada a nombre de Rebeca y de su hija Julia, lo que excluye cualquier atisbo de mera liberalidad, pues ni puede considerarse como una dádiva ni como un reglado ni como un acto de extraordinaria generosidad, sino que, por el contrario, aquella entrega necesariamente debía estar dirigida a una finalidad concreta y debidamente pactada. Por último, los actos coetáneos y posteriores que llevaron a cabo Rebeca y su hija Julia denotan que su propósito era apropiarse definitivamente del dinero recibido, al no restituirlo en el momento en que le fuera reclamado, y para ello llevaron a cabo una serie de maniobras de ocultación consistentes en trasladar el efectivo de una cuenta bancaria a otra en la forma antes expresada.

Por lo tanto de todo lo anterior resulta que el título por el que el denunciante entregó a Rebeca aquella importante cantidad de dinero no lo fue por mera y simple liberalidad, o como un regalo según se dijo, sino que la entregó con una finalidad, mandato o instrucción concreta, que no era otra que la de invertirla en las obras de reforma de la vivienda en la que residía Rebeca o en la adquisición de otra nueva, finalidad que debe enmarcarse en la relación sentimental que existía entre ellos. Tan pronto como ésta relación finalizó, Rebeca no sólo no devolvió aquella cantidad, desatendiendo a los reiterados requerimientos que le hizo el denunciante, sino que la incorporó definitivamente a su patrimonio, con evidente ánimo de lucro, transmutando en ilegítimo el título en cuya virtud recibió aquella cantidad. De este modo, al quedarse con aquel dinero y no devolverlo los hechos deben incardinarse en la modalidad de apropiación indebida, que tiene lugar cuando existe la obligación de entregar o devolver aquello que se hubiera recibido, ya sea por cualquiera de los títulos a los que expresamente se refiere el artículo 252 del Código Penal o por cualquier otro que genere aquella obligación, aun cuando no puedan incardinarse en ninguna de las figuras jurídicas designadas nomitativamente por el precepto, y entre éstas deben incluirse aquellas que impliquen la tenencia de una cantidad de dinero para destinarla a una concreta finalidad, de modo que aquella tenencia lícita se transmutará en ilícita, y por lo tanto existirá apropiación, cuando en lugar de aplicarla al destino convenido o pactado, o bien restituirlas a su propietario, se incorporan definitivamente, y con ánimo de lucro, a su patrimonio, como ocurrió en el presente caso.

Incardinados los hechos en el delito de apropiación indebida, y al haber fallecido Rebeca, debe examinarse la participación que en ellos tuvo su hija Julia, única acusada en el presente procedimiento, y en cuya calificación jurídica difiere igualmente la acusación deducida por el Ministerio Fiscal, que incardina los hechos en el delito de receptación, y la acusación particular que imputa a la acusada aquel delito en concepto de cooperadora necesaria o de cómplice. Aun cuando el delito de apropiación indebida es un delito especial en la medida en que la acción típica sólo puede ser ejecutada por quien hubiere recibido el objeto con la obligación de entregarlo o devolverlo, la jurisprudencia ha venido admitiendo la participación del *extraneus* a título de inductor, cooperador necesario o no necesario, en este último caso como cómplice (STS 22 de febrero de 1999) lo que en su caso excluiría la imputación por el delito de receptación, previsto y penado por el artículo 298 del Código penal, debido a que el precepto exige que el tercero no hubiera intervenido como autor o como cómplice del delito del que se beneficia económicamente. En cuanto a la participación de la acusada en el delito de apropiación resultan significativas sus manifestaciones en el acto de juicio oral, cuando dijo que realizó las extracciones bancarias y extendió los cheques para ingresarlos en las otras cuentas a petición de su madre, de quien dijo en el acto de juicio que era analfabeta. También dijo, con finalidad exculpatoria, que entregó a su madre la totalidad de aquellos importes y que ésta los gastó, debido a una enfermiza inclinación, en juegos de azar. Sin embargo resulta que la acusada figuraba como cotitular en las cuentas bancarias aperturadas con su madre y en esta condición realizó una serie de operaciones que tenían como finalidad poner a buen recaudo el dinero entregado por el denunciante. Para ello, el día 15 de septiembre de 1999, coincidiendo con la época en que habían finalizado las relaciones entre su madre y Abelardo, extendió dos talones de la cuenta aperturada en la entidad Ibercaja y los ingresó en otra cuenta aperturada en la entidad Caixa de Catalunya y desde allí, el mismo día, efectuó una transferencia a otra cuenta existente en aquella misma entidad. Estas maniobras, que pudo llevar a cabo la acusada gracias a sus conocimientos del ámbito bancario, puesto que es titular de un comercio abierto al público, permitieron si no ocultar por lo menos dificultar el seguimiento de aquel dinero para, de este modo, poder disponer finalmente de la totalidad de aquellos importes, de forma que a finales del mes de diciembre de 1999 ya no existía saldo alguno en aquellas cuentas bancarias. Por consiguiente, y en atención a las anteriores razones debe concluirse que la ahora acusada auxilió activamente a su madre en las operaciones bancarias llevadas a cabo con la finalidad de impedir cualquier eventual reclamación que pudiera efectuar el denunciante, trasladando el dinero de una cuenta bancaria a otra y, finalmente, disponiendo de la totalidad del importe con evidente ánimo de lucro.

Por las anteriores razones debe concluirse que los hechos enjuiciados son legalmente constitutivos de un delito de apropiación indebida, previsto y penado en el artículo 252 del Código penal, del que aparece como autora penalmente responsable Julia, conforme a lo establecido en los artículos 27 y 28 del mismo Texto Punitivo.

En cuanto a las consecuencias penales derivadas del hecho delictivo, el artículo 66 del Código Penal dispone que en el caso en que no concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad la pena se impondrá en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente así como a la mayor o menor gravedad del hecho. Por lo que al presente caso se refiere, y en atención a la penalidad prevista en el artículo 252 del texto punitivo, resulta procedente imponer a la acusada Julia la pena de nueve meses de prisión, penalidad que es acorde con los hechos enjuiciados, con el bien jurídico protegido por aquel delito así como las circunstancias particulares concurrentes en

la acusada. Por último, resulta igualmente procedente imponerle la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, conforme a lo establecido en el artículo 56 del Código Penal.

Conforme a lo establecido en el artículo 109 del Código Penal, la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios causados, que en el presente caso quedan circunscritos a las cantidades ilícitamente detraídas y que ascienden a la suma de 4.000.000 pts. que fueron entregadas por el denunciante y de las que se apoderó la acusada en los términos antes examinados.

De conformidad con lo establecido en los artículos 239 y 240 de la LECr. en los autos y sentencias que pongan término a la causa o a cualquiera de los incidentes deberá resolverse sobre el pago de costas procesales, y en atención al artículo 123 del Código Penal, las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, en las que deberán incluirse las de la acusación particular, conforme a lo establecido en el artículo 124 del Código Penal y la jurisprudencia que lo interpreta, atendida su activa y decisiva intervención a lo largo del procedimiento.

Derecho Internacional Privado

RECLAMACIÓN DE ALIMENTOS ENTRE IRAQUÍES CON RESIDENCIA HABITUAL EN ESPAÑA

Comentario a la sentencia dictada por la Sec. 3.ª de la AP de Granada de 23 de abril de 2001

D. GUILLERMO PALAO MORENO

Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universitat de València

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA SENTENCIA DE LA SEC. 3.ª DE LA AP DE GRANADA DE 23 DE ABRIL DE 2001

Primero.—*Se debe precisar, previamente, que la normativa central en el Derecho internacional privado español para determinar la ley aplicable a los alimentos en casos internacionales es el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones de alimentos, que está en vigor en España desde el 1 de octubre de 1986. Tanto en la sentencia de instancia como por las partes litigantes no se ha tenido en cuenta que con la incorporación al ordenamiento jurídico español del citado Convenio el artículo 9.7 del CC ha sido sustituido, dado el alcance "erga omnes" del Convenio, en cuyo artículo 4 se establece como principal punto de conexión, a los efectos de aplicar la normativa correspondiente, la residencia habitual del acreedor de alimentos. Los accionantes de la demanda de alimentos provisionales —esposa e hijos— son iraquíes, con residencia habitual en Granada. Invocan expresamente la Ley interna, esto es, los artículos 142 y siguientes del CC, si bien al amparo del artículo 9.7 del CC, cuando lo procedente es el Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones de alimentos. Este Convenio se aplica, como establece el artículo 1, a las obligaciones alimenticias que se derivan de las relaciones de familia, parentesco, afinidad o matrimonio, comprendidas las obligaciones alimenticias respecto de un hijo no legítimo.*

Segundo.—*Al ser la condición de casado un estado civil se debe estar a la ley personal según el artículo 9.1 del CC, siendo, en este caso, la legislación iraquí la normativa aplicable, como también es de aplicación la legislación iraquí en cuanto a la forma de matrimonio, por aplicación analógica del artículo 50 del CC, cuando ambos cónyuges eran al menos de la misma nacionalidad cuando contrajeron matrimonio. Se hacen estas precisiones dado que los alimentos que se reclaman por doña Muna S. es por su condición de esposa del demandado, aportando la correspondiente certificación oficial del acta de matrimonio, debidamente traducida, en la que consta expresamente que el matrimonio se celebró conforme al rito musulmán. Sin embargo, el demandado niega que en la actualidad exista el vínculo matrimonial al haber sido disuelto, según alega, por repudiación en 1981. Tal circunstancia no ha podido ser corroborada por el demandado en ningún momento en los presentes autos. No obstante, cabe señalar, según un sector de la doctrina de derecho internacional privado, que un repudio unilateral es contrario al orden público internacional español si atendidas las circunstancias del caso concreto, se vulnera el principio de igualdad entre los cónyuges, de modo que conduce a una situación de desprotección jurídica (así, CARRASCOSA GONZÁLEZ en* Jurisprudencia civil comentada*, t. I, pág. 617). En términos parecidos, otro autor ha señalado que el repudio como forma de disolución del matrimonio atenta contra principios básicos del ordenamiento del foro, como son la prohibición de todo tipo de discriminación por razón del sexo y el respeto de la dignidad humana. La exigencia de la protección de la identidad cultural de las minorías de un país, no impide que las sociedades establezcan ciertos mínimos de exigible cumplimiento (PALAO MORENO,* Actualidad Civil, *núm. 15, abril 2001, pág. 566). Más allá de los efectos estrictamente personales que puedan derivarse de la repudiación, hay otros efectos que no obstante merecen una protección en aras de los principios generales del derecho [así, STS de 10 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1272)], especialmente los concernientes a las medidas de asistencia y de ayuda económica.*

Tercero.—*La obligación de alimentos se ha de entender como un deber impuesto a una o varias personas, de asegurar la subsistencia de otra u otras y supone la conjunción de las partes, una acreedora, que tiene derecho a exigir y recibir los alimentos, y la otra, deudora, que tiene el deber moral y legal de prestarlos, con la particularidad de que el primero ha de reunir la condición de necesitado y el segundo poseer medios y bienes aptos para atender la deuda [SSTS de 13 de abril de 1991 (RJ 1991, 2685) y 12 de abril de 1994 (RJ 1994, 2789)]. De acuerdo con el artículo 1 del Convenio de La Haya, tanto la esposa como los hijos están legitimados activamente para exigir la obligación de alimentos, y el demandado está legitimado pasivamente. Para su concreción se debe estar, como señalan el artículo 11 del Conve-*

nio y el artículo 146 del CC, al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe.

II. COMENTARIOS

1. La jurisprudencia española nos ofrece, cada vez con mayor frecuencia, ejemplos como el presente, en el que se pone de manifiesto la creciente y sana interrelación existente entre los profesionales de justicia y los académicos en el ámbito del Derecho internacional privado. Un dato que ha de ser recibido muy positivamente y confiamos que vaya en aumento para el beneficio de los justiciables y nuestro entendimiento mutuo. En el caso que estamos analizando, ello se ha exteriorizado con respecto a la reclamación de alimentos presentada por la esposa y el hijo de un nacional iraquí, quienes igualmente ostentaban dicha nacionalidad, siendo que todos ellos residían en nuestro país.

2. Obviando las cuestiones jurisdiccionales, seguramente resueltas sin mayores dificultades en Primera Instancia, la Audiencia Provincial se enfrentó, en primer término, a los aspectos propios de la concreción de la ley aplicable al supuesto directamente. Ya desde este momento se desplegó el conocimiento del juzgador de nuestro sistema de Derecho internacional privado, al reafirmar el carácter *erga omnes* del Convenio de La Haya de 1973 y el desplazamiento que realiza este texto de nuestro artículo 9.7 del CC —en contra de la opinión expresada en la sentencia de instancia y la de los propios litigantes— (P. DOMÍNGUEZ LOZANO, "La determinación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos en el Derecho internacional privado español", *REDI,* 1989, pp. 432-485, pp. 473-478 y 483; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Alimentos (Derecho Internacional Privado)", en AA.VV., *Enciclopedia Jurídica Básica,* Civitas, Madrid, 1996, pp. 413-417, p. 415; *id.,* "Artículo 9.7", en AA.VV., *Comentario del Código civil,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, T. I., pp. 92-94, p. 93). Y ello, superando la jurisprudencia española que, aun hoy en día, estima que el mencionada artículo del CC es el precepto apropiado para atender a este extremo (*vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Artículo 9.7", en M. PASCUAU LIAÑO (Dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código civil, Comares,* Granada, 2000, T. I, pp. 179-189, p. 182). En este sentido, cabe aplaudir la aproximación manifestada por la Audiencia Provincial, ya que no sólo es parcialmente diferente la solución presente en ambos sistemas conflictuales (fundamentalmente por su distinta ordenación jerárquica de los puntos de conexión. E. PÉREZ VERA, "Art. 9.7", en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Código civil,* Tecnos, Madrid, 1977, pp. 473-480, p. 477; P. DOMÍNGUEZ LOZANO, *op. cit.,* 452), sino que nos ubica en el marco adecuado para atender a esta reclamación y los problemas que pudiera generar.

3. Una vez determinado que era el ordenamiento español el que efectivamente debía regular el fondo de la cuestión litigiosa (como ley del lugar de residencia habitual del acreedor de alimentos, *ex* artículo 4 del Convenio de 1973), la Audiencia se enfrentó a la cuestión preliminar de determinar si efectivamente la reclamante era esposa del deudor de los alimentos y si, por tanto, ejercía su derecho en tal condición (sin duda, como apunta D. MARTINY, el hecho de que la obligación de alimentos es una consecuencia del estatuto personal, obliga a que en un gran número de ocasiones aparezca esta cuestión que presenta especiales dificultades en los supuestos internacionales. "Maintenance Obligations in the Conflict of Laws", *R. des C.,* 1994 III (247), pp. 131 y ss., pp. 151-152). En otras palabras, se planteó si existía o no tal matrimonio, en contra de la opinión del apelante quien alegaba que el vínculo matrimonial no existía al haber repudiado a la mujer con anterioridad.

Para resolver esta cuestión de carácter previo, la Audiencia Provincial no acudió a una solución de tipo "dependiente", la cual parece derivarse del tenor del artículo 10.1 del Convenio de 1973, según la cual se sujetaría dicho extremo a la ley reguladora de la obligación de alimentos (una solución difícilmente asumible en países como España, como ha apuntado entre otros, P. DOMÍNGUEZ LOZANO, *op.cit.*, p. 465; *id.*, "Art. 9.7", en AA.VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Madrid, Edersa, 1995, T. I, Vol. 2, pp. 296-350, p. 335).Todo lo contrario. Al igual que un importante sector doctrinal español, la Audiencia optó por una aproximación de corte "independiente" para atender a este problema. De tal modo que, con el objetivo de comprobar la existencia y validez del matrimonio, se estimó el juego de los artículos 9.1 y 50 del CC, concluyéndose con la estimación de la condición de esposa de la reclamante según la legalidad iraquí [S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges,* Civitas, Madrid, 1996, 199-200; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Artículo 9.7", *op.cit.,* p. 184; *id.,* "Alimentos", en AA.VV., *Derecho internacional privado,* vol. II, *Comares,* Granada, 2000 (2.ª ed.), pp. 181-201, p. 187].

A este respecto hay que dejar constancia, igualmente, de la interpretación "multilateralizada" que realiza la Audiencia Provincial del artículo 50 CC, con el fin de cubrir la laguna presente en nuestro ordenamiento, para aquellos supuestos en los que se trata de determinar la validez del matrimonio de dos extranjeros contraído en el extranjero. Tal y como ha sugerido nuestra mejor doctrina —por lo que se demuestra, de nuevo, el buen manejo que hace de nuestros autores— [J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Derecho de familia. El matrimonio", en AA.VV., *Derecho internacional privado. Parte especial*, Eurolex, Madrid, 1995 (6.ª ed. revisada), pp. 289-328, p. 305. *Vid.,* aunque optando por una aplicación analógica del artículo 49.2 CC, P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio*

en Derecho internacional Privado español, Aranzadi, Madrid, 2002, pp. 268-269 y 274-275].

4. Por último, el juzgador español se enfrentó a la cuestión de la existencia y posibles consecuencias que habría de desplegar en España un repudio dictado en Irak. Y ello, con el objeto de demostrar que la reclamante no era esposa del deudor de alimentos, en el momento de iniciar el litigio. Un argumento que, sin embargo, no fue demostrado por el marido. Ahí podría haber quedado este extremo, confirmando en definitiva el carácter de esposa de la acreedora ante la falta de acreditación de la presunta disolución del matrimonio, de no haber sido porque la Audiencia entró a considerar la compatibilidad de esta figura con nuestro orden público. A este respecto cabe apuntar cómo efectivamente la figura del repudio unilateral marital choca frontalmente con nuestro orden público, no pudiendo admitirse sus efectos en nuestro país (así, mi estudio —también utilizado por el juzgador en el caso—, "La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural", *AC,* 2001, núm. 15, pp. 529-576, p. 566).

