

LOS JUICIOS RÁPIDOS

El otro día leíamos en la prensa la noticia de que el Gobierno de Malasia autorizó el inicio de procesos de divorcio a través del sistema de mensajes cortos (SMS) entre teléfonos móviles, sin necesidad de una legislación específica. Documentando el artículo se hacía referencia a que la Ley Islámica malasia de 1984 condena a penas de hasta seis meses de prisión a los hombres que inicien un proceso de divorcio fuera del juzgado, mientras que la ley tradicional islámica, la sharía, permite que un hombre pueda divorciarse de su mujer diciendo tres veces “me divorcio de ti” y que la solicitud de divorcio a través de mensajes entre móviles ha registrado un gran auge en países islámicos desde 2001, lo que ha sido ratificado como válido por los tribunales religiosos de algunos países como Dubai. En este caso, los juristas islámicos manifestaron que mientras un hombre exprese una voluntad clara de romper su matrimonio, y la mujer reciba el mensaje por tres veces, el divorcio será válido.

Paralelamente, el Ministro de Justicia de nuestro país anunciaba en rueda de prensa que en el próximo año comenzarían los juicios rápidos en procedimientos matrimoniales. Su intención es impulsar la nueva reforma a partir del próximo otoño, y establecer un plazo máximo para resolver estos procesos de dos o tres meses, cuando ahora se sitúan en año y medio o dos años.

Parece que todo el mundo tiene prisa en que los procedimientos matrimoniales finalicen cuanto antes, y la verdad es que no les falta razón. Sin embargo hay que diferenciar dos cuestiones básicas, por un lado, lo que son medidas previas o provisionales y por otro, el procedimiento de separación, nulidad y divorcio. Y ello viene a cuento de que lo verdaderamente importante es que desde que uno de los cónyuges toma la decisión de separarse hasta que el juzgado acuerda la separación provisional debe transcurrir el mínimo tiempo posible, y aquí precisamente es donde debe estar presente la rapidez. Presentamos hoy la petición de medidas previas y el juzgado, tal y como dice el art. 771 de la ley señalará una comparecencia dentro de los días siguientes y celebrada la misma el juez dictará el auto de medidas en tres días a lo más tardar. En los casos de violencia doméstica, la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas, acorta el plazo para acordar la separación provisional que en este caso puede acordarse por el Juez de Instrucción, y así en el apartado, del art. 2.º se indica que “*en cualquier caso la audiencia habrá de celebrarse en un plazo máximo de 72 horas desde la presentación de la solicitud*”.

Acordada con urgencia la separación provisional de los cónyuges, obtener la resolución final del procedimiento matrimonial es otra cuestión distinta y por eso el legislador ha diseñado un procedimiento en el que la parte demandada debe contestar por escrito a la demanda y existe un período hasta de treinta días para que puedan practicarse las pruebas que sean útiles y pertinentes. También hay que predicar la rapidez en su finalización, pero dicha rapidez tiene que ir armonizada con el derecho a defensa que tienen todos los litigantes, so pena que nos suceda como en el caso contemplado en la sentencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2003 en la que se declaraba la nulidad de un juicio rápido por denegación de prueba pertinente con base en las pretendidas urgencias del enjuiciamiento.

Pues bien, si lo ha dicho el Ministro de Justicia y ha fijado una fecha tan cercana para su entrada en vigor —habiendo designado incluso a algunos juzgados de la periferia de Madrid para que sirvan de experiencia piloto—, tendremos juicios rápidos. Tan cierto es ello que en la reforma de la LOPJ que se aprobará con toda probabilidad dentro de poco tiempo ya se contemplan las oficinas de señalamiento inmediato para poner en práctica los juicios rápidos civiles. Dichas oficinas que tendrán carácter de servicio común procesal, desarrollarán funciones de registro, reparto y señalamiento de vistas y comparencias. Con acierto el legislador ha limitado qué clases de vistas o comparencias se pueden tramitar con “rapidez” a las medidas previas y provisionales y a los procedimientos de mutuo acuerdo —se ha observado un ligero error al incluir las demandas de nulidad matrimonial dentro de este apartado—. Por ello quizás más que juicios rápidos, técnicamente sea más correcto decir “comparencia de medidas rápidas”. Para la virtualidad de los juicios rápidos, en la reforma de la LOPJ se prevé el denominado “turno de asistencia continuada” es decir, una especie de juzgado de familia de guardia al estilo del sistema de juicios rápidos que realizan los juzgados de instrucción. Así cada uno de los jueces de familia tendrá que atender el día que le corresponda la celebración de todas las vistas de medidas y ratificaciones de procedimientos de mutuo acuerdo señaladas para ese día, con independencia de que luego sea él el que conozca del procedimiento, lo cual, ya dejamos anunciado, planteará controversias a la hora de dictar las medidas definitivas.

¿Qué se pretende con los juicios “rápidos”? Pues sencillamente que se cumpla la LEC en “sus propios términos”. Es decir, que se observen escrupulosamente los plazos legalmente previstos para la convocatoria a la vista de medidas provisionales. ¿Y porque no se cumplen actualmente los plazos marcados en la LEC? Sencillamente porque la agenda de señalamientos lo impide, si un juzgado tiene que soportar como hasta ahora un elevado número de asuntos, resulta física y materialmente imposible celebrar las vistas y los juicios como se prevé en la normativa procesal. ¿Qué tenemos que hacer para que se cumplan los plazos? Dejando a un lado la creación de más juzgados de familia que es un tema del que no quieren hablar los que tienen que decidir esta cuestión, o de la posibilidad de que cada juzgado tenga dos jueces, existen dos soluciones: que

en las comparecencias de medidas se conceda la palabra a cada parte durante cinco minutos y que no propongan prueba, con lo cual en una mañana cada juzgado podrá celebrar numerosas “vistas rápidas” o que celebrando la comparecencia durante el tiempo que sea necesario y practicando las pruebas que sean pertinentes y útiles retrasemos el “resto” de trabajo de los juzgados de familia, es decir, juicios de separación, divorcio y nulidad, modificación de medidas, oposiciones al desamparo, acogimiento y adopción, ejecuciones de sentencias, procedimientos de parejas de hecho, liquidación de gananciales, atención a los justiciables y a profesionales... Si entra en el juzgado una petición de medidas previas o provisionales, dejamos sin efecto el señalamiento que ya se hizo de un juicio de separación o divorcio y celebramos las medidas provisionales, y el juicio que estaba señalado lo volvemos a fijar para dentro de otros tres meses, y claro, se celebrará siempre y cuando ese día no haya que volver a suspenderlo porque hayan entrado otras medidas previas o provisionales. Pues muy bien... Tendremos medidas rápidas, pero juicios muy lentos. Luego habrá que sacar otra ley para que los juicios vayan más rápidos... y la solución, claro está, será retrasar aún más la tramitación de otros asuntos.

Si cada juzgado de familia tiene que seguir soportando el mismo trabajo que hasta ahora que, además, va aumentando anualmente sin que de forma paralela sea proporcional la creación del número de juzgados, no sabemos como podrá conseguirse la rapidez en las medidas. Si además de las dos soluciones apuntadas existen otras que no impliquen cierta dosis de ficción, bienvenidas sean. Que un juez deje su juzgado durante un día para atender el servicio de medidas previas o provisionales implica que ese día no estará en su juzgado, es decir, que no resolverá ningún tema. Como nos enseñaron en el colegio que el orden de los factores no altera el producto, nos cuesta mucho imaginar que porque el juez salga de su juzgado y se traslade al servicio de medidas va a trabajar más que si está en su despacho o en su sala de Audiencia.

Cuando entró en vigor la nueva LEC se diseñaron procedimientos ágiles y los plazos fijados para la tramitación invitaban a soñar con una justicia rápida. Sin duda hemos mejorado mucho, pero en muchas ciudades los procedimientos tardan igual que con la antigua ley. ¿No será que la cuestión no está tanto en reformar las leyes como en crear mas juzgados? Cualquier profesional ha podido ver como los procedimientos se eternizaban cuando en su ciudad existía un solo juzgado de familia, y como se notó la creación del segundo juzgado. Si había dos, como en Málaga, el tercero ha servido para dar más rapidez a la tramitación de los juicios. Pero por muy buenas que sean las intenciones de agilizar la justicia de familia, si nos olvidamos de la estructura piramidal de los juzgados (una base sólida de funcionarios pero una sola persona que resuelva) nos resulta difícil imaginar los “juicios” rápidos. La solución está en seguir una por una las propuestas que constantemente hace la Asociación Española de Abogados de Familia empezando por crear una jurisdicción propia de familia y terminando por el aumento de juzgados.

ÍNDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

- La *exceptio plurium concubentium*. Cuestiones procesales que plantea en los procesos de filiación tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000. *Carmen García Poveda* 23
- El acogimiento familiar. Regulación, régimen jurídico y naturaleza. Estudio de las distintas clasificaciones de los acogimientos. Su relación con otras figuras jurídicas. *Julieta Moreno-Torres Sánchez*. 35
- La convivencia marital con otra persona como causa de extinción de la pensión compensatoria: problemática jurídica. *Aurelia María Romero Coloma* 73

JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 93
1. Vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando la entrada y registro se hace con el consentimiento de la esposa en un procedimiento en el que aquélla denunció a su marido, aunque no obstante dicha declaración no tiene el efecto de invalidar la prueba obtenida, ya que la misma pudo obtenerse con posterioridad actuando conforme a la Constitución. (*S. 22/2003, de 10 de febrero*) 93
 2. Constitucionalidad de la inadmisión de la petición de *habeas corpus* solicitada por el padre respecto a un menor que se encuentra declarado en desamparo por una entidad pública, puesto que la estancia del menor en un centro de acogida no implica jurídicamente una privación de libertad. (*S. 94/2003, de 19 de mayo*) 101

| | Página |
|--|--------|
| TRIBUNAL SUPREMO | 111 |
| I. Filiación | 111 |
| 1. Reclamación de la paternidad | 111 |
| 1.1. Estimación de la demanda de reclamación de paternidad respecto de una persona que falleció 12 años antes de entrar en vigor la Constitución, no siendo aplicable la legislación anterior que restringía la acción de los “hijos ilegítimos”. (<i>S. de 13 de julio de 2002</i>) ... | 111 |
| 1.2. Las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por lo que la negativa a someterse a ella —que se ha declarado médicamente inocua y que en modo alguno atenta a la intimidad y a la seguridad—, es un indicio especialmente valioso y significativo que, en unión de otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista. (<i>S. de 17 de julio de 2002</i>) | 114 |
| 1.3. La prueba biológica no puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona; no atenta a los derechos a la intimidad, ni a la integridad física, con excepciones que pueden darse en un sujeto concreto. No es lícito, desde la perspectiva de los arts. 14, 24.1, 39 y 118 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial. (<i>S. de 20 de septiembre de 2002</i>) | 117 |
| 2. Impugnación de la paternidad | 119 |
| 2.1. El cómputo del plazo para la caducidad de la acción de impugnación de la filiación paterna matrimonial, tal y como indica el art. 136 del CC, comienza desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento, y no resulta por tanto aplicable lo establecido en el art. 141 del CC. (<i>S. de 26 de junio de 2002</i>) | 119 |

| | <u>Página</u> |
|---|---------------|
| II. Regímenes económico matrimoniales | 122 |
| 1. Desestimación de la demanda de tercería de dominio inter- puesta por la esposa al constar las fincas inscritas como pre- suntamente gananciales, no teniendo trascendencia alguna la sentencia de separación matrimonial ya que sólo se pronunció sobre la atribución del uso y no sobre la propiedad. (<i>S. de 31 de mayo de 2002</i>) | 122 |
| 2. Ineficacia de la estipulación contenida en una transacción sus- crita para liquidar la sociedad de gananciales y en virtud de la cual se pactaba la transmisión de la propiedad de unas fincas rústicas a favor de los cuatro hijos del matrimonio, al no haber- se aceptado por estos antes de que el padre la revocase. El efecto de dicha declaración conlleva la nulidad de la transac- ción al romperse el equilibrio entre los contratantes. (<i>S. de 8 de julio de 2002</i>) | 124 |
| 3. A pesar de que la esposa firmó un documento en virtud del cual reconocía que su esposo era propietario del 50% de los bienes adquiridos bajo el régimen de separación de bienes, se desestima la demanda ya que el citado documento no contiene un negocio jurídico traslativo de dominio, bien sea de naturale- za onerosa, o bien gratuita, sino una mera declaración de reco- nocimiento de dominio. (<i>S. de 19 de julio de 2002</i>) | 127 |
| 4. Carácter privativo de un inmueble construido antes de con- traerse el matrimonio aun cuando figure en el Registro de la Propiedad con carácter presuntivamente ganancial. (<i>S. de 19 de septiembre de 2002</i>) | 131 |
| III. Patria potestad | 134 |
| 1. La despreocupación y alejamiento temporal al menos externo y formal entre el padre y el hijo, sin perjuicio de la concurren- cia de posibles desavenencias con la madre, no constituye cau- sa suficiente para decretar privación de la patria potestad. Pro- cedencia de la fijación de un régimen de visitas controlado y graduable atendiendo a las circunstancias que vayan concu- riendo. (<i>S. de 9 de julio de 2002</i>) | 134 |

| | Página |
|---|--------|
| IV. Régimen de visitas | 139 |
| 1. Fijación de régimen de visitas entre los menores y los abuelos, tíos y primos de la familia materna, ya que las malas relaciones existentes entre el padre y los familiares de la madre fallecida no pueden influir en la concesión de dicho régimen y aunque es cierto que existe el temor fundado de posibles versiones manipuladas que estos les puedan hacer llegar a las menores sobre la muerte de la madre que hagan al padre responsable directo de ésta, deben establecerse los medios correctores: apercebir a los familiares maternos de tal circunstancia y controlar por el equipo técnico el resultado de las visitas. (<i>S. de 20 de septiembre de 2002</i>) | 139 |
| V. Convenio regulador | 143 |
| 1. Rescisión de la escritura pública que contenía un convenio regulador en virtud del cual el esposo, en dación de pago de la pensión compensatoria, transmitía a la esposa una serie de inmuebles, al haberse efectuado el negocio jurídico en fraude de acreedores. (<i>S. de 20 de mayo de 2002</i>) | 143 |
| VI. Uniones de hecho | 147 |
| 1. El plazo para el ejercicio de una acción rescisoria por fraude de acreedores de la venta realizada por un conviviente de hecho en favor de la conviviente nace con el conocimiento de los hechos básicos en que aquella se funda y no desde la fecha de la transmisión fraudulenta. (<i>S. de 27 de mayo de 2002</i>) .. | 147 |
| 2. Atribución del uso de la vivienda familiar a la hija menor de edad fruto de una relación <i>more uxorio</i> mientras conviva con la madre, y en tanto carezca de recursos propios e independientes. (<i>S. de 11 de julio de 2002</i>) | 150 |
| 3. Para fijar la cuantía de la pensión alimenticia no puede atenderse únicamente a la edad del menor y las necesidades normales que se presentan cuando tiene poca edad, sino que también es necesario atender a los ingresos del progenitor obligado al pago de la pensión. Fijación de una pensión compensatoria a favor de la conviviente aplicando analógicamente el art. 97 del Código Civil y no la teoría del enriquecimiento injusto. (<i>S. de 16 de julio de 2002</i>) | 154 |

| | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| VII. Eficacia civil de resoluciones canónicas | 158 |
| 1. No concesión de efectos civiles a una sentencia de nulidad al no haber comparecido la esposa en el procedimiento canónico. (<i>S. de 27 de junio de 2002</i>) | 158 |
| VIII. Cambio de sexo | 160 |
| 1. Denegación de la modificación de cambio de sexo y nombre en la inscripción de nacimiento solicitada por un transexual al ser incompleta la operación quirúrgica a la que se ha sometido. (<i>S. de 6 de septiembre de 2002</i>) | 160 |
| IX. Ejecución de sentencias extranjeras | 165 |
| 1. Concesión de exequátur a una sentencia de divorcio dictada por tribunales argentinos, pues aun cuando no existe una norma internacional de reconocimiento de sentencias entre España y Argentina, no está probada la reciprocidad negativa, queda acreditada la firmeza de la sentencia y la competencia de los tribunales argentinos. (<i>A. de 17 de septiembre de 2002</i>) .. | 165 |
| X. Sucesiones | 167 |
| 1. Estimación de la demanda de reclamación de filiación extramatrimonial, al ser imprescriptible la acción de reclamación, y de petición de herencia, teniendo los reconocidos derecho a la legítima estricta sin necesidad de ejercicio de una nueva acción en un procedimiento ulterior, realizándose las operaciones oportunas en fase de ejecución de sentencia. (<i>S. de 9 de julio de 2002</i>) | 167 |
| XI. Contrato de vitalicio | 170 |
| 1. Pactado entre las partes un contrato de vitalicio en virtud del cual unos ceden a favor de otros unos bienes a cambio de alimentos, no puede rescindirse por la sola voluntad de los primeros, y si no quieren convivir con los segundos en su domicilio, procede fijar una prestación periódica para dar cumplimiento a lo pactado. (<i>S. de 9 de julio de 2002</i>) | 170 |

| | Página |
|---|--------|
| XII. Error judicial | 175 |
| 1. Inexistencia de error judicial en la sentencia que desestima una demanda de modificación de medidas por considerar que no se han alterado sustancialmente las circunstancias. (<i>S. de 5 de julio de 2002</i>) | 175 |
| XIII. Penal | 177 |
| 1. Condena por un delito de alzamiento de bienes y por otro de impago de pensiones al padre que voluntariamente deja su puesto de trabajo con la finalidad de imposibilitar el cobro de las pensiones fijadas en la sentencia de divorcio. (<i>S. de 8 de julio de 2002</i>) | 177 |
| TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA | 183 |
| 1. Carácter de bien de conquistas del inmueble adquirido constante el matrimonio en el que se invirtió capital procedente de la venta de bienes privativos de la esposa, sin perjuicio de los reembolsos que procedan a favor de ésta y que se concretan en el valor actualizado de la cantidad aportada en el momento de adquisición de la vivienda, actualización que se llevará a cabo en ejecución de sentencia de acuerdo con el precio real aplicable en la zona donde se encuentra ubicada la vivienda para el sector inmobiliario (<i>TSJ NAVARRA, S. de 27 de diciembre de 2002</i>) | 183 |
| AUDIENCIAS PROVINCIALES | 191 |
| I. Causas de separación, divorcio y nulidad | 191 |
| 1. Desestimación de la demanda de nulidad matrimonial ya que aun cuando es cierto que en la decisión de contraer matrimonio tuvo cierta influencia el interés por favorecer al otro contratante, inmigrante ilegal, también es cierto que al matrimonio le precedió una época de noviazgo sin que se discuta la realidad de la relación afectiva y sexual anterior y posterior a él. <i>AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 13 de septiembre de 2002</i> | 191 |
| 2. Declaración de nulidad del matrimonio por error en las cualidades personales del contratante, al acreditarse la existencia de síndrome maniaco-depresivo con estados de excitación y disminución del intelecto. <i>AP PONTEVEDRA, Sec. 2.ª, S. de 26 de febrero de 2003</i> | 192 |

| | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| II. Guarda y custodia | 194 |
| 1. Atribución de la guarda y custodia compartida por períodos de tres meses, ya que durante el tiempo en que se ha venido ejecutando esta medida no se ha apreciado que haya repercutido negativamente en los hijos. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 25 de octubre de 2002</i> | 194 |
| III. Régimen de visitas | 196 |
| 1. Dada la profesión del padre, maquinista de RENFE, que le obliga a ausentarse de su domicilio algunos fines de semana, resulta razonable la posibilidad que la sentencia otorga, previa la adecuada notificación, de sustituir los fines de semana alternos por días laborables de descanso, y ello aunque se trata de períodos en que la menor esté escolarizada o asista a guardería. <i>AP SEVILLA, Sec. 6.ª, S. de 15 de julio de 2002</i> | 196 |
| IV. Vivienda familiar | 196 |
| 1. No procede limitar el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad conyugal, sino hasta que el más pequeño de los hijos alcance la independencia económica o al menos la mayoría de edad si, atendidas las circunstancias del caso, dicho interés continuara representando el más necesitado de protección. <i>AP TOLEDO, Sec. 1.ª, S. de 20 de enero de 2003</i> . | 196 |
| 2. Atribución al esposo de la obligación de abonar en exclusiva las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, pero no en concepto de alimentos, sino como una obligación autónoma sin perjuicio de los reembolsos que procedan en el momento de la liquidación. <i>AP TOLEDO, Sec. 1.ª, S. de 20 de enero de 2003</i> | 197 |
| 3. Estimación de la demanda de desahucio por precario e inexistencia de comodato en el supuesto en el que los padres ceden la vivienda a uno de los cónyuges y posteriormente se produce la separación o el divorcio. <i>AP BADAJOZ, Sec. 1.ª, S. de 19 de febrero de 2003</i> | 198 |

| | Página |
|---|--------|
| V. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio | 202 |
| 1. Aumento de la pensión alimenticia de los hijos al haber experimentado un aumento sustancial los ingresos del padre, con independencia de que sus necesidades no hayan experimentado un evidente aumento, pues es suficiente con que uno solo de los factores se haya modificado sustancialmente. <i>AP SEVILLA, Sec. 8.ª, S. de 11 de diciembre de 2002</i> | 202 |
| VI. Pensión compensatoria | 203 |
| 1. Aun cuando está admitida jurisprudencialmente la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria, en el presente caso no procede establecer límite alguno, pues sin desconocer que la esposa es aún joven y que durante su estancia en Suiza estuvo trabajando, la dedicación que tiene que prestar a los hijos impide establecer dicha limitación. Por el contrario el padre se dedica a sus ocupaciones y actividades sin las preocupaciones, atenciones, tareas y desvelos que implica la educación y el cuidado diario de los hijos. <i>AP SEVILLA, Sec. 5.ª, S. de 13 de septiembre de 2002</i> | 203 |
| 2. Si no se estableció pensión compensatoria en el Convenio regulador de la separación, posteriormente no puede fijarse, ya que los avatares posteriores que sufra cada cónyuge ni pueden ni deben afectar al otro, porque de lo contrario sería mantener una dependencia inexistente entre ambos. <i>AP SEVILLA, Sec. 8.ª, S. de 11 de diciembre de 2002</i> | 204 |
| VII. Cuestiones procesales | 205 |
| 1. Nulidad de actuaciones al no haberse dado traslado a las partes, previamente a dictar sentencia, del oficio remitido a una empresa a fin de que certificase los ingresos del actor. <i>AP MÁLAGA, Sec. 4.ª, S. de 10 de diciembre de 2002</i> | 205 |
| VIII. Convenio regulador | 206 |
| 1. Validez y eficacia de un convenio regulador suscrito por los cónyuges aunque posteriormente el esposo se negase a su ratificación judicial, e inexistencia de cosa juzgada por la circunstancia de que el juez de familia no lo tuviese en cuenta para decidir las medidas en relación con la contribución de las cargas del matrimonio. <i>AP NAVARRA, Sec. 2.ª, S. de 16 de diciembre de 2002</i> | 206 |

| | Página |
|--|--------|
| 2. No supone en modo alguno vulneración de intimidad el hecho de que el progenitor no custodio, por un motivo como es el de la enfermedad de un hijo, le visite en su domicilio, ni siquiera aunque en él viva un tercero, pues es evidente que, en circunstancias como la mencionada, los derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad prevalecen sobre los derechos de intimidad e inviolabilidad del domicilio. El tiempo de estancia debe fijarse por los propios cónyuges atendiendo a las circunstancias concretas. <i>AP VALLADOLID, Sec. 1.ª, S. de 30 de enero de 2003</i> | 211 |
| IX. Ejecución de sentencias | 213 |
| 1. No aplicación de las limitaciones de embargo del sueldo previstas en el art. 607.2 de la LEC cuando la deuda que mantiene el esposo es en concepto de pensión compensatoria. <i>AP SEVILLA, Sec. 5.ª, A. de 16 de julio de 2002</i> | 213 |
| 2. Aun cuando en la sentencia dictada en el procedimiento de modificación de medidas solo se acordó la extinción de la atribución del uso de la vivienda, en fase de ejecución puede solicitarse el lanzamiento de la ocupante, teniendo legitimación para ello el actor a pesar de que no sea el propietario de la vivienda, que en el presente caso pertenece a un hermano suyo. <i>AP LLEIDA, Sec. 1.ª, A. de 30 de enero de 2003</i> | 215 |
| 3. Si en el convenio regulador se pactó que se suspendería el régimen de visitas en caso de que el padre no acreditase, mediante los correspondientes certificados, que estaba siguiendo un tratamiento de deshabitación a sustancias tóxicas, puede solicitarse la ejecución por vía del art. 709.4 de la LEC, al tratarse de un deber personalísimo. <i>AP GIRONA, Sec. 2.ª, A. de 3 de febrero de 2003</i> | 217 |
| X. Regímenes económicos | 219 |
| 1. Carácter privativo del inmueble adquirido después de la separación de hecho con fondos propios del marido aun cuando en la escritura pública de compraventa manifestase que compraba para su sociedad conyugal y posteriormente se inscribiese en el Registro a nombre de los esposos. <i>AP BALEARES, Sec. 3.ª, S. de 10 de octubre de 2002</i> | 219 |

| | Página |
|---|--------|
| 2. Habiendo suscrito los cónyuges con anterioridad un convenio regulador en el que liquidaban la sociedad de gananciales, aun cuando la esposa no llegó a ratificarlo judicialmente, no procede tramitar procedimiento alguno de liquidación, dada la eficacia y validez de aquel documento. <i>AP MADRID, Sec. 19.ª, S. de 8 de noviembre de 2002</i> | 221 |
| 3. Carácter privativo del inmueble adquirido durante el período de reconciliación posterior a dictarse la sentencia de separación, ya que el régimen económico vigente en ese momento era el de separación de bienes, habiendo quedado además acreditado que la totalidad del dinero desembolsado para su compra fue abonado por el esposo. <i>AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, S. de 11 de noviembre de 2002</i> | 224 |
| XI. Filiación | 227 |
| 1. Desestimada la demanda de impugnación de la paternidad no matrimonial al haber transcurrido cuatro años desde que la madre tuvo conocimiento del reconocimiento y desde que el demandado dio posesión de estado a la menor. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, S. de 13 de enero de 2003</i> | 227 |
| XII. Uniones de hecho | 230 |
| 1. Existencia de un patrimonio común en una unión de hecho que se prolongó durante aproximadamente 11 años, de la que nacieron dos hijos, existiendo cuentas bancarias conjuntas y habiendo adquirido bienes en común, no siendo obstáculo para tal declaración que alguno de ellos figure exclusivamente a nombre de uno de los convivientes. <i>AP ALICANTE, Sec. 7.ª, S. de 25 de septiembre de 2002</i> | 230 |
| 2. Concesión de una indemnización por enriquecimiento injusto a favor de la conviviente tras la ruptura de la convivencia al haberse acreditado la dedicación de la conviviente a la familia. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 2.ª, S. de 23 de diciembre de 2002</i> . | 232 |
| XIII. Temas penales | 234 |
| 1. Condena por un delito de amenazas al esposo que, tras recibir el auto de medidas provisionales, en presencia de sus hijos menores exhibe un cuchillo de grandes dimensiones a la esposa con el propósito de atemorizarla mediante el anuncio serio y real de causarle la muerte. <i>AP JAÉN, Sec. 1.ª, S. de 17 de septiembre de 2002</i> | 234 |

| | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| 2. Condena por un delito de detención ilegal al que encerró bajo llave a su compañera sentimental en una habitación de la casa durante varias horas. <i>AP PONTEVEDRA, Sec. 2.ª, S. de 6 de febrero de 2003</i> | 237 |
| XIV. Otras cuestiones | 239 |
| 1. Se estima el recurso contra el auto que inadmitió a trámite la demanda de incapacitación basada en el alcoholismo, ya que éste puede en abstracto encuadrarse sin dificultad en el concepto de enfermedad o deficiencia física o psíquica, permanente, y susceptible de anular o mermar sensiblemente la capacidad natural del sujeto, y puede en concreto constituir causa de incapacitación cuando el grado de dependencia que introduce en el comportamiento de la persona condicione y comprometa el conjunto de sus intereses personales y patrimoniales, privándoles de la cobertura y protección adecuadas. <i>AP SEVILLA, Sec. 2.ª, A. de 22 de noviembre de 2002</i> | 239 |
| 2. Aun cuando se ha acreditado que la esposa se dedicó durante la convivencia a la casa e hijos, al no existir desequilibrio patrimonial entre los esposos no procede conceder la indemnización del art. 41 del Codi de Família. <i>AP GIRONA, Sec. 1.ª, S. de 10 de enero de 2003</i> | 240 |

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

| | |
|---|-----|
| 1. Filiación | 245 |
| 1.1. Se inscribe la filiación no matrimonial de la madre cuando el hijo ha nacido pasados más de 300 días desde la disolución del matrimonio. Aunque el nacimiento haya acaecido por virtud de un embrión crioconservado de los cónyuges, no es inscribible la filiación matrimonial porque no consta el consentimiento del marido para la implantación <i>post mortem del embrión</i> , sino sólo su consentimiento para la congelación de embriones y, además, este consentimiento no consta en documento fehaciente (artículo 92 del Código de familia catalán). <i>R. de 24 de septiembre de 2002</i> | 245 |

| | Página |
|---|--------|
| 1.2. Es inscribible el reconocimiento de unos menores otorgado en forma y con todos sus requisitos, sin que importe la sola sospecha de que el reconocimiento no se ajusta a la veracidad biológica. <i>R. de 28 de diciembre de 2002</i> | 248 |
| 1.3. Es posible practicar una nueva inscripción de nacimiento, conforme al mecanismo previsto en la Instrucción de 15 de febrero de 1999, cuando el solicitante es el adoptado mayor de edad. <i>R. de 14 de febrero de 2003</i> | 249 |
| 1.4. No prospera el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil para inscribir la paternidad no matrimonial, si no hay documento indubitado del padre ni pruebas suficientes de la posesión de estado; además el Canciller del Consulado, en funciones de Ministerio Fiscal, se ha opuesto frontalmente. <i>R. de 5 de marzo de 2003</i> | 251 |
| 2. Nombre y apellidos | 253 |
| 2.1. No es admisible, ni por la vía de cambio, el nombre “Enrique” para una mujer en proceso de transexualidad pero que aún no ha obtenido por sentencia el cambio de sexo. <i>R. de 3 de enero de 2003</i> | 253 |
| 3. Matrimonio | 255 |
| 3.1. Si los dos contrayentes eran extranjeros cuando se celebró el matrimonio y ella ha adquirido después la nacionalidad española, el matrimonio, que se rige por la Ley extranjera, es inscribible en el Registro competente por trascripción de la certificación extranjera, sin que haya puntos de conexión que justifiquen la aplicación de la Ley española sobre ausencia de consentimiento matrimonial. <i>R. de 14 de enero de 2003</i> . | 255 |
| 4. Convenio regulador | 257 |
| 4.1. Inscripción de una escritura pública de complemento de rectificación de un convenio regulador aprobado judicialmente aunque la misma no haya sido homologada ante la autoridad judicial. <i>R. de 5 de febrero de 2003</i> | 257 |
| 5. Regímenes económico matrimoniales | 260 |
| 5.1. Suspensión de la inscripción de la compraventa de un bien ganancial al no constar el consentimiento de la esposa, ya que aunque el esposo manifiesta que actúa con poder de ella, el mismo no se acredita ni ante el Notario ni ante el Registro de la Propiedad. <i>R. de 9 de enero de 2003</i> | 260 |

| | <u>Página</u> |
|--|---------------|
| 5.2. Para la inscripción en el registro de la propiedad de la compra de un inmueble efectuada por una persona separada, basta con la sola declaración de tal circunstancia por la interesada, sin que sea exigible que lo acredite fehacientemente. <i>R. de 21 de enero de 2003</i> | 263 |

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

| | |
|--|-----|
| — La evolución de los instrumentos jurídicos internacionales relativos a la protección del menor: Luces y sombras del sistema. <i>Sandra García Cano</i> | 269 |
|--|-----|

TRIBUNA ABIERTA

| | |
|---|-----|
| — Alternativas a la venta en pública subasta de los bienes inmuebles de menores o incapacitados | 299 |
| — Crisis familiar y Derecho: necesidad de una profunda modificación del Código Civil y de las normas procesales | 306 |

CRÓNICA LEGISLATIVA

| | |
|---|-----|
| — Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura | 325 |
|---|-----|

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

| | |
|----------------------------------|-----|
| — Publicaciones y Noticias | 333 |
|----------------------------------|-----|

AVANCES JURISPRUDENCIALES

| | |
|-----------------------------------|-----|
| — Avances jurisprudenciales | 341 |
|-----------------------------------|-----|

ESTUDIOS DOCTRINALES

**LA EXCEPTIO PLURIUM CONCUBENTIUM.
CUESTIONES PROCESALES QUE PLANTEA
EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN TRAS
LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 1/2000**

CARMEN GARCÍA POVEDA
Oficial de la Administración de Justicia

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO.**
 - II. JURISPRUDENCIA.**
 - III. DOCTRINA EN TORNO A LA EXCEPTIO.**
 - IV. CUESTIONES PROCESALES.**
 - V. CONCLUSIONES.**
-

I. PLANTEAMIENTO

En palabras de QUICIOS MOLINA⁽¹⁾, la *exceptio plurium concubentium* es “un medio de defensa con el que cuenta el demandado en los procesos de reclamación de paternidad para negar, o cuando menos hacer dudosa ésta”. Consiste en oponer, frente a la pretensión del actor, la variada cohabitación sexual con otro u otros varones con la madre en el período de concepción, esto

⁽¹⁾ QUICIOS MOLINA, M.ª S., “Comentario a la Sentencia del TS de 14 de junio de 1996”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 42, septiembre/diciembre de 1996, p. 1143.

es, cuando el demandado alega que no necesariamente tiene que ser él el padre, por haber cohabitado la madre con otros varones durante el período de la concepción.

A la vista de la anterior definición podemos cuestionarnos si podría extenderse la obligación de cooperar en la práctica de pruebas biológicas a otros terceros —que no sean parte en el proceso— en virtud del artículo 118 CE que dice: “Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto”.

En Alemania la obligación de someterse a las pruebas biológicas alcanza por disposición legal expresa también a terceros que no son parte en el proceso. Ahora bien, no cualquier tercero puede ser obligado a someterse a las pruebas biológicas⁽²⁾.

Hay que indicar que en nuestro derecho patrio no es contemplada esta excepción de forma expresa, pese a que uno de los pilares sobre los que descansa nuestro sistema de filiaciones es la búsqueda de la verdad biológica⁽³⁾, a diferencia de la Ley catalana 7/1991 de 27 de abril de filiaciones⁽⁴⁾, por lo cual compete a los Tribunales definir el juego de este medio de defensa acudiendo, en defecto de norma expresa o aplicación por analogía, a los principios informadores del régimen de la filiación y a las normas procesales oportunas.

(2) QUESADA GONZÁLEZ, M.^ª C., “De nuevo las pruebas biológicas a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero”, *Revista Jurídica de Catalunya*, año XCIII, número 3, Barcelona, 1994. Apunta que en el caso del que se ocupó la Sentencia 10 de febrero de 1993 del *OLG de Karlsruhe* el demandado no podría ser obligado a someterse a las pruebas biológicas por motivos de salud, por eso el Tribunal se planteó la posibilidad de hacer algunas averiguaciones analizando muestras de sangre de la esposa del demandado y de sus dos hijos matrimoniales. Sin embargo, la esposa se opuso, apreciando el Tribunal que en aquellas concretas circunstancias a los afectados no se les podría exigir una extracción de sangre forzosa.

(3) QUICIOS MOLINA, M.^ª S., “Comentario a la Sentencia del TS de 14 de junio de 1996”, *op. cit.*, p. 1145.

(4) A tenor del artículo 16 de la Llei de filiaciones, el hecho de que la madre haya mantenido relaciones sexuales con un varón distinto del demandado durante el período de concepción no es motivo suficiente, por sí mismo, para destruir la presunción de paternidad no matrimonial establecida por el artículo 5.^º de dicha Ley (se presume que es padre el varón que ha mantenido relaciones sexuales con la madre en el período de la concepción) ni para denegar la declaración de paternidad. Como señalan GETE-ALONSO y BLASCO GASCÓ, la *exceptio plurium concubentium*, en Cataluña, no destruye la presunción de paternidad del demandado, sin que extienda dicha presunción a todos los varones que hayan cohabitado con la madre en el período de concepción (*La nueva regulación de la filiación en el Derecho Catalán*, Tirant lo blanch, Valencia, 1992, p. 102). Citado por QUICIOS MOLINA, M.^ª S., “Comentario a la Sentencia del TS de 14 de junio de 1996”, *op. cit.*, p. 1146.

II. JURISPRUDENCIA

No existe una postura clara en nuestra jurisprudencia puesto que unas veces la admite —SSTS de 14 de noviembre de 1987 y 11 de marzo de 1988— y otras no —SSTS de 27 de junio de 1987, 8 de julio de 1991 y 14 de junio de 1996⁽⁵⁾ que recoge la doctrina expuesta en la de 27 de junio de 1987; en ambas se recalca que la incidencia de la *exceptio plurium concubentium* como medio de prueba utilizado por el demandado para defender su no paternidad queda a la libre apreciación del Tribunal de Instancia⁽⁶⁾, constituyendo en todo caso la negativa del demandado a someterse a pruebas biológicas un indicio “relevante” de su paternidad (STS de 14 de junio de 1996). En contra de esta doctrina, que queda aislada, se pronuncia la STS de 20 de julio de 1990⁽⁷⁾—.

La Sentencia de 8 de mayo de 1995 recoge la tesis de que a pesar de las dudas que genera, en relación a la veracidad de la filiación reclamada, la pluralidad de relaciones sexuales de la madre con distintos varones, puede declararse la paternidad del demandado cuando éste se niega a someterse a las pruebas biológicas y existen otros indicios que llevan al Juez al convencimiento de dicha paternidad; afirma la citada sentencia: “tampoco puede enervar este resultado la deslizada *exceptio plurium concubentium*, de la que se hace eco insinuator la sentencia impugnada (y ahora casada) ya que el demandado ha tenido fácilmente a su disposición demostrar que no es el padre de la persona cuya filiación se reclama puesto que las pruebas biológicas son fiables en un cien por cien cuando el resultado es negativo”.

La Sentencia del TS de 20 de junio de 2000⁽⁸⁾ hace referencia al ejercicio y efectos de la denominada *exceptio plurium concubentium*; en este caso utilizada no como remedio defensivo del padre reclamado que es caso común (véanse

(5) Ver el comentario de QUICIOS MOLINA, *Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil* septiembre/diciembre de 1996.

(6) En la Sentencia de 27 de junio de 1987 se sostiene que “en nuestro ordenamiento, al carecer tal excepción de carácter de prueba tasada, debe ser libre y ponderadamente apreciada por el Tribunal de instancia”. Citado por QUICIOS MOLINA, “Comentario a la Sentencia de 14 de junio de 1996”, *op. cit.*, p. 1144.

(7) STS de 20 de julio de 1990, en la que se daba a entender que la posibilidad, claramente consolidada, de declarar la paternidad del demandado fundándose en su negativa a someterse a pruebas biológicas junto con otras pruebas reveladoras de dicha paternidad sólo cabía cuando no concurrían relaciones sexuales de la madre con otros varones en el tiempo de la concepción. Citado por QUICIOS MOLINA, M.^º S., “Comentario a la Sentencia del TS de 14 de junio de 1996”, *op. cit.*, p. 1144.

(8) Véase el comentario que a la sentencia hace GARCÍA VICENTE, J.R., *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 55, enero/marzo 2001.

las SSTs de 27 de junio de 1987, 3 de diciembre de 1991, 14 de junio de 1996 o 24 de octubre de 1998) sino de la propia madre, que alega para evitar la determinación judicial que durante el tiempo hábil para la concepción mantuvo relaciones sexuales con otros hombres de manera que la incertidumbre sobre la paternidad impida declarar la que se reclama⁽⁹⁾.

Sorprende la alegación por parte de la madre de esta excepción sobre todo cuando en la práctica judicial se valora esta excepción conjugándola con la negativa a que se practique la prueba biológica sobre quien la alega (en este caso la propia madre en su condición de representante legal).

El ámbito eficaz de la *exceptio plurium* es la de aquellos casos en que se declare improcedente la práctica de pruebas biológicas (véase el fundamento jurídico 3.º de la STC 7/1991, de 17 de enero) esto es, cuando la incertidumbre no pueda destruirse por el mejor medio probatorio (el biológico) ni por la negativa de su práctica al tercero, a quien no se puede obligar al sometimiento de las pruebas.

III. DOCTRINA EN TORNO A LA *EXCEPTIO*

Hay que indicar que si bien un importante sector doctrinal se muestra partidario de ella, algún autor considera justificada la negativa del demandado a someterse a pruebas biológicas cuando exista pluralidad de relaciones carnales con otros varones en el tiempo de la concepción. ÁLVAREZ GARCÍA cita las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de julio de 1990 y 3 de diciembre de 1991, e indica que alegada la excepción excluiría su valor probatorio como indicio de la paternidad reclamada. No comparte dicha opinión QUICIOS MOLINA, ya que si resultan probadas las relaciones sexuales del demandado con la madre, la posibilidad de la paternidad es evidente, y el único medio para descartarla o convertirla en probabilidad o realidad es la realización de los exámenes biológicos. Esta interpretación es más conforme con la doctrina constitucional sobre la negativa a someterse a pruebas biológicas, plasmada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, que declaró legítima la negativa solamente cuando no existan indicios serios de la conducta que se le atribuye al demandado o cuando la práctica de la prueba pueda suponer un gravísimo quebranto para su salud.

La negativa del demandado deberá considerarse injustificada y en consecuencia dotada de valor probatorio respecto de la paternidad reclamada, pero la

(9) QUESADA GONZÁLEZ, M.ª C., *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad (la exceptio plurium concubentium)*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 124-130, citado por hace GARCÍA VICENTE, J.R., "Comentario a la Sentencia de 20 de junio de 2000", *op. cit.*, p. 1493.

necesidad de agotar todas las vías disponibles en la investigación de la verdad biológica, centrada en la paternidad o no paternidad del demandado, lleva a considerar que también en estos supuestos cabría ordenar que el varón o los varones no demandados con los que la madre ha cohabitado, si son conocidos, se sometan a pruebas biológicas.

Otro sector doctrinal considera que el desestimar la demanda por la excepción no parece acorde con el principio de verdad biológica y se funda en razones de moralidad exclusivamente, lo que atenta contra los derechos del menor⁽¹⁰⁾.

CUADRADO IGLESIAS es partidario de no admitir dicha causa como excusa para que así, a la vista de todas las pericias practicadas, el Juez pueda adoptar una postura contundente y precisa⁽¹¹⁾.

Según Jaime DE CASTRO esta excepción conducirá a la absolución del demandado en los casos en que existan dudas de paternidad, salvo que se pruebe ésta por otros medios probatorios existentes en Derecho, diferentes a la presunción de paternidad que se deduzca de una posesión de estado, convivencia marital y otros hechos análogos⁽¹²⁾.

La importancia de la prueba biológica cuando se opone la *exceptio plurium concubentium* ha sido declarada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de junio de 1987.

FÁBREGA RUIZ⁽¹³⁾ manifiesta: “su naturaleza es de una contraprueba eficaz frente a las acciones de reclamación que consiste en la demostración de que la mujer tuvo relaciones sexuales durante la época de la concepción con hombres distintos al demandado, lo que provoca la duda en el ánimo del juez sobre quién pudiera ser el padre. Si bien, no estamos ante un hecho excluyente que descarte por sí sola la paternidad del demandado, la convierte en insegura”.

(10) FÁBREGA RUIZ, C.F., “Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y Jurídicos de la misma”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LI, fascículo II, abril-junio 1998, p. 666.

(11) Citado por CODERO CUTILLAS, “Impugnación de la paternidad matrimonial”, Colección *Estudios Jurídicos*, núm. 6, Servicio de Publicaciones de la Universidad Jaime I, Castellón.

(12) Citado por RUBIO DE LA TORRE J.L., “Investigación de la paternidad en el derecho vigente. La prueba biológica y las consecuencias de su negativa”. *Revista General del Derecho*, Valencia, mayo de 1995, p. 4847.

(13) FÁBREGA RUIZ, C.F., “Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas”, *op. cit.*, p. 666.

IV. CUESTIONES PROCESALES

Hay que tener en cuenta que las acciones de impugnación (de filiación) son acciones de estado, donde el legislador previamente ha tasado las personas legitimadas al efecto. Por ello ni siquiera el Juez, mediante las diligencias finales, puede ordenárselas. Como dice LLEDÓ YAGÜE⁽¹⁴⁾, quedan fuera del principio dispositivo de las partes al ser normas de orden público. Sin embargo como mantiene QUESADA GONZÁLEZ⁽¹⁵⁾ es posible que pueda ser parte, si se llevó a cabo una acumulación de acciones.

Opina CORDERO CUTILLAS, conjuntamente con FAIRÉN GUILLÉN⁽¹⁶⁾, que pudiera ser parte en el mismo proceso y por consiguiente, la negativa del tercero no puede tener como motivo justificado la trascendencia pública de una acción deshonrosa y punible, como pudiera ser la violación de un juramento o el adulterio de la madre que con ello conllevaría su presencia en el proceso.

Un sector de la doctrina critica la negativa del tercero a someterse a las pruebas biológicas, argumentando el abuso del derecho y la falta de solidaridad y colaboración con la administración de Justicia⁽¹⁷⁾.

Como se ha indicado anteriormente en Alemania existe disposición legal que obliga a someterse a las pruebas biológicas a terceros aunque no son parte en el proceso. Así en el Código de Procedimiento Civil de 1942 (art. 118) se le otorgaba la posibilidad al Juez para que pudiera instar la presencia no sólo de las partes sino del tercero.

En este sentido LLEDÓ YAGÜE mantiene la postura de que para ello “el juez tendría que ordenar de oficio la convocatoria de todos los que tengan un

(14) LLEDÓ YAGÜE, “Las pruebas biológicas en los procesos de filiación”, *La Ley* 1986-1, p. 1080, citado por CORDERO CUTILLAS en “Investigación de la paternidad en los procesos de impugnación”. *Actualidad Civil* número 21/23, de 29 de mayo de 1994, p. 380, e “Impugnación de la paternidad matrimonial”, *op. cit.*, p. 97.

(15) QUESADA GONZÁLEZ M.^a C., *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad*, Tecnos, 1993, p. 235. Citado por CORDERO CUTILLAS, “Impugnación de la paternidad matrimonial”, *op. cit.*, p. 97. GETE-ALONSO y BLASCO GASCÓ: *La nueva regulación de la filiación en el derecho catalán*, Tirant lo blanch, Valencia, 1992, p. 105.

(16) FAIREN GUILLÉN: “La investigación de la paternidad y su valor desde el punto de vista procesal”, *Anuario de Derecho Civil*, 1950, p. 648.

(17) RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La presunción de paternidad legítima*, Tecnos, 1971, p. 537; citado por CORDERO CUTILLAS: “Impugnación de la paternidad matrimonial”, *op. cit.*, p. 98.

interés legítimo digno de protección, como en tal sentido resultaría tener el tercero, presunto padre biológico”⁽¹⁸⁾.

QUESADA GONZÁLEZ estima que es más prudente no hacer una interpretación extensiva de la obligación que el Tribunal Constitucional ha hecho proclamando la obligación del demandado de someterse a las pruebas biológicas, aunque manifiesta que sería deseable extender tal obligación a los terceros directamente implicados en la cuestión de filiación, favoreciendo así el derecho del hijo a conocer su propio origen y a que se determine su filiación, pero ello deberá ser a través de una Ley Orgánica o el propio Tribunal Constitucional quien desvele el alcance de la obligación⁽¹⁹⁾. Por otro lado señala que si el tercero deviene parte procesal en virtud del mecanismo previsto por la ley rituarial como podría ser la acumulación de autos⁽²⁰⁾, en este caso, en cuanto parte en el proceso parece que sí ha de quedar sujeto (el hasta entonces tercero) a la obligación de prestarse a las pruebas biológicas. Esta opinión es compartida por FÁBREGA RUIZ⁽²¹⁾, justificándola en el caso de que, de haberse aportado prueba suficiente que admita la posibilidad de paternidad de otros hombres, estos deberán traerse como demandados al procedimiento a través de la vía de la acumulación de autos —por ser perfectamente conexas las causas—, debiendo el juez, de oficio si las partes no lo han hecho, proveer a la práctica de la prueba biológica, valorando el juez toda la prueba practicada, incluidas las negativas existentes para la práctica de la prueba biológica, y declarando la paternidad más convincente, o no declarando ninguna si no hubo prueba para ello.

LLEDÓ YAGÜE indica que el Juez debe ordenar de oficio la convocatoria de todos los que tengan un interés legítimo, lo que concurre con el tercero que por haber tenido convivencia con la madre en la época de la concepción pudiera ser el padre biológico⁽²²⁾.

(18) LLEDÓ YAGÜE, citado por CORDERO CUTILLAS, “Impugnación de la paternidad matrimonial”, *op. cit.*, p. 98.

(19) QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C., “De nuevo las Pruebas biológicas a propósito de la STC 7/994, de 17 de enero”, *op. cit.*, p. 107.

(20) Sobre este tema pueden consultarse los trabajos de QUESADA GONZÁLEZ M.^a C., *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad (exceptio plurium concubentium)*, Madrid, 1993, p. 106 y ss. y “De nuevo las pruebas biológicas a propósito de la STC 7/1994, de 17 de enero”, *op. cit.*, p. 107.

(21) FÁBREGA RUIZ, C.F., “Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos”, *op. cit.*, p. 667.

(22) Citado por CORDERO CUTILLAS, “Impugnación de la paternidad matrimonial”, *op. cit.*, p. 97. FÁBREGA RUIZ, “Las pruebas biológicas de paternidad. Aspectos científicos y jurídicos”, *op. cit.*, p. 669.