No obstante, igualmente es cierto que esta figura se presenta en la práctica y en los distintos países de tradición islámica con diversos matices que aconsejan un análisis caso por caso de las consecuencias de su puesta en funcionamiento [en el mismo sentido, A. QUIÑÓNEZ ESCAMES, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa,* La Caixa, Barcelona, 2000, 49 y ss.; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, *"Ius nubiendi y orden público internacional", BIMJ,* 2000, núm. 1862, pp. 425-447, p. 447; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "La sociedad europea multicultural: la integración del mundo islámico", en A. BORRÁS y S. MERNISSI (eds.), *El Islam jurídico y Europa,* Icaria, Barcelona, 1998, pp. 168-170 y 181-189]. A este respecto, en el caso de que se hubiera demostrado la existencia de dicho repudio (lo que no acontece en el caso analizado), tal vez hubiera sido aconsejable comprobar el tipo de repudio del que se trataba y sus efectos en el supuesto litigioso, para comprobar si su juego era efectivamente (o no) contrario al orden público español en el caso analizado [tal y como ha sucedido con relación al ordenamiento marroquí, a modo de ejemplo, en la SAP de Barcelona de 6 de abril de 2000, *AC,* 2000/1888. En este mismo sentido, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ afirma que la aplicación de este expediente ha de atender a las circunstancias del caso, no existiendo una jurisprudencia definitiva en España al respecto. "Artículo 107", en M. PASCUAU LIAÑO (Dir.), *op.cit.,* pp. 611-629, p. 617 —un trabajo, por cierto, también empleado por la Audiencia Provincial de Granada—].

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 48, 47008 VALLADOLID; LA DIRECCIÓN DE LA REVISTA SE RESERVA EL DERECHO A EDITAR LAS CARTAS POR RAZONES DE ESPACIO Y CLARIDAD.

CONFLICTOS ENTRE EL INTERÉS DEL MENOR Y LOS INTERESES DE PADRES BIOLÓGICOS, ADOPTANTES Y ACOGEDORES. COMENTARIO AL AUTO DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2000 DICTADO POR LA AP DE SALAMANCA

Ana Delia Oliva Salvador.

Procuradora de los Tribunales.

I. INTRODUCCIÓN

Una resolución de fecha 11 de septiembre de 2000, dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca nos va servir para reflexionar sobre el interés del menor y los problemas que surgen en los procedimientos de adopción y acogimiento, cuando éste entra en conflicto con otros intereses, como son los de los padres biológicos, los de los adoptantes o los de los acogedores.

Esta materia que vamos a tratar, ha dado lugar, especialmente en los últimos tiempos, a resoluciones polémicas que han sido excesivamente aireadas por los medios de comunicación, y han generado posiciones enfrentadas por entrar en juego los sentimientos de distintas personas, lo que hace imposible una solución que pueda contentar a todas las partes implicadas, debiendo tener presente además que en medio de todo esto se encuentra un menor al que hay que proteger.

II. EL SUPUESTO DE HECHO

1. El menor Diego L.B. desde su nacimiento fue separado de sus padres biológicos, dado que la madre padecía trastorno bipolar tipo 1 y había sido declarada incapaz por resolución de 5 de marzo de 1997 y el padre estaba diagnosticado de esquizofrenia, lo que hacía imposible la convivencia con el pequeño por el riesgo que suponía para éste, haciéndose cargo del mismo la Junta de Castilla y León.

2. Ante la situación de incapacidad de la madre, la esquizofrenia del padre y las malas relaciones existentes con los familiares que se negaban a hacerse cargo del menor, los Servicios Asistenciales de la Junta de Castilla y León decidieron entregarlo en acogimiento preadoptivo.

3. Se tramitó ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de Salamanca el procedimiento para la constitución del acogimiento preadoptivo, con la oposición de la madre, que aportó informes periciales sobre su estado mental.

4. El Juzgado dictó Auto con fecha 9 de mayo de 2000 denegando el acogimiento preadoptivo, dejando sin efecto las medidas cautelares acordadas en orden a la suspensión del régimen de visitas de los padres biológicos y acordando que la guarda se realizase en un centro de acogida en lugar de en la familia donde se había colocado el niño, para que así los padres biológicos pudieran realizar las visitas que se determinasen y siempre bajo la supervisión de los Servicios Sociales.

5. El Letrado de la Junta de Castilla y León recurrió este auto en apelación, alegando el pronóstico negativo sobre la mejoría de la situación de los padres y el riesgo que para el niño suponía esta convivencia.

6. A pesar de esto, la Audiencia Provincial de Salamanca por auto de 11 de septiembre de 2000 desestimó el recurso, denegando el acogimiento preadoptivo y acordando que la guarda del menor se realizase en acogimiento residencial, estableciendo la Entidad correspondiente el adecuado régimen de visitas de los padres biológicos, bajo la supervisión de los Servicios Asistenciales, régimen que en función de la evolución y el grado de integración, será cada vez más amplio y prestando el debido apoyo a toda la familia de carácter psíquico y social para obtener en el futuro la plena integración del menor en su familia biológica, debiendo la Entidad Pública cumplir con lo previsto en el artículo 173 del Código Civil.

7. Esta resolución saltó a la opinión pública a través de los medios de comunicación y quizá debido a la presión generada, se acordó que el niño fuera llevado a un centro de acogida y que posteriormente se hiciera cargo de su guarda una hermana de la madre biológica, cosa que así ocurrió, abandonando el niño el hogar de acogida donde había pasado gran parte de su corta vida.

8. Debido a las desavenencias surgidas entre la madre biológica y su hermana, que tenía la guarda del pequeño, ésta reintegró al menor nuevamente al centro de acogida, donde permanece en la actualidad, siendo allí visitado por su madre bajo la supervisión de los servicios sociales.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Las disposiciones estudiadas son los artículos 11, 12 y 17 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

La Audiencia Provincial de Salamanca basó su resolución, de manera fundamental, en los informes presentados por el psiquiatra que atiende a la madre biológica y por el médico forense que la examinó.

En ellos se afirmaba que Margarita B.S. estaba diagnosticada de trastorno bipolar tipo 1, la de mayor gravedad de las dos variantes existentes, aunque esta enfermedad, según estos médicos, no limita su capacidad de querer y de entender observando una conducta que se puede estimar normalizada y si presenta alguna descompensación o situación de rabia no es por su patología sino de tipo reactivo por la frustración que padece por no tener contacto alguno con su hijo. Insisten en que está en condiciones de ir afrontando la responsabilidad inherente a la Patria Potestad u otras obligaciones propias de una madre, aunque siempre condicionada a que siga en tratamiento y no abandone las revisiones por lo que es necesario un control o supervisión constante de su estado. Incluso se valora positivamente el que entre en contacto progresivo con su hijo a fin de facilitar un aprendizaje, evitar descompensaciones y forzar la autodisciplina.

Reconoce también la Audiencia en su fundamentación que el padre está diagnosticado de esquizofrenia y que por todo esto, la convivencia total y completa del hijo con ambos progenitores podría suponer una situación de riesgo aun cuando el padre actúe como elemento moderador, por lo que se insiste en que la relación paterno-filial debe compartirse con una institución tutelar, buscando la futura autonomía de la función familiar, siempre bajo criterio psicológico-psiquiátrico y técnico-social.

Asimismo, reconoce que el resto de la familia mantiene malas relaciones con Margarita, pero considera que las Entidades Públicas deben hacer un esfuerzo para conseguir que se impliquen en el seguimiento de la enfermedad de Margarita y colaboren supervisando la forma en la que ésta desempeña su maternidad.

Consideran el juzgador y los especialistas intervinientes que existe un alto grado de vulnerabilidad del menor tutelado, pero aun así consideran que es

preferible una paulatina normalización de las relaciones paterno-filiales, siempre bajo los controles, de tal forma que cuando el menor alcance los 8 o 9 años de edad y haya desarrollado los mecanismos de defensa y tenga autonomía personal, pueda alcanzarse la plena normalidad en las relaciones familiares.

Por último, reconoce que el fin primordial es velar por el interés del menor, sin olvidar también el derecho de los padres a ejercer su patria potestad de forma integral, conviviendo con el hijo y relacionándose con él, y que precisamente es este interés del menor el que aconseja que sólo en casos extremos se le desvincule de la familia de origen y por ello, las Entidades Públicas creadas por la Junta de Castilla y León articulen los mecanismos necesarios para, como dice el Juez de 1.ª Instancia en su auto, permitir una mayor relación del menor con sus padres biológicos, supervisando las visitas que se programen y que deben ir encaminadas a que en un futuro cese el acogimiento residencial, y prestando el apoyo psicológico-psiquiátrico y social adecuado para que, en especial la madre, pero también el padre, asuma sus obligaciones en lo que respecta a su propio cuidado y atención medica, lo que supondrá la asunción plena de la relación paterno-filial.

IV. COMENTARIO

La resolución que comentamos ha sido muy polémica, ya que saltó a los medios de comunicación y durante bastante tiempo, éstos hicieron un seguimiento de los hechos, provocando opiniones muchas veces enfrentadas, y todo ello, sin tener en cuenta que en el centro se encontraba un menor que debía ser protegido.

En la relación de hechos, hemos visto que la Junta de Castilla y León se hace cargo de un niño recién nacido por considerar que se encontraba desprotegido al no ser las circunstancias familiares las más adecuadas: La madre legalmente incapacitada a causa de una grave enfermedad mental irreversible y el padre con un diagnóstico de esquizofrenia, enfermedad que desgraciadamente hoy día es incurable. Además la familia no prestaba ningún apoyo debido a las difíciles relaciones existentes con la madre.

La Junta se hizo cargo de la guarda del menor Diego, declarando la situación de desamparo y por tanto adquiriendo automáticamente la tutela del mismo.

El primer problema con el que nos encontramos es ver si esta declaración era correcta y ajustada a derecho. El artículo 172.1 del Código Civil nos dice cuando se considera que un menor está en situación de desamparo: “Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incum-

plimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material".

En el caso que nos ocupa, parece que el menor se encontraba privado de la debida asistencia ya que la madre, y está recogido en el propio Auto, no tenía competencia funcional para comprender y valorar contenidos maternales, asimismo era incapaz incluso para asumir obligaciones con respecto a su propio cuidado y atención médica.

No podemos culpabilizar a la madre de esta situación, ya que la causa de esta falta de capacidad es involuntaria y ocasionada por su grave enfermedad, pero no es menos cierto que el menor estaba privado de una vida familiar normal, con lo que nos encontrábamos ante un supuesto de desamparo forzoso.

Con anterioridad se ha dicho que una de las causas que pueden dar lugar a la declaración de desamparo es la inexistencia de personas que se ocupen de la guarda del menor, por fallecimiento, ausencia, incapacidad, etc.

El menor, Diego, recién nacido, no podía ser debidamente asistido por manifiesta incapacidad de los padres y aunque el Código Civil no fija un catálogo de situaciones que supongan desamparo, la práctica jurídica lo ha ido realizando, siendo los trastornos psíquicos de los padres una de ellas. A mayor abundamiento, las comunidades autónomas han completado la indeterminación legal con nuevas regulaciones, encontrando que alguna de ellas expresamente determina que el trastorno mental grave y acreditado de los padres, que impidan el adecuado ejercicio de la patria potestad o del derecho de guarda y educación, es una situación en las que deberán intervenir para proteger a los menores.

La regulación del Código Civil establece que se da la situación de desamparo cuando existe privación de la asistencia moral o material del menor y la causa es el incumplimiento de los deberes de protección o la imposibilidad de ejercer tales deberes o ejercerlos inadecuadamente. El Decreto 57/1988, de 7 de abril, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en su artículo 18 dice: "Cuando por imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes, un menor haya quedado privado de la necesaria asistencia moral o material existiendo fundado riesgo para su integridad, la intervención será inmediata. El jefe del Servicio Territorial, dictará resolución asumiendo la tutela provisional..."

Por tanto parece que la actuación de los servicios sociales de la Junta fue acertada y ajustada a derecho al valorar el desamparo del menor ya que éste se encontraba en una situación que suponía un grave riesgo para él, dada la incapacidad de los padres, especialmente de la madre, para asumir los deberes y obligaciones, máxime tratándose de un recién nacido, con la atención que su cuidado comporta. Esta situación, al parecer, era irreversible por la gravedad de

las enfermedades mentales padecidas por los padres biológicos y aunque resulte muy duro la separación de un hijo de su madre, hay que velar por el interés del menor, que en este caso es prioritario.

Vemos que una vez apartado Diego de sus padres, es colocado por la Junta en una familia en régimen de acogimiento preadoptivo y ello porque la entidad pública consideró que la reinserción en su propia familia era inviable y por tanto el interés del menor demandaba su integración en un núcleo familiar de manera permanente.

El artículo 172.4 del Código Civil dice: "Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia '...' y el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996 dice: "Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes:

a) La supremacía del interés del menor.

b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés" y por último, el artículo 20 del Decreto 57/1988 de la Comunidad Autónoma dice: "Siempre que no sea posible la permanencia del menor en su propia familia, y en los casos que el menor no la tuviera, se considerará con carácter prioritario la posibilidad de adoptar una medida de acogimiento familiar, que podrá ser con fines adoptivos o con el objetivo de reintegración en la propia familia".

En el auto estudiado, se hace referencia al artículo 3 de la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 3 de diciembre de 1986, consagrado en el artículo 11.2 de la Ley Orgánica 1/1996 y resulta paradójico que estos artículos hayan servido para fundamentar la resolución judicial denegatoria, y ello porque tanto el Juzgado de 1.ª Instancia como la Audiencia Provincial posteriormente, sólo hacen hincapié en el principio de que la acción administrativa debe ir encaminada al mantenimiento del menor en el medio familiar de origen, ya que dan prioridad al derecho de los padres a ejercer su patria potestad de forma integral, conviviendo con el hijo y relacionándose con él. Parece que la fundamentación esté dando prioridad al interés de los padres biológicos, especialmente al de la madre, ya que toda la argumentación para no constituir el acogimiento preadoptivo es que la situación actual de la madre, recordemos que padece un trastorno bipolar tipo 1 (el de mayor gravedad), parece estar normalizada y que si presenta alguna descompensación es debido a la frustración que padece por no tener contacto con su hijo y que sería muy positivo para la evolución de su enfermedad que entrase en contacto con el niño, lo que le facilitaría el aprendizaje de los contenidos maternales, le forzaría a la autodisciplina y evitaría descompensaciones.

El interés del menor, a mi entender, ha quedado en un segundo plano en esta resolución, y parece que el interés de la madre biológica es prioritario, ya que se está utilizando al niño como terapia para la recuperación de la misma y

evitarle las situaciones descompensadas de rabia. No se está teniendo en cuenta que el menor, al ser tan pequeño, necesita un ambiente familiar estable, que le ofrezca protección y cariño, algo que desgraciadamente no pueden ofrecerle sus padres y así lo reconoce la Audiencia, cuando a renglón seguido nos dice que "... por el momento la convivencia total y completa del hijo con ambos progenitores podría suponer una situación de riesgo..."

La Audiencia dicta esta resolución teniendo pleno convencimiento de que el menor no va a poder reintegrarse en su familia de origen, por lo menos a corto plazo, y a pesar de ello mantiene abierta esa posibilidad, ordenándole a la Administración su colaboración, ya que según lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, está obligada a articular los mecanismos necesarios para conseguir una mayor relación de los padres con el menor y así en un futuro que pueda cesar el acogimiento residencial.

Considera el juzgador que esta situación es la ideal para que cuando el menor tenga ocho o nueve años, y ya no sea tan vulnerable, pueda alcanzar la plena normalidad en las relaciones familiares e integrarse en su familia biológica.

Efectivamente, toda la legislación existente tanto nacional como internacional recoge el derecho que tiene el menor de estar integrado en su familia de origen, pero siempre y cuando esto sea posible. Ya que si esta integración no parece viable, será preferible, en interés del mismo, conseguir su integración en otra familia que pueda proporcionarle un ambiente familiar estable, donde el niño se sienta protegido y querido. El recluirle en un centro supone la privación de ese ambiente familiar y del cariño que aquí le pueden ofrecer, ya que materialmente estará atendido, pero las personas que estén a su cuidado, por muy bien que desempeñen su labor, no dejan de ser asalariados sin un vínculo afectivo con los menores y no pueden dar la atención y el cariño de unos padres.

Le resolución obliga al niño a permanecer en el centro durante los años que más necesita esta atención, los años cruciales para el desarrollo de su personalidad, y todo ello con la expectativa de que algún día pueda integrarse en su familia de origen.

¿Qué interés es el que ha prevalecido? Parece que no el del menor, que como ya hemos repetido hasta la saciedad es el prioritario en este tipo de conflictos, sino más bien el de la madre, que va a tener al niño a su disposición en el centro de acogida para visitarle de vez en cuando y con ello calmar sus ataques de rabia; más parece que se esté utilizando al menor como una terapia que como un ser indefenso cuyos intereses deben ser protegidos.

Se le ha privado de un hogar que lo había acogido con cariño, para recluirle por tiempo indefinido en una institución, de una vida estable y segura ha pasado a un triste presente y a un futuro incierto.

ALGUNOS ASPECTOS DE UN ANÁLISIS COMPARATIVO ENTRE LAS DISTINTAS LEYES AUTONÓMICAS REGULADORAS DE LAS PAREJAS DE HECHO EN ESPAÑA

José María Mata de Antonio.

Abogado.
Profesor de Derecho Civil.
de la Universidad de Zaragoza.

I. INTRODUCCIÓN

En un anterior artículo (1) ya afronté el estudio comparativo entre las distintas leyes autonómicas que se habían publicado sobre esta materia. Pero ni el objeto de aquel estudio era el de profundizar en la comparación de todos los elementos configuradores de las distintas normas, ni en aquel momento se habían dictado leyes en número suficiente para plantearse tal comparación. Aun así, en algunas cuestiones ya se avanzaba la conclusión de que las diversas normas parecían tender más a diferenciar que a igualar a los ciudadanos de las distintas Comunidades Autónomas. Si tenemos en cuenta que en aquel momento teníamos a la vista cuatro leyes autonómicas sobre la materia (aunque se vislumbraban algunos textos de proyectos que después han fructificado, solamente se habían publicado las leyes catalana, aragonesa, navarra y valenciana) y que ahora ya contamos con once (además de algunas normas sobre el funcionamiento de los pertinentes Registros creados a tal fin), se evidenciará la justificación del presente estudio, aunque sea como complemento y continuación de aquél.

Lo cierto es que desde que se publicó en nuestro país el primer texto regulador de las denominadas uniones de hecho, se han sucedido en un corto plazo de tiempo, que no llega a los cinco años, diversas normas procedentes de los distintos parlamentos autonómicos, que suponen la existencia de divergencias, no sólo en cuanto a los requisitos para formar parte de una unión de hecho, sino

(1) Véase MATA DE ANTONIO, J.M., "Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación? (Análisis de la normativa autonómica)", *Acciones e Investigaciones Sociales,* núm. 14, febrero 2002, pp. 183-251.

en cuanto a los efectos de tal constitución y de su inscripción, tanto frente a terceros, como ante las Administraciones públicas. Por esta razón, a la hora de efectuar un análisis o estudio comparativo más o menos pormenorizado entre los requisitos que la normativa reguladora del matrimonio establece para contraerlo y los que la legislación sobre uniones de hecho fija para constituirlas, resultará imprescindible el examen de las diferencias existentes entre las distintas normativas autonómicas. Evidentemente, afrontar tal reto en profundidad, y, más todavía, entrar a analizar las diferencias en cuanto a los efectos de la disolución o ruptura, sería algo que sobrepasaría con creces la cabida del presente artículo y por ello nos veremos obligados a centrarnos solamente en algunos de los citados requisitos.