Esta tesis no es totalmente unánime, oponiéndose a ella un importante sector doctrinal que entiende que a un tercero no contemplado en la demanda, que es cuando se fija el objeto en el proceso civil, no puede obligarle al sometimiento de la prueba ni siquiera el juez a través de las diligencias finales como se ha apuntado anteriormente. En caso de negativa del tercero a la práctica de la prueba de paternidad del mismo sólo puede probarse a través de los medios indirectos, si bien algunos autores entienden que el no sometimiento a la prueba por el tercero constituirá un abuso de derecho, así como la falta de solidaridad y colaboración con la Administración de justicia.

RIVERO HERNÁNDEZ⁽²³⁾ mantiene que no puede ser obligatoria la prueba biológica para persona que no sea parte en el proceso; apoya su postura diciendo que toda la argumentación que hace la STC 7/1994 es en relación con el demandado y su deber de colaboración cuando está en su mano la prueba necesaria, porque de las reglas de la carga de la prueba en estos supuestos y además, y sobre todo, porque el conflicto de derechos fundamentales y prevalencia del derecho a conocer la paternidad opera de distinta forma en relación con el presunto padre que respecto de un tercero, y finalmente sigue diciendo que el deber de prestar la colaboración requerida por los tribunales (art. 118 CE) no tiene en este caso el mismo alcance que para una parte procesal, ni los derechos de un tercero (integridad física, intimidad), deben ceder aquí frente a los del niño de idéntica forma que en el caso del demandado, presunto padre, especialmente obligado respecto del mismo.

Pero esta mera posibilidad de actuación del actor no garantiza que el objeto del proceso se amplíe y el Juez esté en condiciones de declarar la paternidad más probable, pues es perfectamente imaginable que el actor no inicie nuevos procesos contra el resto de los varones que según alega el demandado han cohabitado con la madre. De modo que si del material probatorio resultase que la paternidad más probable no es la del demandado sino la de otro de los varones, el Juez se tendrá que contentar con desestimar la demanda sin declaración posible de paternidad.

QUICIOS MOLINA señala que el único remedio para conseguir la convocatoria al proceso de todos los varones que con la madre han cohabitado y poder declarar así la paternidad más probable sería considerar la posibilidad procesal de demandar a esos varones a través de la acumulación de autos descrita, una vez alegada la *exceptio plurium* como carga procesal del deman-

(23) RIVERO HERNÁNDEZ, F., “Una nueva doctrina sobre la obligación de sometimiento a la prueba biológica en los procesos de filiación (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero)”, *Poder Judicial*, núm. 33, marzo de 1994.

dante⁽²⁴⁾, merced a lo cual el Juez podría entender que, incumplida la misma, no está en disposición de realizar el mandato normativo que lo obliga a declarar la paternidad más probable, por lo que el actor deberá sufrir la desestimación de la demanda.

Hay que indicar que cuesta admitir que la mera alegación por el demandado de la *exceptio plurium concubentium* tenga como efecto que el demandante debe iniciar nuevos procesos contra los supuestos varones con lo que ha cohabitado la madre o, en su defecto, sufrir las consecuencias que quepa atribuir al incumplimiento de dicha carga procesal. Esta carga únicamente estaría justificada, en aras de la consecución de la verdad biológica, cuando se hubiesen aportado, al menos, indicios de que la madre no sólo ha cohabitado con el demandado sino también con otros varones, apareciendo la duda de cuál de ellos es el verdadero progenitor.

En mi opinión y a la vista de lo preceptuado en el artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 alegada por el demandado la *exceptio plurium* que deberá hacerlo en la contestación a la demanda y aportando indicios suficientes de que la madre ha cohabitado con otros varones en el período de la concepción, esto es, aportando un principio de prueba podrá solicitar que se notifique al tercero la pendencia del Juicio, solicitud que deberá hacer dentro del plazo concedido para contestar a la demanda y siempre antes del día señalado para la vista. En este caso el Tribunal oír al demandante en el plazo de diez días y a la vista de las alegaciones resolverá mediante auto lo que proceda. Acordada la notificación se emplazará al tercero para que conteste la demanda en la misma forma y en idénticos términos a los establecidos para el emplazamiento del demandado. Esto es, se le concederán veinte días para que conteste a la demanda. Contestada o transcurrido el plazo señalado el juez hará señalamiento para la vista citando a las partes y al tercero llamado al proceso.

Otra posibilidad sería que el demandado alegara la *exceptio* en el acto de la vista, esto es en el momento procesal previsto en el apartado segundo del artículo 443 de la LEC, y en este caso, oído el demandante, el Tribunal resolverá lo que proceda; si se acuerda la prosecución del juicio, que en mi opinión sería lo más lógico, se propondrán las pruebas y, una vez admitidas las que no sean impertinentes o inútiles, se practicarán seguidamente. Si del resultado de las mismas, el Juez estimara pertinente la práctica de la prueba biológica en este caso, entiendo que con suspensión del juicio el Tribunal deberá acordar el llamamiento del tercero al proceso, dictándose la resolución correspondiente y

(24) Lo proponen GETE-ALONSO y BLASCO GASCÓ comentando la nueva regulación de la filiación en el Derecho catalán, *op. cit.*, p. 105; citado por QUICIOS MOLINA, “Comentario a la Sentencia del TS de 14 de junio de 1996”, *op. cit.*, p. 1144.

concediéndole el correspondiente plazo (veinte días para que conteste la demanda) señalándose nuevamente día y hora para la celebración del juicio, y a la vista de las nuevas pruebas practicadas el Juez debería pronunciarse nuevamente sobre la pertinencia o no de la prueba biológica.

En estos casos de pluralidad de varones cohabitantes con la madre en el período de la concepción, la práctica de pruebas biológicas se constituyen en piedra angular de la actividad probatoria para alcanzar la verdad material. Conviene traer a colación aquí la afirmación del Tribunal Constitucional vertida en su Sentencia 7/1994, de 17 de enero, de que la autoridad judicial sólo puede disponer la realización de pruebas biológicas “cuando, a la vista de los elementos de convicción obrantes en el proceso, resulte del todo necesario para esclarecer una paternidad posible”. Y si podemos hablar de un proceso en el que resulte “del todo necesario” la práctica de pruebas biológicas es aquel en el que se invoca y constata la promiscuidad sexual de la madre. Igualmente encaja plenamente en nuestro supuesto otra trascendental conclusión a la que llega el Tribunal Constitucional en la citada sentencia: “(...) una vez decidido por el Juzgado que es preciso realizarla (la prueba biológica) porque no puede obtenerse la evidencia de la paternidad a través de otros medios probatorios, el afectado está obligado a posibilitar su práctica”.

Por ello, probada la *exceptio plurium concubentium* de la madre, la realización de peritajes biológicos, de infalible certeza por lo que a la no paternidad se refiere, y con índices de probabilidad muy altos si de lo que se trata es de la afirmación, resulta insoslayable; por lo que, en defecto de petición de cualquiera de las partes, el Juez deberá ordenarlos de oficio.

En opinión de QUICIOS MOLINA, obligado a facilitar estos peritajes está el demandado, pero habrá también ocasiones en las que pueda considerarse oportuno acordar que los terceros conocidos con los que la madre ha cohabitado se sometan a ellos, ya que el principio de verdad biológica compele al Juez a investigar hasta donde sea posible la realidad de la filiación reclamada.

V. CONCLUSIONES

La *exceptio plurium concubentium*, entendida como un medio de defensa con que cuenta el demandado, consiste en oponer, frente a la pretensión del actor, la variada cohabitación sexual con otro u otros varones con la madre en el período de la concepción, justificando así su negativa a someterse a la práctica de la prueba. Entiendo que la negativa del demandado debe considerarse injustificada en estos casos, ya que si resultan probadas las relaciones sexuales del demandado con la madre la posibilidad de la paternidad es evidente y el único medio de descartarla o convertirla en probabilidad o realidad es mediante la realización de los exámenes biológicos, ya que en estos casos de pluralidad de

varones cohabitantes con la madre en el período de la concepción, la práctica de las pruebas biológicas se constituyen en piedra angular de la actividad probatoria para alcanzar la verdad material; entiendo que, en defecto de petición de cualquiera de las partes, el Juez deberá ordenarlas de oficio, y el demandado devendrá obligado a facilitar estos peritajes, recayendo en otro caso sobre él mismo las consecuencias sobre la negativa. Cosa distinta y discutida es si estarían obligados a facilitar estos peritajes los terceros conocidos con los que la madre ha cohabitado, entendiéndose que siempre y cuando se hubiere efectuado el correspondiente llamamiento a los mismos como terceros estarán obligados a someterse a la práctica de la prueba biológica. Entiendo que el demandado podrá alegar la *exceptio*, bien en el escrito de contestación a la demandada aportando el correspondiente principio de prueba, y en su caso el Juez efectuar el llamamiento a tercero, o bien en el acto del juicio, conforme a lo prevenido en el artículo 443 de la LEC.

EI ACOGIMIENTO FAMILIAR. REGULACIÓN, RÉGIMEN JURÍDICO Y NATURALEZA. ESTUDIO DE LAS DISTINTAS CLASIFICACIONES DE LOS ACOGIMIENTOS. SU RELACIÓN CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

JULIETA MORENO-TORRES SÁNCHEZ

Asesora técnica de menores de la Junta de Andalucía

SUMARIO

- 1. REGULACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACOGIMIENTO.**
- 2. NATURALEZA JURÍDICA Y SECTORES PÚBLICOS IMPLICADOS.**
- 3. CONCEPTO DE ACOGIMIENTO.**
- 4. CLASIFICACIÓN Y ESTUDIO DE LOS ACOGIMIENTOS FAMILIARES.**
 - A) En función de la institución jurídica de la que traiga causa el acogimiento.
 - B) Atendiendo al parentesco del menor con la familia de acogida.
 - C) En función del tipo de estructura familiar de la familia de acogida.
 - D) Atendiendo a su finalidad y ámbito temporal: simples, permanentes, preadoptivos y provisionales.
 - E) Atendiendo al modo de formalización, se puede distinguir entre acogimiento administrativo o convencional y judicial.
 - F) Acogimientos remunerados y no remunerados.
 - G) Acogimientos legales y de hecho.
 - H) Acogimientos de menores con necesidades especiales-acogimiento normalizado.
 - I) El acogimiento ecológico.

5. RELACIÓN DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS.

- A) Acogimiento y desamparo.
- B) Acogimiento permanente y adopción.
- C) Acogimiento de hecho, tutela y privación de la patria potestad.
- D) Acogimiento de hecho y delegación de la patria potestad.

6. CONCLUSIONES.

1. REGULACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL ACOGIMIENTO

No son pacíficos los criterios entre los distintos sectores implicados a la hora de tomar decisiones sobre la medida de protección más adecuada para defender el interés superior de un menor. La trascendencia de la medida adoptada es tremenda, especialmente para el menor, sus padres y las personas que se están haciendo cargo de él. El hecho de optar por una opción jurídica que no sea la más acertada puede tener gran importancia, ya que pasado el tiempo, y por mucho que se ganen posteriormente recursos ante los juzgados, la vida del menor ha cambiado y se han generado nuevos vínculos afectivos y se han roto otros. Todo ello implica que en el proceso de toma de decisiones es esencial contar con la mayor información posible, actuar de forma coordinada entre los distintos sectores implicados, así como tener el más amplio conocimiento sobre la materia.

El presente trabajo se centra en el estudio del concepto y naturaleza jurídica del acogimiento y especialmente en los tipos de acogimiento que se pueden constituir, así como su relación con figuras afines, abordado desde el estudio de la jurisprudencia, la doctrina y la legislación.

El Código Civil, en su artículo 173, conforme a la redacción dada en la disposición final sexta de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dispone: “El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurar-le una formación integral. Este acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional”. Seguidamente el Código trata sobre la formalización, acogimiento judicial y provisional y causas del cese del mismo. No da sin embargo un concepto de acogimiento. Esta figura jurídica fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico inspirándose esencialmente en la ley italiana de 4 de mayo de 1983, n.º 184 “Disciplina dell’adozione e dell’afidamento dei minori”.

Las distintas Comunidades Autónomas han legislado disposiciones legales y reglamentarias sobre el acogimiento familiar, en el marco de lo establecido en la legislación superior. De su estudio se infiere cómo a pesar de la similitud de los procedimientos, hallamos diferencias, regulando algunas legislaciones de forma muy detallada aspectos que otras apenas mencionan.

En Sentencia 124/2002, de 20 de mayo, del Tribunal Constitucional, se define como “un negocio jurídico perteneciente al Derecho de Familia, de carácter personal y temporal, que las entidades competentes en materia de protección infantil en cada Comunidad Autónoma proponen celebrar a los acogedores, y a los progenitores de los acogidos, para que aquellos, con o sin contraprestación económica, reciban en su casa a un niño, y lo cuiden como si de un hijo se tratara durante el tiempo en el que el negocio se mantiene vigente”.

2. NATURALEZA JURÍDICA Y SECTORES PÚBLICOS IMPLICADOS

Tras un examen de la doctrina existente en esta materia, se observa cómo la mayoría de los estudios realizados en torno a este tema se han iniciado desde el ámbito del derecho civil, siendo muy amplia la doctrina sobre las cuestiones de fondo sobre acogimiento. Resulta paradójico que en el ámbito de la administración pública se tomen decisiones sobre protección de menores, tanto en el ámbito de desamparo, como de acogimiento y adopción, mediante procedimientos puramente administrativos que terminan mediante resolución de esta índole, y sin embargo sea el ámbito civil el que fundamentalmente estudia la materia, siendo escasos los estudios desde la perspectiva del derecho administrativo.

Joan EGEA FERNÁNDEZ⁽¹⁾ destaca que el hecho de que el acogimiento se constituya normalmente por resolución de la entidad pública no quita para que su régimen jurídico y efectos deban catalogarse esencialmente de civiles. En palabras de Bartolomé VARGAS CABRERA⁽²⁾, las facultades administrativas de protección, al contemplar el mismo supuesto de hecho que las normas jurídico-civiles, esbozan un cuadro de respuestas asistenciales creando así una situación de guarda material del menor con connotaciones jurídico-civiles, demostrándose una vez más la existencia de zonas fronterizas entre las diversas ramas del ordenamiento jurídico.

(1) *Protección de Menores, Acogimiento y Adopción*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

(2) *La protección de menores en el Ordenamiento Jurídico. Adopción, desamparo, tutela automática y guarda de menores. Doctrina, Jurisprudencia, Legislación autonómica e internacional*, Comares, Granada, 1994.

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3.^a, de 14 de marzo de 2001, declara expresamente la incompetencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de una petición de acogimiento formulado por los guardadores de hecho ante la presunta negativa de la entidad pública para promoverlo. Señala: "...en el presente supuesto, los preceptos invocados, tanto para fundar el recurso como para mostrar su oposición al mismo, se circunscriben a los arts. 172 y siguiente del Código Civil, relativos a la adopción ya a otras formas de protección de menores (...) estamos, por tanto en presencia de una cuestión civil cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria".

La Ley 21/1987, de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, señala en su preámbulo: "...es de resaltar que, aunque el acogimiento se formaliza en el plano administrativo, no deja de estar sometido, ya desde su iniciación, a la vigilancia del Ministerio Fiscal y al necesario control judicial". Nos encontramos por tanto con una disciplina de estudio de carácter mixto, con una regulación de fondo de carácter eminentemente civil, pero con unos procedimientos administrativos (bien en su primera fase, antes de llegar a los juzgados, bien únicamente administrativos, en cuanto los jueces no tienen que intervenir) y con la presencia constante del Ministerio Fiscal.

No se debe de perder de vista nunca en la actuación administrativa y judicial la importancia que el Código Civil da a la fiscalía al disponer en su art. 174: "Incumbe al Fiscal la superior vigilancia de la tutela, acogimiento o guarda de los menores a que se refiere esta Sección. 2. A tal fin, la entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cesación de las tutelas, guarda y acogimientos. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor. El Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor, y promoverá ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias. 3. La vigilancia del Ministerio Fiscal no eximirá a la entidad pública de su responsabilidad para con el menor y de su obligación de poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las anomalías que observe".

Tal como se deduce de este precepto, la entidad pública está sometida a una doble obligación: de un lado ha de dar noticia puntual al fiscal de las actuaciones administrativas, así como de hechos significativos que puedan afectar al menor, pero con la nota de que el hecho de dar conocimiento no le exime de sus responsabilidades respecto del mismo. Es de destacar además el papel que se le da al Fiscal de promoción ante el Juez de medidas de protección.

La actuación del fiscal hay que ponerla en consonancia con la del juez, articulada a través del artículo 158 del Código Civil, que dispone que "...El

Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: (...) 4. En general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria...”. Como puede apreciarse, este artículo pretende dar una protección lo más amplia posible a los menores, pudiendo los jueces aplicarlo en cualquier proceso.

De lo expuesto hay que resumir que en materia de protección de menores existen fundamentalmente tres agentes implicados y responsables: la entidad pública, la Fiscalía y los juzgados en general.

3. CONCEPTO DE ACOGIMIENTO

En el informe del Defensor del Pueblo de Andalucía⁽³⁾ de julio de 2001 sobre el Acogimiento Familiar en Andalucía, se recoge la siguiente definición:

“Se trata de una figura jurídica por la que se integra a un menor en una familia que no es la constituida por sus padres biológicos o tutor, sin crear vínculos de parentesco con ella.

Los acogedores tienen todas las obligaciones derivadas de la guarda del menor, esto es, velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral”.

Según Auto de 29 de junio de 1996 de la Audiencia Provincial de Ávila, puede ser definido como “aquella situación temporal y revocable, orientada a la protección de menores que se encuentran privados —aunque sea circunstancialmente— de una adecuada atención familiar, y consiste en confiar al menor al cuidado de personas que reúnan las condiciones morales y materiales necesarias para proporcionarle sustento, habitación, vestido y especialmente, una vida familiar conforme con los usos sociales”. A través del acogimiento familiar «late (...) el interés por facilitar los mecanismos legales necesarios para que aquellos menores que carecen del adecuado medio familiar propio, puedan hallar, con suficientes garantías, el ambiente apropiado a su edad en formación, en el seno de otras familias, en donde alcanzar un desarrollo armónico, sin traumas, tanto en el orden físico como psicológico y moral».

⁽³⁾ Informe especial al Parlamento, *El acogimiento familiar en Andalucía*, 1.ª ed., Sevilla, julio 2001.

Tomás MERÍN CAÑADA ⁽⁴⁾ propone una fórmula más globalizadora para integrar las diferentes expresiones que se pueden encontrar en la práctica, de acogimiento familiar: “El Acogimiento familiar es la medida de protección jurídica y social de un menor de edad que otorga su guarda a una o varias personas, que no son sus padres; para que se integre en su hogar, convivan con él, lo cuiden, eduquen y alimenten, por tiempo determinado o no y con el fin de proporcionarle una vida de familia, que permita su desarrollo integral y sustituya, mientras dure, la que sus padres no le facilitan”.

De estas definiciones se infieren ya las características del acogimiento familiar, y que destaca igualmente el Defensor del Pueblo Andaluz:

— Provisionalidad: en cuanto el acogimiento sólo subsistirá en tanto exista la situación que le dio origen y no otorga un vínculo jurídico familiar y estable entre acogedor y acogido. Ello no quita el hecho de que hay acogimientos que se constituyen con vocación de provisionalidad y que sin embargo perduran hasta la mayoría de edad o la emancipación, como ocurre en ocasiones con los acogimientos permanentes. FLUITERES CASADO ⁽⁵⁾, define el acogimiento como la situación, normalmente transitoria, y excepcionalmente definitiva, en la que se halla el menor de edad cuya atención y cuidado es conferido bien a una unidad familiar distinta de la natural o adoptiva, bien a un centro o institución habilitado al efecto, pudiendo ser consecuencia de la asunción por parte de la entidad pública competente de la guarda sobre el menor, o instrumento de delegación de la guarda y custodia que asimismo requerirá la intervención de dicha entidad.

— Su temporalidad, puesto que finalizará por las causas establecidas en el artículo 173.4 del Código Civil y por la constitución de la adopción.

— Y, finalmente, su prescindibilidad, puesto que no es necesaria su constitución para la protección del menor.

4. CLASIFICACIÓN Y ESTUDIO DE LOS ACOGIMIENTOS FAMILIARES

Como mención previa a esta clasificación, hay que resaltar lo dispuesto en el artículo 172.2 del CC, en que distingue entre acogimientos familiares y resi-

(4) “Acogimiento familiar: evolución y perspectivas de futuro”, en el marco de las *Jornadas Andaluzas sobre acogimiento familiar*, Junta de Andalucía, Consejería de Asuntos Sociales, Dirección General de Infancia y Familia.

(5) “Acogimiento y adopción”, *Cuadernos de derecho judicial*, CGPJ, 1996.

denciales; *la guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la Ley se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que determine la entidad pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor.*

El presente estudio va a versar sobre el acogimiento cuando éste se formaliza con una familia, no entrando en los casos en que se realice con el Director del centro donde pueda haber ingresado el menor, en acogimiento residencial. Realizado un estudio doctrinal sobre las diferentes clasificaciones de los acogimientos, y tomando en consideración la legislación actual, se pueden realizar las siguientes clasificaciones de los acogimientos familiares:

A) En función de la institución jurídica de la que traiga causa el acogimiento.

Se puede distinguir entre acogimiento como ejercicio de la guarda asistencial de menor, acogimiento de menores inherente a la tutela *ex lege* y acogimiento como consecuencia de la guarda judicial y de la aplicación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

En el primer caso, *ex art. 172.2: “Cuando los padres o tutores, por circunstancias graves no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la entidad pública competente que esta asuma su guarda durante el tiempo necesario”*. En este supuesto es evidente que este tipo de acogimientos, que revestirán la forma de simples, por su transitoriedad, no pueden ocultar situaciones encubiertas de desamparo, por lo que siempre que se reciban las solicitudes de guarda se debe realizar un estudio de la situación.

Acogimiento de menores inherente a la tutela *ex lege* del artículo 172 del Código Civil. El Código Civil dispone en su artículo 172.3.3: *“La guarda asumida a solicitud de los padres o tutores o como función de la tutela por ministerio de la Ley, se realizará mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial”*.

El acogimiento como consecuencia de la guarda judicial se regula en el artículo 172.2 del CC que dispone: *“Asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda”*.

Por último el artículo 7.º de la Ley Orgánica 5/2000, regulador de las medidas que se pueden aplicar a los jóvenes infractores, dispone que se puede aplicar la siguiente: *“Convivencia con otra persona, familia o grupo educativo.*

La persona sometida a esta medida debe convivir, durante el período de tiempo establecido por el Juez, con otra persona, con una familia distinta a la suya o con un grupo educativo, adecuadamente seleccionados para orientar a aquélla en su proceso de socialización". Señala el Defensor del Pueblo Andaluz en su informe especial que es ésta una modalidad de guarda judicial. Se diferencia de los demás tipos de acogimientos por su carácter sancionador, aquí no puede el menor oponerse, a pesar de que tenga más de doce años.

María LINACERO DE LA FUENTE⁽⁶⁾ señala que "la fórmula empleada ex artículo 172.2 permite, dada su amplitud, incluir no solo las circunstancias graves que afecten a padres o tutores, sino también situaciones de jóvenes o menores inadaptados por drogadicción, delincuencia, enfermedad mental", cuyos padres, como señala RUIZ RICO, "se ven en la imposibilidad de atenderles por sí mismos o desean ejercitar su *ius corrigendi* a través de la autoridad pública, para lo cual resultará casi imprescindible la asistencia de un grupo de profesionales o especialistas que sólo la Administración Pública puede proporcionar". Lo anterior se ve en la actualidad refrendado por la Ley Orgánica 5/2000, de responsabilidad penal de los menores, que permite que la comisión de infracciones tipificadas como delitos o faltas, por menores de 14 años, pudiera derivar en una guarda asistencial. Destaca, sin embargo, María LINACERO que las instituciones de protección de menores previstas en el Código Civil no están pensadas y articuladas para el supuesto de infracciones cometidas por menores. Participo plenamente de esta opinión, ya que con independencia de lo regulado en el artículo 7.º de la Ley 5/2000, los servicios de atención al menor no se pueden convertir en servicios de atención a menores con problemas conductuales, debiéndose crear servicios específicos para tratar estas problemáticas, que tienen características diferenciadoras de las que dan lugar a los acogimientos, guardas, desamparos... En éstas los padres no quieren o no tienen medios para tener consigo a sus hijos, en aquéllas hay que separar a los hijos por causas intrínsecas a éstos. En todo caso las soluciones pasan por la prevención y *a posteriori* por la creación de centros y servicios especializados, ya que no se puede negar que cada día son más los padres que acuden a los servicios sociales con problemáticas que por sí solos no pueden afrontar.

B) Atendiendo al parentesco del menor con la familia de acogida.

El artículo 173.1 del Código Civil dispone: "*Este acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional*".

⁽⁶⁾ *Protección jurídica del menor*, editorial Montecorvo, Madrid, 2001.

— Acogimientos con familia extensa: son los que se realizan con familia biológica del menor. En el ámbito de la Comunidad Autónoma Andaluza, hasta la publicación del Decreto de Acogimiento Familiar y Adopción, se admitía prácticamente cualquier parentesco, habiéndose formalizado con tíos, primas, abuelos, tíos abuelos, primos segundos... Ni el Código Civil, ni la Ley 1/1996, ni la Ley 1/1998, disponían ningún límite legal al parentesco. Sin embargo el Decreto 282/2002, regulador del Acogimiento Familiar y la Adopción, en su artículo 3.2 dispone: “...a los efectos previstos en este Decreto, se entenderá por familia extensa aquella en la que existe una relación de parentesco por consanguinidad o por afinidad hasta de tercer grado, entre el menor y los solicitantes del acogimiento”. Aunque en principio el hecho de la determinación del parentesco dé claridad jurídica a los mismos, en la práctica, el hecho de limitar los acogimientos al tercer grado de parentesco coarta de forma extraordinaria relaciones que de hecho se configuran con acogimientos de hecho, y a las que sin embargo resulta imposible dar una cobertura legal. Pensemos en el caso de una menor hija de padres drogadictos que ha sido de hecho criada por una prima de la madre. Cuando la situación se deriva de los servicios sociales al servicio de protección del menor, la guardadora de hecho solicitará el acogimiento de la menor, pero se encontrará con que la respuesta de la administración será negativa, a pesar de que hasta hace unos meses se formalizaban estos acogimientos, por estar en un cuarto grado de parentesco. En caso de que no haya otro familiar que pueda acoger a la menor, en teoría tendría que salir con una familia ajena. Considero sin embargo que en estos casos se debe acudir a la vía del artículo 239 del Código Civil, y nombrar tutor a la menor, tal como se expondrá más adelante.

En otras comunidades autónomas, como la catalana, no se atiende al grado de parentesco, ya que conforme al artículo 54.2 del Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción... “a efectos de este Reglamento, se entenderá como familia extensa aquella en que existe una relación de parentesco por consanguinidad o por afinidad entre el menor y la persona acogedora, o los miembros de la familia acogedora. El acogimiento en familia ajena se constituirá con personas o familias que no tengan ninguna relación de parentesco con el menor”. Y en el artículo 57 dispone que “la elección de los familiares se hará teniendo en cuenta, en todo caso, que aquellos que quieran acoger al menor haya mostrado suficiente interés por el bienestar de éste, que haya vínculo afectivo, que tengan la capacidad de preservarlo de las condiciones que generaran la situación de desamparo, y una adecuada aptitud educadora”.

En la Ley Canaria 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, dispone en su artículo 61 que “...en los acogimientos en familia, con la finalidad de favorecer la reintegración familiar y evitar el desarraigo del menor, tendrán preferencia para ser acogedores los miembros de la familia

extensa del mismo, o sus guardadores de hecho cuando estén unidos a éste o a su familia por una especial y cualificada relación y demuestren tener aptitudes para la atención y desarrollo integral del menor”.

El artículo 61 de la *Ley 4/1998, de 18 de marzo, del Menor de La Rioja* establece entre los principios de actuación que la aplicación de la medida de acogimiento busca “favorecer el acogimiento del menor en su propio ambiente, procurando que el acogimiento se produzca en familia extensa, salvo que no resultase aconsejable en orden al interés primordial del menor”, sin señalar expresamente el parentesco hasta el que se debe llegar.

Parece más adecuado prescindir en este tema de grados de parentesco, y atender más a los criterios señalados por las distintas disposiciones, de “interés por el bienestar del menor, que haya vínculo afectivo, que tengan la capacidad de preservarlo de las condiciones que generaran la situación de desamparo, y una adecuada aptitud educadora, que haya cualificada relación y demuestren tener aptitudes para la atención y desarrollo integral del menor, interés primordial del menor... ya que a fin de cuentas de lo que se trata es de procurar al menor un ambiente familiar adecuado sin apartarlo de su medio de origen”.

En la ponencia de Tomás MERÍN CAÑADA expuesta en las *Jornadas Andaluzas sobre Acogimiento Familiar* se hace referencia especial al acogimiento por los abuelos, siendo calificados como el prototipo del acogimiento con familia extensa; tanto es así que dentro de las actividades propias de los programas de apoyo a la convivencia es frecuente encontrar en los servicios sociales municipales escuelas de abuelos acogedores, en paralelo a las escuelas de padres. Plantea asimismo cómo el problema fundamental en muchos casos radica en los aspectos sustanciales de la relación entre las niñas y niños y sus acogedores ancianos, magníficos como abuelos pero de dudosa eficacia como sustitutos de los padres.

— Acogimientos con familia ajena. Son los que se constituyen con personas ajenas al menor, con las que no tiene parentesco. En este caso las personas interesadas en acoger a un menor han de dirigirse a los servicios de protección de su respectiva comunidad autónoma y presentar una solicitud en que deberán constar los datos personales y familiares y su voluntad de acoger a un menor, especificando si desean formalizar un acogimiento simple o permanente, así como las características de los menores a los que podrían acoger en su casa. Valorada la idoneidad de los acogedores, serán avisados en el momento en que haya un menor en disposición de ser acogido. Respecto del plazo para resolver sobre la valoración de la idoneidad de la familia acogedora, algunas legislaciones autonómicas establecen un plazo expreso (por ejemplo la catalana, la andaluza y la canaria establecen un plazo de 6 meses); cuando no se establezca habrá que recurrir a la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y apli-

car el artículo 42.3, que dispone que “*cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijan el plazo máximo, éste será de tres meses*”.

C) En función del tipo de estructura familiar de la familia de acogida.

Señala el artículo 173.1.^ª del CC: “*Este acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional*”. María LINACERO DE LA FUENTE matiza que “*puesto que no se exige expresamente que se trate de una pareja, ni de que ésta sea matrimonio, el acogimiento familiar se podrá ejercer por personas solteras, casadas, parejas de hecho e incluso miembros de un hogar funcional*” (pequeñas comunidades de tipo familiar; piénsese en los pisos que acogen a varios menores, normalmente adolescentes, que no se adaptan a la vida en una familia convencional, en los que existen unas personas con formación especializada que conviven con ellos).

VARGAS CABRERA señala que “*no se exige expresamente que sea una pareja, ni de que ésta sea, en su caso, formalizada ni estable ni heterosexual*”.

Por su parte Julio Ignacio IGLESIAS REDONDO ⁽⁷⁾ aduce que “*a falta de previsión legal, es de suponer que no sólo (es apta) la pareja heterosexual, matrimonial o de hecho, sino también la homosexual...*”.

Algunas legislaciones autonómicas sobre parejas de hecho regulan específicamente el acogimiento de menores. Así la Ley 4/2002, de 23 mayo del Principado de Asturias, en su artículo 8.^º dispone que “*Los miembros de una pareja estable podrán acoger a menores de forma conjunta siempre que la modalidad del acogimiento familiar sea simple o permanente, de acuerdo con la legislación aplicable*”. Recientemente se ha aprobado en Andalucía la Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho, que dispone en su artículo 3.1: “*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*”. En su artículo 9.^º señala que “*Los componentes de las parejas de hecho podrán iniciar ante la Administración de la Junta de Andalucía, de forma conjunta, los procedimientos para la constitución de acogimientos familiares simples o permanentes. A efectos de lo dispuesto por el*

(7) *Guarda asistencial, tutela ex lege y acogimiento de menores*, editorial Cedecs, Barcelona, 1997.

artículo 33 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor, en relación con los criterios de valoración de idoneidad aplicados en dichos procedimientos, en ningún caso podrá ser utilizado como factor discriminatorio la opción o la identidad sexual de los solicitantes”.

La ley canaria regula de forma específica el acogimiento en hogar funcional en su artículo 27.1, al disponer que las entidades colaboradoras titulares de los hogares funcionales designarán la persona o personas que ejercerán como responsable o responsables de los mismos y estableciendo como requisito previo que para que dichas personas puedan desempeñar sus labores como responsables en cualquier hogar funcional titularidad de una entidad colaboradora, previamente habrán de ser declaradas idóneas por la Dirección General de Protección del Menor y la Familia.

D) Atendiendo a su finalidad y ámbito temporal: simples, permanentes, preadoptivos y provisionales.

— Acogimiento familiar simple. Señala el art. 173 bis del CC: *“el acogimiento familiar simple (...) tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reinserción de éste en su propia familia, bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable”.*

Lo define Ignacio IGLESIAS REDONDO como “aquella clase de acogimiento familiar en que la respectiva Entidad pública procede al ejercicio de la guarda asistencial constituida (convencional o judicialmente) en función del padecimiento por parte de un menor de una situación de privación de la necesaria asistencia moral y/o material cuya temporalidad o reversibilidad pudo preverse razonablemente”.

La finalidad fundamental del acogimiento simple puede ser por tanto:

— Dar un entorno familiar a aquellos menores a los que sus padres, por razones transitorias, en virtud de la guarda administrativa, no pueden tener bajo su cuidado.

— Procurar a los menores, en los casos de desamparo en que no está clara cuál será la respuesta de los padres ante esta medida, no permanezcan institucionalizados. La situación más frecuente es la de menores declarados en situación de desamparo, en que los padres o bien han recurrido la resolución administrativa en vía judicial o bien están cooperando con la Entidad pública y los servicios sociales de cara al retorno de los menores.

— Existe igualmente la posibilidad de este tipo de acogimiento cuando se ha dictado una resolución provisional cautelar de desamparo, en tanto se dicta resolución definitiva, o en el marco de una guarda judicial, atendiendo a las circunstancias peculiares de la edad del menor, bien en familia propia o ajena.

Respecto a la duración de este tipo de acogimiento, el Código Civil se limita a decir en su artículo 173 bis 1.º que tendrá carácter transitorio. Algunas legislaciones autonómicas, como la catalana y la extremeña, establecen el límite de un año, a no ser que se produzca una prórroga. Si bien en la práctica estos acogimientos se constituyen con un plazo determinado, en circunstancias excepcionales pueden ser prorrogados. Por ejemplo en el caso del acogimiento, constituido por un año, de un menor hijo de madre toxicómana que responde adecuadamente a un tratamiento de deshabituación a drogas y necesita seis meses más para rehacer su vida y poder convivir con su hijo. El período por el que se establece un acogimiento es máximo, ya que en cualquier momento se puede interrumpir según varíen las circunstancias.

Acogimiento permanente. El artículo 173 bis del CC dispone: *“El acogimiento familiar, podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su finalidad: (...) 2. Acogimiento familiar permanente, cuando la edad u otras circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen y así lo informen los servicios de atención al menor. En tal supuesto, la entidad pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor”*.

El calificativo de permanente a este tipo de acogimientos puede dar lugar a equívocos, ya que todos los acogimientos se supone que deben tener la nota de la transitoriedad. La realidad es que hay acogimientos permanentes que se constituyen y continúan hasta la mayoría de edad de los menores y otros, por cambio de las circunstancias, duran sólo unos meses.

Eulalia MORENO TRUJILLO⁽⁸⁾ señala que la tutela *ex lege* “puede ser ejercitada a través del acogimiento permanente (...) el supuesto de hecho que da lugar a este acogimiento es la ausencia de candidatos a la adopción, intentando soslayar los efectos negativos del internamiento o el acogimiento residencial a través de la integración del menor en el núcleo familiar del acogedor”. No parece adecuado vincular el acogimiento a la falta de candidatos para la adop-

(8) “Actuaciones de protección del menor”, en *Protección Jurídica del Menor*, Asociación de letrados de Andalucía, Comares, Granada, 1997.

ción, ya que en muchos casos puede ser el mantenimiento de la relación del menor con su familia biológica, por su propia voluntad, o la no concurrencia de los requisitos necesarios para proponer una adopción, por ejemplo el acogimiento con los abuelos o los hermanos, los que den lugar al acogimiento.

Acogimiento preadoptivo. Señala el art. 173 bis del Código Civil: “*El acogimiento familiar podrá adoptar las siguientes modalidades atendiendo a su finalidad: (...) 3. Acogimiento familiar preadoptivo, que se formalizará por la entidad pública cuando ésta eleve la propuesta de adopción del menor, informada por los servicios de atención al menor, ante la autoridad judicial, siempre que los acogedores reúnan los requisitos necesarios para adoptar, hayan sido seleccionados y hayan prestado ante la entidad pública su consentimiento a la adopción y se encuentre el menor en situación jurídica adecuada para su adopción.*”

La entidad pública podrá formalizar, asimismo, un acogimiento familiar preadoptivo cuando considere, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, que fuera necesario establecer un período de adaptación del menor a la familia.

Este período será lo más breve posible y, en todo caso, no podrá exceder del plazo de un año”.

Este tipo de acogimiento igualmente se puede constituir de forma administrativa o judicial, dependiendo de la existencia de consentimiento de los padres. Así se regula expresamente en el Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de los menores desamparados y de la adopción (Cataluña), que en el artículo 67.1 dispone: “*...Una vez se haya instruido el procedimiento, con audiencia del menor de 12 años si tiene suficiente conocimiento y habiendo obtenido el consentimiento del mayor de 12 años, inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá en conocimiento de los padres o tutores que no estén privados de la patria potestad o removidos del cargo tutelar para que, en el plazo de 30 días, presten su asentimiento a la medida de acogimiento preadoptivo. 2. En el caso de que los padres o tutores que no estén privados de potestad o removidos de su cargo titular disintieran, los citados no comparecieran en el plazo previsto o no se hubiera podido conocer su paradero, la Dirección General de Atención a la Infancia solicitará al juez que acuerde la medida de acogimiento”.* Un caso común de acogimiento preadoptivo administrativo es el que se plantea cuando la madre renuncia a su hijo en el momento de nacer. En este caso hay consentimiento y no hay motivo para acudir a la instancia judicial para la constitución del acogimiento.

Señala Félix PANTOJA GARCÍA⁽⁹⁾ que “...el acogimiento preadoptivo participa más de la naturaleza jurídica de la adopción, como paso previo a ésta, que de la propia del acogimiento, (...) su finalidad es preparar la adopción y en muchos casos no se constituye, ni cesa del mismo modo, ni produce los mismos efectos, ni se requieren los mismos requisitos para su tramitación...”, opinión que comparto, por lo que no me voy a extender en su estudio, ya que considero que ésta debe tratarse al estudiar la adopción.

El acogimiento provisional. El artículo 173.3 párrafo 2.º del CC dispone: *“No obstante, la entidad pública podrá acordar en interés del menor, un acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial”*.

Félix PANTOJA GARCÍA señala que tiene por objeto facilitar la incorporación del menor a la familia acogedora, o al hogar funcional en tanto se sustancia el procedimiento de jurisdicción voluntaria de acogimiento, en los casos en que no hay consentimiento de los padres o tutor.

Este tipo de acogimiento se puede usar también como vía para evitar la institucionalización del menor en aquellos casos en que habiéndose declarado el desamparo provisional, como medida cautelar, sea necesario tramitar el acogimiento judicial, con independencia de que posteriormente sea o no ratificado el desamparo. Hay que tomar en consideración que el acogimiento no ha de estar necesariamente vinculado al desamparo, por lo que es posible, en tanto se resuelve el expediente de desamparo, formular propuesta de acogimiento al juzgado, constituir el acogimiento provisional y posteriormente no ratificar el desamparo. El juez puede constituir el acogimiento en aplicación de los artículos 158 y 172 del Código Civil, siempre que sea beneficioso para el menor, aunque no se declare el desamparo.

Tal como señala el Defensor del Pueblo Andaluz en su informe, “La inexistencia de un control judicial en esta nueva figura ha sido criticada por muchos autores, estimando que debieron articularse los mecanismos necesarios para que, manteniendo la agilidad y eficacia de este procedimiento, se diese entrada a la intervención del Juez. Entienden, además, que éste podrá verse forzado a reconocer una situación de hecho creada por la entidad pública cuando, a la hora de dictar resolución, el menor ya se encuentre plenamente integrado en la familia de acogida, haciendo imposible la reinserción en su familia biológica”. Sin embargo, hay que tomar en consideración que el hecho de dar esta potestad a la administración viene fundamentado en la necesidad de agilizar la toma de

⁽⁹⁾ *Algunas notas y comentarios a la LO 1/1996, de Protección Jurídica del menor*, Colex, Madrid, 1997.

decisiones en base al principio del interés del menor, al igual que ha ocurrido al administrativizar la toma de decisión del desamparo, a causa de la lentitud del funcionamiento de la justicia. De hecho, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1996 se refiere a los perjuicios psicológicos y emocionales que a los niños produce la ausencia de un ambiente familiar, por la aplicación de la normativa que obligaba a las entidades públicas a internar a los menores en un centro, incluso en aquellos casos que la familia extensa había manifestado su intención de acoger al menor, por no contar con la voluntad de los padres, y en tanto no existiese pronunciamiento judicial.

E) Atendiendo al modo de formalización, se puede distinguir entre acogimiento administrativo o convencional y judicial.

La regulación del acogimiento administrativo se recoge en el art. 173.2 del Código Civil, que dispone: *“El acogimiento se formalizará por escrito, con el consentimiento de la entidad pública, tenga o no la tutela o la guarda de las personas que reciban al menor y de éste si tuviera doce años cumplidos. Cuando fueran conocidos los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, o el tutor, será necesario también que presten o hayan prestado su consentimiento...”*.

El apartado 3 del mismo artículo recoge la siguiente disposición: *“Si los padres o el tutor no consienten o se oponen al mismo, el acogimiento sólo podrá ser acordado por el Juez, en interés del menor, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de enero de 1997 señala que *“la figura del acogimiento de menores que regulan los artículos 172 y siguientes del Código Civil, en sus aspectos sustantivos, y artículos 1825 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus facetas procedimentales judiciales, no es, al contrario de lo que acaece con la adopción, de obligada, en cualquier caso, constitución judicial, al bastar, en principio, su formalización administrativa, con el consentimiento de la Entidad pública, así como el de las personas que reciban al menor y de éste si fuera mayor de doce años; dicho requisito se hace extensivo igualmente a los padres que no estuviesen privados de la patria potestad, y sólo en defecto de tal consentimiento o caso de oposición al acogimiento es cuando se precisa, de conformidad con el artículo 173.2 del referido Texto Legal, la intervención judicial para acordar, en su caso, tal instrumento de protección del menor, bajo la directriz de su prioritario interés, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil.*

El mayor problema en la formalización de los acogimientos administrativos se plantea respecto al consentimiento de los progenitores. Sólo se podría prescindir de él en el caso de la existencia de sentencia privativa de patria

potestad o cuando los padres sean desconocidos. Si bien el Código Civil es claro en su dicción, al establecer que en los demás casos será necesario el consentimiento de los padres, suele suceder que uno de los dos comparece y consiente expresamente, pero ¿qué ocurre cuando el otro cónyuge no comparece, se debe formalizar el acogimiento?

María LINACERO de la FUENTE sostiene que “respecto del consentimiento de los padres hubiera sido más acertado prescindir del mismo, no sólo cuando estuvieren privados de la patria potestad sino también cuando estuvieren incurso en causa legal de privación o suspendidos de la misma”.

Destaca María LINACERO cómo REBOLLEDO VALERA (“Procedimientos judiciales de acogimiento y adopción”) señala: “...ha de tenerse en cuenta que el artículo 1828 de la LEC, dentro del acogimiento acordado judicialmente, es el único que prevé que si los padres debidamente citados no comparecieran, el juez podrá prescindir del trámite de audiencia, pero la dicción del art. 173.3 en el acogimiento acordado en vía administrativa es tajante: basta que los padres conocidos o el tutor no estuviesen privados de patria potestad o removidos de la tutela se opongan o no consientan para que haya que acudir al acogimiento judicial y, en mi opinión, no consiente quien no comparece”.

En opinión de María LINACERO, una interpretación coherente del artículo 173.2 CC en relación con los arts. 172.1 último párrafo 1.^ª parte, 177.2.2.^ª CC y 1828 LEC, permitiría entender que en los acogimientos convencionales es preceptivo el consentimiento de los padres que fueran conocidos y no hayan sido privados de la patria potestad por sentencia firme o estuviesen incurso en causa de privación o suspendidos en ella.

Pongamos los siguientes casos:

— Hay que tomar en consideración que en muchos supuestos se trata de madres que no ven a su pareja en años e incluso desconocen el paradero del padre del menor o que, a pesar de no haber tramitado un régimen de guarda, la vienen ejerciendo de hecho de forma unilateral, o teniendo un régimen de visitas el otro no lo realiza. ¿Se debe exigir en este supuesto el consentimiento de los dos cónyuges? Entiendo que si el progenitor que comparece prueba los extremos expuestos en principio, la legislación aplicable a la justicia y la administración debía ser más coherente y no habría por qué exigir al otro el consentimiento, en caso de que citado formalmente no comparezca. Pongamos el caso de una madre inmigrante, cuya pareja está en el extranjero, que se va a hospitalizar y solicita un acogimiento por unos meses; es ella la que siempre ha ejercido la guarda y simplemente quiere que se le sustituya en su labor por un tiempo.

— Parejas separadas, a veces con causa en malos tratos, en que la madre acepta el acogimiento, pero no puede pedirse el consentimiento al padre, ya que

se desconoce su paradero o la madre no quiere incluso que sepa en qué ciudad está residiendo...

En mi opinión habría que estudiar caso por caso la posibilidad de prescindir del consentimiento del cónyuge que no comparece. Sin embargo en los casos en que los progenitores se oponen de plano al acogimiento éste se debe formalizar judicialmente, aunque se presume que puede existir causa de privación. No obstante siempre se plantearán situaciones en que, iniciado el procedimiento administrativo, ambos o un solo progenitor niegue el consentimiento, en cuyo caso simplemente habrá que formalizar propuesta al juzgado. En principio no debe derivar de ello mayor perjuicio para el menor, puesto que desde que se formula la propuesta puede pasar a convivir con la familia de acogida, mediante la figura del acogimiento provisional.

En contra de este criterio, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 13 de marzo de 1996 relata la siguiente situación: la Entidad Pública competente había procedido a constituir administrativamente un acogimiento prescindiendo del consentimiento de la madre biológica del menor que no se encontraba privada de la patria potestad. A juicio del Tribunal, las resoluciones administrativas “que acordaban el acogimiento familiar y que carecerían de fundamentación son contrarias al ordenamiento jurídico, ya que el artículo 173 del Código Civil exige para la formalización del acogimiento familiar el consentimiento de los padres que no estuvieran privados de la patria potestad y en caso contrario sólo el Juez lo puede acordar. En efecto en los supuestos en los que los padres fuesen conocidos, como es el caso presente, y no estuviesen privados de la patria potestad, como también lo es, si éstos no comparecen a prestar el consentimiento al acogimiento o si compareciendo se oponen a su constitución, la entidad pública sólo puede formular propuesta de constitución judicial de acogimiento ante el Juzgado de Primera Instancia competente”. Por ello, el Tribunal señala que “en el caso estudiado no consta en el expediente, ni tampoco en la resolución administrativa aportada que se contara con el consentimiento de la madre biológica y por ello los acogimientos acordados no son ajustados a derecho y que se debió acudir a los trámites de la jurisdicción voluntaria regulados en los artículos 1825 al 1828 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

Así, según entiende el Auto de la Audiencia Provincial de Palencia de 13 de julio de 1995, “la oposición de los padres en el expediente judicial de acogimiento es precisamente una de las razones de ser de la constitución judicial del mismo, pues tal negativa hace inviable la prosecución del expediente administrativo”. Se hace por tanto inviable el expediente administrativo ante la falta de comparecencia, pero en sede judicial, ante la misma circunstancia, se procede a la constitución del acogimiento. Quizás sería conveniente hacer una distinción entre falta de comparecencia y falta de consentimiento, de cara a tramitar los

expedientes en la vía judicial o administrativa, admitiendo que el expediente se puede tramitar administrativamente cuando citados formalmente no comparecen.

F) Acogimientos remunerados y no remunerados.

El artículo 173 del CC dispone: *“El documento de formalización del acogimiento familiar, a que se refiere el párrafo anterior, incluirá los siguientes extremos: (...) 5. La compensación económica que, en su caso, vayan a recibir los acogedores”*.

El artículo 26.2 del Decreto 282/2002 dispone que *“los acogimientos familiares simple y permanente podrán ser retribuidos, rigiéndose los requisitos, condiciones y procedimiento para el establecimiento de la remuneración por la correspondiente normativa”*. La Orden de 9 de mayo de 1997, sobre compensaciones económicas de los acogimientos familiares remunerados, regula esta previsión en Andalucía. *“Las compensaciones se concederán, bien a la persona o personas que figuren como acogedoras de un menor y carezcan de recursos suficientes para prestar la necesaria atención al menor acogido, bien a las que por su especial disponibilidad y/o formación específica acojan a un menor en situación de urgencia, con necesidades especiales o sujeto a medida de acogimiento dictada por los Jueces de Menores”*.

Señala el Defensor del Pueblo Andaluz en su informe que la remuneración del acogimiento *“tiene su razón de ser en que el acogimiento familiar como medida de protección de menores que tiende a prevenir o sustituir el acogimiento residencial en una institución, se encuentra con la dificultad para su constitución de la carencia, por parte de los acogedores, de los recursos suficientes para prestar la adecuada atención de las necesidades básicas del menor”*. Esto es así en el caso de acogimientos con familia extensa, no en los casos en que se usa para compensar por ejemplo la disponibilidad de familias que actúan en caso de acogimiento de urgencia, cuando las circunstancias del caso, o la necesidad de que el menor no pase a acogimiento residencial, implica contar con familias dispuestas a recibir en cualquier momento a un menor en su casa.

G) Acogimientos legales y de hecho.

El acogimiento de hecho, matiza el informe del Defensor del Pueblo, *“se identifica con la figura de la guarda de hecho del artículo 303 del Código Civil, situación que suele darse frecuentemente en la práctica cuando los padres delegan en otra persona o entidad, que no está obligada legalmente a ello, el cuidado y atención de sus hijos”*. En el acogimiento legal se han cumplido los requisitos

del Código Civil sobre constitución, mientras que el acogimiento de hecho es una situación creada entre los particulares en que ni la administración ni los juzgados han tenido participación. De los problemas que plantea y su relación con el acogimiento familiar de derecho trataré más adelante.

H) Acogimientos de menores con necesidades especiales-acogimiento normalizado.

La ley canaria recoge específicamente la modalidad del acogimiento profesionalizado, en que *“la valoración de la idoneidad de los solicitantes tendrá en cuenta, especialmente, su especial aptitud educadora, la disponibilidad de tiempo para la educación del menor y la dedicación habitual al cuidado de los menores que van a recibir en acogimiento, así como la experiencia en la educación, cuidado y atención de menores”*. El art. 6 del Decreto andaluz 282/2002 contempla la valoración de las solicitudes de acogimiento familiar y adopción de menores con necesidades especiales con carácter preferente, adaptándose los criterios de asignación a las circunstancias específicas de los menores.

Tomás MERÍN CAÑADA plantea cómo “superada en gran medida la fase de desinstitucionalización de acogidos en centro por meras razones económicas, el número más importante de niños y niñas que permanecen en los centros residenciales sin salidas familiares, se aglutina entre los que tienen problemas de salud, padecen alguna deficiencia o minusvalía, o los que han alcanzado una edad adolescente, en las que las posibilidades de acogimiento se ven muy limitadas. Ello hace que aparezcan programas específicamente dirigidos a promover la acogida de esos grupos de población”.

I) El acogimiento ecológico.

Hace referencia a él Tomás MERÍN CAÑADA, tras el estudio de la actividad de los Servicios Sociales catalanes. Este nuevo modelo se autodefine como ecológico y señala como ejes de su diseño:

- Economía: no suplir más de lo necesario.
- Proximidad: no separar al acogido de su medio.
- Temporalidad: acotar la acogida en el tiempo.
- Voluntariedad: sin intervención de ninguna instancia judicial y aceptación de todos los participantes en la acogida.

Se trata de un modelo diferenciado de lo que suponía la guarda y custodia. Si ésta se configura como una medida de protección jurídica, la figura puesta en

marcha por el Ayuntamiento de Barcelona forma parte de las medidas de protección social.

En esta línea, al exponer los criterios de preferencia en la selección de los acogedores, el Decreto andaluz 282/2002 menciona en primer lugar la relación sociocultural: “*tendrán preferencia los solicitantes que pertenezcan al contexto próximo al menor*”.

5. RELACIÓN DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR CON OTRAS FIGURAS JURÍDICAS

Cuando se trabaja con un menor y hay que realizar un análisis desde el punto de vista jurídico, es fácil que nos encontremos en muchas ocasiones con disyuntivas difíciles de solucionar, ya que las figuras jurídicas a veces se juxtaponen, no siendo unánimes ni la doctrina ni la jurisprudencia sobre la solución más adecuada en un caso concreto. Un problema muy frecuente que se plantea es el de los menores que se encuentran conviviendo en el seno de una familia, propia o ajena, sin que se haya formalizado ningún trámite y no quede clara la posición jurídica de esas personas que de hecho están ejerciendo la guarda de los mismos.

La situación es muy distinta cuando se trata de menores que tienen un vínculo familiar con los acogedores, que cuando se trata de personas completamente ajenas a ellos. En todo caso las decisiones que se adoptan tienen una gran trascendencia, tanto para los menores como para las personas que convivan con ellos.

Cuando nos encontramos con menores en cualquiera de estas situaciones, en realidad estamos ante figuras de desamparo, guarda de hecho o delegación de la patria potestad, y que una vez en conocimiento de los servicios sociales lo que procede es buscarles una salida estable, a través de las distintas alternativas jurídicas articuladas en la legislación.

Paso por tanto a estudiar la relación entre el acogimiento, el desamparo, la tutela, la delegación de la patria potestad, la adopción y la privación de la patria potestad.

A) Acogimiento y desamparo.

El artículo 172 del Código Civil, regulador del desamparo, dispone que “*La entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores, cuando constate que un menor se encuentra en situación de desamparo tiene por ministerio de la Ley la tutela del mismo y*

deberá adoptar las medidas de protección necesarias para su guarda". El acogimiento familiar puede ser por tanto una de las vías de las que se sirva la entidad pública para ejercer dicha guarda. Si bien la declaración de desamparo puede ser una forma de llegar al acogimiento, no es en absoluto necesario la existencia de esta medida de protección para la constitución de la guarda.

Julio Ignacio IGLESIAS REDONDO define el acogimiento permanente como acogimiento de socialización, en los siguientes términos: "es aquella clase de acogimiento familiar en cuya virtud la respectiva Entidad pública procede al ejercicio del contenido personal inherente a la tutela *ex lege* y proporciona una vida familiar a un menor adoptable en virtud de la resolución firme de haber lugar a la declaración de su situación de desamparo con la finalidad inmediata de soslayar los efectos negativos propios del acogimiento residencial o internamiento debido a que de momento no se encuentran personas que quieran adoptarlo (vertiente socializante), y la mediata de posibilitar su integración en una nueva familiar a través de la tutela ordinaria y, a ser posible, de una posterior adopción (vertiente integradora)". Este autor vincula la figura del acogimiento permanente de forma inexorable al desamparo. Si aceptamos que en los casos de familiares que acogen a menores la figura a la que hay que acudir es la tutela, conforme a lo dispuesto en el artículo 239 del Código Civil, podríamos estar de acuerdo con esta teoría. No obstante, la legislación no vincula necesariamente el acogimiento permanente al desamparo.

Bartolomé VARGAS CABRERA señala cómo el legislador "...al regular específicamente ambas figuras en los arts. 173 y siguientes, lo hace dándoles sustantividad propia, desconectándolos de la definición legal de desamparo del art. 172". En cualquier caso su autonomía respecto del desamparo se colige de la propia Exposición de Motivos, que habla de dotar a la figura de autonomía... La expresión contenida en el art. 173.2 del CC, "tenga o no la tutela del menor", es indicativa al respecto. Señala asimismo este autor que "...no habiendo previa declaración de desamparo, el acogimiento puede asimismo desempeñar las mismas funciones de auxiliar temporalmente en el ejercicio de la patria potestad o tutela...".

Hay que tomar en consideración que esta medida se toma a largo plazo. ¿Qué ocurriría si, constituido el acogimiento permanente sin desamparo por el juez, los padres plantean que quieren recuperar la guarda de su hijo? En este caso, si no procede el retorno, ¿habría que declarar en desamparo, para poder mantener el acogimiento? La realidad es que en ese momento el menor no estaría privado de asistencia moral ni material. Parece que el menor debe volver con sus padres, ya que no hay ni privación ni suspensión de la patria potestad, una vez cese el acogimiento, y, en su caso, proceder a desamparar.

Se ha planteado la necesidad de que antes de proponer un acogimiento judicial el menor debe estar desamparado. Si bien es cierto que el desamparo

previo a la constitución del acogimiento suele ser el camino normal, también lo es que existen situaciones en que no se dan los presupuestos de desasistencia moral y material del menor, pero sí las condiciones idóneas para la constitución del acogimiento permanente. Supongamos que un menor lleva viviendo años con sus abuelos, siendo visitado esporádicamente por los padres. No ha sufrido en ningún momento desasistencia y por tanto no procede declarar el desamparo. Puesta esta situación en conocimiento de la Entidad Pública, se decide que la medida más estable para el menor es el acogimiento permanente con sus abuelos. En tanto se tramita judicialmente el acogimiento se constituye un acogimiento provisional, por lo que los padres, a pesar de no tener suspendida la patria potestad, tendrán que respetar tanto lo dispuesto en el acogimiento provisional como en el acogimiento permanente que constituya el juez. (Hay que tomar en consideración que el acogimiento puede cesar a petición de los padres, pero será el juez el que tome la decisión). En caso de que el menor no esté desamparado, y los padres pidan el cese y el juez no esté de acuerdo con él, siempre puede ordenar una guarda judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil, con lo que siempre estará cubierta la situación de un menor no desamparado en acogimiento. Además siempre se puede acudir a la vía de privar a los padres de la patria potestad, en los casos en que proceda.

Una situación parecida se plantea con el acogimiento que se constituye, en tanto se sustancia el procedimiento de desamparo, en los casos en que ha dictado una medida cautelar de desamparo provisional (artículo 32 del Decreto 42/2002 de Desamparo, Tutela y Guarda del menor de Andalucía; artículo 11 del Decreto 54/1998, de 17 de abril, que regula las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Canaria; artículo 24 de la Ley de la Comunidad Murciana...). La secuencia temporal sería la siguiente:

1. Se dicta resolución de desamparo provisional.
2. En tanto se resuelve el mismo, se dicta resolución de acogimiento provisional y se presenta propuesta de acogimiento al juzgado.
3. En la resolución definitiva del procedimiento de desamparo se acuerda el no desamparo.
4. El juez puede constituir el acogimiento antes o después de dicha resolución: en cualquier caso el juez puede dictar auto constituyendo el acogimiento, ya que como se ha expuesto más arriba, éste es independiente de la resolución de desamparo.

B) Acogimiento permanente y adopción.

Refiere Julio I. IGLESIAS que las personas acogedoras tienen que tener capacidad para ser adoptantes. Esta afirmación no casa con el actual sistema de

selección de familias. Actualmente, existen listas de espera de varios años para formalizar la adopción nacional de menores a través de las Comunidades Autónomas. Sin embargo no son tantas las familias que aceptan el acogimiento permanente, ya que lleva intrínseco un régimen de visitas con la familia biológica. En teoría cuando un menor sale en acogimiento permanente es porque no hay expectativas de adopción. En la práctica, sin embargo, hay menores que con el tiempo deben ser adoptados por esas familias. Es el caso de una menor de 13 años de edad, que llevaba años confiando en que su madre la recogiera, porque así se lo prometió, y no quería que le cambiaran de apellidos, pero que transcurrido un año de acogimiento permanente cambió de parecer, por lo que consultados los acogedores, y a pesar de que su intención inicial no era la adopción, se presentó propuesta al juzgado. Otro caso muy común es el de menores que se encuentran en acogimiento y durante un tiempo los padres mantienen las relaciones de visitas normales en esta institución, pero con el tiempo dejan de tener relación con él, encontrándonos en una situación idónea para la adopción.

La solución a este conflicto puede ser, en los casos en que se duda entre el acogimiento permanente y la adopción, escoger familias que sean solicitantes tanto de adopción como de acogimiento. Pero siempre habrá casos de familias que sólo tengan perfil de acogedores y que con el tiempo puedan devenir adoptantes del menor que tienen acogido.

En todo caso hay que tomar siempre en consideración los beneficios que aporta al menor la adopción (alimentos futuros, herencia...), de cara a no perpetuar situaciones que de hecho tienen más el cariz de adopción que de acogimiento, esto es, no debemos olvidar nunca el principio del interés superior del menor.

C) Acogimiento de hecho, tutela y privación de la patria potestad.

Pasamos seguidamente a examinar la situación de los menores que se encuentran en acogimiento de hecho en el ámbito de su familia extensa.

El artículo 239 del Código Civil dispone: *“La tutela de los menores desamparados corresponde por Ley a la entidad a que se refiere el artículo 172. Se procederá, sin embargo, al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias, cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela con beneficio para éste”*. Este artículo, en apariencia de fácil aplicación, plantea sin embargo muchos problemas en la práctica.

Cuando se solicita la tutela, no se resuelve por juzgados especializados en temas de familia, sino que será resuelto por el juzgado de primera instancia de

la capital de provincia o primera instancia e instrucción del partido judicial correspondiente, con lo que nos encontraremos con criterios de lo más variados en función del juez que resuelva.

Cuando se plantea una situación en que se puede proponer la tutela, en algunas legislaciones autonómicas se hace mención a la posibilidad de usar la vía de la tutela y en otras no se alude a este tema específicamente, con lo que se suele acudir a la figura del acogimiento, cuando lo que en realidad procede es la tutela.

Podemos distinguir los casos en que el menor no ha sido desamparado, por encontrarse de hecho viviendo con familia extensa, de los casos en que existe un desamparo previo.

Cuando el menor convive de hecho con los acogedores y está bien atendido, no existe el presupuesto de desasistencia moral o material que la declaración de desamparo requiere. La realidad es que en muchas de estas situaciones, cuando un menor se encuentra acogido de hecho por un familiar, normalmente éste solicita el acogimiento a la entidad pública, sin plantearse la tutela, porque normalmente hasta desconoce la existencia de esta figura jurídica. Una alternativa ante esta situación es proponer bien el acogimiento judicial o administrativo en función de que haya o no consentimiento de los padres. Pero hay que preguntarse si no sería más práctico, cuando los padres no ejercen siquiera el derecho de visitas y no mantienen relación alguna con el menor (ya que no habría que solicitar facultades de tutela), la aplicación del artículo 239 del Código Civil. Dado que el menor no ha sido declarado en situación de desamparo, y por tanto sus padres no han sido suspendidos en el ejercicio de la patria potestad, habría que cuestionar si efectivamente sería necesario, previamente a la constitución de la tutela, privarlos de la patria potestad. En estos casos los tribunales pueden proceder a privar a los padres de la patria potestad para inmediatamente nombrar tutor, aunque no sea preceptivo tomar esta medida, conforme a lo dispuesto en la legislación.

Así, en auto de la AP de Cáceres de 25 de octubre de 1999, núm. 71/1999, en un caso en que un familiar se está haciendo cargo de un menor, ante una falta total de ejercicio de la patria potestad por parte de sus progenitores, declara la Audiencia que este menor está en situación de desamparo. De no haber decidido este familiar hacerse cargo del menor, desplegaría sus efectos la tutela automática, por la entidad pública correspondiente. Sin embargo el auto estima la constitución de la tutela, con base en la legislación correspondiente, sin necesidad de declaración previa de desamparo.

Cuando el menor ha sido previamente desamparado existe ya de hecho una suspensión de la patria potestad.

Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Girona de 28 de enero de 1998 considera que es posible proceder a la constitución de la tutela ordinaria de un

menor declarado en situación de desamparo sin que sus padres hayan sido privados de la patria potestad. En ese sentido señala que, “si bien la regla general es que la Administración Pública asuma la tutela de forma automática de los menores en situación jurídica de desamparo, nada impide que de existir una persona que pueda asumirla y ello redunde en beneficio del menor a ella pueda nombrársela tutora por la vía ordinaria para tal designación, cual es un expediente de jurisdicción voluntaria. Siendo así que en el presente caso se encuentra en marcha un procedimiento de esta naturaleza, que de lo actuado resulta la idoneidad de los demandantes para desempeñar la tutela de sus sobrinos, que el padre de éstos ha sido oído mostrando su conformidad y que se les ha declarado en desamparo, procede nombrarles tutores”.

Un supuesto similar se contempla en el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias de 13 de julio de 1998. En este caso, se trataba de un menor al que se declaró en situación de desamparo al encontrarse el padre en prisión y la madre en paradero desconocido. Ante tal situación, la Entidad pública procedió a instar la constitución judicial de un acogimiento a favor de su abuela paterna, quien decidió oponerse promoviendo, a su vez, la constitución de la tutela ordinaria. El Tribunal, después de analizar la situación del menor en relación con sus padres biológicos, sostiene que, “en definitiva, puesto que el nombramiento de tutor en la forma ordinaria no es incompatible con las situaciones de desamparo y acogimiento, según se deduce del tenor del artículo 239 del Código Civil (...) y puesto que la persona a designar es la abuela paterna, quien ha venido atendiendo al menor durante los últimos años y con la que éste se halla plena y satisfactoriamente integrado, según resulta de los informes de seguimiento procedentes de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales del Principado de Asturias, ha de accederse a lo solicitado”. Para fundar jurídicamente su decisión señala que, “ante la discordancia entre la situación legal indicada y la situación legal concurrente, caracterizada por un continuado y total incumplimiento por parte de la madre de los deberes inherentes a la patria potestad establecidos en el artículo 154, la Sala estima que debe atender al preferente beneficio e interés del menor y dentro de las amplias facultades que el artículo 158 atribuye a los Tribunales, entiende que procede la adopción de las medidas cautelares adecuadas para atender a las necesidades del menor, y acceder al nombramiento de tutor, en la medida que tal designación habrá de redundar en beneficio del menor referido, poniéndolo bajo el cuidado de quien velará por su persona y bienes en los términos previstos por la Ley; conclusión que ha de conducir al rechazo del criterio de la resolución recurrida, que sobre la base de la teórica subsistencia de la patria potestad materna, denegó el nombramiento de tutor solicitado”.

Destaca en este auto la importancia del artículo 158 del Código Civil, a cuyo tenor *“El Juez, de oficio o a instancia del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal, dictará: (...) 4. En general, las demás disposi-*

ciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria". En el trabajo con menores este artículo tiene una importancia esencial, al permitir que en cualquier proceso civil o penal se adopten medidas judiciales a favor del menor. La realidad es que normalmente se emplea como vía para ordenar la guarda judicial, cuando se observa que el menor puede estar en cualquier situación de peligro, pero su aplicación puede ser mucho más amplia, como se muestra en el auto arriba reseñado.

En el caso resuelto por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 27 de enero de 1999 una menor se encontraba acogida por sus abuelos maternos tras la previa declaración de desamparo. Posteriormente, los abuelos decidieron ejercitar la acción de privación de la patria potestad de su hija y madre de la menor con el objeto de ser nombrados ulteriormente tutores de su nieta. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda "por entender que pese al inicial estado de la madre, adicta a sustancias estupefacientes que se subvenía ejerciendo la prostitución, su conducta en ningún momento supuso un riesgo o perjuicio para la menor, en su educación y formación, al haber acudido a la ayuda de los abuelos maternos y a la situación provisoria de la suspensión de la patria potestad y acogimiento familiar previsto en los artículos 5.º, 10 y ss. de la Llei 37/1991, de 30 de diciembre, sobre Mesures de Protecció dels Menors Desamparts i de l'Adopció, por lo que precisamente ahora que el tratamiento al que la madre ha sido sometida de deshabitación a sustancias estupefacientes ha comenzado a dar sus frutos, y ha mejorado hallándose en un proceso de normalización, en orden a una eventual recuperación de la patria potestad sobre su hija Erika, no existen razones que justifiquen la privación definitiva de la patria potestad propugnada".

Contra la decisión de instancia mostró su disconformidad la parte actora alegando que lo único que pretendía era adecuar la situación jurídica a la realidad fáctica poniendo fin a una situación interina por medio de la constitución de la tutela ordinaria, para lo cual consideraba preciso la obtención de la privación de la patria potestad.

En opinión del Tribunal, "no le falta razón a la parte actora en los argumentos que expone, pero éstos no constituyen una novedad, puesto que el estado de la madre provocó que la menor fuese sometida a acogimiento familiar simple y sometida al cuidado y guarda y custodia de sus abuelos paternos bajo la supervisión de la Generalitat, tras la previa declaración de desamparo. Por lo tanto, la carencia de condiciones, dado el estado de la madre, para asumir los deberes inherentes a la patria potestad de su hija, constituyó la causa de la declaración de desamparo y la suspensión temporal de la patria potestad, medida que por su carácter provisional sólo se justifica en la previsión de que la madre pueda

asumir sus derechos y deberes con respecto a su hija, para lo cual ha sido objeto de tratamiento con resultados positivos en tanto que se halla en proceso de normalizar sus situación. Por tanto si los abuelos maternos ahora recurrentes aceptaron la situación de acogimiento familiar simple, mientras su hija se sometía al tratamiento oportuno, con la lógica esperanza de que en el futuro pudiera hacerse cargo de los compromisos que comporta la potestad de su hija, no se entiende que ahora, cuando la situación de la hija tiende a la normalidad, y por lo tanto se vislumbra que pueda quedar sin efecto la suspensión de la potestad de la madre respecto de su hija Erika, se alegue por los abuelos el incumplimiento de los deberes que conlleva el ejercicio de la potestad, para que se prive de la misma a su hija, en base a unos motivos que como supuesto de desprotección dieron lugar a la declaración de desamparo, pero que precisamente propiciaron una posición provisional e interina, por ellos admitida, que habría de desembocar en la recuperación de la madre para hacerse cargo de la hija asumiendo su potestad, o, en caso de que ello no fuese posible y los tratamientos resultasen frustrados, sustituir la medida y situación interina por otra definitiva, que sería la adopción o la constitución de la tutela”. En consecuencia, sostiene que “no puede obtener amparo jurisdiccional la privación de la potestad solicitada, cuando la madre está haciendo lo posible por reintegrarse a la sociedad, sometiéndose positivamente a los tratamientos necesarios para superar su adicción a la droga y volver a la normalidad, poniendo fin al estado que motivó la declaración de desamparo de su hija, la suspensión de la patria potestad y el acogimiento familiar simple”.

Existen sin embargo alusiones claras a la constitución de la tutela en los casos en que existan personas que puedan asumirla en algunas legislaciones autonómicas.

Así el artículo 26 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la infancia de la Región de Murcia, que aboga por la constitución de la tutela en los casos de los que hemos tratado, al disponer que “*la tutela ordinaria habrá de ser promovida por el organismo competente en aquellos casos en que existan personas que, por sus relaciones con el niño o por otras circunstancias, puedan asumirla en beneficio de éste*”. Se puede observar que este artículo copia casi literalmente la dicción del artículo 239 del Código Civil. Hace la Ley sin embargo una restricción en su aplicación al disponer que “*la promoción de la tutela ordinaria se llevará especialmente a cabo en aquellos casos en los que el menor se halle próximo a la mayoría de edad o emancipación*”.

La Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de Cataluña, en su artículo 55 titulado “Promoción de la tutela ordinaria”, dispone que “*...el órgano competente promoverá la constitución de la tutela ordinaria cuando existan personas que puedan asumirla en beneficio del menor. A este*

efecto, podrá solicitar de la autoridad judicial la privación de la patria potestad de sus progenitores, ejercitando las acciones civiles que procedan”.

Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, en su artículo 63, denominado “De la promoción del nombramiento de tutor”, articula que “...la Administración de la Comunidad Autónoma, a través del órgano competente por razón de la materia, y cuando no haya designación de autoridad familiar, promoverá el nombramiento de tutor cuando existan personas que puedan asumir la tutela en beneficio del menor en situación legal de desamparo, conforme a las normas civiles aplicables.

Igualmente la Ley canaria 1/1997, de 7 de febrero, de Atención Integral a los Menores, en su artículo 55, dispone que “El órgano competente promoverá la constitución de la tutela ordinaria cuando existan personas que puedan asumirla en beneficio del menor. A este efecto, podrá solicitar de la autoridad judicial la privación de la patria potestad de sus progenitores, ejercitando las acciones civiles que procedan”. En este caso, como en el catalán, la norma va más allá de la simple constitución de la tutela, ya que insta a que se solicite la privación de la patria potestad. Esta alusión a la privación de la patria potestad, al decir “a este efecto”, parece que supedita la constitución de la tutela a la previa privación de la patria potestad, lo cual, como hemos podido ver a través de la jurisprudencia, no es requisito *sine qua non*.

D) Acogimiento de hecho y delegación de la patria potestad.

José Manuel RUIZ RICO⁽¹⁰⁾ destaca que “ha sido y sigue siendo bastante frecuente en las relaciones familiares y sociales encargar a terceros, de manera más o menos transitoria, la vigilancia, la instrucción e incluso la alimentación de menores. Hechos tan dispares y habituales, empezando por la guarda de la simple empleada de hogar o de las conocidas guarderías, cuya función de custodia se limita a escasos momentos o a un horario laboral diario más o menos detallado, y terminando por los supuestos más complejos y duraderos en el tiempo, de entrega por los padres de un hijo menor a un establecimiento o centro público o privado de asistencia o beneficencia como consecuencia de una difícil situación personal o económica, sin olvidar las hipótesis de internamiento temporal en un centro educativo, sanitario o correccional, o el acogimiento del mismo por los familiares o amigos de los progenitores en las más variadas circunstancias (viajes, emigración, etc.), ponen de manifiesto la amplitud con que la sociedad acoge este fenómeno”. Este autor explica cómo la admisibilidad de la delegación paterna encuentra un obstáculo legal de bastante

(10) *Acogimiento y delegación de la patria potestad*, Editorial Comares, Granada.

entidad en el contenido del artículo 154.1 del Código Civil, según el cual la patria potestad de los progenitores comprende el deber de “tenerlos en su compañía”. Sin embargo un amplio sector doctrinal ha venido tradicionalmente interpretando ese deber de convivencia de una manera flexible y relativizada, dando cabida en su seno a aquellos supuestos en donde los progenitores, sin perder el control sobre la persona de sus hijos, los llevan al domicilio de otras personas o familias o instituciones, por las más variadas motivaciones.

Señala RUIZ RICO la semejanza y la proximidad que hay entre la guarda de hecho y la delegación paterna de la patria potestad. En ambos casos, nos encontramos con situaciones de asunción por terceros de roles y tareas paternas o tutelares, con un claro componente personal, manifestados en una relación de convivencia (normalmente) estable y permanente. Pero señala cómo la mayoría de la doctrina no está de acuerdo en la asimilación de ambas figuras. El delegado dejará de serlo y se convertirá en guardador de hecho cuando, con posterioridad a la celebración del convenio delegatorio, cese la patria potestad de los padres (por fallecimiento, por privación de patria potestad judicial o por revocación del acuerdo aun cuando el delegado siga ejerciendo sus funciones).

La diferencia esencial está en que en las guardas de hecho de los menores de modo espontáneo y por diversas circunstancias se asume por terceros, sin título constitutivo legal o convencional.

ROGEL VIDE⁽¹¹⁾, sin embargo, partiendo de una concepción amplísima de la guarda de hecho, muestra su postura favorable a esta asimilación. Según este autor la delegación de la patria potestad es ilegal. Aquellas personas en quienes lo tutores o titulares de la patria potestad deleguen sus funciones, son guardadores de hecho. No lo son, en cambio las personas que auxilien, en determinados casos y circunstancias, a los padres o a los tutores.

María BALLESTEROS DE LOS RÍOS⁽¹²⁾ distingue igualmente la guarda de hecho de los pactos privados de delegación de las facultades de guarda, que define como negocios jurídicos de Derecho de familia, de carácter autónomo, ya que no se identifican con ninguna de las instituciones de guarda actualmente reguladas. El guardador, en el ejercicio de la función de guarda sobre el menor, deberá atenerse a lo dispuesto en el convenio, dentro de los límites que señalamos más abajo, y actuará bajo la supervisión de los progenitores.

(11) *La guarda de hecho*, editorial Tecnos, Madrid, 1986.

(12) *El desamparo y la tutela automática de las entidades públicas*, editorial Tecnos, Madrid, 1997.

Si bien en los casos de delegación de la patria potestad no se entiende que deba existir ninguna intervención ni judicial ni administrativa, la situación varía cuando el menor se encuentra en guarda de hecho.

Respecto de las características que el pacto delegatorio debe reunir son las siguientes:

- estar justificada por la entrega del menor por la incapacidad de los padres para atenderlo y en su propio beneficio;
- temporalidad de la entrega;
- que los padres no se desentiendan de sus deberes de protección.

María BALLESTEROS señala que la doctrina se pronuncia a favor de la delegación de la función de guarda, es decir, a favor de la licitud de la entrega temporal del menor a terceras personas, pero dentro de unos límites, añadiendo a los señalados que la delegación debe hacerse en beneficio del menor. Señala la necesidad de establecer unos límites porque, tras un aparente supuesto de delegación, puede encontrarse un caso de abandono cuando los progenitores se desentiendan del menor, bien al iniciarse la delegación, al manifestar que esa es su voluntad, bien con posterioridad, al no mantener ningún tipo de contacto con aquél. Por consiguiente debe evitarse la abdicación encubierta de la patria potestad. Idéntica situación se plantea cuando la delegación se produce por parte del tutor. Si se traspasan estos límites, nos encontraríamos ante la guarda de hecho. Y si los padres se desentienden con posterioridad, se les podría privar de la patria potestad.

José Manuel RUIZ RICO destaca estos límites, desde un punto de vista negativo, en la imposibilidad de desentenderse del cuidado, aunque sea indirecto o mediato, del hijo; y desde un punto de vista positivo, en la exigencia de control o dirección efectiva, real, suprema de los progenitores sobre el modo de ejercitar la guarda y custodia por el tercero encargado de ella. Según este autor en tanto los guardadores actúen dentro de los límites que se han señalado, estaremos ante guardas legales, jurídicas o de derecho.

Otro límite que considero se debe establecer es el de la buena o mala fe con que actúen los acogedores. Pongamos el caso de una madre inmigrante, que ante la situación de penuria económica que atraviesa entrega temporalmente su hijo a una pareja, habiendo ésta tenido contacto con los servicios de atención al menor, y conociendo por tanto los cauces formales necesarios para la acogida o la adopción de un menor. Si la madre del menor desaparece durante un tiempo mayor del razonable, y no da noticias de su paradero, esa familia debe acudir al servicio de atención al menor y comunicar su situación, a fin de que se adopten las medidas adecuadas. Si por el contrario mantiene consigo al menor, creando

un vínculo afectivo difícil de romper, para cuando acuda a los servicios sociales la decisión a tomar será mucho más complicada.

Cuando se atraviesan los límites planteados más arriba, nos encontramos ante la guarda de hecho. Destaca RUIZ RICO las conclusiones del grupo de trabajo dirigido por el profesor DÍEZ-PICAZO, en una postura en que limita la guarda de hecho únicamente a los supuestos previos a la incapacitación y nombramiento de tutor. Comparto esta opinión pero pienso que debe ser objeto de matización. Cuando un menor ha sido abandonado por sus padres en el hogar de su familia extensa, puede proceder nombrar tutor o bien constituir el acogimiento familiar. Considero que, en aplicación del artículo 239 del Código Civil, lo correcto, como expongo más abajo, es nombrar tutores directamente a los familiares, en lugar de constituir el acogimiento. En caso de que sea abandonado con familia alternativa, no se debe considerar *a priori* que estas personas pueden ser nombradas tutores, por lo que se puede aceptar como válida la figura del acogimiento de hecho, en tanto se le busca al menor la alternativa familiar más adecuada.

Bartolomé VARGAS propone estas alternativas:

— Comunicación al Juez o al Ministerio Fiscal para que se proceda, en su caso, en los términos del art. 228, a la constitución de la tutela.

Esta alternativa será válida cuando se trate de personas a las que les corresponda asumir la tutela según las normas del CC. Sin embargo hay ocasiones en que detrás de la guarda de hecho se esconden intenciones adoptivas, especialmente cuando se trata de familias alternativas, sin vínculos biológicos con el menor. En estos casos, si se constituye la tutela conforme a lo dispuesto en el art. 234, en su penúltimo párrafo, se está abriendo la vía a la adopción por el cauce del artículo 176.2.3. Habrá que tomar en consideración el superior interés del menor y el tiempo transcurrido en el seno de la familia a fin de valorar la oportunidad de proponer una tutela en estos casos, ya que puede convertirse en una puerta abierta para las adopciones en casos en que no está clara la procedencia del menor. Se han dado casos, en la línea de lo mencionado más arriba, en que comparecen familias que declaran que una mujer les dejó un niño y no han sabido nada más de ella. El menor está bien atendido y tiene todas sus necesidades cubiertas, pero planteando la tutela se está dando pie a que otras familias se queden con menores de familias desfavorecidas (incluso a cambio de una contraprestación económica), y puedan legalizar su situación.

— Adopción de genéricas medidas de protección del art. 158 del Código Civil.

En caso de que, estando el menor en guarda de hecho, se estime por la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal o el Juez, que al menor debe buscársele

otro núcleo familiar más estable, de cara a su acogimiento o adopción, bien porque el que lo tenga en guarda de hecho no sea idóneo o porque no haya cumplido con los trámites administrativos necesarios para entrar en las listas de familias susceptibles de adoptar, y habiéndose realizado una valoración psicosocial del interés del menor, procederá dictar medida provisional de guarda en centro de protección o la permanencia en acogimiento con los guardadores de hecho, en tanto el menor sale con su familia definitiva.

Ejemplo de este último caso, en aplicación del artículo 158, es el comentario por Helena DÍEZ GARCÍA⁽¹³⁾, en relación al Auto de la Audiencia Provincial de Álava de 25 de enero de 1999. En este supuesto, la madre biológica de una menor, ante las dificultades para atenderla debidamente (por cuanto que padecía una discapacidad mental calificada minusvalía orgánica y funcional de un 59%), y tras reiterados intentos por los servicios sociales de prestarle ayuda domiciliaria, decidió confiar la guarda de hecho a su hermana. El Tribunal comienza analizando la relación entre la menor y sus padres biológicos, comparándola con la que se desarrolla entre ésta y su guardadora de hecho: “de los precedentes hechos se revela cómo efectivamente la atención de la menor por parte de su madre ha sido deficiente y problemática, incluso reticente a las ayudas que en su día se prestaron, tanto por los servicios sociales dependientes del Ayuntamiento como por su propia hermana doña Rosa con la que la menor progresa razonablemente en el último período que se extiende ya por más de dos años. Con ello ha de entenderse que efectivamente la madre presenta deficiencias en su actitud y habilidades para la educación y cuidado de la menor, representando tales deficiencias un potencial riesgo de retroceso y perjuicio en la educación de la menor si se reintegrara al domicilio familiar. De otra parte, respecto al demandado, padre de la menor, con independencia de sus habilidades (poco cualificadas según el informe que obra en autos) o deseos, es de destacar que no ha vivido nunca con la menor, por lo que no es posible calificar su aptitud, sin embargo el solo hecho de esa falta de convivencia es un factor ciertamente limitador de una eventual convivencia inmediata y plena. En cualquier caso debe resaltarse que la menor en la actualidad se encuentra correctamente atendida por su tía, por tanto no se da una situación de riesgo o deficiencia educativa; sin embargo sí se detecta una efectiva oposición de los padres naturales que reclaman la custodia y el ejercicio de la patria potestad, por lo que ha de entenderse que ha cesado esa aparente entrega voluntaria que la madre, por razones de trabajo, hizo de la menor a su hermana, para que ésta atendiera su cuidado. Además se alega que los demandados viven juntos, poseen una

(13) Helena DÍEZ GARCÍA, profesora Titular de EU de Derecho Civil de la Universidad de León, “Desamparo y acogimiento de menores”, *Aranzadi Civil*, vol. III, 1999, pp. 2239-2270.

vivienda y medios económicos suficientes. La situación de custodia de hecho que ejerce la actora desde el año 1996 con claro beneficio para la menor, se ve ahora cuestionada por el deseo de los padres de ejercer el derecho a tenerla en su compañía. Sin embargo, pese al derecho de los padres y de la menor a que se eduque y viva en el propio ambiente familiar, los antecedentes expuestos denotan una evidente situación de riesgo y desamparo para la menor si se produjera la reincorporación inmediata al domicilio de sus padres, pues la madre ya mostró sus carencias y el padre no ha tenido contacto con la menor”. De ahí que concluya señalando que, “por ello, conforme a lo dispuesto en los arts. 158 y 170 del Código Civil, es adecuado adoptar la medida de privación de la patria potestad y el otorgamiento de la custodia a la actora establecidas en la sentencia de instancia, si bien con la precisión de que la situación de autos debe reconducirse al control de la institución pública competente en el territorio (...) en cuyo seno (...) ha de valorarse la situación y establecerse los mecanismos jurídicos y materiales necesarios para procurar la asistencia y cuidado adecuados a la menor, así como adoptar las medidas oportunas para procurar la reincorporación de la menor a su familia natural. Entre tanto es adecuada la medida de suspensión de la patria potestad y el otorgamiento a la actora de la guarda y custodia de la misma, si bien con la precisión de que ha de entenderse que el Consejo del Menor asume la tutela automática, *ex* artículo 172 del Código Civil, en cuyo ejercicio cabe reconducir la situación por medio de la institución del acogimiento familiar simple, artículo 173 bis del Código Civil, en la persona de la actora, con sometimiento a la tutela del Consejo del Menor, entidad que asimismo resolverá y decidirá sobre la forma del ejercicio del derecho de los padres a visitar a la hija estableciendo el correspondiente horario que servirá asimismo para restablecer la relación de la hija con sus padres y así preparar la futura reincorporación de ésta al seno familiar de origen”.

En este caso, se adoptó la solución del acogimiento familiar como medida provisional partiendo del hecho del desamparo de la menor que, a juicio del Tribunal, se producía si ésta retornaba a su núcleo familiar originario. Sin embargo, aunque la solución pudiera parecer adecuada desde el punto de vista de la justicia material, lo cierto es que técnicamente no puede decirse que la menor, sujeta a la guarda de hecho de su tía, se encontraba en tal situación en cuanto no se hallaba privada de la necesaria asistencia moral y material.

No comparto el criterio la audiencia al considerar que la menor se encuentra en situación de desamparo, ya que no existía en ese momento desasistencia de la misma. Considero que hubiera sido suficiente aplicar el artículo 158 del CC, en el sentido de ordenar que la menor se quedara en acogimiento con la guardadora, en tanto los servicios sociales actúan en el proceso de retorno con sus padres.

Es necesario añadir, como medida a adoptar conjuntamente a las dos mencionadas más arriba, la posibilidad de iniciar un procedimiento de privación de la patria potestad, dado que no es posible la suspensión de la patria potestad por la vía del desamparo, al no darse las condiciones para declarar éste.

Como conclusiones del *semanario permanente de APDHA*, celebrado en Córdoba el 14 de noviembre de 2002, el Juez José Luis UTRERA GUTIÉRREZ⁽¹⁴⁾ propone que debe excluirse como situación de desamparo un supuesto que la Entidad Pública viene considerando como tal frecuentemente: La guarda de hecho de menores que tienen cubiertas sus necesidades básicas por personas con quienes carecen de vínculos jurídicos; esa declaración, guiada por un principio de política de protección de la infancia que tiende a impedir cualquier práctica que favorezca el denominado tráfico de niños, sólo será procedente cuando además de una guarda de hecho concorra una situación desfavorable en los guardadores y ello sin perjuicio de que se establezcan las medidas de vigilancia y control a que hace referencia el artículo 303 del CC.

Como única solución a la situación de transitoriedad que vive el menor en esa guarda de hecho, se proponen medidas de vigilancia y control. Sin embargo a veces estas situaciones se detectan cuando el menor lleva meses en la familia y lo que hay que hacer es darle un núcleo familiar estable, bien mediante la tutela, bien mediante la adopción, ya que no se debe olvidar el principio del interés superior del menor. Dado que no se debe decretar la situación de desamparo y arrancar al menor de la familia por los servicios de atención al menor, ya que esto crea una situación de alarma social (el menor en teoría no tiene desasistencia moral o material, es querido y está integrado en la familia, en el barrio e incluso en el colegio), quizás lo correcto sea comunicar esta situación al Ministerio Fiscal, el cual a su vez lo comunicará al Juez, valorando éste la medida que se debe adoptar, e incluso la posibilidad de que exista una posible figura delictiva por parte de los acogedores (tráfico de menores). Si se decide que el menor debe salir del núcleo familiar en que se encuentra, bien pasa a un centro de protección o bien permanece con los acogedores de hecho, en tanto se selecciona la familia adoptiva, en función de las circunstancias del caso. Si se determina que el menor pase a un centro, el Juez debe ser el que adopte la medida de guarda judicial. De esta forma se evita dictar una resolución de desamparo en casos de abandono con familia no extensa, pasando el menor al acogimiento o a la adopción.

(14) “Menores en desamparo y adopción: los fallos del sistema legal de protección”, *semanario permanente de APDHA*, celebrado en Córdoba el 14 de noviembre de 2002 (http://www.apdha.org/download/utrer_a_menores.doc).

En el supuesto de que los padres entreguen su hijo a una persona manifestando expresamente su abandono, es evidente que ésta habrá de acudir a los servicios sociales a comunicarlo. En caso de que no lo haga estamos ante la misma situación que en el caso anterior, e igualmente, atendiendo al principio del interés superior del menor, en función de la edad y atendiendo a la valoración psicosocial que se haga del menor, habrá que valorar la medida más adecuada para el menor.

Es destacable el lugar en que se ponen a los acogedores de hecho en el Decreto 54/1998, de 17 de abril, por el que se regulan las actuaciones de amparo de los menores en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Canarias, ya que en su artículo 23 dispone que *“La valoración de las solicitudes se realizará en función del interés primordial del menor, teniendo preferencia para ser acogedores los miembros de la familia extensa del mismo, o sus guardadores de hecho cuando estén unidos al menor o a su familia por una especial y cualificada relación”*. Se prescinde aquí de que haya o no parentesco del menor con los guardadores de hecho y se atiende al concepto jurídico indeterminado de la especial y cualificada relación, criterio que evidentemente habrá de ser valorado con especial cautela a fin de no legalizar situaciones que *a priori* pueden resultar más que dudosas. Es loable sin embargo este artículo, en el sentido de que da solución a los parentescos lejanos, que sin embargo pueden haber creado un vínculo importante con el menor.

Cuando la entrega del menor se hace en guarda o acogimiento familiar de los arts. 172 y 173, la situación, según VARGAS CABRERA, no pasa, en caso de desentendimiento de los padres o tutores, a guarda de hecho, sino que se debe declarar el desamparo. La finalidad del precepto, sostiene, es impedir los fraudes que puedan cometerse al utilizar las instituciones públicas y legales para desconectarse de los comportamientos de atención al menor. Defiende que sólo se impedirá el desamparo cuando los terceros a los que se entrega el menor y lo asisten debidamente son particulares, y no cuando se trata de las propias entidades públicas protectoras de menores.

María BALLESTEROS contempla el supuesto de guarda y acogimiento en que exista un progresivo desentendimiento de los hijos por parte de los progenitores, y sostiene que en un principio el menor no se encuentra en situación de desamparo, ya que se encuentra asistido. Sin embargo éste surge con posterioridad, ya que la falta de interés posterior de los progenitores da lugar a que el menor se encuentre en situación de desamparo. Si incumple el guardador no prestando asistencia adecuada, la Entidad Pública asumirá la tutela. También la asumirá cuando el guardador no pueda hacerse cargo del menor y no existan personas encargadas de desempeñar esa función. Esta situación, mantiene, es diferente a la guarda de hecho, ya que tanto el Fiscal como la Entidad Pública, conforme al art. 174 CC, tienen el deber de vigilar y controlar a los menores que

estén bajo su protección. En un principio, declara María BALLESTEROS, en estos supuestos no hay desamparo porque en virtud del artículo 172.1 del Código Civil, el menor está asistido. Declara seguidamente que en estos supuestos nada impide que la guarda se transforme en tutela.

En contra de lo expuesto más arriba, estimo que no procede declarar la resolución de desamparo en los casos contemplados de abdicación de la patria potestad cuando el menor está en un acogimiento legal. Procederá más bien privar de patria potestad a los padres, ya que han incumplido con sus deberes, no teniendo trascendencia si se suspende o no la patria potestad, ya que no es necesario para promover la tutela o el acogimiento preadoptivo o la adopción.

6. CONCLUSIONES

Cuando los distintos sectores profesionales se enfrentan cara a cara con la situación que vive un menor, y han de decidir su futuro, deben tomar en consideración el amplio abanico de posibilidades que se han estudiado en este trabajo, sin descartar ni destacar ninguna solución *a priori*.

Solamente el estudio del caso concreto, junto a la legislación existente y el estudio de la jurisprudencia y la doctrina, pueden dar las claves para encontrar la solución más adecuada en el caso concreto. De ninguna forma se puede pensar de entrada que el caso a que se enfrenta el profesional es igual a uno anterior ya tratado, ya que cada menor es un mundo diferente, con un pasado, unos padres, unos familiares o unas personas que lo han atendido o no lo han hecho, en unas circunstancias siempre variables.

Sería deseable que desde el ámbito la judicatura y especialmente de los servicios sociales, desde el estudio de las distintas figuras jurídicas, se tomaran decisiones sobre cada caso, sin tender a decidir “como se ha hecho siempre”, sino estudiando todas las posibilidades que la norma nos ofrece, a fin de dar una mayor seguridad jurídica y estabilidad a los menores, y coordinando la actuación entre jueces, fiscales y la Administración, de forma que la decisión la adopte en cada momento quien le corresponda, por sí mismo o a instancias de los demás agentes implicados.

LA CONVIVENCIA MARITAL CON OTRA PERSONA COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: PROBLEMÁTICA JURÍDICA

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

*Doctora en Derecho. Doctora en Historia del Arte.
Académica numeraria de la Real de San Dionisio
de Ciencias, Artes y Letras. Abogado*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN AL TEMA.**
 - II. LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA POR LA CONVIVENCIA MARITAL DEL ACREEDOR CON OTRA PERSONA: ALCANCE Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA.**
-

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

La problemática que plantea, en los procesos de separación y/o divorcio, el tema de la pensión compensatoria ha merecido, sin duda, la atención de gran parte de la doctrina española, por ser una cuestión que, efectivamente, afecta al ámbito patrimonial.

Inspirada la figura de la pensión en el Derecho francés y, probablemente, en el inglés, la Reforma del Derecho de Familia llevada a cabo en nuestro país en 1981 estableció, en beneficio de la conservación del nivel de vida de cada cónyuge divorciado o separado, una pensión a percibir por aquel esposo que tuviera menor fortuna o medios económicos.

Su regulación viene expresamente contenida en el artículo 97 del Código Civil, cuyo texto transcribo parcialmente debido a su interés: “El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca desequilibrio económico en relación

con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial (...).”

Esta pensión, denominada compensatoria —pues hay que distinguirla cuidadosamente de la pensión alimenticia— va a extinguirse en determinados supuestos, también taxativamente enumerados en nuestro Código Civil. Uno de estos supuestos, según el artículo 101 del citado *corpus* legal, viene motivado por la convivencia marital del acreedor de ésta con otra persona. A esta causa de extinción se va a dedicar este trabajo, abundando en la problemática jurídica y en los aspectos prácticos que, sin duda, plantea.

II. LA EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA POR LA CONVIVENCIA MARITAL DEL ACREEDOR CON OTRA PERSONA: ALCANCE Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA

Hay que resaltar, como consideración previa, que, en relación al texto del proyecto de ley gubernamental, el precepto contiene la innovación, como LACRUZ BERDEJO y otros autores ponen de manifiesto⁽¹⁾, de un añadido, la cesación de la causa del desequilibrio económico que motivó la pensión o, mejor dicho, su concesión, y una supresión, la de llevar el acreedor vida notoriamente deshonesto, en ambos casos planteados por el Congreso de los Diputados en la aprobación inicial del proyecto de ley. El añadido se justifica por sí solo y la supresión porque poco tiene que ver una vida “honesta”, exigida para mantener la pensión, con la reequilibración de las situaciones económicas de los esposos que provocan la separación y el divorcio. La pérdida del derecho a la pensión por la razón legalmente establecida de convivencia del acreedor con otra persona, convivencia que ha de entenderse que debe reunir el requisito de ser marital, su razón de ser, se encuentra, según los autores citados, en la circunstancia de que el pensionista constituye una familia, jurídicamente o de hecho, por lo que debe acabar la referencia equilibradora a la situación conyugal anterior.

Carlos LALANA DEL CASTILLO afirmaba que la convivencia marital del acreedor con un tercero presenta mayores dificultades que el apartado anterior —nuevo matrimonio del acreedor—, en razón a la necesidad de la prueba. Para que la convivencia sea relevante en la extinción de la pensión, deberán darse las notas de permanencia o estabilidad y afección conyugal propias de una

(1) J.L. LACRUZ BERDEJO, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Jesús DELGADO ECHEVARRÍA y Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *El nuevo Régimen de la Familia. I. Matrimonio y divorcio*, editorial Civitas, Madrid, 1982.

convivencia *more uxorio* (2). Así lo ha entendido este autor y otros juristas que han apoyado esta tesis sin reservas. Pero habría que preguntarse, de manera inmediata, qué hay que entender por “convivencia marital”. Tengamos en cuenta que existen, en la vida, convivencias de personas que, en realidad, no están ligadas por vínculo afectivo-amoroso, de índole similar al que une a marido y mujer. Pensemos en la convivencia de un hombre y una mujer —que es el supuesto típico— fundamentada en compartir vivienda y gastos, sin que en dicha convivencia existan, como presupuesto previo, al menos, unos lazos de carácter amoroso. ¿Podría, pues, considerarse esta convivencia incluida en la causa de extinción de la pensión compensatoria que estoy analizando?

La respuesta, de modo definitivo, ha de ser que no, pero, lógicamente, se planteará un tema de prueba importante y complejo.

La convivencia marital presupone, en los convivientes, el propósito de vivir juntos formando un hogar, según lo entendió la Sentencia dictada por la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 22 de marzo de 1988. Según esta tesis, no podrá identificarse con el simple mantenimiento de relaciones íntimas, aunque éstas sean prolongadas, ni podrá inferirse, tampoco, ni siquiera del hecho del embarazo, porque él mismo puede ser fruto de relaciones aisladas, tal como observaron las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 3 de julio de 1990, y de Oviedo, de 16 de octubre de 1990.

Una Sentencia de la Audiencia Territorial de Oviedo, de 30 de enero de 1987, entendió que la pensión compensatoria “se extingue por vivir el acreedor maritalmente con otra persona (...) expresión distinta de la mera intimidad e incluso de la cohabitación más o menos pasajera, y aun de la convivencia prolongada con una persona del otro sexo si la relación, aunque extramatrimonial, no tiene carácter similar al conyugal, esto es, de unión regular con comunicación personal y de intereses, en cuanto grupo, comunes, distinta de la simple relación sentimental, que queda fuera del ámbito del precepto de cuya aplicación se trata, que pretende no la moralización de las costumbres en un determinado sentido o conforme a ciertos esquemas sociales, sino dejar sin efecto una ayuda económica a una persona, en razón de un matrimonio anterior”.