En cualquier caso, se impone como necesaria, a modo de introducción a la materia objeto de estudio, una breve referencia al estado de la cuestión.

Frente a la regulación única y centralizada que el Código Civil ofrece sobre el matrimonio —algo evidentemente derivado de la exclusiva competencia del Estado en esta materia, según queda plasmado, tanto en el artículo 149.1.8.ª de nuestro texto constitucional de 1978, como en el artículo 13 del propio Código Civil— nos encontramos con un conjunto divergente de normas que regulan de forma dispar las denominadas uniones de hecho. En efecto, sin que a esta altura del devenir legislativo quepa ya ninguna duda de que le figura de la unión de hecho es algo distinto del matrimonio (lo que conlleva distinción, no sólo en los requisitos exigidos en cada caso, sino también en lo referente a sus consecuencias) conviene recordar que en esta materia y frente a la inexistencia de una norma de carácter estatal que regule de forma específica todo lo relativo a esa figura, se sitúa la diversidad normativa, fruto de la inexplicable carrera por parte de los distintos órganos legislativos de las Comunidades Autónomas para acometer la regulación del fenómeno. Y precisamente esa falta de una norma básica (como existe en otras materias) estatal que sentara los parámetros entre los que se movieran los parlamentos autonómicos, ha hecho y sigue haciendo que la diversidad sea la nota característica que primero se observa a la hora de comparar los requisitos y los efectos de la figura de la unión de hecho. Y ello lo es hasta tal punto que ya, cuando se trata de denominar la propia figura o hecho regulado, parece que exista una necesidad de buscar la diferenciación, y mientras en unos casos se habla de uniones estables de pareja, en otros se refiere a parejas de hecho, en otros a parejas estables, o a uniones de hecho. No hay más que repasar los distintos textos autonómicos para darse cuenta de que cuanto afirmamos no es gratuito. Pero, si nos adentramos en los distintos aspectos de las distintas regulaciones, a pesar de que algunos se repiten, al menos en su espíritu la mayoría difiere. ¿Y qué se puede esperar de unos textos normativos que no se ponen de acuerdo ni en el período

de *vacatio legis*? (2). Ya adelanto que no es momento de entrar a comparar todas las diferencias que se observan entre los diversos textos legales autonómicos. No es éste el lugar para ello (incluso sobre algunos de esos aspectos, referidos a las cuatro primeras leyes sobre la materia, además de a alguna otra norma de rango inferior y a algún texto de proyectos de ley, ya me extendí en el artículo doctrinal citado) y ni siquiera vamos a llegar a analizar todos los textos legales con que ya en este momento contamos. Debe tenerse en cuenta que, además de las once leyes autonómicas ya publicadas, —que son, por orden cronológico, las siguientes: Ley (Cataluña) 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja; Ley (Aragón) 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas; Ley Foral (Navarra) 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables: Ley (Comunidad Valenciana) 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho; Ley (Illes Balears) 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables; Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; Ley (Asturias) 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables; Ley (Andalucía) 5/2002, de Parejas de Hecho; Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura y Ley (Euskadi) 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho— algunas de ellas complementadas, por Decretos y Órdenes reguladores de la creación y funcionamiento del pertinente Registro donde deben inscribirse las parejas, como es ejemplo el caso de Aragón, existen otras normas en otras Comunidades Autónomas (por ejemplo, el caso de Castilla-La Mancha y Castilla y León) en las que esta materia ha sido abordada directamente (o solamente por el momento) mediante la creación y reglamentación del funcionamiento del co-

(2) Esta cuestión, al igual que algunas otras diferencias más trascendentales entre las diversas normas autonómicas que en aquel momento se habían publicado, ya la abordé en mi artículo "Parejas de hecho ¿equiparación o discriminación?", ya citado. Por lo que se refiere, no obstante, a la cuestión del distinto tratamiento de la *vacatio legis,* la situación en poco se ha modificado con respecto a lo entonces tratado ya que la tónica general en las posteriores normas autonómicas ha sido la de su entrada en vigor inmediata. En efecto, tras la ley catalana, cuya Disposición Final 3.ª fijaba su entrada en vigor a los 3 meses de su publicación, la aragonesa, a los 6 meses (Disp. Final) y la navarra, al mes (Disp. Final 2.ª), sólo la ley balear aplaza "al mes siguiente" (Disp. Final 4.ª) su entrada en vigor; el resto, es decir, la ley valenciana (Disp. Final 3.ª), la madrileña (Disp. Final 2.ª), la asturiana (Disp. Final 2.ª), la andaluza (Disp. Final 2.ª), la canaria (Disp. Final 3.ª), la extremeña (Disp. Final 2.ª) y la vasca (Disp. Final 2.ª), establecen su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en su correspondiente Boletín. Por lo que se refiere a Castilla-La Mancha, el Decreto (Disp. Final 2.ª) fija un plazo de 60 días naturales, mientras la Orden (Disp. Final) entra en vigor al día siguiente de su publicación. Sin embargo, en Castilla y León, mientras el Decreto (Disp. Final 2.ª) habla también de 60 días naturales, la Orden fija una fecha concreta, el 30 de diciembre de 2002 (Disp. Final única).

rrespondiente Registro de parejas de hecho [3]. Si a ello añadimos la pendencia que existe sobre la constitucionalidad de alguno de los textos (como es el caso de las leyes navarra y vasca, que se hallan pendientes de la resolución de sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra ellas, al haber incurrido en el mismo atrevimiento y reconocer ambas la posibilidad de adopción conjunta por los dos miembros del mismo sexo de una pareja de hecho) deberemos concluir que el panorama se torna excesivamente complejo, para un estudio como el presente que, sin ser superficial, no debe ni puede ser excesivamente profundo ni denso.

Así las cosas, es conveniente ya centrar la cuestión sobre la que vamos a enfocar el análisis. Y lo haremos concretando el objeto del presente estudio en los requisitos relacionados con los impedimentos absolutos de capacidad (por edad y por discernimiento) y de vínculo, y con el relativo de parentesco. Y todo ello referenciado, tanto al Código Civil, por lo que se refiere al matrimonio, como a las distintas normativas autonómicas, en lo referente a las uniones de hecho.

Posteriormente nos detendremos en los requisitos referidos al domicilio, vecindad civil, etc., de quienes componen la pareja, que también inciden sobre la capacidad para constituir una unión de hecho, mientras son datos que carecen de relevancia a la hora de contraer matrimonio, salvo en lo concerniente al régimen económico matrimonial en algunos casos. Sin embargo, no entraremos en el análisis de los complejos problemas a que tales requisitos pueden dar lugar en la práctica, ni tampoco en los efectos y consecuencias administrativos, fiscales o laborales derivados de las distintas regulaciones. Por otra parte, dejando a un lado el estudio de la diversidad en la regulación de las causas y efectos de la ruptura y disolución de la pareja, sí que nos adentraremos en algunas de las consecuencias relativas a la equiparación de los miembros de la pareja de hecho a los cónyuges, en cuestiones como la adopción, la tutela, el acogimiento y la obligación legal de alimentos. Y por último, abordaremos las diferencias que se reflejan entre las diversas normativas en torno a los elementos formales que se requieren para la constitución de la pareja de hecho, sobre todo para intentar ver

---

[3] En Castilla-La Mancha, el Decreto 124/2000, de 11 de julio de 2000 por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha y la Orden de 8 de septiembre de 2000, de la Consejería de Administraciones Públicas, por la que se desarrolla el Decreto 124/2000, sobre Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. En Castilla y León, el Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento y la Orden de 27 de noviembre de 2002, de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial, por la que se regula el funcionamiento del Registro de Uniones de Hecho.

la situación en que pueden encontrarse las parejas que no cumplen con tales requisitos.

Como aclaración suplementaria es preciso hacer mención, por una parte a que partimos de que, en cuanto se refiere al tratamiento del matrimonio, nos limitamos a su regulación en el Código Civil, sin entrar en las cuestiones derivadas de la regulación canónica del mismo, sin que ello suponga desconocer su importancia y relevancia en una materia como ésta. Y por otra, que carece de sentido hacer un estudio comparativo de uno de los impedimentos que el Código Civil fija para contraer matrimonio: el llamado impedimento de crimen, que no se recoge en ninguna de las normas autonómicas objeto del presente estudio, aunque hay que apuntar la excepción de la ley catalana, supuesto al que nos referiremos en su momento.

II. EDAD

Vamos, en primer lugar, a delimitar el requisito de edad mínima que en cada caso se exige.

El Código Civil, en su artículo 46 (según redacción dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio) prohíbe que contraigan matrimonio los menores de edad no emancipados. Sin perjuicio de alguna peculiaridad que podría derivarse de los efectos del matrimonio del menor previstos en la legislación civil aragonesa, resulta evidente que, a tenor de la posibilidad de dispensa prevenida en el artículo 48 del mismo Código, puede contraer matrimonio cualquier persona mayor de catorce años, aunque no esté emancipada, si obtiene la autorización del Juez de Primera Instancia y cualquier persona que esté emancipada.

Por lo que se refiere a las uniones de hecho, para poder constituirla e inscribirla, variará el requisito de edad, según la ley o normativa autonómica aplicable. Así, mientras los textos catalán (artículos 1 y 20) y aragonés (artículo 1), reservan la posibilidad de constituir una pareja de las reguladas en sus respectivas leyes, exclusivamente a los mayores de edad, la totalidad de las restantes normas existentes (4), amplían tal posibilidad a los menores emancipados. Bien es verdad que resulta curioso que sea precisamente la ley aragonesa una de las dos que impiden a la persona menor no emancipada la posibilidad de acceder a la constitución de una "pareja estable no casada", cuando ese ordenamiento contempla, por una parte la consideración como mayor de edad al menor —de cualquier edad— desde el momento que contrae matrimonio (artículo

(4) Artículo 2 de las leyes navarra, valenciana, balear, madrileña, canaria, extremeña y vasca; artículo 3 de las leyes asturiana y andaluza.

4 de la Compilación), y por otra la capacidad del menor mayor de catorce años, aunque no esté emancipado, para celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con la pertinente asistencia (artículo 5 de la Compilación), algo que deberá llevar a la conclusión de que el mayor de catorce años en Aragón, podrá constituir una "pareja estable no casada" si cuenta con la asistencia pertinente. También parece evidente que pudo ser la circunstancia de haber sido los primeros en legislar sobre la materia, la única razón de que los dos textos citados resulten más restrictivos, no sólo que los restantes, sino también que el Código Civil al fijar el límite de edad.

Podremos, pues, terminar lo referente a este requisito, afirmando que cualquier persona mayor de edad podrá contraer matrimonio y constituir una pareja de hecho en cualquier Comunidad Autónoma con legislación sobre esta materia. Las personas menores de edad emancipadas (debiéndose considerar incluidas las del supuesto del artículo 319 del Código Civil [5]) podrán contraer matrimonio en todo el territorio nacional, y podrán constituir e inscribir una pareja de hecho en todos los territorios con legislación sobre la materia, salvo en Cataluña (ya que en Aragón deberemos interpretar la normativa en la forma antes referida). De otro lado, cualquier persona mayor de catorce años no emancipada, podrá contraer matrimonio, si obtiene la autorización del Juez de Primera Instancia, pero sólo podrá constituir pareja de hecho inscribible en Aragón (si mantenemos la interpretación citada) si cuenta con la preceptiva asistencia (si antes contrajo matrimonio, en Aragón se le tendrá por mayor de edad y en el resto de los territorios con normativa sobre la materia, si antes contrajo matrimonio, ya es emancipado).

III. INCAPACITACIÓN

Tanto en la materia que acabamos de analizar como en las que siguen, observaremos en los distintos textos legislativos estudiados diferente sistemática o estilo en su tratamiento. Mientras en unos se incluyen como requisitos, es decir, en sentido positivo, en otros reciben el tratamiento de prohibiciones, y se incluyen en tal sentido negativo. Así, podemos citar, con referencia a la edad, como ejemplo de lo primero, por todos, el artículo 2 de la Ley balear que, en su apartado 1, dice que *"pueden constituir pareja estable a los efectos de esta Ley los mayores de edad y los menores emancipados"* y como paradigma del sistema de prohibiciones, el artículo 3 de la Ley andaluza, que, en su apartado 2, fija

---

[5] El precepto recoge el supuesto de la emancipación tácita o consentida, también denominada de hecho o por vida independiente. Lo cierto es que se podría plantear el problema derivado de la revocabilidad de la situación.

que *"no podrán formar parejas de hecho, a los efectos de esta Ley: a) Los menores de edad no emancipados"*.

Y en efecto, también en lo referente a la exigencia concreta del requisito de la plena capacidad de obrar en el campo en que estamos inmersos, se observa la comentada diferencia de trato. Pero también es cierto que este requisito aparece en muy pocas de las normativas autonómicas sobre la materia que venimos analizando.

Conviene aclarar que el requisito de la capacidad de obrar plena es algo que resulta sustancial, hasta el punto de ser innecesaria su cita concreta. Cuando tal capacidad viene determinada por la emancipación del menor, ya se desprende del requisito cuyo estudio antes hemos abordado. Ahora se trata de contemplar la posibilidad de falta de capacidad de obrar por otras razones, se trata de ver la situación del incapacitado.

También es claro que siendo la capacidad plena de obrar la regla y la incapacitación la excepción regulada de forma concreta y sólo factible mediante resolución judicial, de acuerdo con lo prevenido en los artículos 199 y 200 del Código Civil y mediante el procedimiento regulado en los artículos 745 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta lógico pensar que es innecesaria una referencia concreta a esta cuestión a la hora de recoger los requisitos o prohibiciones para constituir una pareja de hecho. En tal sentido deberá entenderse que hay que remitirse a las reglas generales de la capacidad de obrar para saber a qué atenerse en este terreno. De ahí se desprenderá que, salvo que la persona haya sido incapacitada y el grado de incapacitación que recoja la sentencia sea tal que ésta incluya el supuesto en concreto, deberá presumirse la capacidad de la persona para constituir un pareja de hecho.

De esa forma han debido entender esta cuestión la mayor parte de los legisladores autonómicos que se han ocupado de regular el régimen jurídico de las parejas de hecho, ya que los textos catalán, aragonés, navarro, valenciano, balear, asturiano, andaluz y extremeño, carecen de referencias a ese punto concreto. Sin embargo, los restantes textos, los de las leyes madrileña, canaria y vasca (junto a la normativa de ambos territorios castellanos), sí que han abordado la cuestión, si bien de forma dispar.

El artículo 2 de la Ley madrileña, bajo el epígrafe de *"Requisitos personales"* dice expresamente, en su apartado 1, que *"no pueden constituir una unión de hecho de acuerdo con la normativa de la presente Ley: a) Los menores de edad no emancipados y las personas afectadas por una deficiencia o anomalía psíquica que no les permita prestar su consentimiento a la unión válidamente"*.

La Ley canaria, en su artículo 2, con idéntico epígrafe que la madrileña, señala en su apartado 1, que *"no pueden constituir una pareja de hecho, de acuerdo con la normativa de la presente Ley: ... f) Las personas legalmente incapacitadas mediante sentencia judicial firme"*.

La Ley vasca se limita a exigir que sean personas con plena capacidad.

El Decreto 124/2000, de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, entre los requisitos que deben concurrir para efectuar la inscripción de la pareja de hecho, señala, en su artículo 3, apartado 1, el de *"no estar incapacitado judicialmente"*.

Y el Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento, también exige, en su artículo 3, apartado 1, entre los requisitos cuyo cumplimiento debe acreditarse para poder llevarse a cabo la inscripción de la unión de hecho: *"c) No estar incapacitados judicialmente"*.

Es evidente, a la vista de lo anterior, que a pesar de la intención de los autores de los preceptos que anteceden, en unos casos se demuestra innecesaria la inclusión de la cita concreta, y en otros no parece excesivamente afortunada la redacción. En todos los casos, lo que sí parece reflejarse es una mezcla poco ortodoxa entre conceptos que no obedecen a similares razones.

A este respecto, me atrevo a insistir en que debe considerarse superflua la inclusión de cualquier referencia a la incapacitación, ya que el propio contenido de la figura hace innecesaria su cita. Es claro que si una persona está incapacitada, no puede prestar válidamente el consentimiento en ningún tipo de contrato o acto jurídico. Pero también es verdad que el propio Código Civil ha dejado siempre como supuestos para ser tratados aparte, el de la capacidad para prestar el consentimiento para contraer matrimonio y la capacidad para otorgar testamento. Y es, sin duda, el primero el que inconscientemente ha debido influir en la mente de los legisladores que han considerado necesaria la inclusión de las citas que hemos contemplado. Pero, si partimos de que estamos ante una figura que puede tener algunos efectos similares a los del matrimonio, pero que no puede tratarse como un tipo de matrimonio ni equipararse a éste, es claro que no podrá aplicarse a las parejas de hecho el tratamiento que para el matrimonio, hace el Código Civil en su artículo 56.

Así, las cosas, habrá que entender, en primer lugar, que para todos los casos de constitución e inscripción de pareja de hecho es exigible la capacidad de obrar suficiente en cada uno de los miembros. En segundo lugar, que resulta más que discutible el requisito, exigido en los casos de las normativas castellanas, de acreditar documentalmente la inexistencia de sentencia de incapacitación; como no se exige en ningún caso que quien celebre un contrato acredite documentalmente semejante situación. Se trataría de una prueba negativa, o de probar algo negativo, cuando lo correcto en el actuar jurídico es precisamente la presunción de la plena capacidad y si existe la incapacitación, ya se probará tal cosa, en su momento, por quien deba hacerse. Caso distinto será el que se dé

cuando quien deba acordar la inscripción o la constatación de la pareja de hecho, albergue dudas sobre la capacidad de cualquiera de los solicitantes.

Quizá la ley vasca es la que de una forma más lógica, aunque también redundante, aborda el tema. En su artículo 2 se limita a hablar de *"dos personas... con plena capacidad"*. Y debe resaltarse que para mantener esa redacción se rechazaron en el trámite parlamentario enmiendas al texto de la ponencia, como la del Grupo Popular Vasco-Euskal Talde Popularra, que propugnaba que se especificara expresamente la prohibición de constituir parejas de hecho a "los declarados incapaces".

Por otra parte, no se debe olvidar que el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (y, antes, el derogado artículo 210 del Código Civil) recuerda que la sentencia de incapacitación *"determinará la extensión y los límites de ésta"*. En consecuencia, habrá que atenerse al texto de la resolución judicial para saber si a la persona en cuestión se le reconoce o no capacidad para tal acto. Lo que no parece admisible es que, en el caso de que no se contemple el caso concreto en la sentencia (cosa altamente probable) se acuda a una aplicación analógica de lo prevenido en el artículo 56 del Código Civil para el supuesto de que quien vaya a contraer matrimonio se encuentre afectado por algún tipo de deficiencia o anomalía psíquica. Lo que hace el Código Civil en ese caso, es dejar la decisión sobre el supuesto puntual en el expediente matrimonial al facultativo, que mediante informe pericial determinará la concurrencia o no de la aptitud para prestar el consentimiento matrimonial. Sin embargo, no parece que haya sido la voluntad de los legisladores autonómicos la de trasladar tal solución al caso de la constitución de la pareja de hecho.

También es verdad que puede entenderse inapropiado calificar la constitución de una pareja de hecho, como si de cualquier contrato o convenio patrimonial se tratara; es evidente que estamos ante el ejercicio de un derecho personalísimo sobre algo que (anímicamente, para quien lo hace) está más cerca del matrimonio, que de un contrato de sociedad. No olvidemos que en todos los supuestos de las parejas de hecho se invoca continuamente la convivencia, la idea de familia y esa omnipresente "relación de afectividad análoga a la conyugal". Pero a pesar de todo ello, no parece, insisto, aceptable un traslado analógico del sistema del artículo 56 del Código Civil a los supuestos similares que se puedan dar en la constitución de parejas de hecho.

Quizá ésa haya sido la idea y el objetivo de los legisladores que han incluido las fórmulas que hemos visto, en cuanto a la acreditación de la capacidad de obrar, pretendiendo que en todo caso se esté a lo que determine la sentencia de incapacitación; y ya hemos apuntado los problemas que ello puede acarrear. Pero hay un caso distinto. Es el de la Ley madrileña, que, como hemos visto, utiliza una fórmula distinta y no remite a la sentencia de incapacitación. Aquí sí que se refleja un supuesto bastante aproximado al del artículo 56 del Código

Civil, ya que prohíbe constituir una pareja de hecho a *"las personas afectadas por una deficiencia o anomalía psíquica que no les permita prestar su consentimiento a la unión válidamente"*. Al utilizar esta fórmula tan abstracta y tan general, a la vez que restringida a sólo algunos supuestos de los que el Código Civil incluye en el artículo 200 para dar lugar a una sentencia de incapacitación, deja en el aire la forma en que se determine esa capacidad para prestar el consentimiento (sin olvidar que también puede considerarse totalmente superflua tal referencia a la validez del consentimiento, ya que se trata de una condición general exigible para todo tipo de convenios y contratos; y no puede entenderse de otro modo la intención del legislador madrileño, cuando ya en el artículo 1 de la Ley, exige que *"voluntariamente decidan"* la constitución de la unión conforme a la Ley). En cualquier caso, en la práctica la situación se simplifica; no hay más que ver el texto del Reglamento del Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, anunciado en la Ley y aprobado mediante Decreto 134/2002, de 18 de julio, que, en su artículo 10, entre los documentos a acompañar con la solicitud de inscripción de la unión de hecho en el Registro, incluye el siguiente: *"f) Declaración de no estar incapacitados a los efectos de prestar válidamente su consentimiento a la unión de hecho"*. Sin desdeñar la posibilidad de apertura a distintos problemas de validez, incluida la impugnación por falsedad, que la formulación de tal declaración, con ese exclusivo carácter, parece destacable, no obstante, que la propia redacción utilizada haya ido sufriendo modificaciones desde la recogida ya en el Decreto 36/1995, de 20 de abril, de la misma Comunidad (que es el que creó inicialmente el Registro de Uniones de Hecho en la Comunidad de Madrid y que posteriormente ha sido derogado por el ya mencionado de 18 de julio de 2002), que ya incluía como requisito, en su artículo 3, para solicitar la inscripción *"no estar incapacitados judicialmente"*.

Manteniéndonos en el terreno de lo práctico y eficaz, convendría no renunciar a otras fórmulas, si de lo que se trata es de conseguir la acreditación de la plena capacidad, tanto para el caso de inexistencia de sentencia de incapacitación, como para el de que, existiendo ésta, no aclare nada sobre el supuesto concreto (6).

---

(6) Se trataría de utilizar una fórmula similar a la que se incluye, por ejemplo, en el Reglamento Regulador del Servicio de Celebración de Matrimonios Civiles y del Registro Municipal de Uniones Civiles en el Ayuntamiento de Zamora, aprobado por dicho Ayuntamiento el 18 de enero de 1999, en cuyo artículo 13, al referir los documentos que deben acompañarse a la solicitud de inscripción de la unión en el Registro, para justificar el cumplimiento de los requisitos, se habla de una *"declaración jurada de no haber sido declarado incapacitado, y en el caso de (que) alguno de los peticionarios esté afectado por deficiencias o anomalías psíquicas un dictamen médico sobre aptitud para prestar el consentimiento"*. Claro que, tampoco habría que dejar de lado las consecuencias de una declaración en tal sentido que después se demuestre inexacta o mendaz.

Por lo demás, simplemente es preciso advertir de la incorrección que supone la forma en que algunos textos se refieren a la incapacitación, ya que debe entenderse redundante, teniendo en cuenta que la incapacitación sólo puede ser judicial, que sólo puede determinarse por sentencia, que sólo será ejecutiva la sentencia si es firme y que las sentencias siempre son judiciales, ya que sólo los jueces pueden dictar sentencias.

IV. LOS DISTINTOS IMPEDIMENTOS DE VÍNCULO

La transpolación del denominado impedimento de vínculo del matrimonio a las parejas de hecho, resulta cuando menos confusa y su análisis reflejo de lo que no puede dudarse en calificar, en casi todos los casos, de una mayor limitación y rigidez en la segunda de las figuras.

Para el matrimonio, el Código Civil, en su artículo 46, dice que no pueden contraerlo *"los que estén ligados con vínculo matrimonial"*. De esta forma tan sencilla y tan tajante se plasma este impedimento. Si existe matrimonio previo, salvo que éste se haya disuelto legalmente o se haya declarado su nulidad, no se permite contraer nuevo matrimonio. Y tal posición queda reforzada por el Código Penal vigente, que en su artículo 217 tipifica el delito de bigamia y en los dos siguientes otras figuras delictivas en relación con la celebración de matrimonio inválido.

Pero veamos cuál es la posición de la diversa normativa autonómica sobre parejas de hecho, ante el que podríamos considerar impedimento equivalente. Y aquí estamos ante la clara constatación de la consideración por todos los legisladores autonómicos acorde con lo que ya dijera el Tribunal Constitucional: que el matrimonio y las uniones de hecho, aún reconocidas, reguladas y reglamentadas, son dos cosas distintas.

Hay que distinguir dos impedimentos o prohibiciones para poder formar una pareja de hecho. Una, la existencia de matrimonio contraído por cualquiera de los miembros de la pareja. Otra, el hecho de formar parte ya de otra pareja de hecho. Como regla general, tanto uno como otro, se consideran impedimentos para poder formar, constituir e inscribir una pareja de hecho. Pero existen diferencias y son notables.

En primer lugar hay que recalcar que la calificación de impedimento, prohibición o requisito, debe entenderse siempre referido a la figura de la pareja de hecho, pareja estable, unión de hecho, etc., regulada en la diversa normativa existente sobre esta materia. Otra cosa distinta, que quedará fuera de la regulación y del presente estudio, es la formación de lo que podríamos denominar una "pareja de hecho de hecho", es decir, una pareja que ni se acoge a la legislación,

ni se inscribe en los registros, y cuyos efectos y consecuencias serán menos, pero existirán y pueden generar problemas jurídicos que en modo alguno van a resolver las normas reguladoras que venimos analizando, precisamente porque su existencia no estará sometida a limitaciones, ni a requisitos, ni a prohibiciones.

Centrados, pues, en el impedimento tal como lo hemos planteado, veremos lo que sucede respecto al vínculo matrimonial. Y la postura es clara: todas las leyes autonómicas sobre parejas de hecho publicadas (incluso la normativa de las dos Castillas) establecen la prohibición de constituir una pareja de hecho a quienes estén unidos por vínculo matrimonial. Antes o después, ya que si uno de los miembros de una pareja de hecho contrae matrimonio (y si son los dos entre sí, también) la pareja de hecho se disuelve. En otras palabras, la unión matrimonial y la pertenencia a una pareja de hecho son incompatibles. Todos los textos, unos en sentido positivo, otros en forma negativa, articulan esta circunstancia como requisito-prohibición (7). Pero existen algunas peculiaridades que merecen ser destacadas.

Conviene hacer una precisión, antes de continuar, sobre este tema. Lo que sí queda claro es que la existencia de matrimonio es un impedimento para poder unirse en pareja de hecho, pero no viceversa; ningún impedimento existe (ni puede existir, partiendo de la distinta entidad jurídica de ambas figuras) para que quien forma una pareja de hecho, contraiga matrimonio, siempre que ése sea el único "impedimento", y para nada afectará a tal posibilidad el hecho de que se cancele o no la inscripción de la pareja en el registro correspondiente, ni que su disolución se realice conforme a la normativa establecida; en suma, nunca se puede otorgar la categoría de vínculo (desde el punto de vista del derecho matrimonial) a la unión extra o paramatrimonial, por mucho que sea de afectividad análoga a la conyugal.

Las peculiaridades a las que me refería, son las siguientes:

La Ley catalana mientras en su artículo 20 prohíbe formar parte de una "unión estable homosexual" a quienes estén unidos por un vínculo matrimonial, no establece lo equivalente para la unión heterosexual. O por lo menos no lo establece con la misma claridad, a pesar de que se desprenda igual prohibición de lo que se dice en el artículo 1 y en el artículo 12 (si bien, sólo para el caso de matrimonio posterior, como en el supuesto del artículo 30, para la unión homosexual).

---

(7) Además de los preceptos que de forma particular se citan posteriormente, véase el artículo 4 de la ley aragonesa, el artículo 2 de la navarra, de la valenciana y de la vasca, y el artículo 3 de la ley asturiana, de la andaluza y de los decretos castellanos.

Aun a modo de excurso, no voy a dejar pasar la ocasión para resaltar la curiosidad que merece la exigencia de la Ley catalana, al incluir entre los requisitos para formar parte de una "unión estable heterosexual", el de no hallarse afectados por algún impedimento para contraer matrimonio entre sí; requisito donde, sin duda, se encuentra englobado el de vínculo matrimonial, pero también otros [8].

Cuando la Ley de Illes Balears establece, en su artículo 2, la prohibición de constituir una pareja estable a quienes *"estén ligados por vínculos matrimoniales"* (así, en plural) se podría pensar que todo se debe a un error de traducción, ya que carece de sentido tal pluralidad; sin embargo si acudimos al texto en catalán, la pluralidad es la misma: *"vincles matrimonials"*.

Pero la sorpresa mayor se produce cuando, tanto en el texto de la Ley madrileña, como en el de la canaria y la extremeña, se recoge como prohibición la existencia de vínculo matrimonial, pero se hace la salvedad para el supuesto de que se haya producido la separación judicial. Así, el artículo 2 de la Ley madrileña prohíbe formar parte de una unión de hecho a *"las personas ligadas por el vínculo matrimonial no separadas judicialmente"*. La Ley canaria, en su artículo 2, utiliza una fórmula casi idéntica y prohíbe constituir una pareja de hecho a *"las personas ligadas por el vínculo del matrimonio, no separadas judicialmente"*. La Ley extremeña, por último, con una redacción muy similar, prohíbe, en su artículo 3.º, constituir una pareja de hecho a *"las personas ligadas por vínculo matrimonial no separadas judicialmente"*.

No tiene aquí cabida un mayor tratamiento de esta cuestión, pero sí que habrá que mantener que, cuando menos, se trata de una contradicción, cuando no una vulneración de lo prevenido en el Código Civil, al ignorar que la sentencia de separación no disuelve el matrimonio y el vínculo se mantiene. En todo caso, la posibilidad de formar parte de una pareja de hecho, subsistente el vínculo matrimonial (aún con separación judicial) puede traer, dada la forma en

---

[8] Al utilizar esa fórmula de remisión, la ley catalana está aparentando una similitud entre el matrimonio y la unión estable de pareja que en ningún momento se corresponde con el resto del articulado. Pero además, hay que tener en cuenta que entre los impedimentos que el Código Civil establece para contraer matrimonio, en el artículo 47, incluye el denominado "impedimento de crimen". Con ello habrá que reconocer que el legislador catalán o ha pretendido ser original o no se ha percatado de que hoy día carece de sentido tal impedimento, obsoleto incluso ante la figura del matrimonio, dado que su disolubilidad hace poco atractiva la actitud delictiva para conseguir otra unión. En todo caso, habrá que considerar que tal impedimento, como otros de los previstos en el Código Civil, admite dispensa del Ministro de Justicia. ¿Habrá que entenderlo también dispensable ante la constitución de una unión de estable de pareja? ¿Por quién? Con mejor criterio y más esmerada redacción, el resto de los legisladores autonómicos no han dado lugar a que tal impedimento ni su idea aparezcan.

que está planteada toda la regulación y los efectos de las parejas de hecho, consecuencias complejas en muchos aspectos.

Pero donde encontramos un impedimento exclusivo de la figura de las parejas de hecho, es al encontrarnos con la generalizada prohibición de formar parte de una pareja de hecho si se es miembro de otra. Y antes de entrar en la lectura del distinto tratamiento que se da a este particular (pero por otra parte, lógico) impedimento, hay que advertir que mientras en unos casos la prohibición comprende la existencia de otra pareja, en otros se refiere a la inscripción, e incluso en algunos pocos, perdura en el tiempo, durante unos meses después de la disolución de la primera. Este último caso, es el de las leyes catalana y aragonesa. En ambos textos se prohíbe volver a formalizar pareja con otra persona distinta *"hasta que hayan transcurrido seis meses desde que dejaron sin efecto la escritura pública correspondiente a la convivencia anterior"*. Lo transcrito forma parte del artículo 29 de la Ley catalana y se refiere a las uniones estables homosexuales; en similares términos se expresa el artículo 17 de la misma Ley con respecto a las uniones heterosexuales. Y en ambos casos, se refuerza con la declaración de nulidad de cualquier acto que contravenga lo antedicho. La norma aragonesa se expresa de forma prácticamente idéntica en su artículo 6. También es cierto (y de alguna forma justifica ese plazo de "luto") que los supuestos citados se concretan en la existencia de escritura pública anterior como forma de constitución de la unión estable, y parece que se quiere preservar la seguridad jurídica ante la eficacia frente a terceros del documento notarial.

Por lo demás, ya se ha hecho mención de que en algunos casos se exige la cancelación de la inscripción de pareja anterior; en otros sólo se habla de que no exista, y, por último, en algún texto (la Ley valenciana) se diferencian ambos supuestos, aunque se les da el mismo tratamiento.

V. EL PARENTESCO COMO IMPEDIMENTO

El Código Civil, al regular los requisitos para contraer matrimonio, fija el impedimento de parentesco, que impide contraer matrimonio entre sí (según reza el artículo 47), tanto a *"los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción"*, como a *"los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado"*. Sin perjuicio de ello, en el artículo 48, se prevé la posibilidad de que por el Juez se dispense el impedimento *"del grado tercero entre colaterales"*. En consecuencia, deja fuera de la prohibición cualquier grado de parentesco por afinidad y cualquier grado colateral por adopción.

Al buscar el equivalente en la normativa autonómica sobre parejas de hecho que venimos estudiando, volvemos a encontrar diferencias con el Código Civil y entre las distintas leyes autonómicas.

Así, la Ley catalana distingue entre la unión estable heterosexual, para la que exige no tener *"impedimento para contraer matrimonio entre sí"* (artículo 1.1) y la unión estable homosexual, la que, en su artículo 20, prohíbe entre *"los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción"* y a *"los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del segundo grado"*.

Los mismos límites "ampliados" del Código Civil que contiene el segundo supuesto de la Ley catalana, los encontraremos en la Ley aragonesa (artículo 4), en la navarra (artículo 2) y en la asturiana (artículo 3). Y en idénticos grados, líneas y parentescos se quedan las normas castellanas (artículo 3, en ambos decretos).

Por otra parte, tanto la Ley valenciana (artículo 2), como la balear (artículo 2), la madrileña (artículo 2), la canaria (artículo 2) y la extremeña (artículo 3), van más allá y elevan el impedimento de parentesco en línea colateral por consanguinidad o adopción hasta incluir el tercer grado. Sin embargo, las leyes andaluza (artículo 3) y vasca (artículo 2), por el contrario, reducen el impedimento en la línea colateral en segundo grado al parentesco por consanguinidad.

Si tenemos en cuenta que aquí no cabe ningún tipo de dispensa equivalente a la del Código Civil, deberemos concluir que, manteniendo todas el mismo límite para el parentesco en la línea recta, sólo dos de las leyes autonómicas citadas (las dos últimas), además del primer supuesto de la Ley catalana, mantienen el mismo nivel de impedimento de parentesco en la línea colateral que el Código Civil para el matrimonio; el resto lo eleva, todas incluyendo el parentesco adoptivo y cinco de ellas, añadiendo el tercer grado.

VI. TERRITORIALIDAD

Por lo que se refiere al requisito de la vecindad civil, hay que partir del hecho de que se trata de un terreno resbaladizo. Y esto es así porque hoy el alcance de la vecindad civil como se prevé en el Código Civil, en la Constitución y en los distintos Estatutos de autonomía, resulta cuando menos excesivamente estrecho para que quepan en él unas normas que aunque parece evidente que son de Derecho civil, no puede dudarse de que se adentran en materias de Derecho público. No es una cuestión para detenernos ahora, por la complejidad que podría acarrear, pero sí que conviene citar la disparidad existente entre las diversas normas analizadas, en cuanto a la exigencia de que las diversas personas que vayan a acogerse a los efectos de éstas, posean la vecindad civil del territorio de la Comunidad Autónoma donde rige la norma. Y es sin duda la

complejidad de la cuestión, o el propio ánimo de evitar algo que quizá está fuera de los propósitos de la mayoría de los legisladores autonómicos (tampoco hay que descartar como razón, la consideración por parte de los parlamentos de que no es un tema a tratar ni a resolver en el texto de la ley, sino fuera de ella, con carácter general, es decir que sobraría porque se da por resuelto con anterioridad) el motivo por el que la gran mayoría de las leyes autonómicas en esta materia carece de referencia al citado requisito. Sólo tres de estas leyes, la catalana (artículos 1.1 y 20.2), la navarra (artículo 2.3) y la balear (artículo 2.2) incluyen entre los requisitos para constituir una pareja de las reguladas en la norma, que uno al menos de los dos miembros tenga la vecindad civil correspondiente (9).