Algunos autores, como José Ángel TORRES LANA (3), estiman que no es necesaria la notoriedad, porque la convivencia marital puede configurarse con tal discreción que elimine la notoriedad. En cualquier caso, estimo que será

(2) LALANA DEL CASTILLO, C.E., *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Bosch Editor, Barcelona, 1993.

(3) TORRES LANA, J.A.: “Comentario al artículo 101 del Código Civil”, en *Comentarios al nuevo título IV del Código Civil*, coordinación de Lacruz Berdejo, editorial Civitas, Madrid, 1983.

harto difícil mantener una convivencia de esta clase en secreto. Si no es conocida por un número elevado de personas, en razón a la discreción con que la pareja mantenga esa convivencia, sí lo será, en todo caso, por un círculo reducido, tal vez muy pequeño, de personas conocedoras de esa situación. Pensemos, sin ir más lejos, en los vecinos de la pareja, residentes en una misma Urbanización o en una misma Comunidad de Propietarios (régimen de propiedad horizontal). Esta opinión la mantiene, asimismo, Carlos LALANA DEL CASTILLO, cuando afirma que, al menos para un cierto círculo de personas, aunque éste sea restringido, deberá darse el conocimiento de la relación, creándose la apariencia de una relación conyugal⁽⁴⁾.

Luis ZARRALUQUI, por su parte, se hace eco de las dificultades que plantea esta causa de extinción de la pensión compensatoria, afirmando que su mayor dificultad es la determinación de qué vida en común constituye la convivencia contemplada por el artículo 101 del Código Civil para surtir los efectos negativos a que se refiere esta norma legal. De esta dificultad, como expresa este jurista⁽⁵⁾, dan clara idea todas las referencias legislativas que se hacen en los distintos textos legales a las uniones de hecho, en cada una de las cuales existe una denominación dispar y unas exigencias divergentes.

Para Herminia CAMPUZANO TOMÉ⁽⁶⁾, la extinción de la pensión por desequilibrio en razón de la convivencia marital del acreedor con un tercero no queda subordinada al nacimiento de un nuevo derecho de socorro entre los compañeros, que haga cesar el desequilibrio económico que originó la pensión.

Ha sido, como en tantas otras ocasiones, nuestra Jurisprudencia la que ha ido perfilando los caracteres que ha de reunir esta causa de extinción de la pensión compensatoria, consciente, sin duda, de las dificultades y complejidades a que daba lugar su enunciado en el artículo 101 de nuestro Código Civil. Voy a detenerme, seguidamente, en esas características o requisitos que ha de reunir esta causa para poder encuadrarse dentro del marco legal de la extinción.

En primer lugar, es interesante destacar que se ha exigido que la convivencia tuviera un carácter similar a la relación conyugal. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 6 de septiembre de 1996, recogió, a mi juicio, con gran acierto, este requisito, declarando que debía ser una

(4) LALANA DEL CASTILLO, C.E., *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, citado en nota 2.

(5) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, editorial Lex Nova, Valladolid, 2001.

(6) CAMPUZANO TOMÉ, H., *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio. Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, Bosch, Barcelona, 1986.

unión *more uxorio* —el propio enunciado ya hace referencia clarísima a una situación que, sin duda, tiene connotaciones propias de la convivencia conyugal—. Esta misma Sentencia declaró que esa convivencia debía ser habitual, estable y permanente o, en otras palabras, reunir las notas de habitualidad, estabilidad y permanencia. Estos requisitos, cuando se trata de dilucidar si se está ante una pareja de hecho o unión libre, son, precisamente, los exigidos.

Parece fuera de toda duda o discusión que la convivencia exigida para integrar esta causa de extinción de la pensión compensatoria ha de ser como marido y mujer, es decir, que ha de ser vivida como si de esposos se tratara. Así lo entendió una Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 4 de marzo de 1996, al afirmar que esa convivencia debía ser como marido y mujer —en todo caso sería una ficción, ya que si estamos ante una convivencia marital es porque no ha existido previo matrimonio—, haciéndose eco esta resolución de la exigencia del precepto del *corpus* civil.

Que esta ficción resulta válida a todas luces se observa claramente en la Jurisprudencia, así como en las tesis mantenidas por nuestra doctrina. En efecto, una Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de 15 de septiembre de 1987, afirmó que “la vida marital a la que alude aquel artículo (artículo 101.1.º) supone una situación similar a la vida matrimonial normal, es decir, la existencia de una comunidad de vida entre un hombre y una mujer”.

Esa comunidad de vida la pueden tener dos personas sin presuponer que sea *more uxorio*. Lo importante, lo esencial diría yo, es que la nota que destaca por encima de las demás es que esa comunidad de vida —de intereses, de bienes, de afectos— ha de estar encaminada a ser una comunidad en todo similar a la matrimonial. Quizás no se percató algún autor de que, precisamente, cuando una pareja decide establecer estos vínculos comunes sin celebración previa de matrimonio, es porque desean deslindarse, siquiera sea parcialmente, de los arquetipos propiamente conyugales.

Esta convivencia o comunidad de vida ha de serlo, asimismo, con la posesión o la apariencia de un estado familiar de hecho o convivencia *more uxorio*, con comunidad de vida análoga al matrimonio, por lo que ha de ser una vida en el mismo hogar, compartiendo “lecho, mesa y habitación”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 5 de octubre de 1993 declaró, a este respecto, lo siguiente: “Tiene establecido esta Audiencia (sentencias de 21 de febrero de 1989 o 15 de enero de 1992) que la convivencia marital a que se refiere el artículo 101 del Código Civil como extintiva del derecho a la pensión compensatoria de cualquiera de los cónyuges que obtuvieron sentencia de separación o de divorcio, requiere una posesión de estado familiar de hecho o convivencia *more uxorio*, expresión ésta que aleja la relación meramente episódica, al exigir una determinada estabilidad o habitualidad, que no otra cosa define el Diccionario español bajo el término *convivir*”.

Sin duda, una de las notas más destacadas de lo que ha de ser esta convivencia viene dada por las notas de permanencia, estabilidad y habitualidad.

Estas notas o requisitos exigidos no se infieren, tal como ha sido reiterado por la Jurisprudencia en nuestro país, del embarazo de la pensionista. Así, efectivamente, lo declaró una Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, de 3 de julio de 1990: “(...) la circunstancia de coincidir ambos en el Juzgado de Distrito de Gandía, como demandados en determinado proceso de cognición, le permitió advertir que doña A., a la que no había visto hacía lo menos cinco años, estaba embarazada, hallándose, según sus cálculos de él, en el cuarto mes de gestación, descubrimiento que le indujo a investigar las circunstancias actuales de la vida de ella llegando así a saber que mantiene una convivencia, que data de por lo menos tres años, con un hombre de identidad no determinada, al que debe considerarse el padre de la criatura que doña A. dé a luz; todo ello le inclina a solicitar en dicho escrito, con amparo del artículo 101.1 del Código Civil, se le releve o exima de la pensión compensatoria que actualmente en cuantía de 17.500 pesetas mensuales viene pagando a su consorte, incurso en causa de extinción de ese derecho.

(...) Al ser los recién relatados, hechos que el demandante introduce en el proceso, para que junto con los admitidos por la actora integren la cognición en este proceso, a él exclusivamente (al demandado) correspondía (en defecto de un reconocimiento o admisión de la contraparte, que en este caso no se han producido) la prueba de los mismos con arreglo al artículo 1214 del Código Civil, prueba que había de comprender no tanto el hecho de la gravidez de su consorte, que, de suyo, no integra esa condición de vida marital con otra persona que el citado artículo 101 exige en causa de extinción de la pensión compensatoria, puesto que la concepción tanto puede ser consecuencia de una convivencia continuada entre varón y mujer con las intimidades corporales que le son inherentes, como de un contacto aislado y esporádico que ésta haya mantenido con persona del otro sexo, sino la realidad de esa relación prolongada compartiendo casa y lecho, única a la que cabe encuadrar en el concepto de ‘*vivir maritalmente*’, empleado por el Código. Sin embargo, el demandado, onerado con esta carga probatoria, no ha articulado medio de prueba ninguno, por lo que difícilmente podría darse por existente tal circunstancia extintiva de la pensión”.

Hay que entender que causas extintivas de la pensión compensatoria son las que vienen enunciadas, como tales, en el artículo 101 del Código Civil, y en este precepto no aparece, efectivamente, el embarazo de la pensionista como causal extintiva, por lo que no cabe, en una demanda, solicitar esa extinción en base al embarazo de la esposa, porque ese embarazo no requiere una permanencia, una estabilidad o ni siquiera una habitualidad en las relaciones de pareja y, en concreto, un embarazo puede ser, simple o meramente, el fruto de unas

relaciones esporádicas, sin apariencia alguna de vida familiar. A la apariencia de vida familiar, precisamente, se refiere o alude, de una forma bastante clara, una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de octubre de 1990: “La existencia de esa convivencia marital se infiere de que la demandada tiene una apariencia de vida familiar con otra persona, apariencia que no ha sido desvirtuada por la misma como parte obligada a probar que la apariencia es sólo eso: apariencia. Y esto es así porque no hay que identificar convivencia marital, que realmente supone una situación de hecho que reviste socialmente la apariencia de matrimonio, con la acreditación de la existencia de relaciones sexuales continuadas con una misma persona o esporádicas con diferentes personas sin mantener en ningún caso esa apariencia de vida en común, puesto que en el primer caso existe causa de extinción de la pensión compensatoria, mientras que en el segundo no concurre causa alguna. Así, probada dicha apariencia (véase las pruebas de confesión judicial y testifical, así como también el cambio de domicilio de la demandada sin razón justificada alguna), para lo cual no es posible exigir a la otra parte que pruebe que en esa apariencia se incluyen también las relaciones sexuales por el carácter íntimo y reservado de las mismas, procede la estimación de la acción ejercitada, esto es, la supresión de la pensión compensatoria”.

La acreditación o prueba de la convivencia marital *more uxorio* es, sin duda, uno de los factores más importantes que van a concurrir a la hora de encontrar un fundamento para la extinción de la pensión compensatoria. Así se observa, entre otras, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 16 de octubre de 1990, que, en relación con esta problemática, declaró lo siguiente: “Conforme a lo previsto en el artículo 101 del Código Civil, el derecho a la pensión compensatoria se extingue, entre otras causas, por vivir el percceptor de la misma maritalmente con otra persona, precepto que ha sido interpretado reiteradamente por esta Sala en el sentido de que para su aplicación ha de resultar acreditada una convivencia estable, *more uxorio*, es decir, semejante a la convivencia matrimonial, circunstancia que, en contra de lo razonado en la resolución recurrida, no cabe estimar acreditada en el presente caso, pues si bien es cierto que doña M.P. al absolver en confesión las posiciones quinta y sexta manifestó que ‘J.M.G.C. era un novio que tiene’, con el que tuvo un hijo llamado D., negó la certeza de la convivencia, como también la negó el otro interesado, quien, al responder a la pregunta segunda, explicó que el niño era fruto de unas relaciones aisladas, y que vivía con su madre, hechos corroborados por la testifical practicada a la instancia de la demandada, cuyos testigos manifestaron que doña P. vivía con sus hijos, haciéndolo don J.M. en compañía de su anciana madre; razones por las que en este punto debe acogerse el recurso formulado y mantener la pensión compensatoria, cuya cuantía se revisará con arreglo al módulo fijado en el convenio”.

En algunas Sentencias se hace referencia a la ausencia de presunciones que permitan deducir o concluir que la pensionista vive con otra persona. Así lo declaró una Sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 15 de mayo de 1991: “Pero no hay ninguna prueba de que vivan en el mismo hogar (antes al contrario, conserva cada uno el suyo), y mucho menos consta que compartan *‘lecho, mesa y habitación’*, que sería lo que daría carácter de vida marital a la relación de la demandada con el tercero de referencia, en cuya compañía ha sido sorprendida en muchas ocasiones, pero siempre en horas y lugares que no permiten presumir que vivan *‘juntos’*”.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 18 de marzo de 1991 se centró, precisamente, en la consideración de la ausencia de medios probatorios en relación a la convivencia marital: “(...) el artículo 101 del Código Civil menciona el cese de la causa que la motivó, el nuevo matrimonio del acreedor y la convivencia marital con otra persona, como circunstancias relevantes, destacando la doctrina a propósito de esta última que la misma va unida a la formulación de una norma general en virtud de la cual debe entenderse que cualquier situación de convivencia estable excluye el desequilibrio económico, de forma que tal causa va ligada siempre a una estabilidad, con la creación de una apariencia matrimonial, quedando excluida, por consiguiente, una dicha eficacia cuando se presenta como una relación esporádica u ocasional; pues bien; los datos que respecto de una tal situación se invocan por el recurrente son tan escasos y poco consistentes que ni siquiera permiten apreciar esta última; en modo alguno podría considerarse base para ello el contenido que se dice del mentado informe elaborado por una agencia de detectives, que nos exigiría recordar las determinaciones legales en materia de prueba ordenadas a la salvaguarda de las necesarias garantías”.

Esta última Sentencia hace alusión, asimismo, a que la titularidad de una cuenta corriente de la pensionista con otra persona —cotitularidad— no conduce, por sí sola, a la conclusión de que mantiene una relación estable, de carácter marital, con otra persona. Aquí, de nuevo, entra en juego el sentido enormemente práctico que la norma civil impone en estos casos a la hora de dilucidar si efectivamente existe una convivencia marital o no con otra persona y, en consecuencia, se produce la extinción de la pensión compensatoria. Pensemos que una cotitularidad de una cuenta corriente puede tenerse con un familiar, un amigo o un pariente lejano. Por este solo hecho no se puede inferir o deducir una convivencia marital con el cotitular de la misma (“y otro tanto cabe decir en cuanto a la invocada titularidad de una cuenta corriente de la demandada junto con otra persona, lo que por sí no podría conducir a la conclusión que se pregonan”).

Otro requisito que se ha venido exigiendo por nuestra Jurisprudencia consiste en que la relación sea personal y exclusiva. Así lo entendió una Sentencia

de la Audiencia Provincial de Zamora de 21 de mayo de 1998: “La circunstancialidad de las situaciones que se pretendan analizar para determinar si la relación mantenida por la acreedora de la pensión con una tercera persona se pueda calificar de estable y asimilable a la relación marital, caracterizada por la convivencia personal y exclusiva en la relación interpersonal, no soslayando el derecho de toda persona que en régimen de separación conyugal tiene a mantener relaciones rehaciendo su vida sentimental, debe encontrarse en la prueba que al efecto se practique. A tal efecto debe señalarse que la prueba establece tal relación de estabilidad y no circunstancial o esporádica, señalando que desde el mes de julio de 1996 la esposa demandada convive con otra persona, que se le identifica como José Luis, y esta convivencia en el domicilio de la esposa en la localidad de Muelas del Pan lo expresan sus dos hijos”.

La necesidad de que la convivencia sea estable y no esporádica u ocasional es un requisito que se repite en numerosas resoluciones. Es, probablemente, uno de los factores más importantes a la hora de reconocer que estamos ante una convivencia de carácter marital.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona, de 31 de enero de 1994, declaró que se hacía patente la necesidad de acudir a valorar la prueba de presunciones, como única factible en muchos casos de apreciar la existencia de convivencia marital, la cual supone necesariamente una cohabitación de carácter permanente y estable, que en la práctica venga a generar una posesión de estado familiar *de ipso*, actuando el modelo matrimonial como paradigma: “De entre las causas de extinción que contempla el artículo 101 del Código Civil: desaparición de la causa que la motivó, matrimonio y convivencia marital, ésta última es la que puede plantear mayores problemas en orden a su prueba y a qué se entiende por tal convivencia”.

En relación a la prueba de convivencia marital, no cabe desconocer que normalmente se desarrollará con discreción, ya sea por su propia naturaleza, que entra de lleno en la esfera de intimidad de las personas, ya sea por un manifiesto interés en ocultarlo, bien para evitar que opere la causa de extinción, bien en los supuestos de infidelidad. Por ello, se hace patente la necesidad de acudir y valorar la prueba de presunciones, como única vía factible en muchos casos de apreciar su existencia.

Por lo que respecta a qué se entiende por convivencia marital, la jurisprudencia, al menos la de las Audiencias, señala que “supone necesariamente una cohabitación de carácter permanente y estable que en la práctica viene a generar una posesión de estado familiar *de ipso*, es decir, una convivencia *more uxorio*, dado que la expresión utilizada por el Código no puede configurarse más que según el modelo matrimonial, que actúa como paradigma, lo que exige las notas de habitualidad y no la relación meramente episódica o circunstancial, pues la

expresión convivencia no puede entenderse de otra forma, y esa habitualidad presupone la estabilidad, como corolario lógico inevitable.

Acogiendo la anterior idea, la prueba practicada en autos pone de manifiesto, a juicio de la Sala y coincidiendo con la valoración hecha por el Juez *a quo*, que sí existe *de facto* dicha convivencia marital a los efectos del artículo 101 del Código Civil, y ello a tenor de las circunstancias, que se consideran acreditadas, siguientes:

a) La propia actitud de don I.G.P., persona con la que convivía la demandada, y ello a tenor de la testifical ofrecida por personas que, en principio, no parece que subjetivamente fueran contrarias a aquél (...)

b) El informe realizado por el Sargento Comandante del Puesto de la Guardia Civil de Villafranca señala que ‘de las gestiones realizadas e informes recibidos por vecinos de esta localidad, se ha tenido conocimiento de que don I.G.P. vive en el domicilio de doña Y.J.A.P. de las E., número 11, Villafranca (Navarra)’.

Los términos en que está redactado dicho informe permiten racionalmente concluir que convive con habitualidad en la misma casa que la demandada, especialmente si tenemos en cuenta que anteriormente, en dicho informe, se había destacado que el domicilio conforme al padrón de don J.I.G.P. es otro.

c) A la vista de las anteriores circunstancias, el tan debatido significado de la transferencia de un vehículo del que era titular don J.I.G.P., pasando a estar a nombre de la demandada, cobra un cabal significado en términos de convivencia normalizada entre dos personas, propia o conforme a una relación de pareja.

d) Es asimismo significativo o cobra su verdadero sentido y alcance los términos en que se plantea la demanda de separación entre don J.I.G.P. y doña C.A., formulada por ésta en base precisamente a la relación de su marido con la demandada.

En base a lo expuesto, deduciendo la convivencia marital de la demandada con otra persona, debe operar sus efectos extintivos o de supresión previsto en el artículo 101 del Código Civil respecto de la pensión por desequilibrio, resultando correcta y ajustada a Derecho la decisión del Juzgador de instancia y por ende la procedencia de desestimar el recurso de la parte apelante-demandada”.

En esta última Sentencia citada, fueron, sin lugar a dudas, esenciales los testimonios prestados por diversas personas, tanto amigos como familiares del demandado, cuyas declaraciones testificales se referían, la mayor parte de las ocasiones, a haber oído decir directamente a don J.I.G.P. que doña Y.J. era su

nueva mujer, con la que convivía en Villafranca (Navarra), mencionando, además, fechas y lugares concretos.

Un requisito que se ha venido exigiendo también a esta causal de extinción de la pensión compensatoria viene constituido por la globalidad. Así lo declaró una Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 4 de noviembre de 1993: “La convivencia marital que ha de computarse a efectos de determinar la extinción del derecho a la pensión, ha de tener las notas de permanencia, globalidad y estabilidad, sin que pueda tenerse en cuenta como tal una mera relación ocasional y transitoria, calificable como ‘vacaciones de verano’, pues debe revelar socialmente un ‘quasi matrimonio’ y una relativa demostración de ‘hogar’”.

El requisito de la cohabitación plantea algunos problemas que merecen ser abordados aquí. Una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de marzo de 1998 declaró que “la extinción de la pensión compensatoria fijada en una sentencia de divorcio a favor de un cónyuge, al amparo del artículo 101 del Código Civil por convivencia marital con otra persona, exige que la convivencia marital que se dé sea una situación estable y de práctica cohabitación entre dos personas, creándose una apariencia que genere, a su vez, la posesión de estado familiar o conyugal”. ¿Qué sucede, sin embargo, cuando se sigue manteniendo, a efectos administrativos y de correspondencia, otro domicilio? Este supuesto lo resolvió la Sentencia, reciente, de la Audiencia Provincial de Toledo, de 10 de febrero de 2000: “El artículo 101 del Código Civil cita como una de las causas de extinción de la pensión compensatoria o por desequilibrio económico el hecho de vivir el acreedor, o beneficiario de la misma, maritalmente con otra persona. El precepto equipara a estos efectos la convivencia marital con el mismo matrimonio, toda vez que las nuevas nupcias del pensionista también son causa de extinción de la pensión y ello, según nuestra doctrina, para evitar situaciones fraudulentas, consistentes en no contraer nuevo matrimonio para no perder el derecho o la pensión derivado de un matrimonio anterior.

La equiparación implica evidentemente un cierto reconocimiento de una situación de hecho, reconocimiento que no es extraño ya en nuestro derecho, en otros órdenes, tanto civiles, como penales, laborales, etc.

Frente a la redacción del artículo 101 que proponía el Gobierno en el Proyecto de la Ley de 7 de julio de 1981, que estableció que se extinguiría el derecho de pensión por llevar el acreedor ‘vida notoriamente deshonesto’, lo cual implicaba una especie de sanción al cónyuge que, siendo beneficiario de la pensión, mantuviera relaciones sexuales con otra u otras personas, y ante todo, el establecimiento de juicios de valor acerca de la conducta de otra persona en el aspecto sexual, la actual redacción, lejos de cualquier planteamiento de carácter moral acerca de la conducta de los cónyuges o ex cónyuges tras su ruptu-

ra matrimonial, lo único que pretende es evitar el fraude por un lado, y por otro que se mantenga el derecho a la pensión cuando desaparece el desequilibrio, lo que ocurre con carácter general cuando se alcanza una nueva situación de convivencia estable con otra persona. Así pues, la causa de extinción del derecho va ligada no a la conducta del beneficiario vista desde el punto de vista moral, conducta que a este Tribunal no le afecta en modo alguno y que desde luego nunca podría desaprobar, pues entiende que el derecho al libre desarrollo de la personalidad proclamado en el artículo 10 de nuestra Constitución comprende evidentemente el de rehacer nuevamente la vida afectiva con otra persona, sino que la extinción obedece únicamente a la idea de la estabilidad de la convivencia, con la creación de una apariencia matrimonial o, si se quiere, de un status paramatrimonial, excluyéndose por tanto como causa de extinción del derecho de pensión la convivencia esporádica u ocasional y, mucho más, la simple relación amorosa o afectiva sin convivencia.

Se trata, pues, en el caso presente de examinar si existe prueba bastante en el procedimiento acerca de la convivencia o no de la demandada con una tercera persona, y del grado de intensidad y de permanencia o estabilidad de dicha convivencia, para poder decidir sobre la extinción de la pensión, tal y como solicita la parte demandante y hoy apelada.

Y examinado el material probatorio obrante en autos, fundamentalmente los informes elaborados por una investigadora privada referidos a dos diferentes momentos separados entre sí por varios meses y abarcando cada uno de ellos varios días consecutivos, informe que ha sido convenientemente ratificado por vía testifical dando oportunidad a la contraparte a formular repreguntas, así como de diversa prueba testifical también practicada, se llega a la conclusión racional de que en efecto la demandada ha entablado, como tiene por cierto el más legítimo derecho, una nueva relación de pareja, estable, seria y suficientemente prolongada en el tiempo como para poder entender que en efecto concurre la circunstancia de extinción de la pensión compensatoria prevista en el artículo 101 del Código Civil y que venimos examinando, siendo datos reveladores, entre otros muchos, de dicha estabilidad en la convivencia, el hecho de que el compañero sentimental de la demandada posea llaves del domicilio de la misma, el hecho de que cuando sale de su domicilio tras pernoctar lo haga correctamente uniformado para el desempeño de su trabajo como vigilante del estacionamiento en Talavera de la Reina habiendo entrado por las noches vestido de paisano, lo que demuestra que ha trasladado sus ropas a la vivienda de la demandada, incluso el hecho de que vecinos del que se supone que es su propio domicilio remiten a quienes preguntan por él al domicilio de la demandada, según el mencionado informe de seguimiento convenientemente ratificado.

El que el compañero sentimental de la demandada mantenga su anterior domicilio a efectos administrativos o que en él reciba su correspondencia, en

absoluto prueba que sea allí donde verdaderamente reside habitualmente, no siendo tampoco exigible para entender la existencia de una convivencia marital el hecho de que se comuniquen los patrimonios de los convivientes, adquieran bienes comunes o mantengan cuentas corrientes conjuntas, siendo plenamente compatible una independencia patrimonial con una convivencia *more uxorio* en lo estrictamente personal, de igual modo que dicha independencia patrimonial es también compatible con el matrimonio regido por el régimen de separación de bienes, en el que no hay comunicabilidad ni confusión de patrimonios, sino únicamente contribución a los gastos comunes en proporción a los respectivos ingresos”.

Una Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao, de 23 de mayo de 1988, declaró que, para la extinción de la pensión compensatoria, la relación que se exigía como causal había de ser estable, habitual, no esporádica u ocasional, y con apariencias de la existencia de una intimidad sexual.

Efectivamente, uno de los puntos más polémicos que, en torno a esta causal, pueden plantearse viene determinado por el requisito de que exista una intimidad sexual o, al menos, una apariencia de la misma, ya que, por lo general, los actos propios de la intimidad sexual son privados, pertenecen a la esfera íntima de la persona y no suelen exteriorizarse en público. Esta Sentencia últimamente citada aborda un tema complejo y delicado: ¿Puede considerarse que existe convivencia marital entre dos personas del mismo sexo y constituir, de este modo, causa de extinción de la pensión compensatoria?

La respuesta a este difícil problema viene, en parte, a colación porque, en la actualidad, es fácil encontrar personas del mismo sexo que conviven, bien por razones laborales, por economizar gastos, por afinidad amistosa, etc. ¿Cuándo, en este supuesto, se podría decir que estamos ante una convivencia marital?

Parece lógico afirmar, de manera definitiva, que esta convivencia de personas del mismo sexo será causa de extinción de la pensión compensatoria siempre que esa relación lo sea con el carácter estable que tiene la de una pareja de personas de distinto sexo. La Sentencia de 16 de marzo de 2001, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, declaró, a este respecto, lo siguiente: “La esposa se muestra disconforme únicamente con uno de los pronunciamientos contenidos en la sentencia dictada en la primera instancia, la decisión del Juzgador *a quo* de declarar extinguida la contribución económica que desde el auto de medidas provisionales venía efectuando el esposo a favor de aquélla, al no poder subsistir como pensión compensatoria, pues concurre la causa prevista en el tercer inciso del párrafo primero del artículo 101 del Código Civil (convivencia marital con otra persona); alegando la esposa que debe fijarse pensión compensatoria a su favor, y además en la cuantía que solicitaba, 40.000 pesetas mensuales, teniendo en cuenta que se da el requisito exigido por el artículo 97 del Código Civil, desequilibrio entre los cónyuges, y que la convivencia con

doña Begoña E. es sólo como una amiga muy especial, siendo la misma reciente, que aunque le ha dado una estabilidad emocional, no debe ésta confundirse con la estabilidad de una pareja a la que se refiere el artículo 101 del Código Civil, cuando habla de convivencia marital.

El artículo 101 del Código Civil previene en su párrafo primero que el derecho a la pensión compensatoria se extingue ‘por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona’, precepto que, en cuanto a la última causa, ha sido interpretado reiteradamente en el sentido de que la ‘convivencia marital’, según la expresión que utiliza la norma, para extinguir o impedir el nacimiento del derecho a la pensión compensatoria, supone, necesariamente, una cohabitación de carácter permanente y estable, que en la práctica venga a generar una posesión de estado familiar *de facto*, es decir, una convivencia *more uxorio*, dado que la expresión utilizada por el Código no puede configurarse más que según el modelo matrimonial, que actúa como paradigma, lo que exige las notas de ‘habitualidad’ y no la relación meramente episódica o circunstancial, pues la expresión convivencia no puede entenderse de otra forma, y esa ‘habitualidad’ presupone la ‘estabilidad’, como corolario lógico inevitable, sin que por ello tenga que ser definitiva en el tiempo, como tampoco puede no serlo el matrimonio, ni proyectarse obligatoriamente hacia esta institución cuando la propia Ley ya la contempla expresamente como causa de extinción. Se trata, en definitiva, de una relación a semejanza de la matrimonial, como con mejor criterio precisó la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1998.

Por lo que se refiere a la prueba, corresponde al deudor demostrar que se ha producido la convivencia marital mediante la utilización de toda suerte de pruebas, bien directas, bien a través de las presunciones, tomando como base el dato incontestable de una relación más o menos continuada del acreedor de la pensión con ese tercero de la que se pueda deducir en un sentido puramente lógico que se ha producido el supuesto de hecho que genera la consecuencia extintiva. Probado este extremo, es decir, el de la convivencia, es perfectamente lícito y conforme a la naturaleza de las cosas deducir la existencia de una relación marital entre una y otra parte, si el acreedor no ha podido justificar ni explicar convenientemente el por qué de esa convivencia continuada y estable, de fácil prueba para él y de casi imposible acreditación para el contrario.

En este caso no ha existido la dificultad de prueba de dicha convivencia marital que existe en supuestos parecidos, pues la propia esposa en la prueba de confesión judicial reconoció ser cierto que mantiene una relación estable de pareja con una tercera persona que comenzó aproximadamente en el verano de 1999 (2.ª posición), prueba en la que fundamenta el Juzgador *a quo* su decisión de no señalar pensión compensatoria a favor de la esposa.

Argumenta el Letrado de la esposa que la estabilidad a que se refería esta última cuando respondió a dicha posición en la prueba de confesión, era una estabilidad de tipo emocional/amorosa, que no debe confundirse con la estabilidad de una pareja, sin embargo la pregunta que se le formulaba a la esposa en tal prueba no podía ser más clara, y la respuesta, asimismo, tan contundente, independientemente de cuánto dure dicha relación (téngase en cuenta que tampoco en los matrimonios se asegura su carácter indefinido), fue la propia apelante la que asumió su relación don Doña B. como una relación estable de pareja, que a la fecha de la prueba de confesión judicial (mayo de 2000) hacía casi un año que se había iniciado (verano de 1999), contando, asimismo, con la prueba pericial psicológica realizada por el equipo técnico del Juzgado de Familia respecto a las hijas menores del matrimonio, en la que se hace referencia a la relación que mantiene la madre”.

En esta última Sentencia citada, la convivencia de la esposa con una tercera persona, en este caso, con una persona de su mismo sexo, fue considerada causa de extinción de la pensión compensatoria. En este sentido, hay que reseñar que ya ZARRALUQUI se planteaba si la convivencia homosexual producía idénticas consecuencias extintivas a la convivencia heterosexual. Para este autor⁽⁷⁾, vivir maritalmente ha sido un término que, tradicionalmente, se ha aplicado, por su analogía y referencia al matrimonio, a la relación heterosexual. Sin embargo, la evolución legislativa en todos los órdenes y la regulación en los ámbitos autonómicos de las convivencias y de los Registros de parejas de hecho obligan a conceder un carácter extintivo igual a las relaciones homosexuales que a las heterosexuales. Según TORRES LANA⁽⁸⁾, la convivencia homosexual debe equipararse al concubinato a estos efectos.

Del mismo modo, CAMPUZANO TOMÉ entiende que la convivencia del acreedor de la pensión con persona de su mismo sexo, siempre que reúna los presupuestos propios de la convivencia marital, debe estimarse como causal de extinción de la pensión compensatoria⁽⁹⁾.

ZARRALUQUI, al comentar esta causa de extinción, afirmaba que “la realidad es que, con el carácter sorprendentemente restrictivo de la Jurispruden-

(7) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *La pensión compensatoria de la separación conyugal y el divorcio*, citado en nota 5.

(8) TORRES LANA: “Comentario al artículo 101 del Código Civil”, citado en nota 3.

(9) CAMPUZANO TOMÉ, H., *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, citado en nota 6.

cia, la convivencia, heterosexual u homosexual, del beneficiario con otra persona, es causa de supresión de la pensión compensatoria”⁽¹⁰⁾.

El problema principal, sin duda, se plantea en cuanto que la prueba de la naturaleza de estos hechos y la intimidad en que tienen lugar genera aún más, si cabe, las dificultades probatorias, así como sus posibilidades de prueba. El hecho mismo de la convivencia es difícil de acreditar, así como el momento mismo en que se inició, teniendo en cuenta que de este momento hay que partir para la producción del efecto extintivo. En muchas ocasiones, los propios interesados desconocen cuándo se ha pasado de una relación amorosa, con mayor o menor permanencia en la misma vivienda, a una vida en común real. En cualquier caso, la prueba debe acreditar los hechos que lleven a la convicción del Juzgador la convivencia alegada. En este sentido, es interesante destacar una Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, de 25 de enero de 1990: “Que partiendo del principio de libre valoración de la prueba que impera en nuestro Derecho y de la dificultad de la demostración de los hechos que lleven a la convicción del juzgador, de la realidad de tal convivencia, es obvio que el Juez de 1.ª Instancia número 25 de Madrid hace con su sentencia un estudio meditado que, pese a todas las dificultades que llevan consigo esas actividades probatorias, da como hechos probados: 1.º) La convivencia en la misma vivienda, propiedad de la Sra. S., del Sr. L. desde el año 1983, pues las argumentaciones de la parte demandada de que tal convivencia se debía a un contrato de arrendamiento parcial de la vivienda, cae por su propio peso, pues ni existe el apartamento a que se alude, ni el mismo podía ser arrendado ni reunían las condiciones mínimas de habitabilidad los huecos a los que se pretende tal conceptualización; 2.º) Que esta convivencia no se reduce al mero hecho de que la pareja indicada conviva en la misma casa, sino que también se considera probada por hechos tan significativos de que ambos acuden juntos a fiestas y otras actividades sociales, de que visitan solos fincas alejadas de Madrid, en fin, de que ambos realizan una convivencia continua originada por esa relación constante y permanente, que tampoco ha sido desvirtuada por la demandada”.

En sede de prueba, una Sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona, de 31 de enero de 1994, declaró que “el artículo 101.1.º del Código Civil contempla como causa de extinción de la pensión por desequilibrio la convivencia marital con otra persona, lo que plantea problemas en orden a la prueba y a qué se entiende por tal convivencia. Se hace patente la necesidad de acudir a valorar la prueba de presunciones, como única factible en muchos casos de apreciar la

(10) ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *La pensión compensatoria...*, citado en notas 5 y 7.

existencia de convivencia marital, la cual supone una cohabitación de carácter permanente y estable, que en la práctica venga a generar una posesión de estado familiar *de ipso*, actuando el modelo matrimonial como paradigma”.

La carga probatoria va a recaer, como no podía ser menos, en la persona que alega la existencia de la causa de extinción, si bien hay que resaltar que, una vez probada por el deudor la apariencia de vida familiar del acreedor con un tercero, va a corresponder al acreedor, precisamente, la carga de la prueba de que es sólo una apariencia. Una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 1 de octubre de 1990, afirmó, efectivamente, que “la existencia de esa convivencia marital se infiere de que la demandada tiene una apariencia de vida familiar con otra persona, apariencia que no ha sido desvirtuada por la misma como parte obligada a probar que la apariencia es sólo eso: apariencia. Y esto es así porque no hay que identificar convivencia marital, que realmente supone una situación de hecho que reviste socialmente la apariencia de matrimonio, con la acreditación de relaciones sexuales continuadas con una misma persona o esporádicas con diferentes personas, sin mantener en ningún caso esa apariencia de vida en común, puesto que en el primer caso existe causa de extinción de la pensión compensatoria mientras que en el segundo no concurre causa alguna. Así, probada dicha apariencia (véase las pruebas de confesión judicial y testimonial, así como también el cambio de domicilio de la demandada sin razón justificada alguna), para lo cual no es posible exigir a la otra parte que pruebe que en esa apariencia se incluyen también las relaciones sexuales por el carácter íntimo y reservado de las mismas, procede la estimación de la acción ejercitada, esto es, la supresión de la pensión compensatoria”.

En relación a la fecha a partir de la cual debe entenderse suprimida o suspendida la pensión compensatoria, una Sentencia de la Audiencia Provincial de León, de 6 de mayo de 1995, entendió, de manera contundente, a efectos de evitar la inseguridad jurídica, que los efectos de la resolución que declara la suspensión debían retrotraerse a la fecha de presentación de la demanda.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia 22/2003, de 10 de febrero.
Ponente: Excmo. Sr. D. Tomas S. Vives Antón.**

Vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando la entrada y registro se hace con el consentimiento de la esposa en un procedimiento en el que aquélla denunció a su marido, aunque no obstante dicha declaración no tiene el efecto de invalidar la prueba obtenida, ya que ésta pudo obtenerse con posterioridad actuando conforme a la Constitución.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 19 de junio de 1997, cuando don A. regresó a su domicilio y, sin mantener ningún tipo de conversación con su esposa e hijo, sacó del armario donde tenía guardadas las armas una escopeta marca Beretta, calibre 12, para la que posee la correspondiente guía de pertenencia, y como quiera que su mujer se había encerrado en la habitación del hijo de ambos, después de que éste intentara calmar a su padre y que depusiese su actitud, disparó dos veces contra la puerta, logrando así abrirla, produciéndose entonces un forcejeo entre ambos hasta que la esposa consiguió arrebatarse el arma.
- En la diligencia de inspección ocular realizada momentos después por la policía con autorización y en presencia de madre e hijo, le fue hallada al acusado, además de otras armas debidamente legalizadas, una pistola marca Star, calibre 7,65 y una caja con 22 cartuchos del mismo calibre para la que no tenía guía de pertenencia, arma que presenta un estado de conservación y funcionamiento correctos.
- En el juicio oral la defensa de don A. planteó la vulneración del art. 18.2 CE, alegando que el registro fue realizado sin autorización judicial y sin presencia del acusado, y sin que se tratase de un delito flagrante, porque la policía intervino cuando el acusado salió de su casa. Por ello el registro es nulo de pleno derecho, así como también resultan nulas las actuaciones subsiguientes. El Juez desestimó la cuestión porque la policía entró con la esposa del acusado, efectuando protesta la defensa a efectos de recurso.

- Por los citados hechos el recurrente fue condenado, como autor de un delito de amenazas del art. 169.2 CP y un delito de tenencia ilícita de armas del art. 564.1 CP, a la pena de un año de prisión por cada uno de ellos, así como al abono de las costas y al comiso de las armas citadas.
- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación, alegando el recurrente vulneración del art. 18.2 CE, porque la entrada y registro en el domicilio se realizó sin autorización judicial, sin darse un supuesto de delito flagrante y sin consentimiento del acusado, que se encontraba detenido en esos momentos, tras haber salido voluntariamente del domicilio conyugal. El recurso fue desestimado por sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo, de fecha 30 de septiembre de 1999, que, respecto de la vulneración del art. 18.2 CE, manifiesta en su fundamento de Derecho segundo que “la diligencia se practicó con la presencia de la esposa y del hijo del acusado, los que estaban en la vivienda —morada de todos ellos— debiendo señalarse al respecto (...) que el ‘interesado’ cuya presencia en el registro exige el artículo 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no es necesariamente la persona imputada, sino el titular del domicilio registrado, cuyo interés afectado es el inherente a la intimidad y privacidad domiciliaria que se sacrifica con tal diligencia (...) sin perjuicio del derecho que al imputado corresponda en su condición de tal a intervenir en la práctica de las diligencias sumariales, aquel titular será el que deba estar presente en el registro —y quien debe consentir en su caso la entrada— aunque no sea imputado, y en caso de serlo por ser precisamente el titular de la morada, al margen de sus derechos que como imputado tenga. Por ello entiende que la diligencia se hizo sin infracción del art. 569 LECrim, ‘al contar con la presencia de la esposa del recurrente, siendo como era titular, en igualdad con éste, de la morada común’, cumpliéndose la exigencia de presencia del interesado”.
- Don A. interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La demanda de amparo invoca la vulneración del art. 18.2 CE (derecho a la inviolabilidad del domicilio), dado que la entrada y el registro domiciliario practicado por la policía se produjeron fuera de los supuestos en que la Constitución habilita para ello, pues ni existía situación de flagrante delito, ni hubo autorización judicial previa, ni consentimiento del titular, ya que él no lo prestó

y el consentimiento prestado por otros miembros de su familia (su esposa e hijo, a la sazón denunciantes y con interés directo y subjetivo en la acusación y condena) no puede considerarse suficiente. Entiende el recurrente que el concepto de titular a efectos de prestar el consentimiento a la entrada y registro domiciliario previsto en el art. 18.2 CE debe ser interpretado restrictiva-

mente (y no en sentido amplio, como hacen las resoluciones recurridas), de forma que sólo aquél que, siendo morador, es objeto de la investigación en virtud de la cual se realiza la intromisión puede otorgarlo. Titular del domicilio y su familia son conceptos contrapuestos y excluyentes entre sí, en expresión textual de la STC 133/1995, FJ 4.

Igualmente se invoca la vulneración del derecho al proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), por haber reconocido las resoluciones judiciales la validez de una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales y por basarse la condena, respecto del delito de tenencia ilícita de armas, exclusivamente en las pruebas obtenidas en dicho registro domiciliario.

En virtud de ello se solicita la declaración de nulidad de las Sentencias dictadas por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Gijón y la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Oviedo de las que se hace mérito en el encabezamiento.

El Ministerio Fiscal, en su informe, consideró que no se produjo vulneración del art. 18.2 CE, porque la intervención policial se llevó a cabo concurriendo la condición de delito flagrante (la policía actuó con inmediatez al percibir la comisión de un ilícito por el demandante) y la necesidad y urgencia de la intervención policial, pues se trataba de comprobar el estado de un miembro de la familia, del que se ignoraba si había sido objeto de ataque, y de proceder a la recogida del instrumento de un posible delito, un arma de fuego cuya manipulación podía entrañar peligro y que debía ser custodiada. Toda la actuación policial se encaminó a estas tareas, sin que se recogiera efecto alguno en el inmueble que no guardase conexión con el ilícito anteriormente cometido y sin que la recogida de la totalidad de armas de fuego pueda tildarse de inadecuada, dada la naturaleza de los hechos acaecidos y su indudable gravedad, más en los primeros instantes. Asimismo ha de observarse que toda la actuación policial se produjo en pre-

sencia y con evidente autorización de los titulares del domicilio, uno de los cuales había sido la víctima de los hechos. Añade la representación del Ministerio público que, aun en la hipótesis de que existiera vulneración del 18.2 CE, existiría prueba de cargo suficiente en la que fundamentar la condena por el delito de tenencia ilícita de armas, pues la pistola por cuya tenencia fue condenado el demandante de amparo fue hallada efectivamente y existe (STC 161/1999), y sobre su hallazgo han declarado de forma reiterada y unánime, tanto en la instrucción como en el plenario, el hijo y la esposa (sin que exista nexo de antijuridicidad entre dicho testimonio y el hallazgo de la pistola), cuyos testimonios en gran medida resultan coincidentes con los del recurrente.

A la vista de lo anterior, las cuestiones sobre las que se centra el debate planteado en el presente recurso de amparo son las de determinar si, como entiende el recurrente, el registro de su vivienda, efectuado por miembros de la policía judicial, una vez que él había sido detenido y trasladado a la comisaría, sin que mediara autorización judicial ni su consentimiento, sino tan sólo el de otros miembros de su familia, vulneró o no el art. 18.2 CE, y si, de haberse producido esta vulneración, deben también apreciarse o no las de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), que el recurrente anuda a la anterior.

Los órganos judiciales rechazaron la existencia de una vulneración del art. 18.2 CE basándose en la suficiencia del consentimiento de la esposa y el hijo del recurrente, ambos moradores de la vivienda, de la que la esposa era también titular. El Ministerio público considera, igualmente, que no se ha producido la vulneración denunciada, añadiendo al argumento utilizado por los órganos judiciales el de la existencia de flagrante delito y la necesidad y urgencia de la actuación policial.

El análisis debe partir, por tanto, del contenido del derecho a la inviolabilidad del

domicilio en el art. 18.2 CE y en la jurisprudencia constitucional, precisando tanto el objeto de su protección como sus límites.

Conviene comenzar recordando la conexión que nuestra jurisprudencia establece entre la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la intimidad. Desde la STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2, hemos afirmado que la protección constitucional del domicilio es “una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona”.

Por ello, aunque el objeto de protección de la inviolabilidad domiciliaria no es sólo un espacio físico, en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de una persona y de su esfera privada (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 69/1999, de 26 de abril, FJ 2; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6; 10/2002, de 17 de enero, FFJJ 5 y 6) hemos reconocido también su titularidad a las personas jurídicas (STC 137/1985, de 17 de octubre), de las que no cabe afirmar que posean intimidad personal y familiar (ATC 257/1985, de 17 de abril, FJ 2).

Por otra parte se ha afirmado que la protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera define su “inviolabilidad”, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido como garantía de que el ámbito de privacidad, dentro del espacio limitado que la propia persona elige, resulte “exento de” o “inmune a” cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. La segunda, que supone una aplicación concreta de la primera, establece la interdicción de la entrada y el registro domiciliar (constituyendo ésta última la interdicción fundamental, de la que la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental), disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro

efectuados con consentimiento de su titular o al amparo de una resolución judicial (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FFJJ 3 y 5; 10/2002, de 17 de enero, FJ 5).

De modo que el contenido del derecho es fundamentalmente negativo: lo que se garantiza, ante todo, es la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro.

También se ha dicho que los límites que la Constitución española establece al ámbito de la inviolabilidad domiciliaria tienen un carácter rigurosamente taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3; 160/1991, de 18 de julio, FJ 8; 126/1995, de 25 de julio, FJ 2; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3), a diferencia de otras regulaciones constitucionales que, aun reconociéndola, se remiten, para las excepciones al respecto, a los casos y a las formas establecidas por la ley (así, el art. 14 de la Constitución italiana), o aceptan la posibilidad de que órganos no judiciales acuerden la entrada forzosa en un domicilio en supuestos de urgencia (así, el art. 13.2 de la Ley Fundamental de Bonn). “Por el contrario, en el caso de la Constitución española, y como expresión de la estrecha relación entre la protección del domicilio y la acordada a la intimidad personal y familiar en el apartado 1 del mismo art. 18, fuera de los supuestos de consentimiento del titular, y de flagrancia delictiva... se posibilita la entrada o registro domiciliar únicamente sobre la base de una resolución judicial. La garantía judicial aparece así como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no —como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución— a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir, en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 CE u otros valores e intereses cons-

titucionalmente protegidos” (STC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8).

En estrecha conexión con lo anterior hemos declarado que la resolución judicial sólo puede cumplir su función en la medida en que esté motivada, constituyendo la motivación, entonces, parte esencial de la resolución judicial misma (SSTC 126/1995, de 25 de julio, FJ 2; 139/1999, de 22 de julio, FJ 2; en idéntico sentido, SSTC 290/1994, de 27 de octubre, FJ 31; 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 41/1998, de 24 de febrero, FJ 34; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10; 8/2000, de 17 de enero, FJ 4). Esa exigencia de motivación constituye la vía de verificación de que la actuación judicial ha operado como “garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 CE y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho fundamental” (STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 10, y citándola STC 8/2000, de 17 de enero, FJ 4).

Nuestra jurisprudencia establece, por tanto, como regla general, que, a falta de consentimiento del titular el acceso al domicilio inviolable se posibilite únicamente sobre la base de una resolución judicial debidamente motivada, en atención al principio de proporcionalidad, y cuyo objeto es preservar y proteger el derecho rodeándolo de una serie de garantías. La exigencia de la garantía judicial decae únicamente en caso de flagrante delito.

La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al presente supuesto debe partir de que no existió autorización judicial (algo que nadie discute), por lo que debemos determinar si (como entendieron los órganos judiciales) existió consentimiento del titular o (como entiende el Ministerio Fiscal) nos encontramos ante un caso de flagrante delito, pues si así fuera, y aunque los órganos judiciales hayan esgrimido otras razones, conforme a lo anteriormente expuesto no se habría vulnerado el derecho consagrado en el art. 18.2 CE.

Comenzando por la cuestión de la flagrancia hay que reconocer que, ciertamente,

la actuación policial se produjo ante un delito flagrante de amenazas, puesto que los dos policías que inicialmente acudieron al citado domicilio lo hicieron ante la llamada de una mujer, a la que el recurrente (su marido) estaba amenazando con un arma de fuego en el interior del domicilio conyugal, y oyeron personalmente los disparos. Por tanto en ese momento la flagrancia del delito habría legitimado la entrada en el domicilio. Incluso cuando, tras haber salido la mujer de la casa y tras haberse entregado el recurrente (ya consumado el delito), los policías entraron en la vivienda a comprobar la situación y observaron los impactos de los disparos, esa entrada estaba amparada por la existencia de flagrante delito.

Ahora bien, el registro no se produjo en ese momento, sino en otro posterior, cuando los primeros agentes habían ya abandonado el lugar de los hechos, llevándose al recurrente detenido y una segunda unidad de la policía judicial, autorizada y acompañada por la mujer y el hijo, intervino no sólo la escopeta con la que se habían efectuado los disparos (que se encontraba debajo de un colchón), sino otra serie de armas que se encontraban en un altillo y entre las que se hallaba la pistola. Así se desprende de las actuaciones, y especialmente del testimonio de la mujer y de los agentes de la policía. Y en este segundo momento puede afirmarse que ya no existía un delito flagrante o que [en palabras de la STC 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 9 c)] “aunque la detención del recurrente se produjera de forma inmediata tras la percepción sensorial directa de los policías... de un episodio que puede calificarse de flagrante delito, sin embargo, la flagrancia del mismo cesó”.

En definitiva, la flagrancia autorizaba la entrada y registro respecto del delito flagrante (pues la flagrancia se predica del delito y autoriza la excepcional intervención policial respecto de ese delito, y no cualquier otra, salvo los casos de hallazgo casual o inevitable) y en tanto en cuanto existiera aún tal situación y la necesidad y urgencia de la intervención policial en relación con el

mismo. Habiendo cesado la situación de flagrancia delictiva, la posterior actuación policial excede del ámbito de injerencia autorizada por dicha flagrancia.