Pero también es cierto que el asunto no queda zanjado así. Y lo apunta la ley balear cuando en su artículo 2.2 añade al de la vecindad civil otro requisito, más confuso (10).

Ya he apuntado en otro lugar (11) los problemas que se pueden seguir de la irregularidad que supone mezclar y confundir conceptos. Porque eso es lo que ocurre con el requisito del domicilio, o con el de la vecindad administrativa, que se añaden en varios de los textos normativos que analizamos. Por ahora, me voy a limitar a referenciar tales requisitos, sin entrar a comentar sus diferencias, ni sus consecuencias.

O quizá resulte que se trata de la forma de no crear confusiones; porque lo cierto es que mientras las tres leyes que antes hemos visto que hacían referencia a la vecindad civil, ahora no hacen ninguna mención al domicilio ni a la vecin-

---

(9) La cuestión no es baladí. Al margen de los problemas prácticos que pueden suscitarse ante realidades con dos personas con vecindad civil distinta (que se acrecentarán cuando veamos los requisitos exigidos respecto a las otras vecindades) se observa una total despreocupación a la hora de utilizar el mínimo exigible de propiedad en la redacción de un texto normativo. La ley catalana y la balear, hablan de vecindad civil "en" el territorio, utilizando una preposición que, al menos en castellano distorsiona el concepto de vecindad civil. La falta de cualquier referencia a esta cuestión en la ley aragonesa parece hecha a propósito, ya que en el texto de la Proposición sí que se incluía y después se suprimió (las distintas conclusiones sobre esta cuestión ya las adelanté en mi anterior artículo sobre el tema y a él me remito).

(10) Dice el precepto que *"para poder acogerse a esta Ley, como mínimo uno de los dos miembros ha de tener la vecindad civil en las Illes Balears y se exige la sumisión expresa de ambos al régimen establecido por ésta"*. Habrá que estar de acuerdo con que tal exigencia resulta difícil de calificar.

(11) MATA DE ANTONIO, J.M., *op. cit.* (págs. 199, 203 y 214).

dad administrativa. Son, en efecto, las restantes leyes autonómicas [12], las que recogen la exigencia de la vecindad administrativa en sus territorios (territorios cuyos habitantes no puede decirse realmente que tengan vecindad civil particular). Pero también lo hacen marcando las diferencias. Así el texto valenciano (artículo 1.3) exige que uno al menos de los miembros de la pareja *"se halle empadronado en la Comunidad Valenciana"*; la ley madrileña (artículo 1.2) dice ser sólo aplicable a *"aquellas uniones de hecho en las que, al menos, uno de los miembros se halle empadronado y tenga su residencia en la Comunidad de Madrid"* [13]; la ley asturiana (artículo 2) y la canaria (artículo 2.2) requieren el empadronamiento de los dos miembros; la andaluza (artículo 2) pide la residencia habitual de uno, al menos; la extremeña (artículo 2.4), al igual que hacía la madrileña, exige conjuntamente el empadronamiento y la residencia de uno al menos de los miembros; la vasca (artículo 2.2) utiliza una fórmula distinta al introducir una aclaración y exige *"que al menos uno de sus integrantes tenga su vecindad administrativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Euskadi, sin distinguir en el caso de la otra parte, su nacionalidad"*. Por último, hay que citar el Decreto de Castilla-La Mancha, que en su artículo 2 exige la residencia en la Comunidad de ambos miembros de la pareja, mientras la normativa castellano-leonesa habla unas veces de residencia (artículo 3 de la Orden), otras de empadronamiento (artículo 9 de la misma) y otras, introduciendo un nuevo concepto, habla de "residencia habitual" (artículo 2 del Decreto), siempre de los dos miembros de la pareja.

VII. EFECTOS SOBRE PARENTESCO, ADOPCIÓN, ACOGIMIENTO Y TUTELA

Hay una cuestión en que los textos que estudiamos no se diferencian. Es la relativa al parentesco; pero no al parentesco, como impedimento (que ya hemos estudiado), sino a la posibilidad de que la existencia de una unión de hecho de acuerdo con los requisitos que establecen las leyes que la regulan, genere algún tipo de parentesco.

---

[12] Salvo la aragonesa, que tampoco hace referencia a estos conceptos. Es en el Decreto regulador del Registro (artículos 2 y 3) donde se incluye el requisito de la "vecindad administrativa", que equipara a "estar empadronados en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma", y que extiende a los dos miembros de la pareja.

[13] Esta ley une dos requisitos que, por hacerlo, reconoce que no tienen que ser necesariamente coincidentes. El asunto se complica cuando vemos que el Decreto que actualmente regula el funcionamiento del Registro en esa Comunidad, en su artículo 10, apartado 1.d), confunde ambos conceptos equiparándolos. El Decreto de 1995 solamente hablaba de "residentes", si bien exigía tal condición en ambos miembros de la pareja.

El asunto está claro; la unión de hecho no genera ningún tipo de parentesco. Pero conviene aclarar algunas cosas. Por una parte hay que considerar que las normas reguladoras del parentesco se contienen en el Código Civil (y en algunas de las normas de Derecho civil foral, ya que no está tan claro que sea una materia reservada al Derecho civil estatal); pero sólo las normas que regulan la forma en que se fijan las líneas y el cómputo de los grados en ellas (14). En esta materia, como en tantas otras, el Derecho parte de conceptos y definiciones previas, aceptadas socialmente; por eso no define los tipos de parentesco, sin perjuicio de regular sus efectos. Y esas definiciones previas distinguen varios tipos de parentesco, según deriven de la filiación (por consanguinidad o por adopción) o del matrimonio (por afinidad) (15). Los dos primeros establecen la distinción entre ascendientes, descendientes y colaterales, sin distinción de efectos significativos entre ambas formas; el tercero (afinidad) es el parentesco que se establece entre un cónyuge y los parientes por consanguinidad del otro.

Por otra parte, parece evidente que, así las cosas, no debería plantearse ninguna duda sobre la cuestión que ahora se suscita. Si partimos de que el parentesco por afinidad (es claro que ningún otro tipo de parentesco puede surgir de la unión de hecho, como no surge del matrimonio) se establece en función del matrimonio, nada que no sea matrimonio tiene por qué tener tal efecto. Bien, de entrada muy fácil. Pero no debemos olvidar que el parentesco por afinidad es algo que tiene una base endeble (social, antropológica, cultural quizá) que le hace que pueda modificarse (en función de los avatares matrimoniales), y que por tanto, tampoco existe excesivo inconveniente en que otro tipo de relación pueda generar la misma base para crear el citado tipo de parentesco. Y ésa puede ser la razón para que alguna de las normas estudiadas se pare a aclarar el asunto, dejando patente una vez más la distinción entre matrimonio y unión de hecho; por mucho que se reconozcan derechos a los miembros de ésta. Y tampoco olvidemos que en algún otro ordenamiento existen preceptos que establecen tal parentesco, incluso entre los dos miembros de la pareja (16). Y, por otro lado y sin

---

(14) Artículos 915 y siguientes del Código Civil.

(15) Son éstos los únicos tipos de parentesco con efectos y relevancia legales; cualesquiera otros, como los derivados de creencias o costumbres religiosas (parentesco espiritual), carecerán de ellos.

(16) Una cosa es que se cree parentesco por afinidad entre cada uno de los miembros de una unión de hecho y los parientes del otro, y otra es que la unión dé lugar a un parentesco entre los miembros de la pareja. En nuestro Derecho, los cónyuges no son parientes, son cónyuges, y en tal concepto se les incluye en muchos preceptos reguladores de instituciones donde se les equipara (como es el caso de la obligación de alimentos entre parientes); sin embargo, en algún ordenamiento, como es el caso del derecho civil de la República de El Salvador, se establece parentesco por afinidad entre los convivientes de una pareja de hecho.

ir más lejos, si algunas de las normas establecen la igualdad en cuanto a muchos de sus derechos, entre los cónyuges y los miembros de una unión de hecho ¿por qué no hay que entender que ocurra tal cosa en lo referente a al parentesco por afinidad (que ni tiene gran relevancia jurídica, ni está regulado jurídicamente)? Quizá habrá que entender que convenga aclarar las cosas (17).

Sea cual sea la auténtica razón que ha movido en esto a cada uno de los legisladores autonómicos, lo cierto es que, salvo la ley aragonesa (artículo 14) y la balear (artículo 3) que expresamente se preocupan de decir que la unión de hecho en ellas regulada, no genera parentesco por afinidad, la generalidad de la normativa autonómica sobre la materia se abstiene de pronunciarse sobre tal cuestión.

Mayor trascendencia tienen los efectos reconocidos a las uniones de hecho respecto a cuestiones como la adopción, la tutela, el acogimiento o la obligación de alimentos.

Comenzando por lo referente a la adopción, hay que advertir que debe partirse del principio general consagrado en el Código Civil (18) de la individualidad en el adoptante. Partiendo de que, con carácter general, es una persona la que adopta, se fija como excepción, la adopción conjunta por dos personas, cuando se trata de cónyuges. Y esa posibilidad de adopción conjunta por dos personas, ya desde que la Ley 21/1987, de 11 de noviembre (19), reformó en esta materia el Código Civil, se extendía a los miembros de una pareja de hecho. Pero ese concepto de pareja siempre se ha interpretado como pareja heterosexual (o mejor dicho, de dos personas de distinto sexo, ya que lo que cuenta en el matrimonio y en las parejas de hecho, en este aspecto, es el sexo de sus miembros, no su orientación sexual). En tal situación es evidente que las leyes sobre parejas de hecho se encontraban ya una realidad en la que cabía la adopción conjunta y simultánea por los dos componentes de una pareja de hecho, siempre que fueran de distinto sexo; la única novedad a recoger en sus textos era la posibilidad de que los dos miembros de una pareja de hecho, del mismo sexo,

---

(17) Que en muchas normas se haga equiparación de efectos entre las personas unidas de hecho y los cónyuges, no supone que eso lleve a equipararlos con carácter general en cuanto al parentesco. Un ejemplo de ello sería el artículo 37.3.b) del Estatuto de los Trabajadores.

(18) Artículo 175, apartado 4: *"Fuera de la adopción por ambos cónyuges, nadie puede ser adoptado por más de una persona"*.

(19) Disposición Adicional 3.ª: *"Las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges de adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal"*.

adoptaran conjuntamente [20]. Y la postura que han adoptado los legisladores autonómicos ha sido, mayoritariamente, la de dejar las cosas como estaban. Así, mientras la mayoría de las leyes no hace mención sobre el asunto y la aragonesa (artículo 10) y la catalana (artículo 6) reconocen expresamente la posibilidad solamente para las parejas heterosexuales, sólo la navarra (artículo 8) y la vasca (artículo 8) recogen específicamente la capacidad de adopción conjunta por los dos miembros de una pareja del mismo sexo [21].

Por lo que se refiere al acogimiento —una materia más administrativizada—, la ley navarra (artículo 8.2) remite a otra normativa posterior adaptadora; la asturiana (artículo 8) incluye expresamente la fórmula del acogimiento familiar, simple o permanente, de menores de manera conjunta por una pareja, sin hacer distinción en cuanto al sexo de sus miembros, con remisión a la "legislación aplicable"; la andaluza (artículo 9) es más explícita al reconocer la posibilidad de acogimiento conjunto en similares casos que los de la ley asturiana y prohibir que *"la opción o la identidad sexual"* pueda ser utilizado como "*factor discriminatorio"*; la extremeña (artículo 8) también lo menciona sin hacer referencia a distinciones; y, por último, la vasca (artículo 7) recoge también tal posibilidad remitiendo a *"los términos establecidos en la normativa vigente"*. Los restantes textos autonómicos han optado por no mencionar esta cuestión.

Cuando hablamos de la obligación de alimentos, nos estamos refiriendo a la obligación de origen legal, a la que se regula en los artículos 142 y siguientes del Código Civil. Partiendo de ello, y recordando que entre los obligados a tal prestación de alimentos, se encuentran, de forma recíproca, los cónyuges, la cuestión estriba en ver aquellos supuestos en que las leyes autonómicas que venimos estudiando, abordan la cuestión y extienden tal obligación a los miembros de una pareja de hecho. Pues bien, de todas las existentes, solamente tres, la catalana (artículos 8 y 26), la aragonesa (artículo 13) y la balear (artículo 6), establecen tal obligación, coincidiendo las tres en una redacción muy similar que prioriza la posición de los miembros de la pareja sobre cualquier otro obligado.

Por último, en este apartado se impone incluir la referencia a la toma de postura de los textos autonómicos sobre la ubicación de los miembros de una pareja de hecho respecto al desempeño de la tutela. A propósito, se está haciendo referencia a la idoneidad y preferencia por el miembro de la pareja, cuando

---

[20] Debe tenerse en cuenta que nunca ha existido ningún impedimento para que una persona homosexual pudiera adoptar, otra cosa es que se le considerara idónea —siempre se ha considerado más idóneos a los dos miembros de un matrimonio, por mucho que se tratara de la fórmula excepcional—; lo que no se admitía es la adopción conjunta.

[21] Hay que advertir que, como ya se ha apuntado, ambas leyes, en cuanto a tales preceptos, se hallan pendientes de que el Tribunal Constitucional se pronuncie al resolver los recursos de inconstitucionalidad que se han interpuesto contra ellas.

proceda el nombramiento de tutor del otro miembro. En esta cuestión, la ley catalana (artículos 7 y 25) coloca al conviviente en el primer lugar del *"orden de preferencia de la delación dativa"* para el caso de incapacitación del otro miembro; otro tanto hace la ley aragonesa (artículo 12), que amplía tal posición para el supuesto de declaración de ausencia (artículo 11). Sólo otras dos leyes tratan la cuestión; la navarra (artículo 9) y la balear (artículo 7), que lo hacen de una forma muy similar, ampliando la equiparación de los miembros de la pareja con los cónyuges (22), en todo cuanto derive de la aplicación de las disposiciones relacionadas con la tutela, la curatela, la incapacitación, la declaración de ausencia y de prodigalidad (23).

VIII. REQUISITOS FORMALES

Antes de entrar a analizar la diversidad que ofrecen los distintos textos autonómicos a la hora de establecer los requisitos formales para la constitución de una pareja de hecho, hay que hacer una mención a una cuestión previa.

Cierto es que en todo momento los legisladores autonómicos (unos con más ahínco que otros) se han esforzado en dejar constancia de que, por muchos efectos en que coincidan las uniones de hecho reguladas y el matrimonio, se trata de dos instituciones distintas; es más, que la unión de hecho no alcanza la categoría de institución; el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de dejarlo claro y no vamos a ser nosotros quienes osemos contrariar a tan alto órgano. Pero no es menos cierto que en bastantes ocasiones a lo largo de los textos autonómicos analizados se observa una cierta confusión respecto a tal distinción. Ya hemos visto cómo en algunas ocasiones se asemejan los impedimentos formulados para constituir una pareja de hecho con los que el Código fija para contraer matrimonio. En otros temas la similitud desaparece. Sin embargo, en ocasiones se observa un resuelto interés en asimilar las dos figuras en cuanto a sus consecuencias y su naturaleza, cuando tal asimilación carece de sentido. Me estoy refiriendo a la prohibición de constituir una pareja de hecho con carácter temporal o someterla a condición.

Esta doble prohibición que con muy similar redacción se recoge en los textos de las leyes aragonesa (artículo 5.2), navarra (artículo 5.2), valenciana (artículo 2.2), balear (artículo 4.2), madrileña (artículo 2.2), asturiana (artículo

---

(22) *"Cónyuges unidos por matrimonio"* dice exactamente el texto navarro.

(23) En todo caso, no hay que olvidar que, tal como previene el Código Civil, siempre queda en manos del juez la posibilidad de no atenerse al orden de preferencia fijado, cuando el beneficio del incapacitado lo indique.

5.2), canaria (artículo 2.3), extremeña (artículo 3.2) y vasca (artículo 5.2), se corresponde con el precepto que se contiene en el artículo 45 del Código Civil para el matrimonio. Pero la cuestión no resulta tan sencilla y quizá hay que reconocer el acierto al legislador catalán y al andaluz cuando no incluyeron en sus textos sobre parejas de hecho ninguna mención al respecto.

Y esto puede afirmarse, primero porque lo que hace el Código Civil para el matrimonio no es prohibir que se someta a término o a condición, sino que niega cualquier efecto (y lo tendrá por no puesto) al término o condición impuestas al consentimiento; sin embargo, la normativa sobre parejas lo que hace es simplemente prohibir la constitución de la pareja con tales adjetivos (con lo que queda en el aire la efectividad real de la prohibición, al no conocerse la sanción por su incumplimiento). Y también porque si ya resulta discutible tal rechazo (por su inoperancia práctica) en el matrimonio, desde que éste dejó de ser indisoluble, más cuestionable resulta tal limitación en la celebración de un negocio jurídico como el de constitución de una pareja de hecho (que ni tiene la naturaleza propia de la indisponibilidad de los negocios jurídicos puros de Derecho de familia, ni afectan al estado civil de la persona) cuando la propia posibilidad de disolución de la pareja es tan amplia.

Existe una cuestión cuya trascendencia resulta importante en cuanto se observa la diversidad de opciones posibles y las diferencias que se dan entre los textos legales autonómicos reguladores de las uniones de hecho al apostar por unas u otras de dichas opciones. Se trata de los requisitos formales que se exigen por las diversas leyes autonómicas que venimos estudiando, para constituir una pareja de hecho. ¿O quizá hay que puntualizar y hablar de requisitos para constituir una pareja de hecho de las reguladas y reconocidas por las leyes citadas? El asunto es ciertamente complejo y, como ya se ha apuntado en otro lugar [(24)], la existencia de una normativa (y además diversa) reguladora de las uniones de hecho, lejos de aclarar las cosas, aun siendo loable su objetivo, las complica.

Lo que sí que resulta palmario es que ante la legalidad vigente que deriva de las distintas leyes autonómicas sobre parejas de hecho (o más exactamente ante los distintos requisitos exigidos en las mismas) las posibilidades de actuación son varias. Y la enumeración de los elementos formales de la constitución, así como la diferenciación entre las diversas normas, deberemos efectuarla partiendo de las premisas que conforman esas diversas posibilidades de actuación. Veamos que la realidad es la siguiente: Dos personas que deciden compartir su vida, vivir en común, formar una familia (por utilizar conceptos abstractos inteligibles y comunes que pretenden equivaler a convivencia) tienen las si-

---

(24) *Vid.* MATA DE ANTONIO, J.M., *op. cit.*

guientes opciones: contraer matrimonio, constituir una pareja de hecho de las reconocidas y reguladas por alguna de las leyes autonómicas o convivir como pareja al margen de los requisitos y efectos de la regulación aplicable. Lo resumiremos (permitiéndose una asignación libre de nombres) distinguiendo entre matrimonio, pareja de hecho reconocida (o de derecho) y pareja de hecho de hecho (o "salvaje"). Pues bien, habrá que reconocer que sólo en el tercer supuesto actuará únicamente la voluntad; solamente en el caso de la "pareja salvaje" interviene exclusivamente la voluntad de formarla: las personas forman la pareja porque quieren. En los otros dos casos, es posible que aunque quieran, no puedan, no reúnan los requisitos exigidos.

En cualquier caso, en este momento, obviando el supuesto del matrimonio, nos vamos a limitar a citar y enumerar de forma comparada, los distintos requisitos o elementos formales que las distintas leyes autonómicas fijan para que quienes formen una pareja de hecho (de derecho), porque quieren que la normativa la reconozca como tal, puedan acogerse a los efectos regulados. Pero también vamos a ver cómo en algunos casos existen elementos formales que pueden actuar de forma automática e incluso contra la voluntad de los miembros de la pareja; cómo de algunas leyes de las que estamos viendo, se pueden derivar efectos para la pareja, aun sin que esa sea la voluntad de sus miembros.

En primer lugar me voy a referir a los requisitos que las distintas normas autonómicas fijan para que dos personas constituyan una pareja o unión que tenga el reconocimiento como tal; es decir, los elementos formales de la constitución de la pareja, independientemente de la necesidad de reunir los requisitos materiales que ya hemos estado viendo anteriormente.

La ley catalana, en su artículo 1, exige que los miembros de la pareja (unión estable heterosexual), para poder acogerse a lo que la ley establece, *"hayan convivido maritalmente, como mínimo, un período ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse..."*. En esta norma se admiten, por tanto, dos formas de "constituir" la unión estable para que tenga los efectos previstos en la ley; una la puramente fáctica, es decir, la mera convivencia (que deberá ser marital, algo que adolece de total falta de concreción, y haberse mantenido, como mínimo, ininterrumpidamente durante dos años), y otra la solemne, la del otorgamiento de escritura pública.

Y las restantes leyes autonómicas publicadas van a girar, en cuanto a sus exigencias, sobre estas dos formas de "constitución" de la pareja. Y en muchos textos veremos cómo se añade el requisito de la inscripción en el Registro. Pero conviene que vayamos por partes y analicemos en cada caso las posibilidades que se ofrecen o las exigencias que se fijan.

Ya hemos comentado que la ley catalana admite dos formas de constituir la unión estable (y no vamos a incidir en los conceptos "estable" ni "marital", que indudablemente darían juego para un estudio más amplio). Pero hay que adver-

tir, por una parte, que la plena validez de cualquiera de las dos formas citadas no evita la referencia a las formas de acreditación de la convivencia, según su objeto, cuando no se haya otorgado escritura pública, y que pasará de poder acudir a *"cualquier medio de prueba admisible y suficiente"* (artículo 2) a la exigencia de *"acta de notoriedad"* (artículo 10); y por otra, que ésa es la situación prevista para las uniones estables heterosexuales, ya que para las homosexuales, la misma ley admite sólo la forma solemne, dejando claro en sus artículos 19 y 21 la exigencia de escritura pública como única forma de constituir tal unión y de su acreditación. En este caso, en el que también se exige la convivencia marital (pero sin establecimiento de plazo mínimo de ningún tipo), hay que resaltar que no se trata de dos formas de constitución, sino de dos requisitos (la convivencia y la escritura pública) que necesariamente se deben dar conjuntamente. Evidentemente, cuanto acabamos de ver en el texto de la ley catalana no es más que el preludio de la diversidad con que nos vamos a encontrar al analizar los textos de las restantes leyes autonómicas.

La ley aragonesa, además de introducir otro elemento tan manido como impreciso, cual es el de la "relación de afectividad análoga a la conyugal", admite igualmente (artículo 3) la fórmula de la escritura pública, junto a la fáctica de la convivencia marital por un período mínimo de dos años; y las establece de forma disyuntiva, es decir, concediendo a ambas el mismo efecto, por separado (sin perjuicio de expresar la preferencia, en cuanto a la acreditación de la fórmula fáctica, hacia el acta de notoriedad, frente a cualquier otro medio de prueba). Pero la ley aragonesa añade un nuevo requisito, la inscripción de la pareja en el Registro pertinente, como condición imprescindible *"para que le sean aplicables las medidas administrativas reguladas en la presente Ley"* (artículo 2).

La ley navarra introduce una nueva forma de constitución de pareja (o mejor dicho, una nueva forma de que a la pareja le resulte aplicable la ley). Así, además de la fórmula de existencia de convivencia marital, como mínimo, *"durante un período ininterrumpido de un año"* y de la de otorgamiento de documento público, permite una tercera opción, que no es otra que la de la convivencia sin ningún mínimo de duración, pero existiendo *"descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia"*. Es verdad que con estas formas alternativas previstas por el legislador navarro y que recoge el artículo 2 de su ley, aun manteniendo la amplia posibilidad de acreditación del artículo 3, al remitir a *"cualquier medio de prueba admitido en Derecho"*, no despeja la duda que se plantea respecto a la posibilidad de una convivencia sin ningún plazo de duración.

Hay que reconocer que la ley valenciana, al introducir una rigidez no prevista en el resto de los textos autonómicos que estudiamos, simplifica las cosas. Si bien fija los requisitos para la consideración de la unión (convivencia en

forma pública, notoria y libre, con vinculación estable, durante un plazo mínimo ininterrumpido de doce meses), introduce como necesario el requisito de la inscripción en el Registro, que por tanto tiene carácter constitutivo (artículo 1.1), y remite al expediente contradictorio que se sustanciará ante el encargado de ese Registro para acreditar el cumplimiento de los restantes requisitos (artículo 3), algunos de los cuales deberán acreditarse en la forma que fija la norma expresamente; así se dice en el artículo 3.2 que *"en todo caso, la previa convivencia libre, pública, notoria e ininterrumpida, en relación de afectividad, habrá de acreditarse mediante dos testigos mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos civiles"*.

La ley balear, que también habla de convivencia *"de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal"* (artículo 1.1), sin establecer ningún tiempo mínimo de la misma, se inclina igualmente por la exigencia del requisito de la inscripción en el Registro; inscripción a la que expresamente da carácter constitutivo (artículo 1.2).

En términos muy similares a los de la ley valenciana, se expresa la madrileña, que también exige la inscripción en el Registro, que la convivencia sea al menos de forma ininterrumpida durante doce meses, y que se acredite mediante dos testigos (artículo 1.1). También en este texto se habla de la existencia de *"una relación de afectividad"*, sin más calificativos.

La ley asturiana se queda en el grupo de las que admiten varias posibilidades y entiende que tiene la consideración de pareja estable regulada por la ley, tanto cuando se ha otorgado escritura pública, como cuando se ha inscrito la pareja en el Registro, o cuando ha existido un año ininterrumpido de convivencia marital, e incluso la mera convivencia cuando haya descendencia común (artículo 3). Cualquiera de tales requisitos es suficiente por sí solo para tener por existente la pareja a los efectos de la ley, añadiendo que tal existencia o el transcurso del plazo *"podrán acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en Derecho"*.

La redacción que en esta materia utiliza la ley andaluza es claramente confusa. Bien es cierto que ya en otro lugar se ha apuntado la peculiaridad que caracteriza esta ley, al incluirse en ella una forma de concebir la pareja de hecho como algo mucho más cercano y similar a la institución matrimonial que en cualquiera de los otros textos normativos autonómicos publicados. Hay que explicar en este sentido que se trata de similitud en cuanto a la formalización; como se observa, en esta norma se incide en la forma del inicio de la "relación" (algo que ocurre igualmente con el matrimonio; el Código Civil regula su celebración y sus efectos y se detiene en lo referente a la prestación del consentimiento, al acto del inicio de la vida conyugal; después el cumplimiento de las obligaciones propias de la institución, como es el caso de la convivencia, será algo secundario, algo que se presume). Y así, mientras los otros textos autonó-

micos sobre las uniones de hecho, hablan de la convivencia e incluso regulan la figura de la pareja de hecho, dando una grandísima importancia a esa convivencia, hasta tal punto que es tal hecho (la convivencia libre, notoria, estable, ininterrumpida, duradera, con afecto marital) el que da lugar a que se pueda tener por constituida la pareja regulada en tales leyes, la ley andaluza comienza dejando clara su voluntad al definir el propio concepto de pareja de hecho en su artículo 3, en el que se dice que *"a los efectos de la presente ley, se entenderá por pareja de hecho la unión de dos personas, con independencia de su opción sexual, a fin de convivir de forma estable, en una relación de afectividad análoga a la conyugal"*. Es decir, que al contrario de las otras leyes que hablan de la convivencia como el hecho o circunstancia que da lugar al reconocimiento de la existencia de la pareja o al de la pareja misma, la ley andaluza, habla de la voluntad de convivir, y lo que regula no son sino las formas de constatar esa voluntad. De esa forma, en el artículo 5 de esta ley, cuando se trata la acreditación de la constitución de la pareja de hecho, se habla de la *"declaración de voluntad de constituir una pareja de hecho"* (apartados 2 y 3 del artículo 5) y de la forma de dejar constancia de esa voluntad. Y cuando el precepto que citamos regula el acto en que los interesados *"manifiesten su consentimiento"* está deteniéndose en una serie de aspectos, como es el de la publicidad, que se parecen mucho a los de una "boda". Y todo ello, sin perjuicio de que además de esa forma de constituir una pareja de hecho, se admita cualquiera otra que sirva para acreditar que la declaración de voluntad de constituirla se ha efectuado, como la escritura pública o cualquier otro medio de prueba admisible en Derecho (artículo 5.3); aunque después se exija la inscripción en el Registro para tener derecho a la aplicación de los beneficios previstos en la ley (artículo 6, apartados 1 y 3). La convivencia se presume a partir de tal inscripción (artículo 6, ap. 2).

La ley canaria, además de determinar expresamente el carácter meramente declarativo de la inscripción en el Registro (artículo 4) deja clara su postura de admitir con el mismo valor la inscripción, el otorgamiento de escritura pública o cualquier otro medio de prueba admisible en Derecho, pero siempre patentizando que tales fórmulas no son sino distintas formas de acreditar la existencia de la pareja (artículo 6). Esta ley, que en ningún punto exige la inscripción de la pareja para gozar de determinados derechos, se asemeja a otras en cuanto a exigir la convivencia en forma, pública, notoria, estable, con relación de afectividad y durante un plazo mínimo e ininterrumpido de doce meses, cuando no exista descendencia común, ya que cuando ésta exista, bastará la mera convivencia (artículo 1). Nos encontramos, pues, de nuevo ante el sistema de constatación de la convivencia, que siempre se exigirá como previa a tal constatación; un sistema que prevé diversos medios de llevar a cabo tal constatación, de tal modo que esos medios sirven para acreditar la existencia de la pareja, no para plasmar la voluntad de crearla, como parece ser el caso de la ley andaluza.

El caso de la ley extremeña vuelve a ser el de reconocer a la inscripción en el Registro carácter constitutivo. En efecto, en su artículo 2.1, exige la inscripción de la pareja en el Registro (que es la fórmula de mostrar la decisión voluntaria de someterse a la norma) como requisito para que la pareja de hecho sea considerada tal a los efectos de la ley. Y ello después de que se den las restantes circunstancias, que vuelven a ser la unión estable, libre, pública y notoria, con relación de afectividad análoga a la conyugal. Es a la hora de calificar la unión como estable, cuando la ley extremeña exige, bien la mera convivencia si hay descendencia común o si se ha manifestado la voluntad de constituir la pareja en documento público, bien la convivencia por un período mínimo ininterrumpido de un año (artículo 2.2). Posteriormente, en el apartado 3 de este mismo artículo 2, la norma extremeña dice que *"la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura tendrá carácter constitutivo"*.

Mucho más clara y contundente es la ley vasca al reflejar en su artículo 3.1 que *"la inscripción de la pareja en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco, que se creará al efecto, tendrá carácter constitutivo, de modo que a las no inscritas no les será aplicable la presente ley"*. Por lo demás, esta ley simplemente exige que al inscribirse se acredite que se trata de una pareja de las que el artículo 2.1 considera como tales. Dice ese precepto que *"a los efectos de la aplicación de esta ley, se considera pareja de hecho a la resultante de la unión libre de dos personas (...) que se encuentren ligadas por una relación afectivo-sexual (...)"*. Queda pues patente que esta ley no exige ningún requisito respecto a la convivencia ni a su duración mínima, ni concede valor a la constatación de su existencia por otro medio que no sea la inscripción en el Registro.

Por último hay que hacer referencia a los Decretos reguladores de esta materia en las Comunidades de Castilla-La Mancha y de Castilla y León. Aunque es evidente que no estamos ante el mismo rango normativo, dado que en la actualidad es la única normativa reguladora de la materia en estas dos Comunidades, en cuanto que establecen las normas de funcionamiento de los correspondientes Registros, podemos constatar que en ambos se aborda el tema de la inscripción de la pareja y de los requisitos exigidos a ésta para que tal inscripción se practique. Y es en este aspecto, donde se puede citar que en ambos Decretos se deja clara constancia del carácter meramente declarativo de tal inscripción (artículo 5, en ambos casos). Por lo demás, en uno y otro se contienen los requisitos que deben reunir las parejas para poder inscribirse en el Registro; en ambas normas se requiere la convivencia en relación afectiva análoga a la conyugal (artículo 2, en ambos); y mientras ambas distinguen entre el caso de la necesidad de manifestar la voluntad de constitución y la de la mera convivencia cuando existe descendencia común (artículo 3), sólo la segunda (artículo 2) exige un período mínimo de convivencia de seis meses, salvo con

descendencia común (algo que en la primera parece haberse olvidado, dado que carece de sentido hacer la salvedad si no hay diferencia) (25).

Es indudable que queda pendiente de abordar el estudio comparativo de todo lo referente a los motivos de extinción de la pareja, las formas de llevarla a cabo y de su inscripción, así como todo lo relativo a la regulación de las relaciones personales y económicas en la pareja de hecho; existen también suficientes diferencias entre el tratamiento dado por unas y otras de las normas existentes como para que tal estudio resulte de interés. También se queda al margen todo lo referente a la posibilidad de llevar a cabo la inscripción por medio de apoderado, algo que sí está expresamente previsto para el matrimonio en el Código Civil; y todas las cuestiones que se podrían suscitar en torno a la declaración de nulidad del acto de la inscripción, con referencia a la equivalencia con las causas (error, violencia, miedo grave) previstas en el Código Civil para anular el matrimonio por vicios en el consentimiento, o lo concerniente a los efectos de irregularidades procedimentales. Pero por ahora, sin perjuicio de dejar pendientes todas esas cuestiones para un momento posterior, en el que ya hayan aparecido nuevas leyes autonómicas sobre la materia, para finalizar esta páginas, solamente voy a hacer referencia a un tema que deriva directamente de cuanto acabamos de ver en relación a los requisitos formales y que creo que tiene suficiente trascendencia en la práctica.

Me estoy refiriendo a las consecuencias que pueden derivarse de la existencia de una pareja de hecho en virtud de lo regulado por los diversos textos autonómicos, pero sin que tenga intervención la voluntad de los componentes de la misma. En otras palabras, ya se ha dicho que de la mayoría de las leyes analizadas, se desprende que dos personas podrán optar entre unirse en matri-

---

(25) De una forma también bastante particular se enfoca la formalidad de la inscripción en algunos de los Registros municipales, que desde mucho antes que cualquier ley autonómica han proliferado por todo el territorio español. En concreto, el Reglamento Regulador del Servicio de Celebración de matrimonios civiles y del Registro Municipal de Uniones Civiles en el Excmo. Ayuntamiento de Zamora, antes ya citado, tras regular la formalización del expediente previo en el que se aporta la documentación exigida, dice, en su artículo 15, que se fijará día y hora para la inscripción, la cual se practicará "a través de una comparecencia personal ante el Secretario General de ese Ayuntamiento los días laborables a las 12 horas. A petición de la pareja, se podrá celebrar el acto formal de la inscripción en otro día u hora, estando sujeto a tasa dicho acto cuando se celebre los sábados o los días laborables por la tarde, de acuerdo con la correspondiente Ordenanza Fiscal. Ello sin perjuicio de la exacción de la correspondiente tasa por expedición de documentos, en su caso. A la formalización de la inscripción de la unión en este Registro podrán asistir testigos u otro público, comunicándolo previamente a la Secretaría General del Ayuntamiento, e indicando si se desea celebrar el acto formal de inscripción en el salón de plenos o de comisiones de esta Casa Consistorial; en otro caso, se procederá a la firma del acto en la Secretaría General, ante su titular, que dará fe del acto". Todo previsto para una auténtica "boda de hecho".

monio, constituir una pareja de hecho de las reguladas en las distintas leyes, o formar una pareja al margen de cualquier regulación. En este último supuesto, cuando estamos ante la "pareja de hecho de hecho" o "pareja salvaje" ¿qué sucede? Si dos personas deciden convivir en pareja, pero rechazando el reconocimiento de cualquier derecho derivado de dicha unión (rechazándolo o ignorándolo; tanto estaríamos en este caso cuando la pareja no desea que su convivencia le suponga ninguna obligación ni derecho de uno de sus miembros respecto del otro, como cuando ni se plantean tal posibilidad; cuando los miembros de la pareja no contraen matrimonio o constituyen una pareja de las reconocidas, porque no quieren, como cuando no lo hacen porque no pueden) ¿reconoce la ley a sus miembros expresa y automáticamente algún efecto? (26).

El asunto no es sencillo, pero se puede simplificar. Se trata de ver si en las distintas leyes autonómicas se reconoce los efectos previstos en ellas a las parejas que no cumplan los requisitos que se exijan para ello. O, mejor, se trata de ver si la sola convivencia es suficiente requisito para dar lugar a tales efectos. Y esto ya lo hemos visto al analizar los distintos requisitos tanto formales como materiales que los diversos textos exigen.