Descartado, por tanto, que la actuación policial esté amparada por la flagrancia del delito, debemos examinar a continuación si no era necesaria la autorización judicial para el registro efectuado en la medida en que se prestó consentimiento para la práctica de éste por la esposa del recurrente.

Los órganos judiciales entendieron que era suficiente la presencia y autorización de la esposa, titular del domicilio registrado junto con el recurrente, realizando así una interpretación de la legalidad según la cual el interesado cuya presencia en el registro exige el art. 569 LECrim es el titular del domicilio registrado, aunque no sea el imputado (o uno de los imputados) en las actividades presuntamente delictivas de las que trae causa la intervención policial. Esa interpretación es acorde con la jurisprudencia tradicional del Tribunal Supremo que ha venido entendiendo que el consentimiento de otros moradores distintos del acusado o imputado legitima el registro domiciliario, por más que, con posterioridad a la resolución aquí enjuiciada, se haya producido alguna resolución discrepante.

No nos corresponde decidir cuál es la interpretación correcta de la legalidad ordinaria, pero sí determinar si la efectuada en el caso resulta admisible desde la perspectiva del derecho fundamental consagrado en el art. 18.2 CE. Por tanto nuestro análisis se centrará en la determinación de quién puede consentir una entrada y registro policial, a los efectos del citado art. 18.2, en los supuestos de cotitulares del domicilio de igual derecho y, en concreto, en los casos de convivencia conyugal o análoga, cuestión que no ha sido abordada expresamente en nuestra jurisprudencia.

Para solventar ese problema ha de partirse de que la convivencia presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquél con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones respec-

to del domicilio común, del que es cotitular, que deben asumir todos cuantos habitan en él y que en modo alguno determinan la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En definitiva, esa convivencia determinará de suyo ciertas modulaciones o limitaciones respecto de las posibilidades de actuación frente a terceros en el domicilio que se comparte, derivadas precisamente de la existencia de una pluralidad de derechos sobre él. Tales limitaciones son recíprocas y podrán dar lugar a situaciones de conflicto entre los derechos de los cónyuges, cuyos criterios de resolución no es necesario identificar en el presente proceso de amparo.

Como regla general puede afirmarse, pues, que en una situación de convivencia normal, en la cual se actúa conforme a las premisas en que se basa la relación, y en ausencia de conflicto, cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el domicilio, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes.

A esa situación normal parece responder el texto expreso de la Constitución española. En efecto, el artículo 18.2 CE, tras proclamar que el domicilio es inviolable, declara que “ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o autorización judicial”, excepto en los casos de flagrante delito.

De modo que, aunque la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el domicilio, la titularidad para autorizar la entrada o registro se atribuye, en principio, a cualquiera de los titulares del domicilio, por lo que pueden producirse situaciones paradójicas, en las que la titularidad para autorizar la entrada y registro pueda enervar la funcionalidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria para tutelar la vida privada del titular del derecho.

Sin embargo, el consentimiento del titular del domicilio, al que la Constitución se

refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa.

Del sentido de garantía del art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del domicilio de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, máxime en casos como el presente, en que hallándose separados los cónyuges, el registro tuvo lugar en la habitación del marido.

La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al caso sometido a nuestro enjuiciamiento nos conduce a declarar que el registro practicado por la policía sin autorización judicial y con el solo consentimiento de la esposa vulneró el derecho del recurrente a la inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE.

Como hemos venido exponiendo la actuación policial inicial estaba inicialmente legitimada por la flagrancia del delito de amenazas que el recurrente cometió contra su cónyuge en el propio domicilio. No obstante, una vez detenido el recurrente, a salvo la víctima y comprobada la situación tras la primera inspección ocular realizada en la vivienda por los agentes policiales que practicaron la detención, las actuaciones policiales posteriores requerían, bien el consentimiento del afectado (que se encontraba a disposición de la fuerza pública, al hallarse detenido), bien la autorización judicial que, como hemos visto, no resultaba excluida por la flagrancia. Sólo de uno u otro modo se hubiera respetado el equilibrio de los intereses en juego conforme a la ponderación de éstos llevada a cabo por la propia Constitución, sin que pueda estimarse válido el consentimiento prestado por la esposa que, al ser víctima del delito, tenía intereses contrapuestos a los del recurrente en el proceso penal.

En resumen, la policía no demandó al recurrente su consentimiento tras haber sido detenido, ni solicitó autorización judicial, habiendo podido hacerlo sin perjuicio para la investigación ni para la víctima, pues la necesidad de una intervención inmediata había desaparecido tras la actuación inicialmente desarrollada. Por el contrario se conformó con el consentimiento prestado por la esposa, que ciertamente era cotitular del domicilio, pero que (conforme a la doctrina anteriormente expuesta) no estaba legitimada para prestarlo válidamente permitiendo, en un proceso penal instruido por delito del que era víctima, un registro sobre las pertenencias del acusado orientado a la obtención de pruebas incriminatorias contra él. Por lo tanto es necesario concluir que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE).

A partir de esta declaración debemos cuestionarnos cuáles son los efectos que tal vulneración tiene en el proceso. Desde la STC 114/1984, de 29 de noviembre, hemos sostenido que, aun cuando la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional, tal valoración implica una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2 CE) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio, y que, en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de “proceso justo”, debe considerarse prohibida por la Constitución (STC 114/1984, de 29 de noviembre, FJ 5 y, entre las más recientes, SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 2; 69/2001, de 17 de marzo, FJ 26; 28/2002, de 11 de febrero, FJ 4).

La prohibición de valoración apuntada atañe tanto a la prueba directamente obtenida como consecuencia de la vulneración del derecho fundamental cuanto a la derivada de ella. Al respecto debe destacarse que el sistema de excepciones en que se considera lícita la valoración de pruebas causalmente conectadas con la vulneración de derechos

fundamentales, pero jurídicamente independientes, se refiere, en principio, a la prueba derivada o refleja, y su razón de ser, como expresamente establecimos en STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 4, es que “tales pruebas reflejas son, desde un punto de vista intrínseco, constitucionalmente legítimas. Por ello, para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo, esto es, habrá que establecer un nexo entre unas y otras que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas (conexión de antijuridicidad)”.

Por tanto, hemos de partir, en principio, de la ilicitud constitucional de las pruebas ligadas a la vulneración del derecho fundamental de modo directo, pues, como señalamos en la STC 49/1999, de 5 de abril, “la necesidad de tutela es mayor cuando el medio probatorio utilizado vulnera directamente el derecho fundamental”.

En el mismo sentido, en la STC 94/1999, de 31 de mayo, afirmamos que “cuando el medio probatorio utilizado constituye una materialización directa de la vulneración del derecho y pretende aducirse en un proceso penal frente a quien fue víctima de tal vulneración pueden ya, por regla general, afirmarse en abstracto —esto es, con independencia de las circunstancias del caso— tanto la necesidad de tutela por medio de la prohibición de valoración (sin la cual la preeminencia del derecho fundamental no quedaría debidamente restablecida) como que la efectividad de dicha prohibición resulta indispensable para que el proceso no quede desequilibrado en contra del reo a causa de la limitación de sus derechos fundamentales” (FJ 6). En el supuesto analizado en dicha resolución se estimó que las pruebas que se aducían (acta donde se recogió el resultado de la entrada y registro y declaraciones policiales y de los testigos) eran materialmente inseparables de la vulneración de la inviolabilidad del domicilio, dado que la

entidad de la vulneración se estimó máxima (FJ 7), pues, en el caso allí analizado la necesidad de autorización judicial era obvia.

No es eso, sin embargo, lo que aquí sucede, ya que desde un plano puramente objetivo, el consentimiento de la esposa aparecía, según el estado de la interpretación del Ordenamiento en el momento de practicar la entrada y registro, como habilitación suficiente para llevarla a cabo conforme a la Constitución. A partir de ese dato, cabe afirmar, en primer término, la inexistencia de dolo o culpa, tanto por parte de la fuerza actuante, como por la de los órganos judiciales que dieron por válida la prueba practicada; y, en segundo lugar, que la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso no sólo no es mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto.

La inconstitucionalidad de la entrada y registro obedece, en este caso, pura y exclusivamente, a un déficit en el estado de la interpretación del Ordenamiento que no cabe proyectar sobre la actuación de los órganos encargados de la investigación imponiendo, a modo de sanción, la invalidez de una prueba, como el hallazgo de una pistola que, por sí misma, no materializa en este caso lesión alguna del derecho fundamental (vid. STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 5) y que, obviamente, dada la situación existente en el caso concreto, se hubiera podido obtener de modo lícito si se hubiera tenido conciencia de la necesidad del mandamiento judicial. En casos como el presente, en que el origen de la vulneración se halla en la insuficiente definición de la interpretación del Ordenamiento, en que se actúa por los órganos investigadores en la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución y en que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado, la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar.

Ese rechazo determina que hayan de destimarse las vulneraciones relativas al de-

recho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. En efecto, no cabe hablar de que se haya vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías pues, en este caso, la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio es, por decirlo de algún modo, un mero accidente. El estatuto del imputado no hubiera podido impedir que la prueba se hubiera obtenido actuando conforme a la Constitución y, así las cosas, no cabe decir que haya sufrido

desconocimiento alguno del principio de igualdad de armas. Igualmente, reconocer la validez de la prueba en virtud de la que fue condenado implica desestimar la alegada vulneración de la presunción de inocencia.

Esto sentado, la estimación de la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio determina la declaración consiguiente que, a efectos de reparación por parte de este Tribunal, es bastante.

**Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia 94/2003, de 19 de mayo.
Ponente: Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez.**

Constitucionalidad de la inadmisión de la petición de habeas corpus solicitada por el padre respecto a un menor que se encuentra declarado en desamparo por una entidad pública, puesto que la estancia del menor en un centro de acogida no implica jurídicamente una privación de libertad.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 4 de junio de 2001 don Antonio I.P. solicitó ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Málaga, en funciones de guardia, que se iniciara procedimiento de *habeas corpus*, poniendo de manifiesto que era padre del menor M.I.P., que estaba ingresado desde hacía casi quince días en un determinado centro dependiente del Servicio de Atención al Menor de la Junta de Andalucía. Igualmente hizo constar que el referido ingreso venía motivado por la llamada de una profesora del colegio, la cual había observado que el menor presentaba en su cara signos de haber sido golpeado. Reconocía el instante que, efectivamente, había golpeado a su hijo tras haber intentado éste cruzar la calle por una zona donde le había advertido que podía atropellarle un coche, ante lo cual reaccionó con una acción de defensa o rabia provocada por el susto de que pudiera haber sufrido su hijo lesiones importantes. Continuaba afirmando que el niño estaba retenido en el centro sin razón alguna, ya que, aun cuando reconocía que se había excedido en el intento de educar a su hijo, entendía que ello no era motivo para alejarle de éste, alejamiento que podría afectar al menor más que las dos bofetadas que le dio. Por todo ello consideraba que se había producido una extralimitación en la actuación del Servicio de Atención al Menor y que el niño se hallaba

privado de libertad indebida e ilegalmente, por lo cual solicitaba que se acordara su puesta en libertad y su devolución a la guarda y custodia de su padre.

- El Juez de Instrucción núm. 2 de Málaga, por providencia de 4 de junio de 2001, ordenó que se incoaran diligencias indeterminadas, que se tramitaron con el núm. 93/2001, y que se pasara la causa al Ministerio público para que informase sobre la admisión a trámite de la solicitud de inicio del procedimiento de *habeas corpus* presentada por don Antonio I.P.
- El Fiscal interesó la inadmisión a trámite de la solicitud de *habeas corpus* basándose en que el menor se hallaba en situación legal de acogida cautelar, lo cual es ajeno a los supuestos de detención y privación de libertad que regula la Ley de *habeas corpus*. Al efecto destacó que la situación material a la que se había dado lugar en el caso era una situación de protección, ajena al espíritu de la Ley de *habeas corpus*, que tiene por objeto resguardar la libertad personal frente a las eventuales arbitrariedades de los poderes públicos. Finalmente incluyó la consideración de que en el plano subjetivo se producía la paradoja de que iniciara el trámite procedimental quien figura como sujeto activo de un delito cometido contra dicho menor, circunstancia generadora de la medida protectora adoptada; la existencia de diligencias previas contra el progenitor le deslegitima para incoar el procedimiento de *habeas corpus* y contraría el espíritu de la Ley reguladora de éste.
- Mediante Auto de 4 de junio de 2001 el Juez acordó inadmitir a trámite la solicitud de *habeas corpus* por ser improcedente. Entre los razonamientos jurídicos en los cuales sustentó su decisión señaló que el art. 6 de la Ley de *habeas corpus* establece la posibilidad de denegar a trámite la solicitud por improcedente cuando no concurren los requisitos para su tramitación, y que el art. 1 de dicha Ley dispone que este procedimiento tiene por objeto la inmediata puesta a disposición judicial de cualesquiera personas detenidas ilegalmente, considerándose como tales, entre otras, las cuales estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar.
- D. Antonio interpuso recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Contenido del auto inadmitiendo el *habeas corpus*.

El Auto dictado por el Juzgado de Instrucción constata que el solicitante plantea un supuesto atípico al considerar que su hi-

jo, por el hecho de estar ingresado en un centro de menores en virtud de acuerdo del Servicio de Atención al Menor de la Junta de Andalucía, es objeto de una detención ilegal. Sin embargo considera que no se puede llegar a tal conclusión, pues de la so-

licitud formulada se desprende la existencia de una actuación administrativa derivada de unos supuestos malos tratos inferidos por el solicitante, lo cual produciría la paradoja de que quien solicita el *habeas corpus* y pretende la inmediata puesta en libertad del menor es el que ha causado el comportamiento supuestamente ilegítimo y antijurídico que ha motivado la actuación administrativa tendente a proteger al perjudicado, por lo cual, en el caso de estimarse la solicitud, se produciría el efecto indeseable de reintegrar al ofendido al núcleo familiar del que precisamente se le intenta proteger y frente al cual se ha adoptado la decisión de privar cautelarmente al padre de la custodia de su hijo. Continúa el Auto razonando que: “Nos encontramos en el presente caso con una resolución administrativa dictada por órgano competente, en concreto por el Servicio de Atención al Menor de la Junta de Andalucía, órgano al que está atribuida la adopción de este tipo de medidas, las cuales, por otro lado, obvio es decirlo, están encaminadas no a privar de libertad a los menores objeto de las mismas, sino a protegerlos, apartándolos momentáneamente o definitivamente, de su entorno familiar. El Centro en donde se encuentra el menor, como también resulta evidente, tiene por finalidad la protección del afectado y su educación”. Y concluye su argumentación afirmando que: “Es legítimo y comprensible que el Sr. I. P. no comparta la decisión administrativa adoptada, y el ordenamiento jurídico le proporciona instrumentos suficientes para combatirla, tanto en vía administrativa como judicial, pero indudablemente la vía que ha empleado no es la adecuada, por lo cual, no encontrándonos en ninguno de los supuestos previstos en el art. 1 de la Ley Orgánica 6/1985, procede inadmitir a trámite la solicitud de *habeas corpus* planteada”.

2. Fundamentación jurídica del recurso de amparo.

El recurrente, en su demanda de amparo, impugna el citado Auto aduciendo la vulne-

ración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a la libertad (art. 17 CE), para lo cual se basa en que la resolución impugnada ha inadmitido a trámite la solicitud en virtud de un juicio sobre la legalidad de la situación de privación de libertad que resulta propio de la valoración del fondo y no del análisis de los factores determinantes de la decisión sobre la admisión o la inadmisión de la solicitud de la apertura del proceso de *habeas corpus*, por lo cual la inadmisión *a limine* acordada ha supuesto una vulneración del art. 17 CE. Como consecuencia de ello el recurrente solicita de este Tribunal el pronunciamiento de una Sentencia estimatoria, en la cual se declare la existencia de las vulneraciones aducidas y se le restituya en su derecho, anulando el Auto impugnado.

El hecho de que, bajo la apariencia de acogimiento cautelar, se haya privado de libertad al menor no excluye la posibilidad de considerar ilegal dicha privación; que no existe ningún procedimiento abierto contra quien solicita el *habeas corpus*; y que es plenamente admisible el amparo, ya que con el rechazo liminar del procedimiento de *habeas corpus* se impidió la presencia ante la autoridad judicial de la persona privada de libertad, con independencia de quien fuera el que hubiese interpuesto la solicitud de apertura del correspondiente procedimiento.

3 Alegaciones del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Público, por escrito registrado el 16 de diciembre de 2002, presentó alegaciones interesando el otorgamiento del amparo por vulneración del derecho a la libertad del menor y solicitando la anulación de la resolución impugnada. En su escrito reconoce que, a pesar de que en su momento se interesó la inadmisión de la demanda, un estudio más detenido lleva a la solución contraria, por ser ésta más conforme con los derechos fundamentales implicados. En tal sentido considera que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido acuñando una doctrina que deslegitima los supuestos

de inadmisión liminar en los cuales no exista una inconcurrencia manifiesta de los presupuestos procesales o de los requisitos formales para la solicitud de *habeas corpus*, a los cuales habría que agregar otros, como aquellos casos en los que no existiera de modo claro una privación de libertad, o ésta hubiera sido adoptada por otro Juez en el ejercicio de sus competencias. En el presente caso considera que concurrían los presupuestos formales y los requisitos procesales para la admisión, sin que el Auto impugnado hiciera cuestión de que el menor se halle privado de libertad. Por tanto el Auto se limitó a analizar la licitud de la retención del menor, considerando que aquella era acorde a Derecho, lo cual es una resolución sobre el fondo que debería haberse realizado con el aporte de pruebas que permite el art. 7 de la Ley de *habeas corpus*, lo cual supone la vulneración del art. 17.4 CE.

4. Delimitaciones del contenido del recurso.

Con carácter previo a cualquier pronunciamiento sobre las cuestiones planteadas deben delimitarse tanto el tema suscitado en este recurso de amparo como el derecho constitucional eventualmente vulnerado.

Respecto de la primera cuestión, en atención a la concreta fundamentación jurídica y fáctica expuesta por el recurrente, el análisis de este amparo debe quedar limitado, por un lado, a determinar en qué supuestos no resulta constitucionalmente admisible el rechazo liminar de un procedimiento de *habeas corpus* y, más concretamente, si supone vulneración de los derechos aducidos la inadmisión basada en la licitud de una situación de privación de libertad; y, por otro, a verificar si el Auto impugnado argumentó exclusivamente el rechazo liminar en ese motivo o se basó en otros que sean constitucionalmente legítimos. Por tanto ninguna consideración será realizada en la fundamentación jurídica de la Sentencia que re-

suelve este recurso de amparo sobre la legalidad del acto administrativo que dio lugar al ingreso de M. I. P. en el centro de menores, no sólo por no haber sido objeto de impugnación, sino, especialmente, porque es una cuestión sobre la cual, en su caso, deberán pronunciarse previamente los Tribunales ordinarios en la vía jurisdiccional adecuada.

Respecto a la correcta identificación del derecho constitucional que eventualmente se habría vulnerado ha de precisarse que, aun cuando este Tribunal haya señalado en alguna resolución que el art. 17.4 CE no contiene propiamente un derecho fundamental, sino una garantía institucional que resulta de la tutela judicial efectiva en todas sus vertientes, y que, por tanto, la corrección de la resolución judicial en esta materia debía ser analizada conforme a dicho canon (STC 44/1991, de 25 de febrero, FJ 2), sin embargo, más recientemente, ha reiterado que, en supuestos como el presente, la perspectiva de examen que debe adoptarse es única y exclusivamente la de la libertad, puesto que, estando en juego este derecho fundamental, la eventual ausencia de una motivación suficiente y razonable de la decisión no supondrá sólo un problema de falta de tutela judicial, propio del ámbito del art. 24.1 CE, sino prioritariamente una cuestión que afecta al derecho a la libertad personal, en cuanto que la suficiencia o razonabilidad de una resolución judicial relativa a la garantía constitucional del procedimiento de *habeas corpus*, prevista en el art. 17.4 CE, forma parte de la propia garantía (STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 1). Conclusión que, por otra parte, ya había sido mantenida en la STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 3, al afirmarse que la invocación de la lesión de la tutela judicial efectiva en el marco de la resolución de un procedimiento de *habeas corpus* resulta redundante con la del art. 17, apartados 1 y 4 CE, pues aquélla supondría el incumplimiento por el órgano judicial de lo previsto en el art. 17.4 CE y,

por tanto, la lesión del derecho a la libertad del art. 17.1 CE.

5. Doctrina constitucional sobre el procedimiento de *habeas corpus*.

Este Tribunal ha tenido la ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre el reconocimiento constitucional del procedimiento de *habeas corpus* en el art. 17.4 CE, como garantía fundamental del derecho a libertad, y en qué medida puede verse vulnerado por las resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de *habeas corpus*, generando una consolidada doctrina que puede resumirse en los siguientes extremos:

a) El procedimiento de *habeas corpus*, previsto en el inciso primero del art. 17.4 CE, y desarrollado por la Ley Orgánica 6/1984, de 6 de mayo (en adelante LOHC), supone una garantía reforzada del derecho a la libertad para la defensa de los demás derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17 de la Constitución española, cuyo fin es posibilitar el control judicial *a posteriori* de la legalidad y de las condiciones en las cuales se desarrollan las situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente mediante la puesta a disposición judicial de toda persona que se considere está privada de libertad ilegalmente (por todas, SSTC 263/2000, de 30 de octubre, FJ 3, y 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 4).

b) El procedimiento de *habeas corpus*, aun siendo un proceso ágil y sencillo, de cognición limitada, no puede verse reducido en su calidad o intensidad, por lo que es necesario que el control judicial de las privaciones de libertad que se realicen a su amparo sea plenamente efectivo. De lo contrario la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual o de carácter simbólico, lo cual, a su vez, implicaría un menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales y, en concreto, de la

libertad (por todas, SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6, y 287/2000, de 27 de noviembre, FJ 3).

c) De acuerdo con la específica naturaleza y finalidad constitucional de este procedimiento, y teniendo en cuenta su configuración legal, adquiere especial relevancia la distinción, explícitamente prevista en los arts. 6 y 8 LOHC, entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención objeto de denuncia. Y ello porque, en el trámite de admisión, no se produce la puesta a disposición judicial de la persona cuya privación de libertad se reputa ilegal, tal y como pretende el art. 17.4 CE, ya que la comparecencia ante el Juez de dicha persona sólo se produce, de acuerdo con el párrafo 1 del art. 7 LOHC, una vez que el Juez ha decidido la admisión a trámite mediante el Auto de incoación (por todas, SSTC 287/2000, de 27 de noviembre, FJ 4; 233/2000, de 2 de octubre, FJ 5; 209/2000, de 24 de julio, FJ 5; 208/2000, de 24 de julio, FJ 5, y 179/2000, de 26 de junio, FJ 5).

d) De ese modo, aun cuando la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de *habeas corpus* permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, previo dictamen del Ministerio Fiscal, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplan los requisitos formales (tanto los presupuestos procesales como los elementos formales de la solicitud) a los que se refiere el art. 4 LOHC (por todas SSTC 287/2000, de 27 de noviembre, FJ 4, y 263/2000, de 30 de octubre, FJ 3). Por ello, si se da el presupuesto de la privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, no es lícito denegar la incoación del *habeas corpus* (por todas, SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 5, 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6, y 209/2000, de 24 de julio, FJ 5). Así, como ha recordado, entre

otras, la STC 233/2000, de 2 de octubre, FJ 5, este Tribunal ha admitido el rechazo liminar en supuestos en los cuales no se daba el presupuesto de privación de libertad (SSTC 62/1995, de 29 de marzo, FJ 4 o 26/1995, de 6 de febrero, FJ 5) o de falta de competencia del órgano judicial (SSTC 25/1995, de 6 de febrero, FJ 2; 1/1995, de 10 de enero, FJ 6; 106/1992, de 1 de julio, FJ 3, y 194/1989, de 16 de noviembre, FJ 6).

e) Por ello, en los casos en los cuales la situación de privación de libertad exista (requisito, que junto con los exigidos en el art. 4 de la Ley Orgánica 6/1984, es preciso cumplir para poder solicitar la incoación de este procedimiento —por todas, STC 179/2000, de 26 de junio, FJ 5), si hay alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de ésta, no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias, ya que el enjuiciamiento de la legalidad de la privación de libertad, en aplicación de lo previsto en el art. 1 LOHC, debe llevarse a cabo en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, con la facultad de proponer y, en su caso, practicar pruebas, según dispone el art. 7 LOHC, pues, en otro caso, quedaría desvirtuado el procedimiento de *habeas corpus*. De ese modo no es posible fundamentar la improcedencia de la inadmisión de este procedimiento cuando ésta se funda en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada en el *habeas corpus* es el de determinar la licitud o ilicitud de dicha privación (por todas, SSTC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 5; 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 6; 233/2000, de 2 de octubre, FJ 5; 209/2000, de 24 de julio, FJ 5, y 208/2000, de 24 de julio, FJ 5).

f) Por lo que respecta a la existencia de una situación de privación de libertad, como presupuesto para la admisibilidad del *habeas corpus*, se ha reiterado que debe cumplirse una doble exigencia. Por un lado, que la situación de privación de libertad sea real

y efectiva, ya que, si no ha llegado a existir tal situación, las reparaciones que pudieran proceder han de buscarse por las vías jurisdiccionales adecuadas (STC 62/1995, de 29 de marzo, FJ 4, y 26/1995, de 6 de febrero, FJ 5), de tal modo que “cuando el recurrente no se encuentra privado de libertad, la misma podía ser denegada de modo preliminar, en virtud de lo dispuesto en el art. 6 de la Ley Orgánica 6/1984, puesto que en tales condiciones no procedía incoar el procedimiento” (STC 62/1995, de 29 de marzo, FJ 4). Y, por otra parte, que la situación de privación de libertad no haya sido acordada judicialmente, ya que sólo en estos supuestos tendría sentido la garantía que instaura el art. 17.4 CE de control judicial de la privación de libertad, de modo que es plenamente admisible el rechazo liminar de la solicitud de *habeas corpus* contra situaciones de privación de libertad acordadas judicialmente (AATC 115/1997, de 21 de abril, FJ 1; 316/1996 de 29 de octubre, FJ 2; 447/1989, de 18 de septiembre, FJ 1, o 443/1987, de 8 de abril, FJ 2). En tal sentido este Tribunal ya ha afirmado que tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente y, por tanto, que con independencia de su legalidad no pueden ser objeto de rechazo liminar las solicitudes de *habeas corpus* dirigidas contra ellas, además de las detenciones policiales, que resultan los supuestos más normales, las detenciones impuestas en materia de extranjería (SSTC 179/2000, de 26 de junio, FJ 2, 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 4, 86/1996, de 21 de mayo, FJ 12, 21/1996, de 12 de febrero, FJ 5, y 115/1987, de 7 de julio, FJ 1) o las sanciones de arresto domiciliario impuestas en expedientes disciplinarios por las autoridades militares (SSTC 233/2000, de 2 de octubre, FJ 6; 209/2000, de 24 de julio, FJ 6; 208/2000, de 24 de julio, FJ 6 o 61/1995, de 19 de marzo, FJ 4), incluso cuando se impongan “sin perjuicio del servicio” (STC 31/1985, de 5 de marzo, FJ 3).

En conclusión, la inadmisión liminar de un procedimiento de *habeas corpus* basada en la legalidad de la situación de privación de libertad supone, en sí misma, una vulneración del art. 17.4 CE, al implicar una resolución sobre el fondo que sólo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Los únicos motivos legítimos para inadmitir un procedimiento de *habeas corpus* serán los basados, bien en la falta del presupuesto mismo de la situación de privación de libertad, bien en la no concurrencia de sus requisitos formales.

6. Análisis del caso concreto.

En el presente caso, en atención a la doctrina expuesta, para valorar la eventual vulneración del art. 17.4 CE por la inadmisión liminar del procedimiento de *habeas corpus* habrá que verificar si el motivo para fundamentar ese rechazo se ha basado, como sostienen el recurrente y el Ministerio Fiscal, en consideraciones sobre la legalidad de la situación de privación de libertad del menor, lo cual determinaría la estimación del amparo, o si, por el contrario, su fundamento ha sido la carencia de requisitos formales (presupuestos procesales y elementos formales de la solicitud, a los cuales se refiere el art. 4 LOHC) o la falta del presupuesto fáctico de una situación real y efectiva de privación de libertad, únicas circunstancias en las cuales resultaría constitucionalmente legítimo, en principio, que el órgano judicial hubiera impedido el acceso al procedimiento de *habeas corpus* al recurrente, lo cual determinaría la desestimación del amparo. Por tanto es necesario aclarar cuáles fueron las razones esgrimidas en el Auto impugnado para declarar improcedente la incoación del procedimiento.

Tal como ya se expuso en los antecedentes, el recurrente solicitó la incoación del procedimiento de *habeas corpus* frente a lo que consideraba una situación de privación de libertad indebida e ilegal de su hijo menor de edad, que estaba ingresado desde ha-

cía quince días en un centro dependiente del Servicio de Atención al Menor de la Junta de Andalucía por haber sido privado de su guarda y custodia. El Auto impugnado, al analizar la admisibilidad del recurso, lo declaró improcedente alegando, entre otros motivos, que: “Nos encontramos en el presente caso con una resolución administrativa dictada por órgano competente, en concreto por el Servicio de Atención al Menor de la Junta de Andalucía, órgano al que está atribuida la adopción de este tipo de medidas, las cuales, por otro lado, obvio es decirlo, están encaminadas no a privar de libertad a los menores objeto de las mismas, sino a protegerlos, apartándolos momentáneamente o definitivamente, de su entorno familiar. El Centro en donde se encuentra el menor, como también resulta evidente, tiene por finalidad la protección del afectado y su educación”.

De la lectura de este fundamento jurídico se evidencia que, aun cuando el órgano judicial comienza realizando consideraciones de fondo sobre la legalidad del situación del menor, sin embargo también hizo una clara y contundente valoración sobre el hecho de que la situación de éste no era la de privación de libertad, ya que menciona que ése no es el objetivo de la medida acordada por la Administración de privar cautelarmente al padre de la custodia de su hijo, ni la función de los centros de acogida de menores. Con ello nos encontramos ante una resolución judicial con un contenido complejo en la cual, por un lado, se han hecho valer motivos para la inadmisión que se extralimitan del contenido propio que corresponde a ese trámite, y, por otro, se ha tomado en consideración un motivo que sí es propio de ese momento procesal, como es la inexistencia del presupuesto fáctico de que la situación del menor pueda conceptuarse de “privativa de libertad”.

El hecho de que la resolución impugnada haya incurrido, en una parte de su razonamiento, en una motivación que resultaría *a priori* vulneradora del derecho del art. 17.4

CE, no puede implicar que, necesariamente, dicha resolución lesione ese derecho fundamental. Lo determinante para apreciar la mencionada vulneración es que el órgano judicial haya impedido con su resolución liminar la posibilidad de la inmediata puesta a disposición judicial de una persona en situación de privación de libertad no acordada judicialmente, y, en la medida en que en el razonamiento del Auto impugnado la decisión de inadmisión se fundamenta también en la ausencia del presupuesto mismo de que el menor se encuentre en una situación de privación de libertad, no cabe apreciar automáticamente la vulneración aducida. A esta conclusión no puede ser óbice el hecho de que expresamente el Auto impugnado haya afirmado que la incoación del procedimiento resulta improcedente por no encontrarse en ninguno de los supuestos del art. 1 LOHC, ya que ello no puede interpretarse en el sentido de que la única consideración determinante para la inadmisión sea la legalidad de la situación en la cual se encontraba el menor, pues de ese mismo artículo también se deriva la exigencia de que concurra una situación de privación de libertad como presupuesto fundamental de la admisibilidad del recurso de *habeas corpus*.

En conclusión ha quedado acreditado que el Auto impugnado, no sólo ha fundamentado la inadmisión en consideraciones referidas a la legalidad de la situación del menor, sino también en que dicha situación no era calificable como privativa de libertad.

Lo anteriormente expuesto, por sí sólo, sería suficiente *a priori* para la desestimación de este recurso, puesto que no se ha verificado el presupuesto fáctico de la vulneración aducida por el recurrente de que el Auto impugnado motivara el rechazo liminar exclusivamente en la legalidad de la situación del menor.

En cualquier caso, y a pesar de que el recurrente y el Ministerio público han dado por sentado que la situación del menor era la de privación de libertad, obviando cualquier tipo de consideración y planteamiento sobre

el pronunciamiento del Auto impugnado respecto de la inexistencia de la situación de privación de libertad del menor como fundamento del rechazo liminar del *habeas corpus*, resulta necesario que se entre a analizar la corrección de esa valoración judicial. Y ello por dos razones. La primera, porque el pronunciamiento judicial no se limitó a constatar que fácticamente el menor no estaba privado de libertad, como ya sucediera en las SSTC 62/1995, de 29 de marzo, FJ 4, y 26/1995, de 6 de febrero, FJ 5, y fue determinante para las desestimaciones de los amparos, sino que realizó una valoración jurídica sobre el hecho de que la situación fáctica de permanencia de M.I.P. en el centro de menores no implicaba jurídicamente una privación de libertad; calificación que no puede considerarse que sea de mera legalidad ordinaria en tanto que afecta a un derecho sustantivo como es el derecho a la libertad, lo cual fue determinante para que la STC 61/1995, de 19 de marzo, FJ 4, ante un supuesto en que la inadmisión del *habeas corpus* se basaba en la valoración jurídica de que la sanción de arresto domiciliario impuesta por la Administración militar no tenía el carácter de privación de libertad, efectuase un pronunciamiento de oficio sobre el error manifiesto y notorio que ello suponía. La segunda, porque la mera constatación de que la situación no pudiera ser calificada como privativa de libertad, con independencia, incluso, de que ninguna mención a ello se hubiera hecho en el Auto impugnado, impediría considerar que se ha vulnerado el art. 17.4 CE, pues, en última instancia, si la garantía que contiene este precepto es instrumental respecto de los aspectos sustantivos del derecho a la libertad contemplados en el resto de los apartados del art. 17, nunca podría considerarse que ha sido lesionada una garantía instrumental de un derecho sustantivo que ni siquiera estaba siendo afectado.

En conclusión debe analizarse la eventual corrección constitucional de la calificación jurídica realizada en el Auto impugna-

do de que no es una situación privativa de libertad la permanencia en un centro de menores con motivo de un acogimiento cautelar.

Las diferentes situaciones de estancia de un menor en un centro dependiente de los servicios de asistencia a los menores provocadas por acuerdos administrativos no pueden recibir una valoración unívoca en cuanto a su eventual calificación como restrictivas o privativas de libertad. Su correcta calificación debe proceder de un doble análisis. Por un lado, el de cuáles han sido las circunstancias que han provocado dicha situación. Por otro, y en conexión con el anterior, si esa situación implica fácticamente una modificación o una alteración del *status libertatis* del menor.

En el presente caso, por lo que respecta al análisis de las circunstancias que motivaron la permanencia del menor en el centro, hay que destacar que el recurrente había puesto de manifiesto en su solicitud de *habeas corpus*, y, por tanto, en conocimiento del Juez de Instrucción en el momento en que éste tenía que valorar la concurrencia de los requisitos de admisibilidad del procedimiento, que el menor, quien contaba entonces 8 años de edad, permanecía en el centro con motivo de habersele sustraído a la guarda y custodia paterna por mostrar signos de haber sido golpeado. En relación con ello, y por lo que respecta al análisis de si éste supuso una alteración fáctica del *status libertatis* del menor, hay que destacar que, tanto antes de su ingreso en el centro, como con posterioridad, su *status libertatis* estaba contextualizado, en virtud de su minoría de edad, por las exigencias derivadas del ejercicio de la guarda y custodia, entre las cuales se encuentra el permanecer en compañía del titular de dicha potestad. Ambas consideraciones resultan definitivas para acreditar que, cuando el recurrente interpuso el recurso de *habeas corpus*, la situación de permanencia del menor en el centro no asumía ninguna connotación objetiva de afectación a su derecho a la libertad, ya que era una

mera consecuencia necesaria e inherente al ejercicio del acogimiento cautelar por parte de la Junta de Andalucía. La decisión sobre el lugar donde debía permanecer el menor era de quien tenía la titularidad de su guarda y custodia en aquel momento, sin que pueda considerarse que el cambio de residencia motivado por la sucesión de quien ejercía esa potestad implicara una alteración del *status libertatis* del menor, el cual, desde luego, no estaba siendo objeto de compulsión alguna contra su libertad de autodeterminación por parte de la Administración pública.

Por ello, con independencia de la legalidad del acuerdo administrativo cautelar y de la consecuencia derivada de ésta de ingresar y mantener al menor en el centro, lo que se reitera no es ni puede ser objeto de enjuiciamiento por este Tribunal, objetivamente la situación fáctica de permanencia en el centro no suponía una situación de compulsión contra el menor más allá del deber inherente a quien ejerce la guarda y custodia de tenerlo en su compañía, por lo que no resulta posible calificar la situación creada de privativa de libertad y, por tanto, considerarla objeto de control judicial a través del procedimiento de *habeas corpus*. En última instancia el recurrente intentó utilizar la situación del menor, calificándola de privativa de libertad, como excusa para articular una inadecuada vía procedimental de control judicial de la decisión administrativa de privarle de la guarda y custodia de aquél con la exclusiva finalidad de recobrarla. Y la pretensión deducida al efecto fue correctamente rechazada *a limine* por el órgano judicial, el cual, al margen de otras consideraciones que no eran propias del momento procesal en el que efectuó su pronunciamiento, valoró que el procedimiento de *habeas corpus* utilizado no resultaba adecuado para la revisión judicial de intereses que, por legítimos que fuesen, no eran el de la protección del derecho a la libertad del menor, del que éste no estaba privado.

Por tanto, en la medida en que la resolución judicial impugnada inadmitió liminarmente el *habeas corpus* fundamentándose, entre otros motivos, en que la situación del menor no era de privación de libertad, y verificado que dicha situación no implicaba la afectación del derecho del menor a la liber-

tad por parte de la Administración pública, sino el ejercicio por parte de ésta de obligaciones derivadas de la asunción de la tutela cautelar, no cabe apreciar que exista la vulneración del art. 17.4 CE aducida por el recurrente, por lo cual debe denegarse el amparo solicitado.

TRIBUNAL SUPREMO

I. FILIACIÓN

1. RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD

1.1. *Estimación de la demanda de reclamación de paternidad respecto de una persona que falleció 12 años antes de entrar en vigor la Constitución, no siendo aplicable la legislación anterior que restringía la acción de los “hijos ilegítimos”.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 13 de julio de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Rosario, D.^a María Antonia, D.^a Marina del Valle, D.^a Pastora y D. Antonio interpusieron demanda de menor cuantía contra D.^a Carmen M. y D. Rafael, D.^a María del Carmen G., D. Antonio, D.^a María Josefa, D.^a María del Valle, D.^a María Auxiliadora, D.^a María Francisca, D. Alejandro, solicitando se dicte sentencia por la que se reconozca a los actores como hijos no matrimoniales de D. Antonio, así como todos los derechos que de la misma se deriven.
- Los demandados se opusieron a la demanda solicitando su desestimación.

- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Écija (Sevilla) dictó sentencia el 27 de enero de 1994, estimando íntegramente la demanda y declarando la paternidad extramatrimonial del fallecido D. Antonio, respecto de todos los actores, sin haber lugar a hacer expresa condena en costas por las causadas en esta instancia.
- En grado de apelación la Sec. 5.^a de la AP de Sevilla dictó sentencia el 19 de septiembre de 1996, desestimando el recurso interpuesto por los demandados.
- D.^a Carmen M. y D. Rafael, D.^a María del Carmen G., D. Antonio, D.^a María Josefa, D.^a María del Valle, D.^a María Auxiliadora, D.^a Francisca y D. Alejandro interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo del recurso se basa en la falta de representación con la demanda de un principio de prueba. Es reiterado el criterio de esta Sala conforme al cual el artículo 127 párrafo segundo del Código Civil, solo establece un filtro para impedir demandas absolutamente infundadas o caprichosas, que este filtro no impide admitir demandas en que haya un principio de prueba. Y que en modo alguno puede hablar de indefensión quien tenga a su alcance todos los medios que el derecho le proporciona para oponerse a la demanda. (Sentencia de 28 de abril de 1994). Y es uniforme y ya consolidada la doctrina de esta Sala (Sentencias de 3 de diciembre de 1991, 8 y 20 de octubre de 1993, 28 de mayo de 1994 y 3 de septiembre de 1996, entre otras), la de que, respecto de la exigencia del párrafo segundo del artículo 127 del Código Civil (acompañar con la demanda “un principio de prueba”) ha de hacerse una interpretación espiritualizada, en el sentido de que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y, de este modo, pueda llevarse a cabo un control de la razonabilidad de dicha demanda, pues

el requisito procesal de dicho precepto constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 de la Constitución. (Sentencia de 30 de octubre de 1998).

El segundo motivo se articula, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia, que fueron aplicables para resolver las cuestiones objeto del debate y concretamente de la disposición adicional 7.^a, de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, conforme a la cual las acciones de filiación, cuando el progenitor cuestionado ha muerto al entrar en vigor la referida Ley, han de regirse exclusivamente por la legislación anterior. Y esta legislación anterior, según los recurrentes, en sus artículos 137, 139, 149 y 141 del Código Civil, establece que no cabe admitir demanda en juicio que directa e indirectamente tenga por objeto investigar la paternidad de los hijos ilegítimos en quienes no concorra la condición de naturales, fuera de los casos a los que taxativamente se refiere el artículo 140 y para los

solos efectos de los derechos contenidos en el artículo 139. En virtud de estas alegaciones los recurrentes pretenden que los efectos de la acción formulada por los demandantes se habían agotado con la muerte de D. Antonio, doce años antes de la entrada en vigor de la Constitución.

Es evidente, señala el Tribunal Supremo, la procedencia de rechazar el motivo examinado, ya que lo sostenido en la sentencia impugnada se ajusta a la doctrina jurisprudencial declarada y consolidada. (Sentencias de 29 de febrero de 1990, 20 de diciembre de 1991 y 28 de noviembre de 1992) en el sentido de que la acción de reclamación de la filiación se rige por los artículos 129 y 133 del Código Civil y permite la impugnación de la filiación contradictoria, artículo 134, sin que sea aplicable el plazo señalado en el artículo 137 (Sentencia de 16 de diciembre de 1994).

Ha de partirse en la vigente legalidad normativa constitucional de que según la misma se prohíbe toda discriminación por razón del nacimiento, idea a que responde la disposición transitoria 1.^a de la Ley 11/1981, al establecer que “la filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada”.

Como expresa la sentencia impugnada, en relación a la cita del artículo 9.3 de la Constitución en cuanto a la aplicación retroactiva de nuestra Constitución, hay que admitir la declaración del Juez de Primera Instancia de ser a todas luces improcedente. Lo que garantiza nuestra Constitución es la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Por mucho que se malin-

terprete, la declaración de paternidad a la que puede abocar una acción de reclamación proscrita por la legislación preconstitucional, no es una sanción, sino un simple hecho jurídico, acontecimiento de la naturaleza susceptible de producir efecto jurídico.

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 137 del Código Civil en la redacción anterior a la Ley de 13/1981, imponiendo un trato igual entre la acción de reclamación de los hijos legítimos y de los ilegítimos naturales, lo que con mucha más razón es trasladable a los hijos ilegítimos no naturales o adulterinos, a los que se les vedaba toda acción que no fuera encaminada a pedir alimentos al presunto padre; por lo que la Ley aplicable a las acciones de reclamación de paternidad sería precisamente el artículo 118, que disponía que la acción para reclamar su legitimidad compete al hijo durante toda la vida de éste, resultando pues evidente, que la acción nunca habría caducado, pues en aplicación de la disposición transitoria 7.^a de la Ley 13/1981 (“las acciones de filiación se seguirán exclusivamente cuando el progenitor cuestionado o el hijo hubieran fallecido al entrar en vigor la presente Ley”) sería aplicable el mencionado artículo 118, por otra parte, acorde con el espíritu de la reforma, que en supuestos como el de autos, (acción pretendida por una constante posesión de estado, artículo 131 del actual Código Civil, o incluso no probada ésta, artículo 113 actual), permite el ejercicio de la acción de por vida.

Todo lo expuesto lleva a la conclusión que en modo alguno puede admitirse aplicar a la acción de reclamación, como acción principal, el plazo de prescripción o de caducidad que señala el artículo 137 del mismo Código Civil para la impugnación.

1.2. *Las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por lo que la negativa a someterse a ella —que se ha declarado médicamente inocua y que en modo alguno atenta a la intimidad y a la seguridad—, es un indicio especialmente valioso y significativo que, en unión de otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de julio de 2002.

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

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Amalia interpuso demanda de menor cuantía contra Don Isidoro solicitando que se dicte sentencia por la que se declare la filiación no matrimonial de los niños Raúl y Andrea respecto de su padre biológico D. Isidoro.
- Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada D. Isidoro, se contestó, y en ella terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: “...dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta contra mi representado, con expresa imposición de costas a la parte demandante”.
- El Juzgado de 1.ª, Instancia núm. 3 de los de Coslada dictó sentencia el 31 de julio de 1995 estimando íntegramente la demanda.
- En grado de apelación la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 25 de octubre de 1996 desestimando el recurso interpuesto por D. Isidoro.
- D. Isidoro interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del presente recurso de se basa en que en la sentencia recurrida se ha infringido la doctrina legal del Tribunal Supremo, contenida en las sentencias de 28 de abril de 1993, 6 de octubre de 1993, 29 de abril de 1994 y 8 de mayo de 1995.

El motivo es desestimado. Efectivamente, la doctrina jurisprudencial emanada de una manera constante hasta el punto de formar un cuerpo consolidado, es la que determina que sin atribuir a la falta de colaboración del demandado a la práctica de la

prueba hematológica, la eficacia o valor probatorio de una *ficta confessio* o la admisión implícita de la paternidad controvertida, si se ha de considerar como un indicio especialmente valioso o significativo que, en unión a otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista.

Incluso recientes sentencias han aumentado cada vez más el valor probatorio de dicha conducta obstruccionista, como dice por todas la sentencia de esta Sala de 14 de marzo de 2000 cuando en ella se afirma: En orden a la falta de colaboración del demandado para la práctica de las pruebas biológicas de investigación de la paternidad y la maternidad, sobradamente conocida es la STC 7/1994, de 17 de enero, publicada en el BOE de 17 de febrero del mismo año y por tanto meses antes de acordarse el recibimiento a prueba en segunda instancia, que tras unos extensos razonamientos acerca del deber del demandado de prestar su colaboración a unas pruebas que por regla general no vulneran derecho fundamental alguno, declaró que “los límites que los arts. 18.1 y 15 CE pueden imponer a la investigación de la filiación no justifican, en modo alguno, la cerrada negativa del demandado en el litigio civil precedente a someterse a la práctica de las pruebas que habían sido decretadas por el Juzgado, primero, y por la Audiencia Provincial, luego. Su oposición sólo hubiera sido lícita, desde la óptica de tales derechos fundamentales, si se fundara en la inexistencia de razones que justificasen la decisión judicial de realizar la prueba”.

Y la mucho más reciente 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 constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la

persona, encuentran su cobertura legal en el art. 127 del Código Civil, que desarrollando el mandato contenido en el inciso final del art. 39.2 CE, según el cual ‘La ley 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, señala el Tribunal Supremo, 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 este 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).

Por lo que se refiere a la jurisprudencia de esta Sala al respecto, 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 senten-

cias más recientes es por aumentar cada vez más el valor probatorio de esa conducta del demandado, según resulta de la STS 17-11-97 (recurso n.º 3271/93); en tanto la STS 3-10-98 (recurso n.º 1380/94), 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”.

Y esta doctrina es perfectamente aplicable al caso actualmente controvertido. Desde el instante mismo que la parte ahora recurrente se negó la manera injustificada y con una conducta omisiva a que se le practicaría dicha prueba hematológica, que por otra parte se ha declarado médicamente inocua, y en modo alguno atentatoria a la intimidad y a la seguridad.

Todo lo cual unido a los datos obrantes en autos, no negados por la parte recurrente, como es su declaración que conocía a la madre, e incluso a los hijos de ésta, que tuvieron encuentros ocasionales tanto en el centro de trabajo como en el domicilio de aquella, así como las fotografías unidas a los autos; hace que la declaración de paternidad, controvertida por la parte recurrente, deba ser proclamada con todas sus consecuencias.

1.3. *La prueba biológica no puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona; no atenta a los derechos a la intimidad, ni a la integridad física, con excepciones que pueden darse en un sujeto concreto. No es lícito, desde la perspectiva de los arts. 14, 24.1, 39 y 118 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2002.
Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Pilar, en representación de su hijo menor de edad Marcos, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra D. Manuel solicitando se dicte sentencia por la que se declare que el menor Marcos es hijo no matrimonial de D. Manuel, declarando la procedencia de rectificar el asiento registral del nacimiento.
- D. Manuel contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia “estimando la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda y, subsidiariamente, de no ser admitida la excepción, desestimando la demanda y absolviendo libremente a mi representado de todos sus pedimentos, con expresa imposición a los demandantes D.ª Pilar de todas las costas causadas”.
- El Juzgado de 1.ª instancia núm. 17 de Madrid dictó sentencia el 3 de noviembre de 1995 desestimando la demanda
- En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 7 de diciembre de 1996 desestimando el recurso interpuesto por D.ª Pilar.
- D.ª Pilar interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Antes de entrar en el análisis de los motivos —en los que se empezará por el segundo, que afecta a la verdadera esencia de la

cuestión— no es baldío resumir la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala en el momento actual,

para llegar a la conclusión conforme a la realidad social del tiempo presente.