Puesto que lo que ahora pretendemos es ver los casos en los que a los miembros de una pareja que simplemente se limita a convivir, sin hacer ninguna manifestación formal sobre efectos pretendidos, que no se inscribe en ningún Registro, ni otorga documento alguno, van a serles reconocidos unos derechos, aun sin ellos pretenderlo, habrá que separar supuestos, resumiéndolo de la siguiente forma:

En primer lugar hay que descartar a todas aquellas parejas formadas por personas que incurran en alguno de los impedimentos que las diversas normas hemos visto que establecen. Es claro que en esos casos los miembros de la pareja nunca generarán derecho alguno (piénsese en una pareja de hecho formada por dos hermanos, en aquella en que uno de los miembros está casado, o en la que uno de los miembros tiene menos de catorce años).

En segundo lugar hay que descartar todas aquellas parejas a las que les sería aplicable una de las leyes autonómicas que establece el requisito de la inscripción de la misma en el Registro con carácter constitutivo. Es claro que,

---

(26) Al contraer matrimonio o al inscribir en el Registro una pareja de hecho, de forma automática y sin que exista ninguna declaración de voluntad en ese sentido por parte de los "contrayentes" —incluso aunque manifestaran su voluntad contraria— el Código Civil o la correspondiente ley autonómica de parejas de hecho les otorga unos derechos (como pueden ser los sucesorios). Se trata de ver si cabe la posibilidad de que la existencia de la pareja de hecho no dé lugar a tales derechos, porque el deseo de sus miembros sea precisamente no gozar de ellos.

en tales casos, cualquier pareja formada cuyos miembros no deseen adquirir ningún derecho como consecuencia de ello, podrán conseguir su deseo con la simple omisión de la inscripción; mientras no inscriban la pareja, no adquirirán derecho alguno. Es el caso de las parejas no inscritas, afectadas por las leyes valenciana, balear, madrileña, extremeña y vasca.

Tampoco se podrá dar el problema apuntado en las parejas sometidas a la ley andaluza, ya que, aunque de una forma un tanto confusa, hay que considerar que de sus artículos 2, 5 y 6 se desprenden datos suficientes para mantener que es requisito imprescindible la inscripción de la pareja en el Registro, para que se le reconozcan derechos.

El caso de la ley catalana es particular, puesto que de la diferenciación que lleva a cabo entre parejas homosexuales y heterosexuales se desprende que en el primer caso, se exige que los miembros de la pareja hayan otorgado escritura pública (artículos 19 y 21) para que puedan reconocerse a la misma los derechos previstos en la ley, mientras no ocurre lo mismo con las parejas heterosexuales (artículos 1 y 2).

El problema se plantea por tanto tan sólo en los casos de las parejas existentes en los territorios que rigen las leyes restantes, es decir, la aragonesa, la navarra, la asturiana y la canaria, también es el caso de la ley catalana en el supuesto de parejas heterosexuales. Pero también de este último grupo hay que excluir algunos efectos. Tal es el caso de los derechos y obligaciones derivados de la normativa aragonesa de Derecho público, citados en el artículo 18 de su ley, los cuales sólo serán reconocidos a las parejas inscritas en el Registro [27]. Otro tanto ocurre con la ley catalana, que en su artículo 10 exige, para que los miembros de la unión estable heterosexual puedan obtener los beneficios respecto a la función pública [28], que la unión se haya constatado en escritura pública o mediante acta de notoriedad. Quedará por tanto reducida la situación que planteamos para las parejas de hecho que cumplan los requisitos fijados en la ley navarra, en la asturiana o en la canaria, con relación a todos sus efectos; mientras para los efectos distintos a los antes citados, también se deberá incluir a las parejas sometidas a la ley aragonesa y a la catalana.

En otras palabras, en los territorios de Navarra, Asturias y Canarias (y para determinados efectos, también en Aragón y Cataluña) cabe la posibilidad de que una pareja cuyos miembros hayan optado simplemente por convivir, sin

---

[27] Así se desprende del artículo 1.2 del Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, del Gobierno de Aragón, que regula el funcionamiento del Registro administrativo de parejas estables no casadas.

[28] Reflejados en el artículo 9 de la ley.

pretender ningún efecto ni la adquisición de ningún derecho ni obligación entre ellos, adquiera tales derechos y su unión surta tales efectos, de todas formas. Es más, será algo que se producirá sin que puedan evitarlo, en cuanto cumplan los restantes requisitos ya vistos, a partir del momento en que superen el año de duración de la convivencia (las tres leyes citadas en primer lugar coinciden en exigir ese mínimo de duración, así como la mera convivencia cuando haya prole común) o tengan descendencia común.

También es verdad que siempre, para exigir el reconocimiento de los efectos en cuestión, tendrá que haber alguien que lo solicite, con lo que será en todo caso necesaria la manifestación de voluntad en tal sentido. Pero esa aparente contradicción entre la inexistencia de voluntad (o incluso de voluntad contraria) y la posterior voluntad en sentido distinto (porque alguien que no desea que le sea aplicable la ley, luego reclama sus efectos) desaparece cuando se constata que cabe perfectamente el ejercicio de la pertinente acción por un tercero (por ejemplo, el heredero).

En suma, habrá que concluir que resultará difícil que una pareja que rechace la aplicación de efectos de la ley reguladora correspondiente, pueda evitar la aplicación automática de la norma y de sus consecuencias. Otro campo de posibilidades se nos abrirá cuando entremos en el estudio y análisis de las consecuencias de inscribirse una persona formando parte de distintas parejas de hecho en distintas Comunidades autónomas, sobre todo para ver las diferentes formas de contemplar el fenómeno por las distintas normas y sus efectos, tanto en la interconexión de los Registros, como en su relevancia como impedimento, pero esto sería algo que sobrepasaría ahora el restringido marco del presente trabajo.

Publicaciones, Noticias y Datos de Interés

SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 3 DE PAMPLONA DE 22 DE ENERO DE 2004

El Juzgado de Primera Instancia dicta sentencia favorable a una mujer que solicitó la adopción de dos menores, hijas biológicas de su compañera sentimental. Resulta aplicable al caso la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, que acepta la adopción de una pareja estable no casada con independencia de su identidad sexual.

Aunque sólo trata la adopción conjunta, realizada simultáneamente, el Juzgado considera que no es intención del legislador excluir los supuestos de adopción sucesiva, consecuencia de una maternidad previa individual. Se apoya también en que la legislación común permite la adopción con independencia de la identidad sexual.

Por otro lado, la protección del menor es el bien último que se debe proteger. La personalidad, la salud y situación económica del adoptante, así como su vida familiar y su aptitud para educar a las menores son algunos de los criterios para valorar el interés del menor. Para su determinación el Juzgado se sirve de informes realizados por el Centro de Planificación Familiar al que la pareja acudió con la intención de acceder a la maternidad mediante técnicas de reproducción asistida. Tanto el informe realizado antes del nacimiento, como los llevados a cabo después arrojan un resultado favorable, pues de ellos se desprende que ambas poseen estabilidad psicológica, familiar, personal y socioeconómica. Por ello las reconoce como núcleo familiar adecuado e idóneo para favorecer el desarrollo psicológico, físico y social de las menores.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.—Por el Procurador, Sr. ..., se presentó en este Juzgado escrito, en nombre y representación de Dña. ..., en el que solicitó la adopción de las menores, hijas biológicas de su pareja estable, Dña. ...

Segundo.—Admitida a trámite dicha solicitud, por la solicitante se prestó el consentimiento a la adopción, en tanto que la madre biológica de las menores asintió el mismo, tal y como consta en autos.

Tercero.—El Ministerio Fiscal al evacuar el oportuno informe se opuso a la constitución de la adopción por los motivos que constan en el mismo y dando traslado de dicho informe a la representación Letrada de la solicitante reiteró su solicitud por medio de escrito obrante en autos, quedando sin más trámite el expediente para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.—La solicitud de Dña. ... consistente en adoptar a las hijas biológicas de su compañera sentimental con quien forma una pareja estable, se basa, junto a la normativa relativa a la adopción contenida en los artículos 175 y 176 CC, en la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, y concretamente en sus artículos 2 y 8, preceptos ambos, con base en los que alega, también, la falta de necesidad de la propuesta previa de la Entidad Pública competente en atención al contenido de la regla segunda, apartado 2, del artículo 176 del texto civil común.

Los motivos de oposición a la misma articulados por el Ministerio Fiscal se basan, en que el Código Civil, en su artículo 154, únicamente reconoce la paternidad y maternidad de las personas pero no la posibilidad de dos maternidades, así como que la Ley del Registro Civil sólo contempla dos clases de filiación, la paterna y la materna en sus artículos 47 y 48; que la Ley Foral 6/2000 es inconstitucional porque vulnera el principio de legalidad al estar en clara colisión con el Derecho Común; y que debe esperarse a la resolución de los recursos de inconstitucionalidad que actualmente penden ante el más Alto Tribunal.

Segundo.—Establece el artículo 8 de la citada Ley Foral, en su apartado primero, que "los miembros de la pareja estable podrán adoptar de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio".

A su vez, si dicho precepto se pone en conexión con la definición de pareja que proporciona el artículo 2.1 de la referida Ley, la conclusión no puede ser otra que la admisión de la adopción, conjunta, por quienes integran una unión libre de pareja, con independencia de la identidad sexual de los adoptantes, de tal manera que la remisión efectuada por la Ley 74 del Fuero Nuevo, deberá entenderse hecha a estos preceptos.

Sobre la aplicabilidad de esta Ley, cuestionada por el Ministerio Fiscal, y en lo que se refiere precisamente a su constitucionalidad, pende el recurso número 5297/2000 promovido por el comisionado de 83 diputados del Grupo Parlamentario Popular que implica a la totalidad de su contenido, y por lo que aquí afecta, también al artículo 8 de la Ley Foral 6/2000.

La interposición de tal recurso, sin embargo, y a diferencia de lo que con posterioridad, y recientemente, ha ocurrido con la Ley promulgada por el Parlamento de la Comunidad Autónoma Vasca, no tiene ninguna incidencia en la vigencia de la Ley, si se tiene en cuenta que el artículo 30 de la LOTC únicamente prevé efectos suspensivos en el supuesto de que el Gobierno se ampare en lo dispuesto por el artículo 161.2 de la Constitución para impugnar, por medio de su Presidente, Leyes, disposiciones normativas o actos con fuerza de Ley de las Comunidades Autónomas, como así ha acontecido respecto a la citada Ley vasca.

A su vez, por parte de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra se ha planteado una cuestión de constitucionalidad referida, exclusivamente, al apartado 3 del artículo 2 de la Ley Foral, y por tanto, a la competencia de la Comunidad Foral para dictar normas de conflicto.

En este sentido, y dado que la solicitante y su pareja ostentan, según los documentos aportados con el escrito de demanda, la vecindad foral navarra, el contenido de tal cuestión no afecta al supuesto ahora planteado, además de la mera aplicación de la falta de efectos suspensivos de tal cuestión al amparo del citado artículo 30 de la LOTC.

Por tanto, la citada normativa foral resulta de plena aplicación por cuanto que, formalmente, las cuestiones que sobre su posible inconstitucionalidad se han planteado en nada afectan a su vigencia.

Tercero.—Ello sentado, la siguiente cuestión que se plantea en la aplicación de la Ley Foral 6/2000 al supuesto enjuiciado, es que la misma, en su artículo 8, sólo se refiere a la adopción conjunta, es decir, la realizada simultáneamente por pareja estable no casada con independencia de su identidad sexual, pero no sobre la sucesiva.

Con tal exclusión general en la Ley, pudiera entenderse que se está impidiendo a la compañera de la madre biológica de las menores adoptar a éstas.

Al respecto, puede exponerse que a tenor de tal precepto y de lo a su vez establecido en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se reconoció la posibilidad de adopción conjunta a parejas no casadas en el derecho común y en el artículo 178.2.1 y 2 del CC, resulta cerrada la posibilidad de adopción sucesiva por el compañero del padre o por la compañera de la madre de los hijos de aquél o de ésta con la consiguiente extinción de la filiación del otro padre o madre, habida cuenta que tales preceptos sólo admiten al cónyuge del padre o madre (biológico o adoptivo) del adoptando o al conviviente u otra persona de sexo diferente al progenitor (cuando se hubiera determinado la filiación sólo con éste) la adopción, y en ambos casos, sin extinguirse los vínculos con la familia anterior.

Ahora bien, ello no puede tener los mismos efectos en todos los casos, al no corresponderse tampoco la finalidad de tal impedimento legislativo con supuestos en que la adopción por el compañero o compañera deviene de una previa situación de paternidad o maternidad individual del otro amparada tanto por el Código Civil, en lo que a la filiación adoptiva se refiere, como por la Ley de Reproducción Asistida de 1988 en lo referente a la biológica. En efecto, si el legislador navarro está permitiendo la adopción conjunta por parejas homosexuales, difícilmente se puede encontrar sentido a una exclusión de la adopción por el compañero/a del padre o madre adoptivo, del hijo/a/s de éste, o por la compañera de la madre biológica, del hijo/a/s de ésta, en tales supuestos de maternidad o paternidad previa individual cuando para acceder a ésta la propia

legislación común lo permite con independencia de la identidad sexual o convivencia con pareja del mismo sexo.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que versando el contenido de la citada Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, acerca de idéntica posibilidad de adopción conjunta cuando reconoció tal derecho a parejas no casadas, la doctrina de la Audiencias ha realizado una interpretación favorable a la asimilación plena entre parejas matrimoniales y parejas de hecho, bien por entender que tal es el espíritu de la Ley (así SAP Valladolid de 12 de junio de 2000), bien bajo el argumento exclusivo del beneficio del adoptando (SAP Barcelona de 30 de diciembre de 2002).

Y en tal sentido, y como dice esta última resolución, se estima que lo que debe ponderarse es si en el caso concreto el interés del adoptando justifica la "entrada en familia" por medio de un mecanismo distinto al de la filiación por naturaleza, cuestión de la que se va a tratar posteriormente, al analizar el superior interés del adoptando en relación igualmente con el resto de las cuestiones planteadas acerca de la constitucionalidad de la norma foral.

A su vez, procede afirmar la falta de necesidad de la propuesta previa de la Entidad Pública competente, conforme a lo dispuesto en el artículo 176.2.2.º, en el sentido en el que, asimismo, ha venido siendo interpretado por la doctrina de los Tribunales de forma reiterada en adopciones de parejas de hecho, tanto en el sentido anteriormente expuesto, como, incluso, mediante la mera interpretación en sentido amplio del término consorte empleado por dicho precepto (por todas SAP de Sevilla en rollo de apelación núm. 784/1991 o SAP Castellón en rollo de apelación núm. 3/1996).

En definitiva, concurren todos y cada uno de los requisitos formales exigidos por la normativa civil analizada y concretada en los artículos 175 a 177 CC en relación con lo dispuesto en los artículos 8.1 y 2.1 de la Ley Foral 6/2000, habiéndose observado asimismo los trámites previstos en los artículos 1829 y ss de la LEC de 1881 vigente en virtud de lo dispuesto en la disposición derogatoria 1.1.ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, en el momento de recabar el consentimiento y asentimiento necesarios.

Cuarto.—Desestimado, según lo expuesto, el argumento referente a la falta de aplicabilidad de la Ley en tanto no sean resueltas por el TC las cuestiones planteadas acerca de su posible inconstitucionalidad, las ahora alegadas por el Ministerio Fiscal en el trámite de informe deben analizarse dentro de los parámetros que se encuentran entre el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad por parte del Juzgador y la aplicación de la norma ante el juicio positivo que sobre la constitucionalidad de la misma se efectúe por el mismo dentro del proceso de su elección e interpretación.

Y en tal análisis, se entiende en primer lugar, —y con respecto al argumento relativo a la vulneración del principio de legalidad por colisión con el dere-

cho común,— que el abordaje por parte del Legislador navarro de la adopción por parejas no casadas con independencia de su identidad sexual entra dentro de sus competencias legislativas en derecho foral a tenor de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la CE, y en la interpretación que el Tribunal Constitucional tiene establecida respecto a los criterios y requisitos de conexión entre la materia nueva que es regulada y el contenido del Derecho Civil foral previo. Teniendo en cuenta que la Ley 73 FN contiene normas sobre adopción en esta materia, la conexión de la Ley Foral con dicho precepto se estima clara, de manera que asimismo se entiende que la regulación por parte del Legislador navarro de la admisión como adoptantes a dichas parejas, cuando ya regulaba la adopción, entra dentro de sus competencias como así lo ha entendido la mayor parte de la doctrina científica.

En segundo lugar, procede el análisis de la cuestión esencial alegada por el Ministerio Público y relativa al planteamiento de la inconstitucionalidad de la Ley en base a la imposibilidad de dos maternidades.

En este sentido, cabe exponer que la propia Constitución, no se ocupa de la adopción, sino de la filiación en sus artículos 14 y 39 donde se garantiza la protección a los niños prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Es en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1990 donde se establece, artículo 3.1, que "en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que atenderá será el interés superior del niño", siendo así que en el artículo 21.1 manifiesta que "los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial".

Interpretado en ese contexto el artículo 8 de la Ley Foral 6/2000, de manera que lo que deba cuidarse de proteger por encima de cualesquiera otros derechos sea el interés superior del menor, no se aprecia que dicha norma se aparte de los principios constitucionales que consagran tal protección, de manera tal que lo que debe ser objeto de análisis a la hora de decidir por el Juzgador acerca del establecimiento de una filiación adoptiva siga siendo la idoneidad del adoptante en relación con el interés del adoptando y por tanto en su adecuación para procurarle los cuidados y educación necesarios para su desarrollo integral.

Ya en relación con la igualmente alegada colisión con la Legislación del Registro Civil al contemplar tan sólo dos clases de filiación, la paterna y la materna, en los términos expuestos por el Ministerio Fiscal, ninguna labor interpretativa por razón de su materia compete efectuar al Juzgador en esta sede.

Quinto.—Todo lo anteriormente expuesto deja finalmente paso a la valoración de la cuestión realmente esencial a la hora de decidir sobre la constitución

de esta institución de protección del menor, que no es otra que el superior interés del adoptando, de manera que tenga lugar cuando ese cambio de estado civil favorezca al mismo.

Dicho dato, como pone de relieve el auto de la AP Barcelona de 30 de diciembre de 2002 "deberá obtenerlo el juzgador de la comparación y ponderación de la situación anterior y posterior según un criterio de sentido común". Al respecto es siempre de tener en cuenta la Convención de Estrasburgo de 1967 sobre adopción de niños, donde se establecen, como criterios para valorar el interés del menor, la personalidad, la salud y situación económica del adoptante, su vida familiar y su aptitud para educar al adoptando; los motivos por los que el adoptante desea adoptar al niño, la relación entre adoptante y adoptando y la duración del período en el que el adoptando fue confiado al cuidado del que quiere adaptarlo, y la personalidad y salud del adoptando, sus orígenes y demás circunstancias culturales si procedieren.

En el presente supuesto muchos de tales parámetros quedan resumidos, dentro de una favorable valoración, en el hecho de que la solicitante y la madre biológica de las menores, pareja de hecho desde hace más de siete años y conviviente desde 1999, se propusieron como objetivo común la maternidad en el año 2000. A tal fin acudieron al Centro de Planificación Familiar y Educación Sexual del Gobierno de Navarra "Andraize" para iniciar los correspondientes trámites y acceder a dicha maternidad por medio de técnicas de reproducción asistida. Ya en ese momento se realizó a ambas un informe de valoración de pareja, que obra en autos, cuyo resultado fue positivo en relación a garantizar el buen desarrollo físico, psicológico y social de la posible criatura, y siendo así, además, que, en tal momento, fue la Sra., la ahora solicitante, quien se sometió a las técnicas de inseminación artificial y fecundación *in vitro* que, sin embargo, no terminaron en gestación. Por tal motivo, y de tal manera, fue posteriormente su compañera la que con éxito se sometió a las mencionadas técnicas que dieron lugar al nacimiento de las gemelas.

De los informes emitidos por la psicóloga del mencionado Centro de Planificación Familiar con posterioridad al nacimiento de la menores, que contienen no sólo una valoración personal de cada una de ellas sino igualmente como pareja, se desprende la estabilidad psicológica, personal, familiar y socioeconómica de ambas, y la valoración es igualmente positiva respecto al planteamiento de ser reconocidas como núcleo familiar, el que, por la mencionada profesional, se considera adecuado e idóneo para favorecer el desarrollo psicológico y social de las dos menores.

Con tales datos, no puede sino entenderse que la realidad en la que conviven y desde el mismo momento de su nacimiento exige, desde su superior interés, una correspondencia con la situación jurídica manifestada por el reconocimiento de su filiación con respecto a la solicitante, cuya demanda, con base en todo lo precedentemente razonado, procede estimar.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

Se acuerda la adopción de las menores y por firme es auto, expídanse testimonios del mismo, remitiendo uno de ellos para su inscripción al Sr. Encargado del Registro Civil de (...) y entréguese otro a la solicitante, devolviéndosele los documentos presentados, previo desglose y testimonio en autos.

Notifíquese la presente resolución a las partes personadas y al Ministerio Fiscal haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en término del quinto día.

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

15,35 euros/día o 460,50 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										

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

- Necesidad de dirigir la demanda de reclamación de paternidad contra el menor frente al que se reclama la misma, siendo preciso nombrarle un defensor judicial al existir intereses contrapuestos con la madre. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 17 de enero de 2003).*

- Determinación de la filiación paterna extramatrimonial por la declaración de numerosos testigos del entorno geográfico concurriendo pues posesión de estado por notoriedad pública, no siendo obstáculo para ello que no se llegase a practicar la prueba biológica del padre que había fallecido tiempo atrás. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 27 de febrero de 2003).*

- Apreciación de oficio por parte del Tribunal Supremo de la necesidad de nombrar un defensor judicial a la menor respecto a la cual se insta la reclamación de paternidad extramatrimonial al existir intereses contrapuestos con su madre. Se da la circunstancia de que la madre se opuso a la práctica de la prueba biológica. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 4 de marzo de 2003).*

- Habida cuenta que la demanda de reclamación de paternidad debió dirigirse también contra la persona que aparecía como padre en el Registro Civil, apercibiéndose de su ausencia, el juzgado acordó emplazarlo antes de dictarse sentencia, y siendo improcedente la llamada en ese momento procesal, se acuerda la nulidad de lo actuado, debiendo volver a celebrarse la comparecencia del artículo 693 de la antigua LEC. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 10 de marzo de 2003).*

- La acción de reclamación de paternidad es imprescriptible, lo que conlleva que no hay ejercicio tardío del derecho con relevancia jurídica que permita considerar la existencia de abuso de derecho. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 11 de marzo de 2003).*

- No es necesario demandar a la esposa del presunto padre en el procedimiento de reclamación de paternidad contra aquél, ya que no bastan los meros efectos reflejos del proceso en un tercero para justificar la necesidad de su intervención. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 14 de marzo de 2003).*

II. REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

- Carácter privativo de la indemnización percibida por la esposa como consecuencia de un accidente, si bien al confundirse su importe con el dinero de la sociedad ganancial, tendrá derecho en la liquidación a su reintegro, sin que proceda dar carácter privativo a determinados bienes adquiridos constante el matrimonio. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 14 de enero de 2003).*

- Las obligaciones económicas que se imponen al esposo en el procedimiento matrimonial tienen carácter personal y nunca pueden ser consideradas como una deuda de la sociedad de gananciales. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 25 de enero de 2003).*

- Desestimación de la tercería de dominio basada en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, ya que la anotación de la escritura en el Registro Civil tuvo lugar después de practicarse la traba, no siendo por tanto oponible frente al tercero que embargó el bien inmueble. *(T.S., Sala 1.ª S. de 5 de febrero de 2003).*

- Rescisión de la compraventa entre cónyuges por haberse realizado en fraude de acreedores. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 18 de marzo de 2003).*

- Desestimación de la demanda interpuesta por el esposo contra la esposa a fin de que se declare que son de su propiedad una serie de inmuebles que constan en el Registro de la Propiedad a nombre de esposa con la que se casó en régimen de separación de bienes, ya que de las pruebas aportadas no se acredita que el pago del precio de los inmuebles los hubiese efectuado el esposo con dinero propio, sin que por otro lado pueda entenderse que existe una donación al faltar el requisito sustancial de la escritura pública. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 21 de marzo de 2003).*

- No tienen carácter ganancial las acciones obtenidas en virtud del derecho de suscripción preferente por el padre del esposo, sin que se haya acreditado fraude alguno en dicha suscripción acordada por el esposo como administrador único de la sociedad, todo ello sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponder a los cónyuges frente a la herencia yacente del padre del esposo a efectos de un hipotético derecho de reembolso por cuanto, los beneficios de la sociedad no repartidos, sirvieron para compensar el precio de las nuevas acciones no suscritas. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 24 de marzo de 2003).*

III. CONVENIO REGULADOR

- El hecho de incluir los cónyuges en el convenio regulador una cláusula en la que indicaban que el convenio no ha supuesto desequilibrio económico alguno para ninguna de las partes, implica la renuncia al ejercicio posterior de una acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte en la liquidación de gananciales contenida en aquel convenio. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 6 de marzo de 2003).*

IV. CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

- Desestimación d e la demanda de tercería de domicilio interpuesta por el padre contra el embargo de la vivienda que figura en el Registro de la Propiedad a nombre de su hija, ya que se aprecia la falsedad en la causa del contrato de compraventa celebrado entre ambos. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 28 de enero de 2003).*

V. UNIONES DE HECHO

- Concesión de una indemnización a la conviviente equivalente a un tercio de los bienes que se adquirieron durante la convivencia, en compensación a la atención de la misma a la casa e hijos, sin que pueda considerarse la existencia de una comunidad de bienes ni sociedad civil. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 17 de enero de 2003).*

- Existencia de una simulación relativa que encubría una donación en el contrato de compraventa otorgado por los vendedores a favor de una conviviente de hecho, aun cuando con anterioridad el inmueble se había adquirido por el conviviente en documento privado y abonado la totalidad del precio. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 13 de febrero de 2003).*

- Validez del contrato pactado entre dos conviviente en virtud del cual se fijó la comunidad de todos los bienes adquiridos durante la convivencia de pareja y una pensión mensual para el caso de separación y ruptura con la finalidad de compensar a la mujer que por motivo de tal convivencia había perdido su anterior actividad laboral hasta que la reanudara, sin que pueda entenderse la existencia de un enriquecimiento injusto. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 18 de febrero de 2003).*

VI. SUCESIONES

- Desestimación de la demanda interpuesta por unos hermanos contra otro solicitando se dejase sin efecto la mejora efectuada por sus padres en su beneficio al no acreditarse que el beneficiario incumpliera la obligación modal impuesta en el testamento. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 21 de enero de 2003).*

- Nulidad de la donación efectuada por el esposo a favor de la segunda esposa al no haberse liquidado previamente la sociedad de gananciales del primer matrimonio. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 23 de enero de 2003).*

- Inexistencia de donación de la esposa a favor del esposo al tratarse de una *fiducia cum amico,* y por consiguiente se declara que todas las acciones de la sociedad P., cuya propiedad se discute, pertenecen privativamente a la esposa, siendo indiferente que el dinero para la adquisición de las cédulas hipotecarias que se aportaron en la constitución de la sociedad proviniese de una cuenta común, ya que lo determinante para la calificación ganancial o privativa de los fondos es su procedencia. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 10 de febrero de 2003).*

- Revocación de la donación efectuada por la esposa a favor del esposo constante la sociedad de gananciales, al haber sido condenado el esposo por un delito de abandono de familia en la modalidad de impago de la pensión compensatoria, no habiendo prescrito la acción al haberse ejercitado dentro del período en el que aquél no abonó la pensión. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 19 de febrero de 2003).*

VII. OTRAS CUESTIONES

- Desestimación de la demanda de error judicial por la denegación de una pensión compensatoria en un procedimiento de divorcio, al no haber quedado demostrado, ni siquiera por vía de presunciones, que la esposa firmase el convenio regulador de la separación —en el que se reconocía la inexistencia de desequilibrio— bajo presión del marido. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 8 de febrero de 2003).*

VIII. PENAL

- Condena por un delito de lesiones a los padres, él como autor y la madre como cómplice, y por uno de violencia doméstica habitual sólo al padre que reiteradamente golpeaba a los menores, además de no prestarles los cuidados necesarios, lo que motivó que finalmente fuesen declarados en desamparo. *(T.S., Sala 2.ª, S. de 11 de marzo de 2003).*

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- Fijación de una pensión del artículo 41 del Códi de Familia a favor de la esposa, siendo indiferente que el trabajo doméstico haya sido mayor o menor, a tiempo completo o a tiempo parcial, ya que ello redundará en la cuantía de la misma, pero no en su concesión. No existe argumento que permita sostener que su contribución al matrimonio haya de ser extraordinaria o excepcionalmente gravosa para tener derecho a ser compensada por el otro cuando en la crisis matrimonial se produce un desequilibrio económico. *(TSJ de Cataluña, S. de 14 de abril de 2003).*

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. PATRIA POTESTAD

- Los padres carecen de legitimación para solicitar al emancipación de una hija adoptiva respecto de la cual alegan que, dada su actitud, es imposible ejercer la patria potestad. *(AP BURGOS, Sec. 2.ª, Auto de 11 de abril de 2003).*

II. GUARDA Y CUSTODIA

- Reconocimiento del derecho de la madre —que tiene atribuida la guarda y custodia— a elegir su lugar de residencia, que finalmente se ha concretado en Inglaterra, sin necesidad de autorización judicial ni del padre de los menores, si bien se le impone la obligación de informar del cambio de residencia. *(AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 2 de abril de 2003).*

- Se atribuye la guarda y custodia del hijo al padre hasta tanto no se modifique y estabilice el comportamiento de la madre que afecta de manera perjudicial al menor. *(AP ALICANTE, Sec. 7.ª, S. de 26 de mayo de 2003).*

- A pesar de las prescripciones legales dirigidas a que se procure no separar a los hermanos, se atribuye la custodia de los hijos, uno a cada progenitor, pues perjudicaría más a los menores separarlos del respectivo progenitor. *(AP SEVILLA, Sec. 2.ª, S. de 30 de julio de 2003).*

III. RÉGIMEN DE VISITAS

- El cambio de residencia de una capital a otra no implica un cambio sustancial para conceder la modificación del régimen de visitas pactado por las partes hace menos de un año, imponiéndosele las costas en primera y segunda instancia. *(AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 10 de julio de 2003).*

- Se revoca el pronunciamiento de la sentencia que establecía el régimen de visitas, conforme al cual, a partir de los 14 años, serían los hijos los que, en base a su deseo se relacionarían con el progenitor no custodio. *(AP SEVILLA, Sec. 2.ª, S. de 30 de septiembre de 2003).*

IV. VIVIENDA FAMILIAR

- Se atribuye el domicilio familiar común al cónyuge que desarrolla en el mismo su actividad profesional sin posibilidad de división del inmueble dada sus particulares características y ubicación del taller en los bajos del mismo. *(AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 25 de abril de 2003).*

- No se considera factible la atribución alternativa de la vivienda por semestres a uno y otro cónyuge que postula el marido, por lo problemático de la medida ya que son evidentes las dificultades y los trastornos que tal régimen entraña. *(AP SEVILLA, Sec. 2.ª, S. de 24 de julio del 2003).*

- Estimación de la demanda de desahucio por precario sin que exista preferencia de la atribución de uso concedido judicialmente en el procedimiento matrimonial. *(AP BALEARES, Sec. 3.ª, S. de 3 de octubre de 2003).*

V. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

- Se mantiene por tiempo de 2 años la pensión alimenticia de la hija mayor de edad que ha concluido sus estudios pero depende económicamente de sus padres al estar preparando oposiciones. *(AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 10 de julio de 2003).*

- No se admite la reducción de la pensión por nacimiento de un nuevo hijo, dado que era conocido y tiene carácter voluntario y porque para ello debió tener en cuenta las obligaciones alimenticias del anterior matrimonio. *(AP SEVILLA, Sec. 5.ª, S. de 14 de julio de 2003).*

- La creación de una nueva familia no exonera de cumplir con las obligaciones legales preexistentes. *(AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 17 de julio de 2003).*

VI. PENSIÓN COMPENSATORIA

- La circunstancia de que la esposa conviva actualmente con su hermana es irrelevante a efectos de la pensión compensatoria al ser aquélla un tercero ajeno a la relación conyugal. *(AP MADRID, Sec. 22, S. de 11 de julio de 2003).*

- Desestimación de la petición de limitación temporal de la pensión compensatoria que se fijó con carácter indefinido en el procedimiento de separación al no haber concurrido circunstancia modificativa alguna. *(AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 10 de julio de 2003).*

- No se concede pensión compensatoria a pesar de que el marido percibe unos ingresos por encima del doble de la esposa, al asumir el pago de la hipoteca y conceder a ésa el uso de la vivienda. *(AP SEVILLA, Sec. 2.ª, S. de 24 de julio de 2003).*

- Extinguido el derecho a la percepción de la pensión compensatoria por la obtención de un trabajo remunerado generador de recursos dotados de relativa estabilidad, no renace el mismo por el hecho de concluir dicha relación laboral y pasar a la situación de desempleo. *(AP SEVILLA, Sec. 2.ª, S. de 22 de septiembre de 2003).*

VII. CUESTIONES PROCESALES

- No cabe nulidad de actuaciones por habérsele entregado a las partes el informe pericial cinco minutos antes de la Vista, sin causar indefensión, pues no cabe confundir ésta con el resultado poco satisfactorio de aquél para la parte. *(AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 10 de julio de 2003).*

- Se admite la competencia para conocer del procedimiento de modificación de medidas a Juzgado distinto al que dictó la sentencia que se pretende modificar, al ser una práctica judicial, no amparada en precepto legal específico que así lo determine. Se deniega la nulidad. *(AP SEVILLA, Sec. 2.ª, S. de 10 de julio de 2003).*

VIII. CONVENIO REGULADOR

- Se admite por la Audiencia, revocando la sentencia de instancia, la adjudicación consensuada en liquidación del régimen económico matrimonial de una parcela de terreno para garantizar los alimentos futuros de los hijos comunes dados los escasos ingresos del progenitor no custodio. *(AP SEVILLA, Sec. 8.ª, S. de 2 de julio de 2003).*

IX. REGÍMENES ECONÓMICOS

- Naturaleza privativa de la indemnización percibida por un cónyuge en concepto de despido al ser un derecho patrimonial inherente a la persona. *(AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 12 de mayo de 2003).*

- Si las acciones son de una sociedad cuyos bienes eran privativos, la mera declaración en escritura pública sobre el carácter ganancial no permite cambiar su naturaleza y tampoco la de las acciones porque no consta su adquisición a título oneroso. *(AP ALMERÍA, Sec. 2.ª, S. de 19 de mayo de 2003).*

- Es competente el Juez de Primera Instancia que está conociendo del divorcio para la liquidación consensuada del régimen económico matrimonial, aunque haya precedido separación matrimonial. *(AP SEVILLA, Sec. 5.ª, S. de 22 de julio de 2003).*

- Habiéndose concertado el préstamo por el esposo rigiéndose el matrimonio por el régimen de separación de bienes, carece de acción aquél para repetir contra su esposa en reclamación de la mitad de lo abonado al quedar acreditado que fue el esposo quien dispuso de la totalidad del capital prestado. *(AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, S. de 25 de julio de 2003).*

X. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

- No es procesalmente correcto solicitar el cese del acogimiento con motivo de oponerse la madre biológica al cambio de acogimiento de simple a permanente, ni tampoco cuestionar la declaración de desamparo a la que no se opuso en su día. *(AP ALICANTE, Sec. 6.ª, S. de 12 de mayo de 2003).*

- Se revoca la resolución administrativa y se declara la idoneidad de los cónyuges para ejercer la patria potestad en la filiación adoptiva, pues las limitaciones recogidas en el informe del Equipo Psicosocial respecto de la esposa pueden ser suplidas por las aptitudes del esposo, como ocurre en la filiación natural. *(AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 1 de julio de 2003).*

- Se declara a la madre incursa en causa de privación de patria potestad sin posibilidad de recuperación aunque hipotéticamente desaparecieran las causas que la motivaron, dado el tiempo transcurrido al estar integrado el menor en la familia adoptiva. *(AP SEVILLA, Sec. 5.ª, S. de 23 de julio de 2003)*.

XI. TEMAS PENALES

- Absolución del delito de revelación de secretos a la esposa que cogió varios documentos relativos a la actividad profesional del esposo que se encontraban en el despacho del mismo ubicado en una habitación del mismo domicilio, a los efectos de presentarlos en el procedimiento matrimonial para acreditar la situación económica de aquél. *(AP SEVILLA, Sec. 1.ª, S. de 14 de noviembre de 2003)*.