La doctrina del Tribunal Constitucional viene plasmada, esencialmente, en dos sentencias: 7/1994, de 17 de enero y 95/1999, de 31 de mayo; la primera otorgó el amparo frente a una sentencia que había desestimado la demanda de reclamación de la filiación extramatrimonial y la segunda lo denegó frente a la sentencia que sí había estimado la demanda; en ambos casos, el demandado se había negado a la práctica de la prueba biológica. En ambas se mantiene la misma doctrina: la prueba biológica no puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona; no atenta a los derechos a la intimidad, ni a la integridad física, con excepciones que pueden darse en un sujeto concreto; por el contrario, las partes —en este caso, el demandado— tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas acordadas por la autoridad judicial. Es definitiva la frase que se halla literalmente en la primera de las sentencias y cuya idea se mantiene en la segunda: “no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 de la Constitución Española que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial”.

La jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS se recoge, esencialmente y como sentencias más recientes, en las de 22 de mayo de 2000 y 22 de noviembre de 2000, que afirman que la negativa a la prueba biológica, “puesta en relación con las demás pruebas aunque no sean más que indiciarias e insuficientes para apreciar probada por sí solas la paternidad, permite la declaración de la misma” y transcriben y hacen suya la doctrina que plasmó la indicada sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero. Lo cual es reiterado en la sentencia de 24 de mayo de 2001 que, a mayor abundamiento, destaca “la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso

(artículo 118 de la Constitución Española) y “...los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 de la Constitución Española, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas”, cuya negativa, “coloca al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 de la Constitución Española”. Por último, las de 3 de noviembre de 2001 y 27 de diciembre de 2002 reiteran la misma doctrina y, ante la negativa del demandado de someterse a la prueba biológica, estiman la demanda y declaran la paternidad del mismo, casando al efecto las sentencias de instancia que la habían desestimado.

La conclusión a que se llega —reiterando la doctrina anteriormente expuesta, coincidente el Tribunal Constitucional con el Tribunal Supremo— es que las partes tienen obligación de facilitar la prueba que ha sido acordada por el órgano jurisdiccional. De no hacerlo, se vulneran preceptos constitucionales: artículo 24.1, ya que deja en indefensión a la parte contraria; 14, por provocar una discriminación por razón de la filiación, al no poder serle declarada; 39, quebrantando la protección integral de los hijos, cualquiera que sea su filiación y 118 por negarse a la colaboración, en la práctica de la prueba, requerida por el órgano judicial.

Así, en definitiva: si hay prueba suficiente, se declara la filiación, pese a una negativa a la prueba biológica; si la prueba es insuficiente, la negativa es un valioso elemento probatorio, que, unido a los indicios, permite declarar la filiación; si la prueba es más endeble, el demandado que se ha negado a suministrar la prueba decisiva, sufre la carga de soportar la falta de la misma, sin que deba recaer en quien reclama filiación. Lo cual debe aplicarse al presente caso, para acoger el motivo segundo. Efectivamente, se han infringido los artículos 24, 14 y 39 de la Constitución Española y, también, aunque no se alega, el 118. Tal como se ha dicho, el demandado, al negarse a la práctica de la prueba biológica, ha atentado al derecho constitucional de la tutela judicial efec-

tiva, provocando una clara indefensión a la parte demandante; ha vulnerado el derecho a la igualdad sin discriminación que tiene el hijo, menor de edad, al impedir su declaración de paternidad; ha violado el artículo 39 dejando sin tutela judicial los derechos del menor reconocidos en esta norma desconociendo el mandato constitucional de hacer posible la investigación de la paternidad. Asimismo, se ha infringido la doctrina del Tribunal Constitucional que recogió la sentencia de 17 de enero de 1994, reiterada por la de 31 de mayo de 1999, cuya doctrina se

ha expuesto y de la que se desprende la infracción de preceptos constitucionales, lo que constituye el verdadero motivo del recurso y la razón de su estimación.

Al estimarse el motivo, la Sala asume la instancia y, tal como establece el artículo 1715.1.3.º, resolverá lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate. Lo cual no puede ser otra cosa que la estimación íntegra de la demanda, es decir, la declaración de paternidad del demandado, con los pronunciamientos inherentes que se solicitan en la misma.

2. IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD

2.1. *El cómputo del plazo para la caducidad de la acción de impugnación de la filiación paterna matrimonial, tal y como indica el art. 136 del CC, comienza desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento, y no resulta por tanto aplicable lo establecido en el art. 141 del CC.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª Sentencia de 26 de junio de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Miguel interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª Teresa y sus hijos menores de edad, solicitando se dictase sentencia acordando la impugnación de la filiación paterna de los demandados Miguel M.S. y José Alberto M.S., y en consecuencia se proceda a la rectificación en el Registro Civil de Valencia de las inscripciones de nacimiento de los demandados en tal sentido, con imposición de las costas de este juicio a los demandados.
- D.ª Teresa se personó en autos, contestó a la demanda y solicitó su desestimación.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Valencia dictó sentencia el 15 de septiembre de 1995, con estimación de la excepción de caducidad de la acción, alegada por el Ministerio Fiscal y demás demandados y desestimando la demanda.

- En grado de apelación, la Sec. 7.^a de la AP de Valencia dictó sentencia el 26 de noviembre de 1996 estimando el recurso y declarando que Miguel y José Alberto no son hijos del actor D. Miguel y, por ello, han de rectificarse en el Registro Civil las inscripciones de nacimiento en lo necesario, condenando a los demandados a pagar las costas de la primera instancia y declarando no haber lugar a imponer, de modo expreso, las generales de esta alzada.
- D.^a Teresa interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que casó la sentencia y confirmó la sentencia del juzgado, y en consecuencia, apreciando la caducidad de la acción, desestimó la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El tema de fondo planteado versa sobre la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad. Para la sentencia recurrida, el *dies a quo* del cómputo de la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad en el supuesto de filiación determinada por el matrimonio, como es el caso, debe ser fijado no conforme a lo dispuesto en el art. 136 del CC sino desde el momento en que el actor “pudo entrever la verdad de su relación paterna”, es decir “cuando conoció su error” sobre la paternidad de sus hijos. Por el contrario, la recurrente sostiene que dicho día a quo debe computarse, tal y como señala el art. 136 del CC, es decir, en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil. Sin embargo, el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento.

El Ministerio Fiscal, en su informe solicitó la estimación del recurso aliándose con la tesis mantenida por la recurrente, y ello en base a las siguientes consideraciones jurídicas:

a) Admitido como hecho cierto en cuanto corroborado por la prueba pericial que los hijos no fueron engendrados por el marido, la filiación matrimonial vino determinada por el juego de la presunción *iuris tantum* establecida en el art. 116 del CC y no como consecuencia del reconocimiento de paternidad. En consecuencia, la acción de impugnación de la paternidad dirigida a

enervar la presunción del art. 116 se rige en cuanto al momento temporal de su ejercicio por lo dispuesto en el art. 136 que establece un riguroso plazo de caducidad situado en la inscripción registral del nacimiento, de manera que transcurrido el tiempo de un año a contar desde la inscripción la filiación así determinada resulta inmodificable.

b) No cabe la aplicación analógica del art. 141 del CC en relación con el art. 1969 del mismo cuerpo legal y el art. 39.2 de la CE por cuanto, de una parte, falta la identidad de razón y la semejanza del presupuesto fáctico en las normas confrontadas: los arts. 136 y 141 del CC, y de otra parte, el principio de libre investigación de la paternidad no tiene carácter absoluto. Aun siendo evidente que, en el caso, la filiación paterna no se corresponde con la realidad de la generación y, por tanto, quien no es en verdad el padre habrá de seguir siéndolo para la ley, la colisión de intereses habrá de ser resuelta a favor de los hijos conforme al principio derivado del art. 39 de la CE. La razón de justicia material se enfrenta en este caso con el principio de seguridad jurídica, fundamento y finalidad del plazo de caducidad establecido en el art. 136 del CC.

c) La sentencia del TS de 30 de enero de 1993, en que se apoya también la sentencia del Tribunal de Apelación no constituye doctrina. Es, por el contrario, doctrina jurisprudencial la constituida por las SS de 20 de junio de 1996 y 31 de diciembre de 1998,

conforme a la cual la acción de impugnación de la paternidad se rige exclusivamente por el art. 136 en cuanto al plazo de caducidad no siendo posible la aplicación analógica del art. 141 del CC, doctrina sentada en casos substancialmente idénticos al ahora enjuiciado. En atención a las consideraciones expuestas, interesa se dicte resolución declarando haber lugar al recurso de casación.

El Tribunal Supremo entra a decidir en la sentencia si en el caso debatido procede la caducidad a que se refiere el art. 141 del CC, que es la que tuvo en cuenta el Tribunal de apelación o la del art. 136 que es tesis de la parte recurrente, señalando lo siguiente:

El art. 141 concede legitimación activa a quien hubiese otorgado reconocimiento y acredite haber padecido error, violencia o intimidación, debiendo deducirse la acción impugnatoria al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento. El artículo se está refiriendo directamente a los reconocimientos formales que tienen lugar conforme a lo previsto en el art. 120.1 del CC (ante el encargado del Registro Civil, en testamento o mediante documento público). En el caso de autos la paternidad del demandante no lo fue por consecuencia de propio acto de reconocimiento, sino por la presunción que establece el art. 116, ya que la intención manifestada de los legisladores es que las dudas de la paternidad queden definidas cuanto antes, por lo que el art. 136 fija el plazo de caducidad de un año —en el caso de autos han transcurrido más de quince años a la actualidad—. El artículo viene a otorgar legitimación activa para impugnar sólo al marido presunto padre. De este modo el principio de la realidad biológica queda supeditado a los intereses de la familia que se impone y el precepto no contempla la situación que pueda presentarse injusta, cuando el padre, posteriormente al nacimiento e inscripción registral, descubre por pruebas médicas eficaces u otras determinantes, que no han podido engendrar los hijos habidos con la esposa. El vicio legal

ante la ausencia de un plazo mayor permite considerar la necesidad de corrección legislativa que corresponde a los órganos del Estado competentes, sin dejar de lado el art. 39 de la CE y la protección integral a los hijos.

La cuestión ha sido decidida por esta Sala de Casación Civil en dos sentencias emblemáticas que conforman jurisprudencia y son las de fechas 20 de junio de 1996 y 31 de diciembre de 1998, contando con los precedentes de las de 14 de octubre de 1985 y 22 de diciembre de 1993, pues si bien existe la sentencia disconforme de 30 de enero de 1993, no constituye doctrina y no resulta prevalente, como dice la sentencia que queda referida de 31 de diciembre de 1998.

La jurisprudencia de este modo instaurada declara que el art. 141 no es aplicable a los supuestos de presunción legal de la paternidad con posibilidad de impugnación por la vía prevista en el art. 136, que es la establecida legalmente para combatir la presunción legal del art. 116, acción que se encuentra condicionada a que se ejercite dentro del plazo de caducidad señalado —un año a partir de la inscripción en el Registro Civil—, y que en caso de autos ha transcurrido con creces y ha permitido instaurar una estabilidad familiar hasta el punto de que resulta significativo que en testamento que otorgó el demandante fallecido el día 26 de mayo de 1997 —ya se había dictado sentencia de apelación que le resultó favorable— legó a la segunda esposa (recurrente en casación por sustitución procesal) el usufructo vitalicio de todos sus bienes o, alternativamente el tercio de libre disposición y cuota legal usufructuaria, instituyendo herederos a los dos hijos habidos del primer matrimonio y a partes iguales.

Destaca la sentencia de 31 de diciembre de 1998, que la observancia del art. 136, en relación al 116, supone estricto respeto a la legalidad, y por todo lo que se deja expuesto la aplicación del art. 141 que hizo la Sala sentenciadora resulta equivocada y hace procedente el motivo, lo que determina que haya de confirmarse íntegramente la sentencia del juez de Primera Instancia.

II. REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

1. *Desestimación de la demanda de tercería de dominio interpuesta por la esposa al constar las fincas inscritas como presuntamente gananciales, no teniendo trascendencia alguna la sentencia de separación matrimonial ya que sólo se pronunció sobre la atribución del uso y no sobre la propiedad.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^ª, Sentencia de 31 de mayo de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^ª Seija interpuso demanda de tercería de dominio contra Leasing B., D. Venancio y contra la entidad mercantil S., solicitando se dicte sentencia declarando que los bienes objeto del embargo que se relacionan en el relato fáctico de esta demanda le pertenecen y ordenando se alce el embargo sobre los mismos, dejándolos a su disposición; y condenando en costas al demandado que impugnare esta demanda, y si lo hicieren ambos, imponiéndoles su pago con carácter solidario.
- Los demandados D. Venancio y Leasing B. se opusieron a la demanda, siendo declarada en rebeldía la entidad S.
- El Juzgado de 1.^ª Instancia núm. 2 de Villagarcía de Arosa dictó sentencia el 29 de julio de 1996 estimando la excepción de litispendencia invocada por el codemandado D. Venancio y absolviendo a los demandados de las pretensiones ejercitadas en aquella demanda, condenando a la parte actora al pago de las costas causadas.
- En grado de apelación, la Sec. 2.^ª de la AP de Pontevedra dictó sentencia el 23 de enero de 1997, estimando en parte el recurso interpuesto por la representación de D.^ª Seija, revocando parcialmente la sentencia al no concurrir la excepción de litispendencia y entrando en el fondo del debate, absuelve a los demandados de las pretensiones contra ellas deducidas por la actora sin hacer una especial imposición de las costas de la alzada.
- D.^ª Seija interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia de 19 de febrero de 1992, dice que como indica la sentencia de 21 de junio de 1982, la titularidad dominical es presupuesto inexcusable para el éxito de la acción de tercería de dominio, y la constante doctrina de esta Sala ha declarado que el término técnico “título de dominio” no equivale a documento preconstituido, sino a la justificación dominical (Sentencias de 4 de diciembre de 1931, 18 de agosto de 1934 y 5 de octubre de 1971); justificación dominical consistente en la prueba de algunos de los llamados “modos de adquirir la propiedad”.

A pesar de las declaraciones de la recurrente anteriores al pleito y en el pleito, las fincas reivindicadas como tercería de dominio, a efectos de anular el embargo sobre ellas efectuado, aparecen inscritas como presuntamente gananciales. En su artículo 1362 y siguientes regula el Código Civil las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, con la consecuencia de que los bienes de esta naturaleza solo podrán quedar sujetos a resultados de un procedimiento de ejecución cuando la deuda para cuya efectividad se ha acudido a esa vía ejecutiva tenga también naturaleza ganancial, ya que en otro caso, el cónyuge no deudor podrá ejecutar la acción de tercería para alzar el embargo trabado sobre bienes gananciales. No se ha hecho prueba alguna sobre la naturaleza de la deuda ni consta que la separación de bienes haya sido seguida de liquidación de sociedad de gananciales, que al menos se presume en el Registro de la Propiedad.

Es doctrina jurisprudencial acorde la que explica, que durante el matrimonio el con-

sorcio no da nacimiento a una forma de propiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, al faltar por completo el concepto de parte, característica de la comunidad de tipo romano que allí se recoge, ni atribuible a la mujer, viviendo el marido, y no habiéndose disuelto la sociedad conyugal, la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si estos existen, es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con el de la cuota correspondiente; no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, que no la legitima para entablar la tercería de dominio, ya que no tiene la cualidad de tercero, esencial para ejercitar esta clase de acción, conjuntamente con la condición de propietario en exclusiva de los bienes en litigio.

La Sentencia impugnada declara que la titularidad de la tercerista sobre los bienes objeto de los presentes autos, no aparecen constatados en este litigio. En primer término, por lo que se refiere a la vivienda que constituyó el domicilio conyugal, porque, la sentencia de separación matrimonial aborda únicamente una cuestión de uso y disfrute de la casa y no su propiedad; y en segundo término, porque los testimonios traídos del Registro de la Propiedad, no son bastantes dado su contenido, e igualmente sucede, con el otro fundo reclamado, a tenor de lo que aparece en el Registro de la Propiedad, sin que conste la propiedad del dinero con el que se adquirió.

2. *Ineficacia de la estipulación contenida en una transacción suscrita para liquidar la sociedad de gananciales y en virtud de la cual se pactaba la transmisión de la propiedad de unas fincas rústicas a favor de los cuatro hijos del matrimonio, al no haberse aceptado por estos antes de que el padre la revocase. El efecto de dicha declaración conlleva la nulidad de la transacción al romperse el equilibrio entre los contratantes.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 8 de julio de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Quiteria y D. Juan, después de decretarse su separación matrimonial suscribieron, con fecha 18 de marzo de 1988, un convenio transaccional para liquidar la sociedad de gananciales, en virtud del cual a ella se le adjudicaba la propiedad de un inmueble y dos mesones y a él el usufructo de dos fincas rústicas, mientras que la nuda propiedad se establecía a favor de los cuatro hijos del matrimonio.
- Doña Quiteria interpuso demanda de menor cuantía contra Don Juan solicitando se dictase sentencia por la que se condene a Don Juan a estar y pasar por el pacto transaccional de fecha 18 de marzo de 1988 en los siguientes términos: 1.º Reconocimiento del derecho real de propiedad para poder inscribir en fase de ejecución en el Registro de la Propiedad de Cartagena núm. 1 y de Mazarrón de dos fincas rústicas, con el reparto que sigue: cincuenta por ciento de la nuda propiedad al cónyuge doña Quiteria, por ser bienes gananciales y el otro cincuenta por ciento proindiviso a los cuatro hijos habidos del matrimonio: don Francisco, don Alfonso, doña María del Mar y doña Rocío. El usufructo de las fincas al cónyuge don Juan; y 2.º Reconocimiento del derecho real de propiedad para inscribir en fase de ejecución en el Registro de la Propiedad de Cartagena que corresponda, de la finca urbana, a nombre del cónyuge doña Quiteria.
- Admitida a trámite la demanda, por la representación de la parte demandada se contestó, con base en cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: “...y en su día se sirva dictar sentencia, desestimando la demanda, absolviendo de los pedimentos de la misma a mi mandante y ello con expresa imposición de costas a la demandante, por ser de hacer en justicia que insto, respetuosamente, con costas”.

- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 4 de Cartagena dictó sentencia el 24 de mayo de 1996 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la AP de Murcia dictó sentencia el 31 de diciembre de 1996 estimando el recurso interpuesto y estimando íntegramente la demanda.
- D. Juan interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que casó la sentencia y confirmó la dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En la demanda se solicita la eficacia del acuerdo transaccional que puso fin al procedimiento de menor cuantía seguido entre los cónyuges, hoy litigantes, y ratificado judicialmente, para la liquidación y adjudicación de los bienes gananciales, debiendo hacerse constar que tanto los bienes rústicos como el urbano, gozan de ese carácter.

Don Juan se ha opuesto a la estimación de la demanda alegando que el convenio transaccional carece de efectos, por contener estipulación a favor de terceros, como lo ha sido en beneficio de los hijos de los contratantes, y no consta la aceptación de aquellos, por lo que entiende que los efectos de transacción respecto a estos, no pueden ser exigidos al deudor promitente, circunstancia esta, que tuvo en cuenta la sentencia de primera instancia, por lo que desestimó la demanda, y sin embargo el tribunal de apelación la revocó por entender que los hijos no eran terceros ya que son futuros herederos forzosos de ambos contratantes.

En el primer motivo del recurso se alega la vulneración del art. 1257 del Código Civil, que de acuerdo con el principio de la relatividad contractual, sanciona que los contratos solo producen efectos entre las partes contratantes o sus causahabientes, y para el supuesto de que contuviera alguna estipulación a favor de tercero, éste podrá exigir su cumplimiento si hubiera hecho saber su aceptación al obligado, antes de que haya sido aquella revocada, precepto que

fue incumplido por la sentencia impugnada, al no aplicarse el párrafo segundo del mismo, por entender erróneamente, que los hijos de los contratantes a cuyo favor se había pactado una estipulación, no era terceros por ser herederos de los mismos, y por consiguiente para establecerse el vínculo obligacional respecto de los promitentes, no hacía falta la aceptación; aceptación, que es exigible cuando se trate de terceros, pues como dice la sentencia del TS de 6 de marzo de 1989, constituye un verdadero y propio requisito o *conditio juris*, para que surta efecto la estipulación, que puede hacerlo el tercero beneficiario en forma expresa o tácita, por palabra o por hechos; aceptación, que las dos sentencias de instancia entienden no se ha producido, sin embargo, la sentencia recurrida revocando la dictada en primera instancia sostiene, que en el caso de autos, no hacía falta esa aceptación, porque los hijos no se pueden considerar como terceros al ser herederos forzoso de los padres.

Entiende el Tribunal Supremo que la interpretación que realiza la Audiencia Provincial está en contradicción con lo dispuesto en los arts. 657 y 660 del Código civil, que han sido denunciados por la parte recurrente, como infringidos en el motivo cuarto del recurso, pues al respecto, heredero es la persona que se subroga en la totalidad de las relaciones patrimoniales del difunto, llamándose por ello heredero universal, en contraposición al legatario, que sucede a tí-

tulo particular, y no sucede tal cosa, hasta la muerte del *de cuius*, que es el supuesto contemplado en el art. 1257 del Código civil al equiparar parte contratante y causahabiente de la misma, asumiendo esta en el contrato la posición del primero, concepto al que no se refiere la estipulación a favor de tercero, que tienen esta condición de tercero aunque se establezca la estipulación a favor de los hijos, que mantienen esa condición de tercero hasta el momento (que evidentemente no se ha producido en autos), que muera uno de los padres y siendo herederos acepten la herencia, se subroguen en la posición del fallecido pero referente a las demás cláusulas del contrato y no a la que favorecen a un tercero que la acepte que produce sus efectos con independencia de que se produzca o no la delación de la herencia de alguno de los contratantes.

Al tratarse de una transacción, negocio en el que las partes por definición (art. 1809 del Código civil), dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa, ponen término al pleito que habían comenzado, los litigantes cónyuges separados judicialmente y, tratan de liquidar la sociedad de gananciales, en el que además establecen una estipulación a favor de los hijos comunes, estipulación que se refiere a unos de esos bienes gananciales, ambas partes contratantes, son por consiguiente, a la vez, estipulantes y promitentes, ya que con su participación en la sociedad de gananciales en los que están integrados los bienes inmuebles sobre los que recae la cláusula en beneficio de los hijos, sirve a la vez de relación de cobertura entre los dos contratantes y de relación de valuta entre estos y los beneficiarios o terceros, por lo

que no hay duda alguna que la aceptación por los favorecidos por la estipulación, ha de hacerse a los dos padres, y no como argumenta la parte recurrida solamente a la madre, pero en todo caso es un hecho, la falta de aceptación por los hijos, que ambas sentencias entienden acreditado, y por consiguiente esta cuestión que alumbró el recurrido en su escrito de impugnación al recurso, carece de trascendencia.

Cuestión distinta es el efecto que la nulidad de la estipulación a favor de tercero ha de tener respecto a la totalidad del contrato de transacción, que se corresponde al motivo tercero del recurso en el que se invoca la violación del art. 1809 del Código civil, que en alegación de la parte recurrente “determina las mutuas y recíprocas prestaciones entre las partes en el contrato de transacción”, y que versando el contrato sobre la división y distribución de los bienes de la sociedad de gananciales, habiéndose adjudicado como único derecho, el usufructo vitalicio de las dos fincas rústicas de la sociedad a D. Juan, cuya nuda propiedad había sido objeto de la estipulación a favor de los cuatro hijos (por consiguiente a la madre no le correspondía participación alguna en esa nuda propiedad), y a la recurrida D.^a Quitéria la propiedad de la vivienda y los dos mesones en el término municipal de Cartagena, se rompería el equilibrio de las contraprestaciones entre ambos contratantes, si se declarase la nulidad de la estipulación y se dejase subsistente el resto de las estipulaciones, lo que lleva a la declaración de nulidad del contrato, como se razona en la sentencia de primera instancia en su fundamento de derecho segundo.

3. *A pesar de que la esposa firmó un documento en virtud del cual reconocía que su esposo era propietario del 50% de los bienes adquiridos bajo el régimen de separación de bienes, se desestima la demanda ya que el citado documento no contiene un negocio jurídico traslativo de dominio, bien sea de naturaleza onerosa, o bien gratuita, sino una mera declaración de reconocimiento de dominio.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 19 de julio de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Armando y D.^a Roberta estuvieron casados bajo el régimen de separación de bienes y bajo ese régimen la esposa había adquirido a su nombre un inmueble, consistente en una parcela donde se han construido tres bungalows inscritos a su nombre en el Registro de la Propiedad núm. Uno de esa población.
- Mediante documento privado de fecha documento privado 24 de agosto de 1985, redactado en el idioma materno de la declarante, el alemán, declara la titular dominical D.^a Roberta: “que mi esposo D. Armando es copropietario en un 50% de la finca arriba mencionada, inclusive edificios e inclusive el préstamo, ya tomado, respectivamente, todavía a tomar”; al final manifiesta que si algún día se enajenara la finca, “el importe restante, después del pago de todas las obligaciones, le corresponde en un 50% a mi marido Armando”.
- Don Armando interpuso demanda de menor cuantía contra D.^a Roberta solicitando se dicte sentencia conteniendo los siguientes pronunciamientos: 1. Declarar que don Armando es legítimo titular y propietario del 50% indiviso de la finca y edificaciones objeto de esta litis, y que se reseñan en el hecho primero de esta demanda, en virtud del contrato privado de fecha 24 de agosto de 1985. 2. Declarar la obligación de la demandada D.^a Roberta de otorgar escritura pública de propiedad del 50% indiviso de la finca y edificaciones en la misma existentes, referidas a lo largo de esta litis, a favor del demandante don Armando; bajo apercibimiento que de no hacerlo así, se procederá por el Sr. Juez a otorgar en su nombre, la correspondiente escritura y 3. Imponer a la demandada el pago de las costas causadas en la presente litis.

- Admitida a trámite la demanda, por la representación de la parte demandada se contestó, con base en cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: “...y tras seguir el procedimiento por todos sus trámites y el recibimiento a prueba, dictar sentencia definitiva por la que se declare que el actor no es legítimo titular ni propietario de parte alguna en la finca en litigio, ni que mi mandante deba otorgar escritura pública alguna, imponiendo las costas del procedimiento al actor, por su evidente mala fe”.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 5 de San Bartolomé de Tirajana dictó sentencia el 11 de diciembre de 1995 desestimando íntegramente la demanda. Entendió el juzgador que el documento de agosto de 1985, no contiene más que una simple oferta, y por tanto no se puede considerar perfeccionado contrato alguno de venta ya que en los autos consta que en su momento no se aceptó la oferta, pues el “conforme” se estampó después de realizada la traducción del documento, con el fin de ser presentado al juicio, y varios años después de que el matrimonio de los ahora litigantes hubiere entrado en crisis; apreciación del contenido del documento, falta de aceptación, que confirma el hecho de que dos años después de la fecha del documento, esto es en el año 1987, actúa el marido, ahora demandante, como apoderado de su mujer para otorgar la escritura de obra nueva, en la que declara la titularidad exclusiva de su esposa sobre el dominio de la parcela y de los bungalows construidos en ella, sin hacer reserva alguna de los derechos que pudiera tener el declarante sobre la finca.
- En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia el 22 de julio de 1996 desestimando el recurso interpuesto por D. Armando.
- D. Armando interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso sostiene el recurrente que se ha infringido por aplicación errónea, el art. 1281.1 del Código Civil, pues aun reconociendo que la jurisprudencia de esta Sala, tiene reiteradamente declarado que la interpretación de los contratos es una facultad exclusiva de los Tribunales de instancia y, que ha de ser mantenida en casación, sin embargo, entiende que procede la impugnación de la interpretación que hace la Audiencia del “contrato” de 24 de agosto de

1985, en cuanto que lo considera como una oferta que hace la esposa dirigida a su esposo, no constando la aceptación de este hasta que prepara la documentación para el juicio de reclamación de la propiedad y, cuando han pasado varios años desde la crisis matrimonial, por lo que no se ha perfeccionado el contrato que serviría de título de adquisición de dominio, cuando el documento dice sin rodeo que el esposo es copropietario del 50% de la finca arriba descrita, no pudiendo

conducir, en ningún caso, a un contrato de compraventa pues falta el requisito esencial del precio, aunque concluya la esposa, que su marido de la misma forma es cotitular del préstamo concedido para su adquisición, y también de los que pudieran interesar y obtener en el futuro, de lo que llega a deducir la parte recurrente, que se estaría ante una sociedad civil o más sencillamente, que el reconocimiento contenido en el documento se estaría ante la expresión de un negocio jurídico unilateral como expresan las sentencias de 6 de marzo de 1976, 13 de noviembre de 1962 y 1 de diciembre de 1955 que examinará al estudiar el motivo siguiente.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, pues aunque la parte recurrente fundamenta razonablemente que la declaración de voluntad contenida en el documento de fecha 24 de agosto suscrito por la demandada en nada puede considerarse como una oferta dirigida al que entonces era su marido D. Armando para que este la acepte y, asuma a su vez el compromiso respecto de los préstamos concedidos a la adquirente de la parcela en un banco alemán, pero esta errónea interpretación del documento, no es suficiente para que admitiendo el motivo se case la sentencia, porque resulta evidentemente que el documento en el que basa su derecho la parte actora no constituye un título suficiente para transmitir el dominio, pues como acertadamente se razona en la sentencia del primer grado, el documento cuya literalidad entiende infringida por la interpretación que de él da la Audiencia, no contiene un negocio jurídico traslativo de dominio, bien sea de naturaleza onerosa o, bien gratuita, sino un mera declaración de reconocimiento de dominio, lo que supone como dice la sentencia de primer grado, que entre el 28 de septiembre de 1984, fecha en que la esposa compra del anterior titular la parcela y, el 14 de agosto de 1985 que firma el reconocimiento en documento privado, debió existir una transmisión del 50% de la finca que reclama, pero esa transmisión deberá ser acreditada, para comprobar si en el

título concurren los requisitos necesarios que le confieran la validez, pero nada de eso se ha probado en autos, carga de prueba que con arreglo al principio que rigen su distribución de la misma, contenido en el art. 1214 del Código civil, corresponde al actor, por lo que la demanda se desestimó justamente.

En el segundo motivo y también promovido se alega infracción por no aplicación del art. 1324 en relación con los arts, 1089. 1254, 1255, 1256 y 1257 último párrafo todos del Código civil, al no haber reconocido el verdadero valor del documento de 25 de agosto de 1985, redactado originariamente en alemán lengua materna de la demanda, que supone una confesión de la esposa que es la que aparece registralmente como titular de la finca, en el que reconoce que su marido es copropietario del 50% indiviso de la finca y, en la misma proporción de los préstamos concedidos a ella para la adquisición de la misma, aunque la declaración de voluntad de la esposa no tenga efectos constitutivos, estos se pueden alcanzar mediante el encuadre en alguno de los negocios jurídicos que prevé nuestro ordenamiento jurídico como es el caso del art. 1324 del Código civil que no ha sido aplicado por el Tribunal de instancia.

El motivo vuelve a ser desestimado por el Tribunal Supremo. El precepto alegado como infringido, presupone la existencia de una comunidad entre los cónyuges, situación que no se da en el caso de autos, al haberse convenido para el régimen económico del matrimonio el de la separaciones de bienes, por lo que en principio no hay duda sobre la titularidad de los bienes que puedan corresponder a cada uno de los cónyuges, teniendo fundamentalmente el citado precepto del art. 1234, el efecto de desvirtuar la presunción de ganancialidad del art. 1361 del Código Civil; en segundo lugar, el precepto que se dice no se tuvo en cuenta en la sentencia impugnada, en forma alguna atribuye a la declaración de la esposa efectos constitutivos, pues como mera declara-

ción de voluntad, vincula a la autora y a sus herederos, pero no constituye un acto traslativo, y por consiguiente, no puede dar lugar a la atribución del dominio en un cincuenta por ciento al demandante recurrente de los bienes que figuran inscritos en el Registro de la Propiedad como de la propiedad de la demandada y, que se ha acreditado que se adquirieron en virtud de préstamos bancarios concedidos personalmente a la misma, bajo la garantía de su patrimonio, sin haber acreditado por otra parte, la asunción de un cincuenta por ciento del importe de esos préstamos por él hoy recurrente, ni que haya satisfecho cantidad alguna para su amortización.

En el tercer motivo se alega infracción del art. 1451 del Código Civil, por aplicación errónea, al calificar al documento de 24 de agosto de 1985 una promesa de venta y desestimar el recurso de apelación porque estima que el recurrente no aceptó oportunamente la oferta, pero el contenido del documento de 24 de agosto de 1985, constituye una declaración de voluntad unilateral de reconocimiento de una situación que no necesita de la aceptación o conformidad pues constituye como dice la sentencia de 8 de marzo de 1956 “un contrato por el cual se considera como existente, contra el que lo reconoce, pudiendo tener por objeto exclusivo dar a otra parte un medio de prueba, o prometer no exigir prueba alguna de la deuda con existente contra el que la reconoce”.

El motivo también es desestimado. Resulta evidente que la argumentación de la parte recurrente, carece de fundamentación

en atención a lo expuesto al estudiar el motivo primero en el que se reconoce que la sentencia recurrida, interpreta erróneamente el contenido del documento privado suscrito en su día por la demandada y reconocido por ella en el juicio, en el sentido expuesto en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución, en el que se estimó que no se puede entender su contenido como una oferta, por lo que deja sin fundamentación la argumentación de la parte recurrente. Pero hay que señalar, por otra parte, que la sentencia recurrida no aplicó el art. 1451, en cuanto que se basó su discurso en que el citado documento contenía una oferta de la propietaria de la parcela con sus bungalows oferta que como se dice en la sentencia recurrida, no fue aceptada, hecho este que excluye la aplicación del precepto citado, que exige para que surtan los efectos de sus párrafos primero o, en su caso el segundo, que haya acuerdo entre las partes, conformidad que no se ha producido, en términos de la sentencia recurrida, que no compartimos, en cuando no aparece aceptada la declaración de voluntad de la oferente por el destinatario. Pero por otra parte, como se ha dicho, al estudiar el primer motivo de este recurso, el contenido del documento, implicaba una declaración unilateral de voluntad, sin que la misma produjera efectos traslativos de dominio, engendrando en su caso, únicamente obligaciones de la declarante, por lo que habiéndose pedido en la demanda una declaración de dominio a favor del actor sobre determinado bien inmueble, la demanda no podía prosperar.

4. *Carácter privativo de un inmueble construido antes de contraerse el matrimonio aun cuando figure en el Registro de la Propiedad con carácter presuntivamente ganancial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 19 de septiembre de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Antonia interpuso demanda de menor cuantía contra D. Luis en la que solicitaba que se dictase sentencia por la que se declare: “1.^o) Que la casa descrita en el hecho V es perfectamente divisible en dos plantas. Y a consentir su inscripción en el Registro de la Propiedad de su parte de cada uno. 2.^o) Que el citado puesto en el “Mercado A.” núm. ...1, no es divisible y además es el único medio de trabajo de mi mandante y que ésta, tendrá que abonar al demandado su mitad, como se ofreció en la ejecución de sentencia. 3.^o) Así como el demandado D. Luis dé cuentas de la administración de la casa citada en el hecho V y abone a mi mandante la mitad de los ingresos recibidos de su renta con los intereses legales desde el momento que se han producido hasta la fecha. Asimismo, que se condene al demandado en las costas por lo expuesto en el fundamento jurídico V al existir mala fe y temeridad por D. Luis”.
- Admitida a trámite la demanda la representación procesal del demandado contestó, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia desestimando la demanda e imponiendo las costas a la parte demandante, o subsidiariamente y para el supuesto de estimar la demanda, se declare como único bien de naturaleza ganancial el relacionado en segundo lugar por la parte contraria en el hecho quinto de su demanda, es decir, el puesto núm. ...1 sito en el “Mercado A.” de Jaén, y además el importe de los frutos y rentas que se han obtenido desde que ella lo viene explotando hasta la actualidad, que deberá de ser adjudicado íntegramente a la demandante, pagando a mi principal el 50% del valor que se estime tras la prueba que se practique, y finalmente y también de forma subsidiaria, y para el supuesto de que se declare que la casa sita en Torrequebradilla es ganancial, se adjudique a mi representado que deberá satisfacer el 50% de su importe a la demandante, con imposición de costas a la parte actora.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de Jaén dictó sentencia el 18 de julio de 1996 estimando parcialmente la demanda declarando disuelta y liquidada la

sociedad de gananciales que existía entre los hoy litigantes, y adjudicando en pleno dominio a D.^a Antonia, el puesto en el “Mercado Municipal A.” de Jaén, debiendo abonar al demandado la suma de 500.000 ptas., como concepto de la mitad por ser bien ganancial; asimismo se adjudica a D. Luis la casa sita en Torrequebradilla, en plena propiedad. No se hace pronunciamiento en materia de costas, debiendo cada parte sufragar las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Mediante Auto de fecha 2 de septiembre de 1996 se aclara la transcrita sentencia, haciendo mención de que la casa sita en Torrequebradilla tiene carácter privativo del esposo demandado D. Luis, al que por tanto le pertenece en pleno dominio.

- En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Jaén dictó sentencia el 21 de febrero de 1997 desestimando el recurso interpuesto por D.^a Antonia.
- D.^a Antonia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el motivo primero del recurso, interpuesto por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, habiéndose producido indefensión para esta parte, al amparo del art. 1692.3.^º y, se denuncia por aplicación del art. 1707 de la LEC, las normas del ordenamiento jurídico que consideramos infringidas son los arts. 524 y 542 LEC, en relación con los arts. 238.3 y 240.2 de la LOPJ y el art. 24.1 de la CE, al haberse introducido en el escrito de contestación a la demanda reconvencción encubierta o implícita, sin que se diera traslado de ella a esta parte ni se procediera a la nulidad de oficio antes de recaer Sentencia por parte del Juez *a quo*, quien, no obstante, entra a debatir el fondo de la petición formulada por el demandado y que no está limitada a su defensa, produciéndose en suma una conculcación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva por parte de Jueces y Tribunales; añadiéndose que en la contestación a la demanda, ésta no se limitó a oponerse a la misma sino que introdujo en su “suplico” la declaración de que un bien de carácter ganancial lo fuese privativo, en relación con el piso cuestionado. El Motivo no se acoge, por que ese *petitum* de la contestación se co-

rresponde con la oposición al correlativo de la demanda, y ésta fue estimada en parte, ya que, en la propia demanda se alude a la liquidación de la Sociedad de gananciales (así el Juzgado en su FJ 1.^º expresa que, “se ejercita por el Procurador Sr. ..., en nombre y representación de D.^a Antonia, acción de división de cosa en común, en liquidación de la sociedad de gananciales, de los bienes componentes, entre la actora y su ex esposo D. Luis...”) y se pide se declare ese piso como divisible y propiedad de los dos, como común, lo que no se admite.

Entrando ya en la determinación del carácter ganancial o privativo del inmueble, en la sentencia de la AP se indicaba lo siguiente: “...Es indudable que el Juez *a quo* ha acertado al no dar lugar a estas peticiones en la Sentencia aquí recurrida, en efecto, la casa en cuestión aparece plenamente probado que:

“1.^º) La edificó el demandado en los años 1950, ya que el perito judicial así lo determina, teniendo en cuenta los materiales empleados y los muros de tapiar, lo que expresó con toda claridad tanto su informe, como en la ratificación del mismo, lo que coincide con la certificación del catastro

que, según los antecedentes que obran en su archivo, figura que la casa referida fue edificada en el año 1955, coincidiendo, igualmente, con el informe del Ayuntamiento de Villatorres en el que se hace referencia a la finca catastral.

2.º) La referida casa era ya un bien privativo del demandado cuando contrajo matrimonio en el año 1962, corroborado no solo por la totalidad de los testigos presentados por el demandado, sino incluso por los testigos de la actora D.ª Amparo y D.ª Ana, declarando la primera de ellas que la casa aquí discutida, se edificó por el padre del demandado en una finca rústica que le vendió su marido, siendo por lo tanto procedente de herencia del demandado, y en el mismo sentido declara su hija, testigo también de la actora. Todo ello indica que la referida casa es sin género de duda un bien privativo del demandado, que por lo tanto, no puede incluirse en la liquidación de gananciales, que es lo que en realidad ha de hacerse en el presente procedimiento y no una acción de división de cosa común como se dice en la demanda, pero es que aunque así fuera, tampoco podría dividirse por no ser bien común”.

En el segundo motivo se alega infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo del art. 1692.4. De conformidad con el art. 1707, las normas del ordenamiento jurídico que consideramos infringidas son el art. 24.1 CE, por infracción del principio que prohíbe en todo caso la indefensión, que se invoca directamente al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por haber obviado la legalidad vigente en relación con los arts. 1278, 1279 y 1280 Cc, del cual deriva la Ley y el Reglamento Hipotecario; por inaplicación de los arts. 1290, 1291 y 1299 del mismo

cuerpo legal, toda vez que no procede declarar la nulidad de una escritura pública cuando el plazo máximo legal en tal supuesto es de cuatro años, plazo que es de caducidad inexcusable; por inaplicación del principio de justicia rogada sobre la base de que el Juez tiene la obligación de aplicar el Derecho aunque no se haya alegado por las partes (principio *iura novit curia*), en relación con la caducidad, la cual se ha de estimar de oficio sin necesidad de alegación por la parte; considerándose asimismo infringidos por inaplicación los arts. 644 y ss. y 1336 y ss. del Cc; se denuncia, pues, que no procede declarar la nulidad de una escritura pública —como es la que acoge que el piso en cuestión es ganancial— de fecha 8-2-1983 —ff. 30 y ss.— transcurrido el plazo legal de 4 años que es de caducidad inexcusable.

El Motivo tampoco prospera, porque, la Sala en su FJ 2.º: (“En cuanto a la escritura de compraventa que figura en los folios 30 y ss., no tiene influencia en este procedimiento, ya que, se realizó sin género de duda, para tener un documento a fin de poder inscribirla en el Registro de la Propiedad y, aunque en la misma se diga que se adquiere para la sociedad conyugal, fue porque constituían matrimonio, aún sin desavenencias en el momento de su otorgamiento, pero al haberse probado de una forma indudable que la referida casa es un bien privativo del demandado, habrá de confirmarse la Sentencia recurrida en este extremo”), no declara la nulidad de esa escritura, sino que, la devalúa a los fines de que, porque en la misma figura ese piso como ganancial, no obsta que su carácter real sea el de privativo o propiedad del demandado (en armonía con el transcrito FJ 1.º) que es lo declarado en la recurrida al confirmar la Sentencia de primera instancia y su Auto de Aclaración de 2-9-1996. Por lo que se desestima el recurso con los demás efectos derivados.

III. PATRIA POTESTAD

1. *La despreocupación y alejamiento temporal al menos externo y formal entre el padre y el hijo, sin perjuicio de la concurrencia de posibles desavenencias con la madre, no constituye causa suficiente para decretar privación de la patria potestad. Procedencia de la fijación de un régimen de visitas controlado y graduable atendiendo a las circunstancias que vayan concurriendo.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de julio de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Pedro presentó demanda de menor cuantía contra D.ª Gladys solicitando la fijación de un régimen de visitas respecto de su hijo menor Rubén consistente en un fin de semana alternativo, un mes completo en el verano, una semana en Navidad y otra en Semana Santa.
- La madre, D.ª Gladys, se personó en el pleito y contestó a la demanda, a la que se opuso por medio de las alegaciones que aportó y al tiempo formuló reconvencción, por lo que vino a suplicar: “Dictar Sentencia por la que, desestimando la demanda inicial y dando lugar a mi reconvencción se acuerde: 1. Ratificar el ejercicio exclusivo de la patria potestad sobre su hijo Rubén, a favor de Doña Gladys. 2. La privación de la patria potestad de don Pedro sobre su hijo menor de edad Rubén, que será ejercida exclusivamente por la madre. 3. Suspender a don Pedro en el derecho de visitas al menor. Con inscripción de la Sentencia en el Registro Civil donde consta inscrito el nacimiento del menor y los demás pronunciamientos legales inherentes, imponiendo al actor las costas del procedimiento”.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 22 de Madrid dictó sentencia el 13 de noviembre de 1995 estimando parcialmente la demanda y la reconvencción acordando que la titularidad de la patria potestad sobre el hijo menor de edad Rubén, se ostentara conjuntamente por ambos progenitores; el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo menor de edad, se efectuara exclusivamente por la madre; el hijo quedara bajo la guarda y custodia de la madre; y que el padre pudiera tener consigo a su hijo menor de edad en la forma que

acuerde con la madre, o, en caso de discrepancia, la tarde los sábados de 17 a 20 horas en presencia de la madre o de algún familiar del entorno materno, aumentándose progresivamente las comunicaciones conforme se vaya produciendo la integración de la figura paterna en el esquema referencial del menor, o, en caso contrario, manteniéndolas tal y como aquí se establecen o suspendiéndolas, todo ello en ejecución de sentencia y previo informe del equipo técnico adscrito a este Juzgado, que efectuará un seguimiento detallado del curso y desarrollo de las relaciones paterno-filiales.

- En grado de apelación, la Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 13 de noviembre de 1995 desestimando el recurso interpuesto por D.^a Gladys,
- D.^a Gladys interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Antes de entrar en el contenido de la resolución conviene detenerse en el informe emitido por el Ministerio Fiscal que comparte la doctrina de la sentencia recurrida:

1.^º Insiste la parte apelante en las pretensiones sobre privación de patria potestad y no concesión de comunicaciones paterno-filiales deducidas en su demanda reconvenicional, y ello sobre la alegada base de que el padre, desde que cesó la convivencia entre los litigantes, cuando el menor contaba un mes de edad, no se ha vuelto a preocupar del mismo, siendo la primera noticia la presentación de la demanda rectora de los autos; las motivaciones del demandante, en relación con la acción ejercitada, son ajenas a un verdadero deseo de relacionarse con el hijo común, conectándose más bien con el intento de asumir una obligación legal en España que favorezca la renovación de su permiso de residencia en nuestro país. A ello se añade, por la dirección Letrada de dicha litigante, que don Pedro no ha hecho intento alguno de ver al menor en todo el curso del procedimiento. Tales pretensiones revocatorias de los pronunciamientos de la sentencia de instancia encuentran la frontal oposición del apelado y del Ministerio Fis-

cal, que suplican la íntegra confirmación de la expresada resolución; por lo que planteado en tales términos el debate litigioso en el presente momento y trámite procesales, ha de analizarse la problemática suscitada a la luz de la doctrina emanada de la vigente legalidad en la materia, y su jurisprudencia interpretadora, en su proyección sobre las específicas circunstancias que en el caso concurren, según la delimitación determinada por los alegatos y pruebas expuestos a la consideración del Tribunal.

2.^º Viene configurada la patria potestad en nuestro ordenamiento jurídico como una función instituida en beneficio de los hijos, que abarca un conjunto de derechos concedidos por la Ley a los padres sobre la persona y bienes de los descendientes en tanto son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesa sobre dichos progenitores; y constituye una relación central de la que irradian multitud de derechos y deberes, instituidos todos ellos, no en interés del titular, sino en el del sujeto pasivo (STS 9-9-1960 y 8-4-1975). En lógica correlación con tal doctrina dimanante del artículo 154 del Código Civil, el mismo texto legal, en su artículo 170, faculta la privación

judicial de dicha potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a ella, como mecanismo tendente a la prevención o represión de sus abusos, siempre bajo el principio fundamental del beneficio del menor, en cuanto la conducta de uno o ambos progenitores pueda poner en peligro el desarrollo o formación, físico o moral, del sujeto infantil; mas cuando tales factores de riesgo o no concurren o no han sido acreditados, aún existiendo un cierto abandono o despreocupación en el cumplimiento de los deberes integrados en la referida función, no se debe llegar a la sanción permitida en el citado artículo 170, máxime si dicha medida judicial no se revela como útil o beneficiosa para la prole. Sobre tales imprescindibles premisas legales, no se han ofrecido a la consideración del Tribunal motivos hábiles en derecho, en su conexión con los datos fácticos que deben sustentarlos, para acceder a la pretensión deducida, en primer término por la parte apelante, en cuanto la escasa prueba incorporada a los autos lo único que pone de manifiesto es la falta de relaciones del actor con el hijo común, pero no las causas de dicha situación, que cada parte imputa a la conducta, ya de impedimento u obstaculización ya de dejación, del otro progenitor, sin que tales diferencias de punto de vista hayan sido esclarecidas en el curso de la litis, en ninguna de sus instancias; en cualquier caso el actor, a través de la relación entablada, muestra una decidida voluntad de afrontar de futuro aquellos deberes que, hasta el presente, no habían encontrado el necesario cumplimiento, sin que consten motivaciones, cual las expuestas por la apelante, ajenas a la propia naturaleza y finalidad de la relación paterno-filial, ni tampoco acreditado que las situaciones que ello ha de comportar se ofrezcan a tenor de lo actuado, como un factor de riesgo para quien debe ser protegido, en sus legítimos intereses, por encima de los antagonismos de sus procreadores. En consecuencia, y habiéndose atribuido en la sentencia de instancia, el ejercicio exclusivo de la patria potestad a la madre, en cumplimiento de lo al respecto

prevenido en el último párrafo del artículo 156 del Código Civil, extremo este que ambas partes asumen, no se aprecia sin embargo por la Sala circunstancias de especial gravedad que impongan o aconsejen el excluir al otro progenitor de la titularidad de tal potestad.

3.º Partiendo igualmente de dichas bases ha de sancionarse judicialmente el derecho de relación del menor con el progenitor que no ostenta su guarda, de conformidad con lo prevenido en el artículo 160 del texto legal citado, en armonía con lo prevenido en el artículo 94, pues de las actuaciones elevadas a la Sala no se muestran indicios serios de que las comunicaciones paterno-filiales puedan ser nocivas o perjudicar el desarrollo y formación del menor, habiendo por el contrario de considerarse, a falta de toda prueba en contrario, que las mismas han de constituir un factor de enriquecimiento para que se encuentra en fase tan trascendental de su vida, y sin que, al respecto, y como aduce la recurrente, pueda tomarse en consideración, como factor excluyente del derecho debatido, la falta de relación en el pasado, pues precisamente a través de la acción entablada se intenta reanudar una comunicación rota, al haber sido infructuosas las posibles negociaciones de las partes. En tal aspecto de la controversia litigiosa, y no acreditadas las alegadas motivaciones ajenas a una sincera voluntad de cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, el informe elaborado por el Perito Psicólogo adscrito al Juzgado practicado precisamente a instancias de la hoy apelante y contra cuyas conclusiones ahora gratuitamente se revela, pone de manifiesto la ausencia de razones, en un plano de relaciones efectivas y de tipo psicológico, que desaconsejen el contacto paterno-filial, siendo, de contrario, adecuado ofrecer de futuro al menor la posibilidad de tener una relación con la figura parental de referencia. Finalmente las cautelas y condiciones establecidas en la sentencia de instancia, en orden al derecho de visitas sancionado, se revelan

como plenas de prudencia y ajenas a un marco estanco para el futuro, habiendo por el contrario de ser acomodado a la evolución de circunstancias, en fase de ejecución de sentencia, lo que abre, en beneficio del menor, un abanico de posibilidades legales que abarca desde la suspensión del derecho a su ampliación hasta los niveles que demanden las necesidades efectivas del sujeto infantil. Realmente los argumentos que se esgrimieron en apelación son los mismos que se razonan en esta casación, consistiendo además en cuestiones fácticas de cuál es el interés del menor prevalente, al que hay que atender según doctrina de esa Sala Primera, siendo tal dato una cuestión de hecho de apreciación de la Sala de apelación, no siendo controlable en casación, a no ser que dicha decisión no haya sido motivada o lo haya sido arbitrariamente, por lo que no ocurriendo tales supuestos en el presente caso, en que la sentencia de la Audiencia esté perfectamente motivada, los motivos deben ser desestimados.

En el primer motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 170, en relación al 154 del Código Civil y 39.3 de la Constitución, para combatir la decisión del Tribunal de Instancia que decretó que la titularidad de la patria potestad del menor, nacido de relación extramatrimonial mantenida por los litigantes, la ostentarían conjuntamente ambos progenitores, si bien su ejercicio correspondía exclusivamente a la madre (recurrente), bajo cuya guardia había de quedar el niño.

La patria potestad de la prole actúa como derecho inherente de la paternidad y maternidad y en nuestro ámbito tiene indudable carácter de función tutelar que la configura como institución en favor de los hijos, así lo dice el referido artículo 154, y lo tiene declarado la jurisprudencia desde antiguo (Sentencias de 28-10-1891, 25-6-1923, 3-3-1950, 18-2-1969 y 9-3-1984), así como las más recientes (Sentencias de 23-7-1987, 30-4-1991, 18-10-1996 y 5-3-1998).

La protección a cargo de la familia, que impone la condición de menor, conforme

declara el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de diciembre de 1966) y que refiere el artículo 39.3 de la Constitución, en su vertiente obligatoria de derecho-función, llevó al legislador a la procura de un ejercicio correcto de la patria potestad, y evitar que pudiera resultar contrario a los intereses de los hijos, por ello el artículo 170 del Código Civil establece que se pueda privar total o parcialmente de su potestad a los progenitores mediante sentencia civil, que ha de fundarse en incumplimiento de los deberes a ella inherentes, lo que ha de presentarse plenamente probado (Sentencia de 6-7-1996). Se trata de una declaración genérica al no precisar el Código las conductas determinantes de tal sanción, por lo que los Tribunales, en cada caso concreto, han de decidir el alcance de los incumplimientos, midiendo su gravedad y también su reiteración.

En el caso que nos ocupa desarrolla el motivo que el demandante ha dejado de cumplir sus deberes de padre, pues al poco tiempo del nacimiento del menor (10 de enero de 1992) abandonó hogar que compartía con la recurrente y se desprecupó de su hijo, sin que mantuviera relación física y menos afectiva alguna, lo que si bien resulta cierto, ha de interpretarse no con la crudeza que objetivamente parece presentar de momento tal hecho, sino ponderando las circunstancias, efectos y consecuencias de las conductas, en proyección al mejor y mayor bien del niño, lo que con notable acierto llevó a cabo el Juez de Primera Instancia y el Tribunal de Apelación, pues, ya el hecho de la ruptura y acaparamiento del hijo por la madre, lo que ha de elogiarse, toda vez que fue quien le atendió y cuidó, evidentemente no se presentaba como situación que favoreciera, aunque no la imposibilitara, la asistencia y relación del padre con su hijo.

Se trata, por tanto, de concurrir alejamiento temporal con imprecisión de las causas que instauraron esta situación. Tampoco se probó que la reanudación pretendida de la relación padre-hijo se presentase como de

riesgo para el menor, pues, al contrario, con las medidas de comunicaciones controladas y progresivas que la sentencia establece, se viene a propiciar una efectiva recuperación del tiempo perdido.

Es humano y de tener en cuenta que el padre trate de romper el aislamiento mantenido y superar la separación precedente, lo que pone de manifiesto el ejercicio de la acción entablada, no constando otras motivaciones o intereses espúrios. En resumen, no se aprecian motivos ni causas intensas graves para no otorgar al padre la titularidad de la patria potestad del hijo conjuntamente con la recurrente.

El derecho de los hijos a conocer y relacionarse con sus progenitores y la continuación de estas relaciones en el futuro, a medida que resulten más frecuentes y faciliten el conocimiento mutuo, no se puede predecir y en todo caso el hijo en su momento es quien debe de decidir, pero no se puede privar ni negar al demandante de principio, con los datos que integran el *factum* del pleito, la oportunidad, de acuerdo a la legalidad, de poder ejercer como padre, y cumplir los deberes que como tal le corresponden.

La despreocupación y alejamiento temporal al menos externo y formal, sin perjuicio de la concurrencia de posibles desavenencias con la madre, no constituye causa suficiente para decretar privación de la patria potestad, ya que, tampoco estamos ante un supuesto de desamparo total al menor (Sentencias de 5-10-1987 y 11-10-1991), razones todas suficientes para el rechazo del motivo.

En el segundo motivo se alega la infracción del artículo 160 del Código Civil, para lo que se aduce que el régimen de visitas que la sentencia establece no resultaría beneficioso para el menor, sino más bien perjudicaría sus intereses y lo perturbarían.

Se trata de una afirmación gratuita, carente de la necesaria adveración probatoria, que contradice el referido artículo 160 en cuanto establece el derecho del padre o de la madre a relacionarse con sus hijos, aunque no ejercen la patria potestad. Resulta precepto im-

perativo al declarar que no podrán impedirse las relaciones personales sin justa causa y, al tiempo, en caso de conflicto, se autoriza a los jueces a resolver lo más conveniente, atendiendo a las circunstancias y es lo que con todo acierto, ponderación y racionalidad adecuada decidió la sentencia que se recurre, atendiendo principalmente al informe psicológico aportado a las actuaciones, precisamente a instancias de la recurrente, que pone de manifiesto que la relación paterno-filial resultarían en este caso beneficiosas para el menor y no es factor excluyente la falta de comunicación en el pasado, pues, al contrario, actuaría más bien con efectos recuperadores para restaurar una relación rota, propiciada por el contacto personal del padre con su hijo, y que resulta del todo oportuna atendiendo la edad de éste.

La sentencia establece a tales efectos medidas controladas graduables, sucesivas y no definitivas, para que precisamente pudieran ser modificadas, según fueran evolucionando las relaciones (Sentencia de 22-5-1993), pues, dejando a los progenitores la oportunidad de establecer acuerdos para la forma de practicar el régimen de visitas, se toma la previsión, si esto no se produce, de fijar cautelarmente una primera etapa consistente en la comunicación la tarde de los sábados de 17 a 20 horas en presencia de la madre o algún familiar del entorno materno, para seguidamente, de forma progresiva, al darse resultados satisfactorios a los intereses y estado anímico del menor, ir aumentando la comunicación. En caso contrario, y aquí es donde las previsiones judiciales resultan intensas y decisivas, bien se mantendría la relación que queda dicha o se suspendería. Se toma también la medida de llevarse a cabo un seguimiento detallado del desarrollo de la relación paterno-filial que se instaura y también se restaura.

No cabe decisión más juiciosa y acoplada a las circunstancias del caso, al resultar completa y con proyección al futuro. El derecho de visitas no debe ser objeto de interpretación restrictiva por su propia fundamentación filosófica y tratarse de un derecho que

actúa válidamente para la reanudación de las relaciones entre los padres y los hijos, evitando rupturas definitivas o muy prolongadas por el tiempo, que resultan difíciles de recuperar. Este derecho sólo cede en caso de darse peligro concreto y real para la salud física, psíquica o moral del menor (Sentencias de 30-4-1991, 19-10-1992 y 22-5 y 21-7-1993). En este sentido se pronunció el Pleno del Parlamento Europeo el 17 de no-

viembre de 1992, con referencia a los casos de divorcio de las parejas europeas que no tuvieran la misma nacionalidad. Según la Cámara la suspensión del derecho de visitas sólo ha de aplicarse si se pone con elevada probabilidad, directa y seriamente en peligro la salud física o psíquica del hijo y también si existe una resolución incompatible ya ejecutable al respecto.

IV. RÉGIMEN DE VISITAS

1. *Fijación de régimen de visitas entre las menores y los abuelos, tíos y primos de la familia materna, ya que las malas relaciones existentes entre el padre y los familiares de la madre fallecida no pueden influir en la concesión de dicho régimen y aunque es cierto que existe el temor fundado de posibles versiones manipuladas que estos les puedan hacer llegar a las menores sobre la muerte de la madre que hagan al padre responsable directo de ésta, deben establecerse los medios correctores: apercebir a los familiares maternos de tal circunstancia y controlar por el equipo técnico el resultado de las visitas.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 20 de septiembre de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Tomás R. y su esposa doña Ramona S., don Tomás R. S. y su esposa doña Eugenia, éstos en nombre y representación de sus hijos menores de edad Luz María y Manuel, todos ellos con la misma representación procesal, interpusieron demanda de menor cuantía contra don Jesús, padre de las menores María del Carmen y María Consuelo, sobre relaciones familiares con las nietas, sobrinas y primas de éstos. En el suplico de la demanda se solicita que se dicte resolución declarando el derecho de los actores a relacionarse con las prenombradas menores, pudiendo tenerlas en su compañía

durante fines de semana alternos, desde las 10 horas del sábado a las 20 horas del domingo; durante la mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa; y un mes en las de verano, debiendo para ello recogerlas y restituirlos en el domicilio paterno.

- La parte demandada se opuso a las pretensiones de la actora solicitando la desestimación íntegra de la demanda.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 22 de Madrid dictó sentencia el 31 de julio de 1995 estimando parcialmente la demanda, declarando el derecho de los demandantes a relacionarse personalmente con las niñas Carmen y Consuelo el último fin de semana de cada mes, desde las 19 horas del viernes hasta las 21 horas del domingo, así como 5 días seguidos durante sus vacaciones escolares de Navidad (entre los que deberá incluirse al menos el 24 ó 31 de diciembre, o el 6 de 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. Previamente a este régimen de visitas se practicarán los contactos bajo el criterio y control del Equipo Técnico adscrito al Juzgado, durante el plazo de un mes, que podrá ampliarse a su propuesta, si así se valorase judicialmente. Los demandantes evitarán en todo momento ante las niñas cualquier alusión directa o indirecta que haga recaer en el padre la responsabilidad sobre el fallecimiento de la madre, con expreso apercibimiento, en caso contrario, de suspensión o limitación (en ejecución de la presente resolución) del régimen de visitas concedido.
- En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 29 de noviembre de 1996 estimando el recurso interpuesto por el padre y acordando no haber lugar a establecer régimen de visitas y comunicaciones a favor de los abuelos maternos y demás familiares para su relación con las menores.
- Los actores interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que conformó la sentencia del Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los actores abuelos maternos y otros parientes próximos por esa línea de las menores María del Carmen y María Consuelo recurren la sentencia de apelación que revocando la de primer grado, desestima la demanda formulada por los ahora recurrentes al amparo del párrafo tercero del art. 160

del Código Civil, contra el padre de estas bajo cuya guarda y custodia se encuentran, demanda, en la que se solicitaba del Juzgado que estableciera un régimen de comunicación de las menores con los abuelos maternos y otros familiares y allegados (tíos maternos y primos de las menores), ya que el

padre las había suprimido de raíz, cuando no habían transcurrido aún, el mes de la muerte de la madre, y a diferencia de lo que había hecho el Juzgador de primera instancia, quién en sentencia de primer grado, estableció un régimen de visitas sometido a importantes limitaciones, durante las cuales tenía lugar esa comunicación; resolución esta del Juzgado, que fue recurrida además de por el padre demandado por el Ministerio Fiscal.

La estimación del recurso de apelación, fue hecha en atención a que el Tribunal entendió, que en el caso de autos, existía una justa causa que justificaba la interrupción de esas relaciones familiares entre las menores y los próximos parientes de la madre fallecida, en atención a los peculiares acontecimientos que concurren en el fallecimiento de esta, que marcaron gravemente las relaciones personales del suegro con el yerno, respectivamente abuelo y padre de las menores, que ha dado lugar a un enfrentamiento entre los mismos, y que de acuerdo a la prueba practicada, el Tribunal de instancia entiende que todavía no han sido superadas, por lo que sostuvo de acuerdo con el Ministerio Fiscal, que precisamente en exclusivo beneficio de las menores, no se hacía aconsejable establecer un régimen de visitas o comunicaciones en favor de los abuelos maternos y demás familiares de esa rama, posición que debía mantenerse mientras que las circunstancias no cambien, todo ello de conformidad con lo establecido en el párrafo segundo del art. 160, que establece que “no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados”. Al recurso de casación promovido por los actores, se han opuesto el demandado y el Ministerio Fiscal.

El recurso lo articula la representación de los demandantes en cuatro motivos y se refieren a lo que constituye la cuestión nuclear del tema debatido en el juicio, dado que el art. 160 en el párrafo segundo del Código civil el derecho de los menores a comunicarse con otros parientes y allegados, lo sujeta a que no exista justa causa que impida esas comunicaciones, es por lo tanto la

cuestión nuclear del juicio la acreditación de las existencia de esas causas, prueba que corresponde a la parte demandada, esto es al padre que ostenta la patria potestad y es el que se niega al mantenimiento de las comunicaciones con los parientes.

Para la resolución del recurso es decisivo el estudio de los motivos primero y segundo, ya que en ambos se alega la infracción del art. 160 del Código civil, por haber entendido que en el supuesto de autos se da esa justa causa alegada por el padre de las menores, cuando en tesis de los recurrentes no existe justa causa que impida a los abuelos y otros familiares de la mujer la comunicación con las menores sometida a la patria potestad del padre. El Ministerio Fiscal insinúa que en la formulación de estos dos motivos del recurso, que la parte recurrente ha incurrido en infracción de lo dispuesto en el art. 1710.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que el planteamiento del recurso descansa en un presupuesto fáctico distinto al establecido por el Tribunal, pero como el propio Fiscal, sostiene en su informe la alegación de ese defecto, en esta clase de reclamaciones, resulta de todo punto improcedente, en aras al carácter de las relaciones familiares y la naturaleza predominantemente ético de las instituciones del Derecho de familia, donde debe primar el interés social sobre el individual. Pues bien habida cuenta de estas consideraciones, no hay duda de que hay que dilucidar, si se da esa justa causa para impedir la relación de las hijas menores del demandado, con sus abuelos, tíos y primos de la misma maternos.

La sentencia recurrida se basa para estimar esa justa causa en dos supuestos: a) En la falta de relación del padre con los familiares de su difunta esposa D.^{ña} Consuelo, desde la muerte de esta, es debida a la animadversión existentes entre el demandado y los familiares de aquella. b) El temor de que los parientes de doña Consuelo, influyan de forma directa o indirecta en el ánimo de las menores en el sentido de hacer recaer en su padre la responsabilidad de la muerte de su madre.

Respecto al primer punto, es indudable que esas relaciones entre el padre y los parientes de su mujer, no deben influir en la concesión del régimen de visita, 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 pueden afectar en forma alguna al régimen de visitas, lo que si 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 esta 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 estos 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 estas 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 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 con-

traen 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 numero 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 solicitado por los actores ha de beneficiar en gran medida a las menores.

Por lo expuesto y sin necesidad de entrar en otras consideraciones, han de prosperar los motivos primero y segundo del recurso que hace ocioso el estudio de los restantes y en su virtud casar la sentencia recurrida, anulándola, y mantener en lo que afecta a lo que es objeto de la pretensión de los demandados, los pronunciamientos contenidos en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en sus propios términos, incluido el pronunciamiento en materia de las costas de primera instancia, todo ello de acuerdo con lo expuesto en la fundamentación de la presente resolución.

V. CONVENIO REGULADOR

1. *Rescisión de la escritura pública que contenía un convenio regulador en virtud del cual el esposo, en dación de pago de la pensión compensatoria, transmitía a la esposa una serie de inmuebles, al haberse efectuado el negocio jurídico en fraude de acreedores.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de mayo de 2002.
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco de Asís Garrote.

ANÁLISIS DEL CASO

- En el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Zaragoza se seguía juicio ejecutivo contra D. José en reclamación de 100.000.000 pesetas correspondientes a una póliza de crédito. Igualmente, en el Juzgado de igual clase núm. 13 de la misma ciudad se seguía otro procedimiento ejecutivo contra D. José. Ambos procedimientos se promovieron a instancia del Banco de F. y cuando fueron a embargar los bienes, que en la declaración del patrimonio hecha al Banco por don José le pertenecían, resultó ser titular de los citados bienes D.ª Inocencia.
- D.ª Inocencia había adquirido los bienes en concepto de pago de la pensión compensatoria acordada por ambos en la propuesta del convenio regulador de separación matrimonial llevada a efecto de mutuo acuerdo, y aprobada por el Juez, en el que, entre otras cláusulas, se convino que D. José debería de pagar a D.ª Inocencia en concepto de pensión compensatoria de una sola vez 29.000.000 pesetas y para llevarlo a efecto se daban en pago los bienes inmuebles pertenecientes al marido, unos tenidos en propiedad exclusiva, como el piso de Zaragoza y la plaza de garaje, y otros en los que tenía la propiedad compartida con su esposa por mitad e iguales partes, y para este supuesto le transmitía a su esposa la mitad indivisa de que era titular, reservándose para él las acciones de la sociedad C. S.A., lo que hizo que tras ello quedara en la más absoluta insolvencia, pues el valor de los bienes dados en adjudicación para el pago de la pensión compensatoria era muy superior a los veintinueve millones de pesetas, a los que estaba obligado en concepto de pensión compensatoria; por el contrario, las acciones, debido a que la sociedad en el año 1993 obtuvo la declaración de suspensión de pagos, que

derivó en quiebra necesaria, al no obtener la aprobación del convenio, carecían prácticamente de valor.

- El matrimonio, debido a su vecindad catalana, cuando contrajeron nupcias en Almella de Vallés, y al no haberse pactado capitulaciones, estaba sometido al régimen de separación de bienes.
- El Banco de F. presentó demanda de menor cuantía contra D.^a Inocencia y D. José, solicitando que se dictase sentencia por la que se declare que la transmisión efectuada por D. José a su esposa D.^a Inocencia fue llevada a cabo en fraude de acreedores, procediendo su rescisión y ordenando la cancelación de las inscripciones de dominio motivadas por dicha transmisión, con objeto de que se reintegre al patrimonio de D. José la propiedad de los bienes a fin de que Banco de F. pueda resarcirse de su crédito frente a aquellos reconocido en las sentencias dictadas con anterioridad.
- Admitida a trámite la demanda, por la representación de D.^a Inocencia se le dio contestación, solicitando su desestimación con expresa imposición de las costas ocasionadas a la parte demandante. D. José fue declarado en rebeldía.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 4 de Zaragoza dictó sentencia del 16 de noviembre de 1995 estimando íntegramente la demanda y declarando la rescisión del documento de 9 de febrero de 1993, hecho ante Notario, por el que se acuerda la distribución de bienes entre los esposos demandados, reintegrándose —por tanto— al patrimonio de D. José los bienes y ordenando la cancelación de las inscripciones que dicha transmisión hubiese motivado, a fin de que la actora pudiera resarcirse de los créditos descritos en los hechos primero y segundo de la demanda, todo ello sin perjuicio de los efectos de un futuro convenio regulador de los efectos patrimoniales de la separación matrimonial de los demandados. Subsidiariamente, en caso de no poder realizarse aquel reintegro, procedería condenar a los demandados a indemnizar solidariamente a la actora de los daños y perjuicios originados en relación con los procedimientos ejecutivos, pero dentro de los límites de los bienes objeto de rescisión y siempre sin perjuicio de que los terceros fuesen de buena fe, cuya discusión habría de ser objeto de otra litis, por obvias razones de legitimación pasiva.
- En grado de apelación la Sec. 4.^a de la AP de Zaragoza dictó sentencia el 12 de julio de 1996 desestimando el recurso de apelación interpuesto por D.^a Inocencia.
- D.^a Inocencia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia dictada por el juzgado de Instancia entendió que la dación de todos los bienes inmuebles en pago estaba comprendida dentro del supuesto del n.º 3.º del art. 1291 en relación con el párrafo último del art. 1111 los dos del Código Civil por lo que la misma era rescindible.

En el primer motivo del recurso entiende la recurrente vulnerado el n.º 3 del art. 1291 en relación con el art. 1294, los dos del Código Civil, en cuanto a que, debido al carácter subsidiario de esta acción, únicamente puede instarse por el acreedor cuando no hay otra posibilidad para cobrar sus créditos y demostrada la complejidad de las relaciones comerciales de la deudora principal C. S.A., con una infinidad de procedimientos judiciales abiertos en la mayoría de los cuales existen bienes embargados, bien de la sociedad, bien de los socios y avalistas, mediante los cuales el Banco de F. podrá resarcirse de sus créditos, a la conclusión de los mismos.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, en cuanto a que resulta claro que el importe de la deuda documentado en sendas pólizas mercantiles, que asciende a la cantidad de 145.821.789 pesetas no goza de privilegio de ejecución separada, y estando incurso la entidad mercantil C. S.A., cuyo pago aseguraba en virtud de aval solidario de D. José, en quiebra necesaria, aparece patente la imposibilidad de obtener el pago del crédito por parte de la deudora principal, a la que ha avalado de forma solidaria y con renuncia expresa de los beneficios de excusión y división, circunstancia esta de insolvencia de la compañía, a la que se ha unido la del propio fiador avalista, pero la de este, se ha producido por la actuación fraudulenta del avalista, en perjuicio del Banco de F., al haber dado en pago de una deuda, contraída preexistente la del Banco y con conocimiento de que le perjudicaba; sin que a ello sea óbice la existencia de otro avalista y socio también de la sociedad, porque él mismo y

ante las ejecuciones pendientes, casado en régimen de comunidad aragonesa, procedió a otorgar capitulaciones matrimoniales acordando la separación de bienes, y al liquidar la sociedad matrimonial se adjudicaron a la mujer todos los bienes inmuebles y al marido las acciones de la referida sociedad en quiebra; siendo por otra parte, facultad del acreedor, en el caso que exista dos avalistas obligados solidariamente, reclamar del deudor que estime más conveniente dada la naturaleza de ese vínculo (Sentencia de 3 de octubre de 1995).

En el segundo motivo del recurso, alega la recurrente que para que la acción rescisoria deje sin efecto la transmisión cuando la cosa se encuentre en poder de un tercero, es preciso, a tenor de ese precepto, que la transmisión se haya hecho a título gratuito, o que el tercero haya procedido de mala fe, o incluso como se recoge en la jurisprudencia sea cómplice en el fraude.

El motivo también se desestima, pues aun reconociendo que la pensión compensatoria no es una donación, ni puede considerarse su importe como una concesión graciosa que hace uno de los cónyuges al otro en razón a los años de matrimonio, sino que se hace para restablecer la desigualdad económica que la ruptura matrimonial supone para uno de los contrayentes en relación con el otro, y en algunos supuestos, como puede ser el caso presente, para compensar la dedicación exclusiva a la familia de la mujer durante el matrimonio y al cuidado de los hijos comunes, y en este caso además, habida cuenta de los treinta años de vida común. Sin embargo, la sentencia de instancia entiende que se da ese *consilium fraudis*, en la esposa, al apreciar la prueba de confesión y el reconocimiento de D.ª Inocencia, de que su marido se quedaba en completa insolvencia, pues además de ceder el dominio y el uso de todos los bienes adquiridos por el marido durante el matrimonio, que no obstante, la mayoría de ellos figuraban en titularidad compartida

con su esposa, por mitad e iguales partes, excepto como ya se ha dicho, el piso de lujo de Zaragoza y la plaza de garaje, que entiendo que es un patrimonio importante, pues se trata además de esos dos bienes inmuebles de titularidad exclusiva del marido, de dos viviendas unifamiliares en la “Costa Brava”, otra vivienda más, en un pueblo de la misma Costa, y tres fincas rústicas de regadío, además de un automóvil marca “Jaguar”, quedándose el marido solamente con las acciones de una sociedad sometida a un procedimiento de quiebra necesaria, y con un automóvil marca Volvo, costándole a D.^a Inocencia, porque lo admite en confesión, la insolvencia del marido, además de que para el pago de 29.000.000 ptas. se le adjudica un piso, valorado en más de ochenta millones de pesetas, y la mitad indivisa de otras tres fincas urbanas y otras tres rústicas, lo que suma un valor muy superior a la cantidad pactada en concepto de pensión compensatoria, lo que implicó ni más ni menos que pretender evitar de la ejecución, esos bienes que salen del patrimonio del deudor, mediante la dación en pago, en perjuicio de los acreedores, manobra esta en la que participa la mujer.

En el tercer motivo del recurso se alega la infracción de los arts. 1317 del Código civil, en relación con el art. 12.4.^o de la Compilación de Cataluña, porque entiende, en primer lugar, que no alcanza la salvaguarda a tercero en virtud de los perjuicios que pudieran ocasionar los pactos entre cónyuges, que modifican el *status* patrimonial inicial de los bienes de los mismos establecida en el primero de los citados preceptos legales, y corroborada por el segundo, para los matrimonios sometidos a la foralidad catalana, pero al mismo tiempo después de pedir de forma subsidiaria en el caso de que no fueran admitidos los dos primeros se sostiene, que incluso esa salvaguarda tiene como la acción pauliana carácter subsidiario, y para el caso que se hayan agotado el acreedor todas las vías posibles para el cobro de su crédito y es a la que debía haber acudido, por aplicación de principio *favor negotii*,

deduciéndose además, que es innecesario acudir a la acción rescisoria cuando el acreedor ve garantizado sus derechos respecto a los bienes de una de los cónyuges con ese precepto que establece, que “la modificación del régimen económico del matrimonio realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros”.

Motivo se desestima por el Tribunal Supremo. En primer lugar, porque la acción que ejercita la entidad actora en la demanda es la acción rescisoria establecida en el Cap. V del Tít. II del Libro IV del Código civil en relación con el art. 1111 del mismo texto legal. En segundo lugar, el precepto del art. 1317 del Código civil, no regula las relaciones jurídicas nacidas del supuesto de hecho que sucintamente ha quedado expuesto en el segundo párrafo del fundamento de derecho primero de esta resolución, pues el mismo contempla una dación de pago para el abono de una pensión compensatoria establecida consensualmente por ambos cónyuges, como consecuencia de una separación matrimonial, y el artículo se refiere, como acertadamente se recoge en la sentencia recurrida, a las modificaciones del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio, y en este supuesto, como es sabido, no hay variación del régimen de matrimonio, sino de lo que se trata, es una vez acordada la cesación de la vida en común de los cónyuges, y establecida la obligación del marido de pagar una pensión compensatoria, y para llevarla a efecto, trasmite a la mujer separada la propiedad de todos sus bienes inmuebles y procede a inscribir en el Registro de la Propiedad este acto de enajenación de su patrimonio inmobiliario a favor de su mujer, sin que pueda afectar tales actos al régimen económico del matrimonio, cuando este ha fenecido a consecuencia de la sentencia firme de separación (párrafo primero del art. 95 del Código Civil, “la sentencia firme producirá, respecto a los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial”), y en este supuesto los efectos reseñados por la cesa-

ción del régimen económico tienen escasa trascendencia, habida cuenta que el matrimonio estaba sometido a separación de bienes.

Igualmente ha de desestimarse el último de los motivos alegados, en los que invoca infracción por la sentencia recurrida la jurisprudencia de esta Sala recogida en las sentencias de 15 y 17 de febrero de 1986 y de

14 de octubre de 1987, sentencias, que se refieren al carácter subsidiario de la acción rescisoria, que sólo procede cuando los acreedores no puedan cobrar de otro modo sus créditos, cuestión que ha sido tratada al estudiar el primero de los motivos del presente recurso en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución, al que nos remitimos para evitar repeticiones.

VI. UNIONES DE HECHO

1. *El plazo para el ejercicio de una acción rescisoria por fraude de acreedores de la venta realizada por un conviviente de hecho en favor de la conviviente nace con el conocimiento de los hechos básicos en que aquella se funda y no desde la fecha de la transmisión fraudulenta.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 27 de mayo de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

ANÁLISIS DEL CASO

- La sociedad L. interpuso demanda de menor cuantía contra D. Thomas y D.^a Inés solicitando se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:
 1. Que se declarase que la venta realizada por don Thomas a su compañera sentimental, doña Inés, de la finca y el chalet ubicados en el término municipal de Villajoyosa, fue hecha en fraude de acreedores.
 2. Que por tal motivo, y al ser ésta la única posibilidad que tiene el actor de ver satisfecho su crédito, se declarase la rescisión de la referida compraventa por lesionar los legítimos derechos del actor, y la cancelación de cuantas inscripciones registrales ella haya originado.
 3. Que se declarase que el contenido de los derechos que don Thomas pueda tener sobre la finca y el chalet sitos en el término municipal de Villajoyosa, en la actualidad a nombre de doña Inés L.M., derechos embargados en el juicio ejecutivo 401/1992 que esta parte sigue contra el demandado, corresponden al derecho de propiedad del chalet y a la finca vendida cuya rescisión al efectuarse en claro fraude de

acreedores la parte actora solicita. 4. Que se condenase a los demandados en costas.

- Admitida a trámite la demanda, por la representación de don Thomas se contestó la demanda, con base en cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, alegando la excepción de caducidad, para terminar suplicando al Juzgado se dictara en su día sentencia, donde, desestimando la demanda, se le absolviera de los pedimentos de la demandante, imponiendo expresamente las costas del procedimiento al actor.
- Por la representación de doña Inés se contestó la demanda, con base en cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó aplicables, alegando, asimismo, la excepción de caducidad, para terminar suplicando se dictara en su día sentencia por la que se desestimara la demanda dirigida contra doña Inés y se la absolviera de todos sus pedimentos, con expresa imposición de costas al demandante.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Elche dictó sentencia el 10 de enero de 1994 estimando la excepción de caducidad opuesta por las representaciones procesales de los demandados, y sin entrar a conocer de la demanda absolvió a los demandados y con expresa imposición de costas a la parte actora.
- En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Alicante dictó sentencia el 15 de noviembre de 1996, por el que estimando el recurso desestimó la excepción de la caducidad de la acción formulada por las partes demandadas: “acordamos devolver las actuaciones a dicho Juzgado para que conociendo del fondo del asunto dicte sentencia con la mayor libertad de criterio, remitiendo las mismas a este Tribunal oportunamente si fuere interpuesto recurso de apelación”.
- D. Thomas interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión a dirimir se centra, exclusivamente, dados los términos del debate, en la resolución que deba darse al diferendo surgido entre la sentencia de primera instancia —que considera caducada la acción— y la sentencia recurrida que revoca la precedente, entendiendo que la expresada acción no ha caducado, a causa de los diversos criterios jurídicos que sirven, respectivamente, de pauta para fijar el día inicial del cómputo del plazo de cuatro años.

Mantiene la sentencia recurrida, frente a la corriente doctrinal que, con apoyo en la STS de 8 de mayo de 1903 y el contenido del art. 37.4.b) de la LH, establece como *dies a quo*, para el cómputo del plazo, la fecha de la enajenación tachada de fraudulenta, que “para acertar en la interpretación” del 1299 del CC, ha de razonarse sobre la forma en que puede obtenerse el conocimiento del acto subrepticio y el día en que éste se produce. En este sentido recoge la STS de 16 de febre-

ro de 1993, al sostener que una interpretación teológica del art. 1299.1 del CC, ante su silencio específico para el cómputo del tiempo de caducidad, en el supuesto del fraude, en contraste con la especificación de su párrafo segundo, respecto de otras acciones rescisorias, exige tener en cuenta el principio de Derecho, *inclusio unius, exclusio alterius*. Por ello, tal interpretación no puede ser otra que la que más favorezca a la víctima del acto ilícito civil mediante la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 1969 del mismo Texto legal, dada la naturaleza y estructural semejanza de ambas instituciones, es decir, aquel día inicial en que de hecho acreditado o por disposición legal vinculante, pueda tener cabal y entero conocimiento dicha víctima burlada del acto subrepticio y torticero que le produce el daño patrimonial. Abundando en los argumentos de la sentencia antes dicha, debe recordarse, por explícita, la STS de 1 de diciembre de 1997: “el plazo de cuatro años que establece el art. 1299 del CC para pedir la rescisión de cualquier acto jurídico es un plazo de caducidad, por la simple razón de que la acción de rescisión que puede ejercitarse durante dicho plazo, trata de modificar la situación creada por un contrato torticero que puede producir efectos lesivos a terceros. Ahora bien, dicho precepto no establece la forma de empezar a computar dicho período de caducidad, cuando la base de la acción rescisoria es un fraude de acreedores, que es el que se contempla en la presente litis. Una parte de la actual doctrina civilista con base al art. 37 de la LH, establece como punto de partida para el referido plazo de cuatro años, el instante mismo en que se produjo la enajenación fraudulenta. Pero puede ocurrir, de seguirse dicha teoría, que el plazo para ejercer tal acción de caducidad haya transcurrido en su totalidad cuando el actor-acreedor esté en condiciones o con posibilidad de acreditar la insolvencia del demandado-deudor, y por lo tanto de constatar la insolvencia de dicho deudor y los efectos dañinos, que dicha situación le ocasiona. Por ello, sin duda, la actual jurisprudencia de es-

ta Sala y con base a lo dispuesto en el art. 1969 del CC, trata y consigue soslayar la ante dicha injusta situación de otra manera, y así la sentencia de 29 de octubre de 1990, establece que el inicio del cómputo de la acción rescisoria será a partir de la comprobación de falta de bienes con que satisfacer el crédito. Pero la que da la pauta emblemática es la sentencia de 16 de febrero de 1993, que rechaza la fecha de la transmisión de los bienes como punto de partida para el cómputo del plazo y, argumenta que ha de acogerse el criterio que más favorezca a la víctima del acto ilícito civil, por lo que estima que debe tomarse como día inicial aquel en que pueda tener cabal y entero conocimiento dicha víctima burlada del acto subrepticio y fraudulento que le produce el daño patrimonial”.

Mediante el primer motivo del recurso pretende la parte recurrente, en esencia, que prevalezca, en el cómputo del plazo de duración de la acción, el criterio que, a su juicio, se desprende del art. 37.4 de la LH (“...plazo de cuatro años contados desde el día de la enajenación fraudulenta”) citando en su favor la sentencia del TS de 8 de mayo de 1903, también, tomada en consideración por la sentencia de primera instancia, al tiempo que critica las sentencias de fecha posterior ya recogidas en el fundamento anterior, entendiendo que su doctrina sobre el cómputo está condicionada por las peculiaridades de los casos resueltos, no coincidentes con el tratado.

El enfrentamiento de criterios jurídicos para el cómputo de la acción rescisoria, por fraude de acreedores, debe solucionarse con fundamento en las siguientes premisas:

A) Demandadas las dos partes de un contrato de compraventa de inmueble (contrato oneroso), esto es, vendedor y comprador, por supuesto *consilium fraudis* a los fines de que se declare su rescisión por fraude de acreedores, el adquirente comprador no puede beneficiarse, en principio, inscrita la titularidad en el registro, de la protección que se dispensa al tercero, *ex art. 34*, pues,

precisamente, su buena o mala fe resulta litigiosa.

B) La demanda rescisoria no podrá prosperar, sin perjuicio de otras acciones indemnizatorias, si se establece finalmente que el adquirente, a título oneroso, actuó de buena fe y, por ello, sin obligación de devolución de la cosa según los arts. 1295 y 1298 del CC.

C) El subadquirente (o adquirente de quien adquirió del deudor) si es adquirente de buena fe, se halla protegido por el párrafo segundo del art. 1298 del CC. El subadquirente, aún inscrita la adquisición del inmueble, en el Registro de la Propiedad, no se halla protegido, como tercero, conforme al art. 37 de la LH en los supuestos previstos por el número cuarto, letras a) y b), que son, precisamente, los afectados por el segundo

párrafo del número cuarto del art. 37 de la LH.

A la luz de los precedentes postulados, debe concluirse que la regla del art. 37 de la LH es aplicable a los subadquirentes en los supuestos reseñados y en los términos que se han explicado, de manera que el cómputo de cuatro años de la acción rescisoria ha de iniciarse “desde el día de la enajenación fraudulenta”. Se establece, por tanto, una regla especial, limitada a los casos cuyo objeto y sujetos se han especificado. En los demás casos (como ocurre en el presente) se sigue, en definitiva, la norma general del art. 1969 del CC, interpretada jurisprudencialmente, según el criterio de que la posibilidad del ejercicio de la acción nace con el conocimiento de los hechos básicos en que aquella se funda. Por las razones expuestas, debe rechazarse el motivo examinado.

2. *Atribución del uso de la vivienda familiar a la hija menor de edad fruto de una relación more uxorio mientras conviva con la madre, y en tanto carezca de recursos propios e independientes.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de julio de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Sacramento interpuso demanda de menor cuantía contra D. Teófilo sobre relaciones paterno-filiales, solicitando se dicte sentencia por la que se acuerde: 1.^º) Atribuirle la guarda y custodia de su hija de 3 años de edad que viene ostentando desde el cese de la convivencia, siendo compartida la patria potestad entre ambos progenitores por imperativo legal. 2.^º) Que como visitas y comunicaciones del padre con la hija se fije en fines de semana alternos desde las 17 horas del sábado a las 20 horas del domingo recogiendo y devolviendo a la menor en el domicilio materno, la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y un mes en verano, correspon-

diendo al padre la primera mitad de las vacaciones de Navidad y Semana Santa y el mes de julio en los años pares y la segunda mitad de dichas vacaciones y el mes de agosto con su madre, siendo esto a la inversa en los años impares. 3.º) Que como contribución y alimentos para la menor hasta su independencia económica incluidos los gastos de guardería en su 50%, el incremento de la pensión al día de hoy establecida en 1994, el Sr. De M. abone la cantidad de 70.000 ptas., al mes pagaderas dentro de los cinco primeros días de cada mes con efectos desde la presentación de la demanda, y actualizándose anualmente con efectos de primero de enero de cada año conforme al IPC que emite el INE. 4.º) Que se conceda a la menor y a su madre, bajo cuya custodia está Rocío, el uso del inmueble en que residen y que ha sido el domicilio de la menor desde su nacimiento, donde residen madre e hija, hasta la mayoría de edad de Rocío, por ser el interés más necesitado de protección y no disponer de ningún otro inmueble donde poder recogerse madre e hija en tanto D. Teófilo tiene domicilio para sí que ocupa desde que se produjo la ruptura y cese de la convivencia entre los aquí litigantes hace dos años. 5.º) En cuanto a los gastos extraordinarios de la menor éstos serán abonados al 50% entre sus progenitores.

- D. Teófilo contestó a la demanda, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia y se acuerden los siguientes efectos: “1.º) Atribuir a ambos progenitores el ejercicio conjunto de la patria potestad sobre la menor con obligación de doña Sacramento de recabar el parecer de mi patrocinado para cuantas decisiones competan a la vida, educación y formación de la menor. 2.º) Atribuir a doña Sacramento la guarda y custodia de la niña hasta que cumpla los cinco años, a partir de los cuales que se atribuya la guarda y custodia a mi representado por el mismo número de años que la haya tenido la madre. 3.º) Fijar como régimen de visitas, estancias y comunicaciones para mi patrocinado con la menor el siguiente régimen: a) Fines de semana alternos, con el siguiente horario, desde el viernes a las 14 horas y hasta el lunes en la mañana en que mi patrocinado la dejará en el centro escolar. Prorrogándose la comunicación en los fines de semana que coincidan con un puente escolar, hasta el primer día lectivo. b) Vacaciones de verano, Navidad, Semana Santa y Semana de la Nieve, entendiéndose por estas las escolares, la mitad de dichos períodos, eligiendo mi patrocinado en los años pares y la segunda mitad de dichas vacaciones en los impares a la inversa. En las vacaciones de verano y para el caso de que ambos progenitores coincidan, el reparto de las mismas deberá efectuarse de forma que al menos quince días de dicho período coincidan con las vacaciones laborales de los padres. Que se establezca la obligación de los progenitores de comunicarse los períodos elegidos con una antelación mínima de 15 días respecto a las de verano y al menos 7 días

respecto a las demás. Todo ello, mientras mi patrocinado no tenga la guarda y custodia. c) Que se conceda a mi patrocinado el derecho a tener a su hija en su compañía el día del cumpleaños de la menor cuando éste caiga en años pares, correspondiendo a la madre los años impares y, asimismo, que mi patrocinado goce de la compañía de su hija el día del padre y el del cumpleaños de don Teófilo. 4.º) Que se conceda a la menor y a su madre hasta febrero de 1998, como figura en la estipulación segunda del acuerdo de fecha 12 de mayo de 1994, el uso de la vivienda propiedad de mi patrocinado, pudiendo sacar éste los enseres de su propiedad cosa que, hasta la fecha no ha podido hacer, pasando a vivir don Teófilo, a partir de febrero de 1998 en el piso de su propiedad. 5.º) Que doña Sacramento hasta febrero de 1998, no podrá subarrendar ni compartir dicha vivienda con otras personas. 6.º) Que como contribución y alimentos para la menor, incluida la guardería y, puesto que, la progenitora trabaja y tiene más ingresos que mi patrocinado, deberá abonarse las 50.000 ptas., pactadas en el convenio siendo pagadas al 50%, doña Sacramento 25.000 ptas., y don Teófilo 25.000 ptas., pagaderas en los cinco primeros días del mes y actualizándose anualmente con efectos de primero de enero de 1997, conforme el IPC. 7.º) En cuanto a los gastos extraordinarios de la menor al igual que los ordinarios (alimentos) será abonados al 50% por sus progenitores. 8.º) Que se condene en costas a la demandante por su temeridad”.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 22 de Madrid dictó sentencia el 30 de septiembre de 1996, estimando en parte la demanda formulada por D.^a Sacramento y acordando las siguientes medidas: La guardia y custodia de la hija menor de edad, se atribuye a la madre, si bien, ambos padres ejercerán conjuntamente la patria potestad. Como régimen de visitas para el padre se establece que podrá tener consigo a su hija menor de edad los fines de semana alternos, desde la 19 horas del viernes hasta las 21 horas del domingo, así como la primera mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano en los años pares y la segunda mitad en los impares. La vivienda familiar, sita en Madrid, queda en uso y disfrute de la hija menor de edad, en compañía de la madre, si bien hasta el 15 de febrero de 1998, pudiendo el otro progenitor retirar sus objetos y efectos personales y de su exclusiva pertenencia, previo inventario, tanto de lo que permanece en la vivienda, como de lo que extraiga el que la abandona. En concepto de alimentos, el padre abonará a la madre la cantidad de 50.000 ptas. mensuales para la hija menor de edad, debiéndose abonar esa cantidad en tanto que dicha hija conviva con la madre y carezca de recursos propios e independientes. Las cantidades anteriores serán mensuales, pagadas por adelantado, dentro de los cinco primeros días de cada mes, y en doce mensualidades al año. Dichas cantidades sufrirán las variaciones anuales que experimente el IPC y se devengará dicho aumento desde el primero de enero de cada año.

La cantidad mensual será ingresada en la cuenta corriente o cartilla de ahorros que señale el beneficiario. No se hace una especial condena en costas procesales.

- En grado de apelación, la Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 9 de octubre de 1997, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D.^a Sacramento en el sentido de que el uso del domicilio familiar atribuido a la hija será mientras dicha hija conviva con su madre y carezca de recursos propios e independientes; confirmándose el resto de los pronunciamientos de la Sentencia recurrida.
- D. Teófilo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El recurrente denuncia la infracción de las normas del ordenamiento jurídico aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, citando los artículos 1089, 1091, 1254, 1255 y 1258 del Código Civil, afirmando que cuestiona la aplicación de las normas matrimoniales a las que no lo sustenta y, asimismo, que por la Sala se ha desconocido el valor del pacto o documento suscrito entre los interesados en 12 de mayo de 1994, sin que sean atendibles las razones que expone la Sala sobre ese pacto, porque, no se trata de un Convenio regulador, ya que, sólo se admite en parte y, porque, tampoco es acertada la afirmación de que el mismo sólo funciona cuando, las partes libremente lo aceptan y cumplen.

El motivo se desestima porque sostiene el Tribunal Supremo que no estamos ante la regulación de las relaciones entre los miembros de una pareja, después de la separación, sino ante las obligaciones de la parte —o de las partes— ante una hija nacida de las relaciones de referencia, sino por la preeminencia del principio o dogma en toda materia concerniente a la filiación, sea matrimonial o extramatrimonial, inserto en el *bonum filii*, pues, es claro, que cualquiera que sea la existencia de ese pacto entre los interesados —al margen del descrito, que se comparte, de que no sea tampoco un Conve-

nio regulador, que huelga su mención por irrelevante e inaplicable— y, su contenido abarcante o no al tema litigioso, deviene el mismo inoperante, cuando se cuestiona o se plantea judicialmente, como en el caso de autos, una demanda sobre derechos concernientes a la hija menor de ambos contendientes, en cuyo supuesto serán los Tribunales, los que decidan como y de qué forma se cumplen las garantías de aquel dogma y, sin que, por otro lado, sean atendibles las censuras sobre la proyección del régimen matrimonial a la preexistente unión *de facto* de las partes, ya que, la diferencia ontológica entre una y otra unión, no empece a que el modelo matrimonial —si bien, en el litigio, en el sentido del motivo no es atinente— se acoja como prescripción igualmente asimilable a las demás uniones, en especial, cuando existe el defecto común de la realidad de una filiación merecedora de tutela.

En otro motivo insiste el apelante que se ha aplicado indebidamente el art. 90 Cc y, la analogía prevista en el art. 4.1, señalando el Tribunal Supremo que no se trata aquí de aplicar a la ruptura de una relación de hecho las normas correspondientes a la de la disolución de la relación matrimonial, sino la concreción de determinados aspectos de la relación entre los padres y la hija común. El Motivo no se acepta, pues, se vuelve a cen-

surar la referencia que la Sala efectúa para negar de eficacia en la materia litigiosa al pacto citado de 14 de mayo de 1994, por no tener carácter de Convenio Regulador —ex art. 90 Cc—, que por lo dicho, deriva en su intrascendencia, si bien, los demás argumentos se comparten para negar eficacia al citado pacto, en especial, al proyectar el litigio sobre la tutela del menor afectado, que es el bien prevalente y que se garantizará, en todo caso, mediante la compulsa judicial de la observancia de sus derechos, incluso inmanente en el dogma sancionador del art. 39 CE (en su párrafo 3 se proclama: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”, asimismo, en el párrafo 4: “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”).

En el tercer motivo, se denuncia la infracción por interpretación errónea de su contenido del art. 142 del Código Civil. También el Fiscal, acertadamente, se opuso al expresar: “No existe interpretación errónea del art. 142 Cc, en la medida en que, a su vez, se interprete y aplique adecuada-

mente el fallo de la sentencia y en la medida en que la carencia de recursos económicos por parte de la hija, en el futuro y a partir de una futura mayoría de edad de ésta se corresponda con verdadera situación de necesidad de la misma no imputable a ella”. La Sala que juzga, rechaza, asimismo, el motivo, pues, para la aplicación que la recurrida ha efectuado de citado art. 142, en lo relativo al derecho a los alimentos entre parientes —en el caso de autos, los prístinos a favor de los hijos menores de edad— es impecable, en cuanto que, sin que se discuta la cuantía de la pensión (y, además, se convino en repetido pacto en su estipulación 6.^a) valora la necesidad de la habitación, necesidad segunda en los supuestos rubricados en citado art. 142, y rectificando en lo ajustado lo resuelto por el Juzgador, asigna ese derecho al uso de la vivienda familiar a la hija menor de edad, mientras conviva con la madre y, en tanto carezca de recursos propios e independientes, que es, pues, un modelo de tutela asistencial a favor de la prole desvalida, que, sin duda, respeta el maximalismo de repetido principio del *bonum filii*, por lo que el Motivo se rechaza y con ello el recurso, con los demás efectos derivados.

3. *Para fijar la cuantía de la pensión alimenticia no puede atenderse únicamente a la edad del menor y las necesidades normales que se presentan cuando tiene poca edad, sino que también es necesario atender a los ingresos del progenitor obligado al pago de la pensión. Fijación de una pensión compensatoria a favor de la conviviente aplicando analógicamente el art. 97 del Código Civil y no la teoría del enriquecimiento injusto.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 16 de julio de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Rosario y D. José convivieron desde el mes de abril de 1989 hasta octubre de 1994, y fruto de dicha unión nació un hijo el 22 de agosto de 1991 llamado Juan.

- D.^a Rosario interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra D. José alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia “estimatoria de esta demanda, por la que se declaren como medidas para regular la unión paramatrimonial las siguientes: A) La guarda y custodia del hijo menor de edad, Juan, a favor de la madre. B) Como contribución a alimentos del hijo, el padre entregara a la madre como administrador la cantidad de 50.000 pts. mensuales, los días 1 a 5 de cada mes, en la cuenta que a tal efecto viene abonándose la pensión alimenticia. C) En cuanto al régimen de visitas para con el hijo menor, a favor del padre, consistirá en fines de semana alternos desde el viernes a las 20:00 hasta el domingo a las 20:00 horas, debiendo recogerlo por sí del domicilio de la madre, teniendo igualmente derecho a estar con el hijo la mitad de las vacaciones de verano. D) Una pensión por desequilibrio económico a favor de D.^a Rosario por cuantía de 40.000 pts. mensuales, que deberá abonar entre el 1 y el 5 de cada mes en la cuenta bancaria que a tal efecto se designe”.
- Siendo emplazado el Ministerio Fiscal, presentó escrito contestando a la demanda, interesando se dictará sentencia conforme al resultado de la prueba que se practicara.
- D. José contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia “por la que, desestimando absolutamente dicha demanda, se declaren como medidas para regular la unión paramatrimonial las siguientes: A) La guardia y custodia del hijo menor de edad, Juan, será compartida por los dos progenitores, estableciéndose al efecto el oportuno régimen que posibilite el ejercicio de estas funciones. B) Como contribución a alimentos para el menor, mi representado entregará la cantidad de 25.000 pesetas mensuales durante el período de tiempo que la madre ostente la guarda y custodia del menor, cesando esta obligación respecto de la madre durante el período que corresponda ésta al padre. C) En cuantía al régimen de visitas para con el hijo menor a favor del progenitor que en cada momento no ostente la guarda y custodia, consistirá: I. En fines de semana alternos desde el viernes a la salida del colegio hasta el domingo a las 20 horas durante los meses de octubre a marzo y a las 22 horas de abril a septiembre, con obligación de llevarlo al domicilio del progenitor que corresponda. II. En las semanas que no le corresponda disfrutar de la compañía del menor, lo recogerá durante dos días a la salida del colegio, con la obligación de llevarlo a las 19 horas al domicilio del otro progenitor. III. En la mitad de todos los períodos vacacionales según el calendario escolar. D) No procede la pensión compensatoria solicitada *de contrario* por los motivos anteriormente expuestos”.

- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 10 de Granada dictó sentencia el 15 de noviembre de 1995 estimando en parte la demanda formulada por D.^a Rosario y desestimando la reconvencción y adoptando las siguientes medidas: “1) El hijo menor común, Juan, quedará bajo la guarda y custodia de la madre, con quien convivirá, si bien ambos progenitores seguirán compartiendo el ejercicio de las funciones inherentes a la patria potestad. 2) El padre podrá tener al hijo menor en su compañía: los fines de semana alternos, desde las 18 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo; las tardes de los miércoles de todas las semanas, desde la hora de salida del menor de su centro escolar, de donde lo recogerá, hasta las 20 horas, y la mitad de las vacaciones escolares de Navidad, Semana Santa y verano, correspondiendo la otra mitad a la madre, y caso de discrepancia, elegirá el padre su mitad los años terminados en cifra impar, y la madre los terminados en cifra par. Durante los períodos vacacionales en que corresponda a la madre permanecer con el menor, quedará en suspenso el régimen de estancias de fin de semana e intersemanales antes fijado en favor del padre. El padre, por sí o mediante familiar mayor de edad en su nombre, recogerá al hijo del domicilio materno —salvo la tarde de los miércoles en que lo recogerá del Centro escolar— y lo devolverá al mismo, respetando el régimen y horario señalados. 3) Como contribución a los alimentos del hijo menor, el padre abonará a la madre una pensión de 50.000 pesetas mensuales, que ingresará por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta bancaria que aquélla indique, y será actualizada anualmente conforme a las variaciones que experimente el índice de precios al consumo que publique el INE u organismo que lo sustituya. 4) El demandado abonará a la actora una pensión compensatoria de 15.000 pesetas mensuales, que ingresará en el tiempo, lugar y modo expresados para la pensión del hijo y sometida a idénticas bases de actualización anual. Todo ello sin pronunciamiento expreso sobre las costas procesales causadas. Las medidas referentes al hijo menor común, conforme al artículo 106 del Código Civil, dado su carácter de orden público y en interés del propio hijo, regirán como medidas provisionales en tanto no sea firme la presente resolución, pudiendo ser ejecutadas en cualquier tiempo y sin otra solicitud que la sola petición de parte no obstante los recursos que pudieran interponerse”.
- En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la AP de Granada dictó sentencia el 12 de diciembre de 1996 cuya parte dispositiva es como sigue: “Fallo: Se confirman los apartados primero y segundo del fallo de la sentencia recurrida, se reduce la cantidad señalada en el apartado tercero a la de treinta mil pesetas mensuales, y se deja sin efecto la fijada en el apartado cuarto; todo ello, sin hacerse mención especial de las costas causadas en ambas instancias”. Es decir, reduce la pensión alimenticia de cincuenta a treinta mil pesetas mensuales y deja sin efecto la pensión compensatoria.

- D.^a Rosario interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo quien confirmó íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 10 de Granada.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dos son las cuestiones que se abordan en el presente recurso:

1. Cuantía de la pensión alimenticia del hijo.

En motivo del recurso se denuncian como infringidos los artículos 142 y 146 del Código Civil. El motivo es estimado por el Tribunal Supremo porque la resolución recurrida pondera solo uno de los factores a tomar en cuenta de conformidad con el artículo 146 del Código Civil, pues según este precepto la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe, y el juzgador de la segunda instancia (a diferencia del de la primera) se refiere exclusivamente a “la edad del menor y las necesidades normales que se presentan en tan poco años” para reducir la suma concedida. Ello supone infracción del precepto mencionado (Sentencia de 21 de noviembre de 1986), pero, además, (aunque cupiese entender que implícitamente se han contemplado ambos factores), es de significar que la necesidad de valorar la capacidad económica del alimentante constituye una exigencia especial del supuesto de que se trata y por consiguiente resulta harto insatisfactoria la decisión recurrida habida cuenta los datos fácticos, que obviamente hay que entender asumidos, recogidos en la resolución del Juzgado. La obligación de prestar alimentos a los hijos menores de edad (artículos 39.3 de la Constitución Española, 110 y 154.1.^o del Código Civil) tiene unas características peculiares que le distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso los hijos mayores de edad (como ya puso de relieve la paradigmática Sentencia de 5 de

octubre de 1993). Una de las manifestaciones es la relativa a la fijación de la cuantía alimentaria, que determina que lo dispuesto en los artículos 146 y 147 del Código Civil solo sea aplicable a alimentos debidos a consecuencia de patria potestad (artículo 154.1.^o del Código Civil) con carácter indicativo, por lo que caben en sede de estos, criterios de mayor amplitud, pautas mucho más elásticas en beneficio del menor, que se tornan en exigencia jurídica en sintonía con el interés público de protección de los alimentistas habida cuenta el vínculo de filiación y la edad.

Por todo ello se acoge el motivo, y se estima más adecuada al caso de autos la solución del juzgador de primera instancia; sin que obste que la determinación de la cuantía de los alimentos constituya por regla general una materia confiada al prudente arbitrio y función soberana del Tribunal de instancia, porque su decisión es revisable no solo cuando hay un error en la valoración de la prueba, sino también cuando se produce una infracción legal.

2. Concesión de una pensión compensatoria.

En otros motivos del recurso se alega la infracción por no aplicación del artículo 97 del Código Civil y el octavo de la doctrina jurisprudencial (Sentencias de 15 de mayo de 1992 y 18 de marzo de 1995).

La Sentencia del Juzgado, con base en la aplicación por analogía del artículo 97 del Código Civil y la doctrina del enriquecimiento injusto y las circunstancias fácticas del supuesto objeto de enjuiciamiento que desarrolla con gran amplitud y precisión, reconoce a la demandante una pensión compensatoria a cargo del demandado. La Sen-

tencia de la Audiencia indica en su tercer considerando que “la Sala Primera del Tribunal Supremo, desde la sentencia de 15 de mayo de 1992, confirmatoria del criterio mantenido por esta Sección, hasta la más reciente de 18 de marzo de 1995, viene manteniendo, en casos análogos al enjuiciado, la formación en estas uniones extramatrimoniales de una comunidad de bienes, precisada de una disolución y liquidación; por lo que, tal concepción, inviabiliza la fijación de una pensión del artículo 97 del Código Civil, cuando se han roto los vínculos personales que la mantenían, produciéndose su disolución, así como lo adecuado es entrar en la fase de liquidación, donde incluso, se podrán tener en cuenta las ochocientas mil pesetas que se dicen percibidas por la demandante; lo que comporta el que se deje

sin efecto la cantidad señalada en el apartado cuarto del fallo de la sentencia apelada”.

Si bien es cierto que la jurisprudencia de esta Sala mantuvo un tiempo la solución indemnizatoria con base en la doctrina del enriquecimiento injusto, posteriormente (de un modo definitivo las Sentencias de 27 de marzo y 5 de julio de 2001) considera más adecuada la aplicación analógica (artículo 4.1 del Código Civil) del artículo 97 del Código Civil, por lo que se estiman los motivos acogiendo la solución del Juzgado de Primera Instancia.

La estimación de los motivos expresados conlleva la casación y anulación de la Sentencia recurrida y la confirmación de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia, con imposición a Don José de las costas causadas en la apelación.

VII. EFICACIA CIVIL DE RESOLUCIONES CANÓNICAS

1. *No concesión de efectos civiles a una sentencia de nulidad al no haber comparecido la esposa en el procedimiento canónico.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 27 de junio de 2002.

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

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Julio interpuso demanda de menor cuantía contra D.^a María sobre eficacia civil de sentencia canónica de nulidad de matrimonio, solicitando se dicte en su día sentencia por la que: “1.^o) Se declare la eficacia civil de la sentencia firme dictada por el Tribunal Eclesiástico de Madrid-Alcalá, de 28 de diciembre de 1989, por la que se declara la nulidad del matrimonio contraído por D. Julio y D.^a María el día 7 de diciembre de 1974. 2.^o) Se declare, como consecuencia y efecto de la misma, la mala fe de la esposa D.^a María, por error, dolosamente inducido al tiempo de contraer, con los efectos consiguientes que tal declaración conlleva, determinados en Derecho y, en particular la pérdida de todo derecho a indemnización derivada del matrimonio y/o de pensión compensatoria, con reserva de las acciones per-

tinentes a favor de D. Julio para reclamar indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. 3.º) La condena en costas a la demandada D.ª María por su evidente mala fe al contraer matrimonio”.

- Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada, se contestó ésta, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de Derecho que estimó de aplicación: “...dictar sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, bien porque se estime cualquiera de las excepciones obstativas al fondo articuladas, o bien si se entra a decidir de las pretensiones deducidas, se desestimen igualmente las mismas por su improcedencia e inviabilidad jurídico-procesal, y todo ello con expresa imposición de las costas y gastos del procedimiento al demandante, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 523 de la LEC, y además se efectúe expresa declaración de haber actuado con temeridad manifiesta y mala fe, y demás que proceda”.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 22 de los de Madrid dictó sentencia el 16 de octubre de 1995 desestimando la demanda e imponiendo las costas a la parte actora.
- En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP Madrid dictó sentencia el 20 de junio de 1996 desestimando el recurso interpuesto por D. Julio.
- D. Julio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo del recurso lo basa el recurrente en la infracción, por aplicación indebida, los arts. 80 del CC, el 954.2 de la LEC y la disposición adicional 2.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, y en consecuencia, se infringen, el artículo VI.2 del Convenio sobre Asuntos Jurídicos entre el Estado Español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, así como el art. 96 de la CE y el art. 24.1 de la misma.

Para resolver la presente cuestión, consistente en dar eficacia civil con los efectos oportunos una sentencia canónica de nulidad de matrimonio; hay que partir de una base incuestionable como es la aconfesionalidad del Estado Español, principio establecido en el art. 16.2 de la CE que no hace otra cosa que recoger lo proclamado en el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, de 10 de diciembre de

1948, que proclama la libertad religiosa de una manera absoluta.

Pues bien, partiendo de la base que una cosa es reconocer a la Iglesia Católica las atribuciones propias de una jurisdicción en materia matrimonial, como se establece en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, y otra, muy distinta, dar eficacia incuestionable en el orden civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico, pues para este último supuesto será preciso, sin excepción alguna, que dicha resolución canónica sea conforme a las condiciones a que se refiere el art. 954 de la LEC de 1881. Ya que la cooperación del Estado con la Iglesia Canónica no implica automatismo en el reconocimiento de las resoluciones dictadas por los Tribunales

eclesiásticos (STC 66/1982, de 12 de diciembre).

Por otra parte, ya centrandó la cuestión, es preciso resaltar que el mencionado art. 954 exige entre otras condiciones, para la eficacia de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, que las mismas no hayan sido dictadas en rebeldía.

Y si bien en el Derecho procesal canónico no existe el término rebeldía, utilizándose en cambio el de ausencia, sin embargo la igualdad de alcance de ambos términos debe ser absoluta.

Ahora bien, en el presente caso la parte ahora recurrida, en el proceso canónico, estuvo ausente-rebelde, como se desprende del párrafo 9 de la sentencia del Tribunal eclesiástico, de fecha 18 de diciembre de 1989, cuando en él se dice: “la esposa no compareció en ningún momento del proceso”, frase tajante que no puede ser desvirtuada por la ritual o de estilo plasmada en su encabezamiento, que afirma, “sometida ella a la jurisdicción del Tribunal” —se refiere a la esposa—, y si esa declaración se proclamó contra su voluntad (por no haber sido citada o emplazada en forma) o por afán

propio (por principios ideológicos o por conveniencia), significaría, siempre y en todos los casos, que la resolución canónica que recaiga en el mismo no la puede afectar a efectos civiles, puesto que fue dictada el rebeldía —art. 954.2 de la LEC—.

Ya que en el primer caso —no voluntariedad— le debe amparar el principio de tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE; y en el segundo —voluntariedad— le ampara el principio, que ya se dijo que iba a ser la tesis rectora en el estudio de este motivo, la de la libertad religiosa establecida en el art. 16 de dicho Texto, y sobre todo el de la aconfesionalidad del Estado.

Ya que podrá estar de acuerdo una persona en someterse a una contienda judicial matrimonial dentro del cauce procesal canónico, y así atenerse a todas las consecuencias que se deriven de la resolución que se dicte. Pero lo que no se puede es obligar a nadie a que se atenga a las consecuencias de una resolución canónica, cuando voluntariamente no quiere someterse al proceso canónico matrimonial de la que es consecuencia, ya sea por sus convicciones o, incluso, por su interés.

VIII. CAMBIO DE SEXO

1. *Denegación de la modificación de cambio de sexo y nombre en la inscripción de nacimiento solicitada por un transexual al ser incompleta la operación quirúrgica a la que se ha sometido.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 6 de septiembre de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Ana interpuso demanda de menor cuantía sobre modificación del Registro Civil, referente al sexo y al nombre de D.^a Ana, solicitando se dicte sentencia modificando el sexo y el nombre en el Registro Civil.

- Admitida la demanda y emplazado el Ministerio Fiscal emitió dictamen que dice así: “Que se opone a la modificación de la inscripción de D.^a Ana en el Registro Civil en el sentido de sustituir tal nombre por uno de varón y ello en base a los artículos 54 de la Ley del Registro Civil y 192 de su Reglamento que prohíben cualquier nombre que haga confusa la designación o que induzca en su conjunto a error sobre el sexo y ello en base a que la demandante es, aunque en un futuro cambie su situación, una mujer y por ello no se admite en nuestro ordenamiento que lleve un nombre de varón. Por ello, y en tanto subsista la situación actual y puesta de manifiesto en el escrito de demanda, este Ministerio Fiscal se opone a la misma interesando continúe el procedimiento conforme a los trámites legalmente previstos”.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 4 de Getxo dictó sentencia el 10 de noviembre de 1994 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la AP de Vizcaya dictó sentencia el 14 de noviembre de 1996 desestimando el recurso interpuesto por D.^a Ana.
- D.^a Ana interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La actora fundamentaba su pretensión de cambio de las indicaciones de sexo y nombre en el Registro Civil, en los siguientes hechos:

A) Su condición de transexual, que le impedía encajar tanto en la categoría de mujer (pues su aspecto exterior es el de un varón) como en la de hombre, ya que legalmente era una mujer por hallarse así inscrita en el Registro Civil, con el nombre de Ana.

B) El impedimento que para conseguir un trabajo digno suponía dicha situación, que, además, la generaba problemas de carácter psicológico, con continúa sensación de angustia e inestabilidad emocional.

C) Su decisión de someterse a una operación quirúrgica de cambio de sexo, pese a los graves riesgos para la vida que comportaba, si bien no podía realizarla por el momento por falta de medios económicos para hacer frente a su elevado coste (5.000.000 de ptas.), pues la Seguridad Social no cubría

dicha intervención ni concedía subvención alguna a quienes precisaban llevarla a cabo.

D) Su opinión de que la exigencia de la referida intervención como requisito *sine qua non* a fin de conceder el cambio de sexo en el Registro Civil, le está coartando el libre desarrollo de su personalidad, a la par que implica una discriminación por razones económicas.

E) Su propósito de ser operada en breve plazo de la parte superior de su cuerpo, a fin de erradicar los rasgos femeninos de la misma.

Con fundamento en la infracción de normas procesales que produce indefensión (sin precisión alguna respecto a cuales sean los preceptos infringidos, como señala el Ministerio Fiscal) se alega que en Segunda instancia se había propuesto prueba documental a fin de que se librase oficio al Hospital de Cruces, al objeto de constatar que el 6 de octubre de 1994 se había llevado a cabo la operación que se anunciaba en

la demanda. Sin embargo, pese a que tal medio probatorio fuera admitido por la Audiencia Provincial, no llegó a expedirse el oficio mencionado, generándose así evidencia indefensa para la recurrente, la cual, por ello procedía a aportar ante esta Sala los informes médicos correspondientes a la mencionada intervención quirúrgica, así como fotografías que mostraban el aspecto físico de la misma tras la ablación mamaria a que se había sometido.

A su vez, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial se denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución, que proclama el principio de prohibición de cualquier clase de indefensa insistiéndose en que la omisión de la prueba documental ya aludida había impedido a la Audiencia Provincial llevar a cabo una correcta valoración del estado actual de la demandante, merced a la operación a que se había sometido con posterioridad a la interposición de su demanda.

Ambos motivos, señala el Tribunal Supremo han de ser desestimados, pues, según oportunamente hizo constar el Tribunal de apelación, no habían llegado a serle facilitados los datos imprescindibles para poder recabar los informes médicos de que se trataba. Por otra parte, a través de la aportación ante esta Sala de las fotografías e informes en cuestión se ha eliminado toda posibilidad de indefensa al haberse acreditado cumplidamente que D.^a Ana se sometió realmente a la ablación mamaria proyectada, y existir constancia en autos del aspecto físico de la parte superior de su cuerpo después de dicha intervención y del tratamiento hormonal previamente suministrado a la misma.

Pasando al examen del primero y fundamental de los motivos del recurso, procede analizar si en la sentencia de apelación se ha producido la infracción del artículo 10 de la Constitución Española y de la doctrina sentada por las sentencias de esta Sala de 2 de julio de 1987, 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989 y 19 de abril de 1991, que se denuncia.

Según dichas resoluciones —a juicio de la recurrente— las pretensiones sobre cambio de sexo han de resolverse concediendo preferencia al sexo psicológico sobre el cromosómico, principio que se dice también aceptado por las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos Von Oostewijck y Rees.

Se argumenta que la Audiencia Provincial no había llevado a sus últimas consecuencias el criterio jurisprudencial que podía extraerse de dichas resoluciones, basándose en la consideración de que se referían a verdaderos casos de transexualidad en los que, mediante intervenciones quirúrgicas se había producido —siquiera fuese ficticiamente— un cambio en la morfología de los demandantes, con supresión de los caracteres primarios y secundarios correspondientes a sus sexos cromosómicos, e implantación de órganos similares a los del sexo por ellos deseado, lo que evidenciaba que era irresistible el sentimiento de pertenencia a este último.

La pretensión de la recurrente no es otra que la de que con adecuado desarrollo del mencionado criterio jurisprudencial de preferencia del sexo psicológico sea acogida su demanda al haber sufrido ya la ablación mamaria, aun cuando por motivos puramente económicos no haya podido llevar a cabo un tratamiento quirúrgico completo, circunstancia que no debe impedir que se admita el cambio de la indicación del sexo que a ella actualmente se atribuye en el Registro Civil —que se atiene al genético y orgánico— sustituyéndola por la correspondiente al que psíquica y emocionalmente entiende pertenecer.

Ha de partirse, ante todo, del dato de que, según se desprende de la documentación aportada a esta Sala, la recurrente tras un tratamiento previo con andrógenos que se ha prolongado durante tres o cuatro años y debido al cual presentaba ya barba y vello corporal, ha sido objeto de extirpación mamaria bilateral, con trasplante de areola y pezón. Esto significa que se ha llevado a cabo únicamente el que puede considerarse

primero de los tres pasos o gestos quirúrgicos secuenciales del proceso de reasignación sexual, mediante cirugía de cambio de sexo en transexuales del grupo “Mujer a Hombre”, que se describe en el informe elaborado en noviembre de 2001 por el panel de expertos sobre identidad de género que ha coordinado la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III del Ministerio de Sanidad y Consumo, respondiendo a la moción del Pleno del Senado que instaba al Gobierno a elaborar un protocolo que contemplase actuaciones homogéneas sobre intervención a personas transexuales.

Le faltan, por tanto, a la actora, a fin de realizar el tratamiento quirúrgico completo o total, dos etapas. En primer lugar, la de resección del útero y los ovarios, y, finalmente la reconstrucción del pene, bien a través de metaidoioplastia, bien por medio del procedimiento más complejo de la faloplastia.

En otro orden de cosas, de la lectura de las sentencias de esta Sala que cita la recurrente se llega a la conclusión de que en los supuestos a que las mismas se referían los demandantes (todos ellos con sexo cromosómico masculino) habían completado el proceso quirúrgico de reasignación de sexo, en su caso indicado, logrando la adecuación del fenotipo personal al sexo al que sentían pertenecer, a fin de poner remedio al trastorno de identidad de género que sufrían.

Así, la sentencia de 2 de julio de 1987 concedía el cambio de la indicación de sexo a un varón teniendo en cuenta que había extirpado y suprimido sus caracteres primarios y secundarios y presentaba vagina artificial reconstruida con piel del escroto. En parecidos términos, la sentencia de 15 de julio de 1988 llegaba a análoga decisión respecto a otro varón cuya apariencia femenina calificaba de completa, por haber suprimido quirúrgicamente los atributos de su sexo genético o cromosómico. La de 3 de marzo de 1989, consideraba relevante, a los mismos efectos, al hecho de que el actor no tenía ni pene ni escroto, habiéndosele vaciado las

bolsas de sus testículos que habían sido invaginadas en la cavidad abdominal y presentaba vagina artificial con introito vulvar de dos centímetros, extensible, y profundidad de diez centímetros. Igualmente la de 19 de abril de 1991 tomaba en consideración que el recurrente se había sometido a operación quirúrgica de vaginoplastia, presentando unos labios mayores cuya separación revela introito vaginal, con neovagina de fondo ciego de unos seis centímetros.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a que alude la recurrente, ha de tenerse en cuenta que en el asunto Von Oostewijk, no se llegó a entrar en el examen de la cuestión de fondo, por motivos formales. Posteriormente, en Sentencias de 17 de octubre de 1986 (asunto Rees), 27 de septiembre de 1990 (caso Coosey) y 30 de julio de 1998 (casos Sheffield y Horsham, acumulados) el Tribunal entendió que las negativas de las autoridades inglesas a la rectificación de las menciones registrales de sexo, solicitadas por transexuales cromosómicamente mujeres que habían iniciado (en el primero de los casos) o completado el tratamiento quirúrgico para su transformación sexual física, no implicaban vulneración del artículo 8.º del Convenio de Roma, ya que en Derecho Inglés el transexual podía modificar libremente su nombre, eligiendo otro que denotara su sexo psicológico y hacer constar el nuevo en sus documentos oficiales sustrayendo así al conocimiento de extraños la disociación existente entre su sexo cromosómico y aquel otro al que correspondía su nueva apariencia física y al que se atenía su comportamiento social.

Por último en dos Sentencias de 11 de julio del año en curso (casos I. contra el Reino Unido y Christine Goodwins también contra el Reino Unido) el Tribunal Europeo ha cambiado sensiblemente su anterior posición, declarando que la falta de reconocimiento general en el plano jurídico por parte del Reino Unido del cambio de sexo a que se habían sometido las promoventes consti-

tuía una vulneración del artículo 8 del Convenio de Derechos Humanos.

Cabe destacar las siguientes afirmaciones que se recogen en las mencionadas resoluciones:

1) El Tribunal, desde 1986, se ha declarado repetidamente consciente de la gravedad de los problemas que afectan a los transexuales, por cuanto la discordancia entre el papel que en la vida social adopta un transexual operado y la negativa de algunos Estados a reconocer el cambio de sexo producido generar sentimientos de vulnerabilidad, humillación y ansiedad de evidente trascendencia.

2) Califica de llamativa la falta de coherencia que supone que el Servicio Nacional de Salud del Estado demandado haya reconocido la peculiar situación de las promovedas y se haya hecho cargo de las intervenciones quirúrgicas necesarias para procurarles la mayor aproximación posible al sexo al que sienten que realmente pertenecen sin que esta actuación administrativa haya determinado un pleno reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual de las interesadas.

3) Ha de admitirse que una persona transexual, pese a la creciente sofisticación de las intervenciones quirúrgicas y de los tratamientos hormonales a que se somete, no puede adquirir todas las características biológicas del nuevo sexo, pues el elemento cromosómico permanece inalterable.

Sin embargo, el Tribunal no considera que el factor cromosómico sea —con exclusión de cualquier otro— el decisivo a los fines de atribución jurídica de una nueva identidad sexual.

En efecto, a través de los informes de Liberty (entidad que ha intervenido en los procesos de que dichas sentencias traen causa en calidad de *amicus curiae*) se constata que existe un reconocimiento internacional de que la transexualidad constituye un estado médico anómalo que requiere se facilite a las personas afectadas el tratamiento encaminado a prestarles la ayuda necesaria.

Por otra parte, la mayoría de los Estados que han suscrito el Convenio de Roma se

hacen cargo o al menos autorizan dicho tratamiento, el cual comprende determinadas operaciones quirúrgicas irreversibles, cuya penosidad pone de manifiesto que las decisiones de someterse a un cambio de identidad sexual no pueden haber sido adoptadas de modo arbitrario o irreflexivo por los interesados.

4) El Tribunal concluye que pese a las dificultades que en diversos aspectos puede presentar un cambio en la actitud de determinados estados respecto al problema de la transexualidad, éstas no deben considerarse insuperables si el pleno reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual se limita a aquellas personas que se han sometido a la totalidad de las intervenciones y tratamientos aludidos, permitiendo que las mismas vivan con dignidad conforme a la identidad sexual que han conseguido al precio de grandes sufrimientos y puedan contar con el respeto de todos.

En definitiva, si bien en los casos a que se refieren las dos sentencias de 11 de julio de 2002 que acabamos de resumir el Tribunal Europeo de Derechos Humanos modifica su posición anterior, entendiendo que la normativa del Reino Unido sobre imposibilidad de alteración de las actas de nacimiento de los transexuales operados constituye una violación del artículo 8.º del Convenio, es lo cierto que mantiene en lo esencial su precedente doctrina en orden a los requisitos exigibles para el acogimiento de las pretensiones de aquellos tendentes a obtener dicho cambio.

Según dicha doctrina si bien el dato cromosómico no es decisivo para el reconocimiento de la identidad sexual de una persona, tampoco pueden considerarse suficientes los factores puramente psicológicos para conceder relevancia jurídica a las demandas de admisión de cambio de sexo, resultando imprescindible que las personas transexuales que las formulan se hayan sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la supresión no solo de sus caracteres sexuales secundarios —que es lo que únicamente ha acreditado la recurrente en el caso que nos ocupa— sino, también y fun-

damentalmente, para la extirpación de los primarios y la dotación a los solicitantes de órganos sexuales semejantes, al menos en apariencia, a los correspondientes al sexo que emocionalmente sienten como propio.

En atención a lo que queda expuesto, esta Sala, dentro del mayor respeto al grave problema personal que constituye el trastorno de identidad de género que sufre la recurrente, agravado por la circunstancia de que sus disponibilidades económicas le impidan acceder a las soluciones quirúrgicas que pudiera entender procedentes, debe rechazar también el último de los motivos del recurso objeto de estudio, siguiendo, en lo estrictamente atinente a la cuestión aquí controvertida, el criterio manifestado en sus sentencias anteriormente mencionadas, que en

modo alguno puede considerarse infringido por la resolución impugnada. Todo ello, sin perjuicio de que si eventualmente llegara D.^ª Ana a someterse a los dos gestos quirúrgicos todavía pendientes para completar su proceso de reasignación sexual a los que se ha hecho referencia en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta sentencia, la pretensión que en el futuro pudiera la misma deducir, debiera merecer distinta acogida.

Ha de hacerse constar, finalmente, que la cuestión a que tangencialmente se alude en el recurso, de la falta de cobertura por la Seguridad Social de las operaciones de cambio de sexo, no puede ser objeto de consideración en la presente resolución, al no corresponder su conocimiento a este orden jurisdiccional.

IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

1. *Concesión de exequátur a una sentencia de divorcio dictada por tribunales argentinos, pues aun cuando no existe una norma internacional de reconocimiento de sentencias entre España y Argentina, no está probada la reciprocidad negativa, queda acreditada la firmeza de la sentencia y la competencia de los tribunales argentinos.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^ª, Auto de 17 de septiembre de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^ª María formuló demanda de exequátur de la sentencia de fecha 30 de marzo de 1990, dictada por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil núm. 85 de Buenos Aires, República Argentina, por la que se pronunció el divorcio de común acuerdo entre su representada y D. Federico.
- El matrimonio disuelto había sido celebrado en Buenos Aires, República Argentina, el 8 de junio de 1984 e inscrito en el Registro Civil español.
- Los contrayentes eran argentino —el varón— y con doble nacionalidad española-argentina —la mujer—; al tiempo de promover el juicio de divor-

cio ante la jurisdicción argentina, la esposa era residente en la República Argentina; cuando pidió justicia a esta Sala, la solicitante era española y residente en España. Se han aportado los documentos siguientes: copia apostillada de la ejecutoria cuyo reconocimiento se pretende, con expresión de su firmeza; certificado de inscripción del matrimonio en el Registro Civil español.

- El Ministerio Fiscal dijo que no se oponía al exequátur.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

No habiendo tratado con la República Argentina ni norma internacional en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias que resulte aplicable, debe estarse al régimen general del artículo 954 de la LEC (de 3 de febrero de 1881) —que mantiene su vigencia conforme establece la Disposición Derogatoria Única, apartado primero, excepción tercera, de la LEC 1/2000, de 7 de enero—, al no estar acreditada la reciprocidad negativa (art. 953 de la citada Ley de 1881).

Resulta probada la firmeza de la sentencia, según la ley del Estado de origen; la firmeza de la sentencia, cuyo exequátur se pretende, viene exigida, cualquiera que sea el régimen de reconocimiento, por el artículo 951 (de la citada Ley de 1881) —que sobre este extremo, no es únicamente atinente al régimen convencional, si se lee junto con los preceptos siguientes— y reiterada doctrina de esta Sala.

El requisito 1.º del art. 954 (de la citada LEC 1881) ha de entenderse cumplido habida cuenta de la naturaleza personal de la acción de divorcio.

En cuanto al requisito 2.º del mismo artículo 954, está acreditado que el divorcio se promovió de común acuerdo por los cónyuges que intervinieron en el proceso.

Por lo que interesa al requisito 3.º del precitado artículo 954, la conformidad con

el orden público español —en sentido internacional— es plena: el artículo 85 del Código Civil establece la posibilidad del divorcio cualesquiera que sean la forma y tiempo de celebración del matrimonio.

La autenticidad de la resolución, según exige el artículo 954.4.º, está garantizada por la apostilla con la que se ha diligenciado y tal y como obra en autos.

No hay razón para considerar que la competencia judicial internacional de los Tribunales de la República Argentina haya nacido de las partes en busca fraudulenta de un foro de conveniencia (artículos 6.º 4 Código Civil y 11.2 LOPJ); el artículo 22.2 y 3 LOPJ no establece foros de competencia exclusiva, lo que sí hace el artículo 22.1 de la misma Ley Orgánica, pero sin que en el presente caso concurren ninguno de los foros determinantes de ella en favor de los tribunales españoles; por el contrario, hay conexiones que no pueden desconocerse, como es la nacionalidad argentina del esposo, el domicilio de la esposa en la República Argentina al tiempo de promoverse el juicio de divorcio ante la jurisdicción argentina y el lugar de celebración del matrimonio, razones éstas que permiten considerar fundada la competencia de los Tribunales de origen, y, por ende, excluir el fraude en cuanto a la ley aplicada al fondo del asunto, cuestión vinculada a la anterior.

X. SUCESIONES

1. *Estimación de la demanda de reclamación de filiación extramatrimonial, al ser imprescriptible la acción de reclamación, y de petición de herencia, teniendo los reconocidos derecho a la legítima estricta sin necesidad de ejercicio de una nueva acción en un procedimiento ulterior, realizándose las operaciones oportunas en fase de ejecución de sentencia.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de julio de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Ana y D. Juan Carlos interpusieron demanda de menor cuantía contra D. Higinio R.M. por sí y trayendo causa de su fallecida madre, la inicialmente codemandada D.ª Blanca en la que se solicita que se dictase sentencia por la que: 1.º Se declare a D.ª Ana y D. Juan Carlos hijos no matrimoniales de D. Higinio R.A., con los demás efectos derivados de la Ley y de tal declaración. 2.º Que se declare herederos universales de D. Higinio R.A. a D.ª Ana y D. Juan Carlos, junto a D. Higinio R.M., el cual deberá devolver los bienes integrantes de la herencia de D. Higinio R.A. y rendir cuentas de su administración a los actores; todo ello con condena en costas.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Madrid dictó sentencia el 12 de marzo de 1999 con los siguientes pronunciamientos: A) Se declara la paternidad del fallecido D. Higinio R. A. respecto de los demandantes, con todos los efectos a tal declaración incluido el derecho de los actores a ostentar como primer apellido el de su progenitor. B) Se declara a los actores herederos forzosos de su fallecido progenitor D. Higinio R.A., con derecho, en su condición de legitimarios preteridos intencionalmente por el testador, a su estricta legítima en los bienes de la herencia, con la consiguiente reducción de la institución de heredero de D. Higinio R.M. en los términos razonados en el fundamento de derecho 4 de reintegrar la masa hereditaria para el pago de legítima estricta correspondiente a los demandantes preteridos, o en su caso indemnizarles el valor de los bienes con sus frutos que constituyen ésta al óbito del causante, esto es, con arreglo a lo prevenido en el artículo 808 del Código civil, las dos novenas partes del haber hereditario, a razón de una novena parte para cada demandante a determinar, en su caso, en ejecución de sentencia.

- En grado de apelación, la Sec. 24 de la AP de Madrid dictó sentencia el 4 de mayo de 2000 estimando parcialmente el recurso revocando la sentencia de instancia en el sentido de dejar sin efecto, de su parte dispositiva, su apartado b) salvo en la declaración de herederos de los apelantes preteridos intencionalmente por el testador que contiene, debiendo las partes, si a su derecho conviniera, ejercitar las acciones en el procedimiento correspondiente, respecto al reconocimiento del resto de los pronunciamientos del citado apartado.
- Tanto los actores como los demandados interpusieron recurso de casación, desestimándose por el Tribunal Supremo el interpuesto por D. Higinio y estimándose el interpuesto por D.^a Ana y D. Juan Carlos, confirmándose la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Acción de reclamación de la paternidad.

La cuestión que se plantea respecto a esta acción si es prescriptible o imprescriptible; en el primer caso, el plazo de prescripción y la posible interrupción por un acto de conciliación intentado sin efecto.

Haya o no posesión de estado, señala el Tribunal Supremo que la acción es imprescriptible. La doctrina científica es unánime y la jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse, quizá por su obiedad. Hay que pensar que el artículo 131 del Código civil se refiere a la acción de reclamación de la filiación, manifestada por la posesión de estado, sea matrimonial o extramatrimonial. No tendría sentido que fuera imprescriptible la acción de reclamación de filiación matrimonial o extramatrimonial (artículo 132 y 133) cuando no hay posesión de estado y fuera prescriptible si lo hay. El artículo 131 atribuye la acción a “cualquier persona con interés legítimo” y mientras haya tal interés, habrá acción, sin someterse a plazo de prescripción. Por último, del artículo 1936 del Código Civil se desprende el principio de que no cabe prescripción en aquellos derechos indisponibles, como los relativos al estado civil de las personas, que sí tienen, cuando lo determina la ley, plazo de caducidad.

Es preciso salir al paso de una afirmación que se hace en el recurso interpuesto por D. Higinio. Interpretando el artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su original redacción, la jurisprudencia había mantenido en la prescripción extintiva que el acto de conciliación sólo la interrumpía en el caso (aplicando el artículo 1947 del Código civil sobre la usucapión) de que se presentara la demanda en el plazo de dos meses, criterio que cambió la sentencia de 7 de julio de 1983 reiterada por la de 9 de diciembre de 1983 y otras posteriores, en las que se mantuvo unánimemente que la conciliación era acto interruptivo de la prescripción extintiva en todo caso. Hoy, tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por Ley de 6 de agosto de 1984, no hay duda: el momento de la presentación de la petición de conciliación interrumpe la prescripción.

Consecuencia de lo expuesto, debe desestimarse el motivo único del recurso que ha interpuesto el codemandado en la instancia, D. Higinio R.M. Con apoyo en el núm. 4.^o del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega la infracción del artículo 479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su redacción anterior a la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que modificó la Ley de Enjuiciamiento Civil. El motivo —y el recurso— se desestima, no sólo porque dicho artículo se

ha aplicado conforme a la correcta interpretación que dio el Tribunal Supremo desde 1983, sino también porque, como se ha dicho, la acción de reclamación de la filiación, matrimonial o extramatrimonial, con o sin posesión de estado, es imprescriptible.

2. Acción de petición de herencia.

En la acción de petición de herencia, se plantean cuatro cuestiones:

Primera.—En el suplico de la demanda se interesa que se declare a los hermanos codemandantes herederos universales; sería así si el padre hubiera fallecido intestado en que los herederos abintestato los serían, universales y por iguales cuotas partes, los hijos, el matrimonial y los extramatrimoniales. Pero el causante falleció bajo testamento otorgado ante Notario el 10 de noviembre de 1977 (falleció en 1984) en el que dispuso un legado, del tercio de libre disposición, a favor de su esposa e instituyó heredero a su hijo, el demandado, D. Higinio R. M. En las sentencias de instancia no cabe que se declarara a los demandantes herederos universales, que es lo más, pero sí que son legitimarios, que es lo menos, y, como tales, preteridos.

Segunda.—Se ha dado la preterición, regulada por el artículo 814 del Código Civil que fue reformado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuya disposición transitoria octava dispone que la nueva legislación se aplica a las sucesiones que se abran después de entrar en vigor; la apertura de la presente sucesión se produjo en 1984, muerte del causante. Se da exactamente el concepto de preterición intencional: omisión de los legitimarios en el testamento, sabiendo que existen y que no han recibido nunca nada en concepto de legítima. El efecto lo declara, como principio, el inicio del artículo 814: la preterición de un heredero forzoso (legitimario) no perjudica la legítima.

Tercera.—El efecto de la preterición intencional lo concreta el mismo artículo 816: se reducirá la institución de heredero y se

satisfará la legítima en la medida, en el presente caso, que establece el artículo 808. La cuestión que se ha planteado es si esta legítima es la larga (dos tercios: primer párrafo de dicho artículo 808) o la estricta (un tercio). El efecto de la preterición intencional se equipara al de la desheredación injusta (artículo 851): el preterido, como el desheredado injustamente, tiene derecho a la legítima, pero sólo a la legítima estricta o corta, es decir, un tercio, ya que la voluntad del causante, soberano de su sucesión, fue el privarle del todo y si por ley se le atribuye, no se puede extender a una parte (legítima larga) que corresponde a su libre disposición (entre hijos) y que voluntariamente nunca le quiso atribuir.

Cuarta.—Un último punto: si una vez declarado legitimario, preterido intencionalmente, se le puede atribuir una cuota en la herencia del causante, como hizo la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia o debe dejarse tal cuestión a un proceso ulterior, como ha hecho la sentencia de la Audiencia Provincial. La respuesta es que sí debe hacerse la atribución de cuota legitimaria, directamente, sin necesidad del ejercicio de una nueva acción. No tanto es la determinación de concretos bienes, sino de cuota que, en ejecución de sentencia, se especificará materialmente.

Aplicando lo expuesto a los motivos de casación del recurso formulado por la parte demandante, los hijos y, por consiguiente, legitimarios, de D. Higinio R.A. los hermanos D.ª Ana Isabel y D. Juan Carlos, no aparece motivo alguno relativo a la primera subcuestión: se les declaran en la sentencia de instancia, legitimarios, no herederos universales, que han sufrido preterición intencional, lo que se expone en la segunda subcuestión, tampoco discutida.

Sobre la tercera subcuestión se formula el motivo tercero. Se ha dicho y razonado que el legitimario preterido tiene derecho a la legítima, pero en la de hijos o descendientes, es la legítima estricta, un tercio, no la larga. Se parte de la voluntad del causante, que era atribuirle el todo al hijo no preteri-

do; por ley se le rescinde la institución de heredero, pero no puede privársele de aquello —la mejora— que le pudo atribuir y le atribuyó (embebida en la institución de heredero) voluntariamente. La normativa imperativa, *ius cogens*, de la legítima no alcanza a aquella parte —la mejora— que sí es disponible, aunque la disponibilidad venga limitada a los otros hijos o descendientes. Por ello, el motivo se desestima.

A la cuarta cuestión, determinación de la cuota del haber hereditario, a los legitimarios demandantes, se refieren los demás motivos del recurso de casación, los cuales deben estimarse.

Ante todo (motivo séptimo, que alega infracción de la jurisprudencia relativa a la acción de petición de herencia), la acción de petición de herencia. En el presente caso se ha ejercitado: se ha pedido la declaración de que son herederos y la cuota que les corresponde de la herencia y se les ha concedido lo primero y lo segundo, sí por el Juzgado y no por la Audiencia Provincial. La acción de petición de herencia se ha tratado en la doctrina como la que ejercita el heredero frente a quien detenta la herencia y se ha ampliado en la jurisprudencia a la que ejercita la per-

sona para que se le declare heredero y se le atribuya la cuota que le corresponde. Este es el caso que contempló la sentencia de 6 de noviembre de 1998 en que se pidió y se dio lugar a ser declarado heredero y, asimismo, se ordenó “llevar a cabo la partición de la herencia por los trámites de la testamentaria, adjudicándose al actor la cuota correspondiente”. Y éste es el caso presente: la parte demandante ha obtenido su declaración de ser no herederos, pero sí legitimarios y se les ha negado el derecho a la cuota concreta, determinando los bienes en ejecución de sentencia: con lo cual se ha infringido el concepto y la función de la acción de petición de herencia.

Por otra parte y a mayor abundamiento, se alegan como infringidos los artículos 24 de la Constitución Española (motivo cuarto), 153 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (motivo quinto) y 348 y 609 del Código civil (motivo sexto). Aparte del motivo quinto, que no tiene sentido porque no se negó nunca la acumulación de acciones, los demás se estiman: al ser declarados legitimarios, con preterición intencional, debe acordarse la atribución de cuota de la herencia, determinándose los bienes o su valor en ejecución de sentencia.

XI. CONTRATO DE VITALICIO

1. *Pactado entre las partes un contrato de vitalicio en virtud del cual unos ceden a favor de otros unos bienes a cambio de alimentos, no puede rescindirse por la sola voluntad de los primeros, y si no quieren convivir con los segundos en su domicilio, procede fijar una prestación periódica para dar cumplimiento a lo pactado.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 9 de julio de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 8 de enero de 1993, los cónyuges don Valentín y doña Concepción, de una parte, y los también esposos don José Ramón y doña María Jesús, de

otra, otorgaron escritura pública, con el enunciado “Cesión de bienes a cambio de alimentos”.

- En dicha escritura pública constan, entre otras, las siguientes estipulaciones: “1) Don Valentín y doña Concepción ceden a don José Ramón y doña María Jesús, que adquieren para su sociedad conyugal, el pleno dominio, libre de cargas de la finca y edificación a que se refiere el apartado I de dicho documento. 2) En contraprestación a la cesión, los cesionarios se obligan: A) A cuidar y asistir a los cedentes hasta el fallecimiento de los mismos. B) A prestar alimentos a dichos cedentes; estos alimentos se entenderán con la extensión que determina el artículo 142 del Código Civil, o sea, a todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica y farmacéutica, según la posición social y económica de ambas partes; esa obligación de prestar alimentos se extinguirá, respecto a los alimentistas, por el fallecimiento de los mismos; por el contrario, el fallecimiento de los deudores de dichos alimentos no extinguirá la obligación de prestarlos, que deberá ser asumida por sus herederos. C) El incumplimiento de dichas obligaciones por los cesionarios actuará como condición resolutoria de la transmisión formalizada; si los cedentes no hubieran interpuesto en vida demanda de resolución, ni la interpusieran sus herederos en los dos meses siguientes al fallecimiento, se considerarán cumplidas aquellas obligaciones y extinguida la condición resolutoria, pudiendo los cesionarios solicitar por sí solos la constatación registral de dicha extinción. D) Mientras vivan los cedentes, no podrá ser enajenada ni gravada, por ningún título *inter vivos*, sin su consentimiento expreso, la finca ni la edificación en la misma existente, cedidas en esta escritura. E) A efectos fiscales, se valoró este contrato: a) en cuanto a la finca y edificación cedidas, en 6.500.000 pesetas; b) en cuanto a la pensión, en igual cantidad de 6.500.000 pesetas”.
- Don Valentín falleció el 13 de febrero de 1993 en casa de don José Ramón y doña María Jesús, con quienes doña Concepción continuó la convivencia hasta cumplirse el aniversario de la muerte de su marido, situación que interrumpió tras un viaje a Madrid para visitar a los hermanos de dicha cedente, sin que después retornara al domicilio de aquellos.
- Desde mediados de marzo de 1994, los cesionarios entregan a doña Concepción la cantidad mensual de 15.000 pesetas.
- El 4 de febrero de 1995 se celebró acto de conciliación a instancia de doña Concepción, donde reclamaba que la otra parte le abonase la cantidad de 50.000 pesetas mensuales por considerar que la aportada era insuficiente para cubrir sus necesidades y no reunía los requisitos establecidos en la estipulación segunda del contrato de 8 de enero de 1993 y, en defecto de lo indicado, a dar éste por rescindido, actuando el incumplimiento de la obli-

gación antes expuesta de condición resolutoria de dicha cesión por virtud de la estipulación tercera, cuya petición fue contestada con la alegación de que la conciliante es quien impide a los conciliados cumplir con tales obligaciones y que el ingreso de 15.000 pesetas mensuales no es obligación derivada de la escritura pública, sino compensación voluntaria en la medida de las posibilidades económicas de quienes la facilitan, ante la negativa de la conciliante a permitirles la prestación personal de cuidados, asistencia y alimentos, a la cual invitan para que les permita seguir haciéndolo en los únicos términos que exige la citada escritura.

- D.^a Concepción promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad, contra D. José Ramón y D.^a María Jesús, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: “Dictar sentencia condenando a los aquí demandados: a) Al pago de cincuenta mil pesetas mensuales, b) al pago de doscientas cuarenta y cinco mil pesetas de atrasos desde la fecha de presentación de la demanda de conciliación, c) asimismo, en concepto de indemnización de daños y perjuicios por mora, se condene a los demandados a abonar a la actora los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda de conciliación. d) Subsidiariamente a todo lo explicitado en los apartados a), b), c), anteriores se dé por rescindido el referido contrato de cesión de bienes a cambio de asistencia de alimentos, e) se condene a los demandados al pago de todas las costas del presente juicio”.
- Los demandados se personaron en autos y se opusieron a la demanda solicitando su íntegra desestimación.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Mondoñedo dictó sentencia el 2 de septiembre de 1996, estimando la demanda y declarando resuelto el contrato de cesión de bienes a cambio de asistencia y alimentos celebrado entre las partes el día 8 de enero de 1993, condenando a los demandados a estar y pasar por el anterior pronunciamiento y al pago de las costas causadas.
- En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Lugo dictó sentencia el 4 de diciembre de 1996, confirmando la sentencia apelada y a la parte demandada todos los derechos que le puedan asistir para reclamar el importe de las prestaciones realizadas en favor de la parte demandante durante el tiempo en que convivieron.
- D. José Ramón y D.^a María Jesús interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, condenándoles al pago de 180,30 euros mensuales, desde la fecha de esta sentencia, mediante aportaciones en ciclos anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, con una sistemática de actualización anual según los índices de precios al consumo que fije el Instituto Nacional de Estadística, y todo ello en sustitución del

cumplimiento de la prestación correspondiente a los cesionarios derivada del contrato de vitalicio de 8 de enero de 1993 en el domicilio de los demandados.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los recurrentes denuncian que la sentencia impugnada, al confirmar la rescisión del contrato, ha sancionado o autorizado que la validez y el cumplimiento de éste quede al arbitrio de la parte que ha de recibir los cuidados, asistencia y alimentos; y por otro lado se ha transgredido lo dispuesto en el artículo 1119 del Código Civil, ya que, la sentencia de instancia no ha valorado que la actora, con su marido ya fallecido, había transmitido determinados bienes a los demandados con la condición resolutoria de que éstos le prestaran de por vida cuidados, asistencia y alimentos, y se opuso a su cumplimiento al impedirles la efectividad de las prestaciones a su cargo.

El contrato objeto del debate es el denominado de vitalicio, respecto al que, en sentencia de 23 de mayo de 1965, el Tribunal Supremo ha declarado que no es una modalidad de renta vitalicia, regulada en los artículos 1802 y 1805 del Código Civil, sino un contrato autónomo, innominado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones incorporadas al mismo en cuanto no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público —artículo 1255 del Código Civil—, y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones.

Se trata de un contrato conocido en otros países, así: el arrendamiento “à nourriture” (de manutención), que tiene lugar en zonas rústicas de Francia entre padres ancianos y sus hijos, sometido al Derecho Común y no a las normas relativas a la renta vitalicia; el derecho de “altenteil” (“parte de viejo”) en el Derecho alemán, concerniente al conjunto de prestaciones debidas al viejo labrador

que se retira y cede su hacienda agrícola a otro, quien se obliga a concederle habitación, manutención y dinero para los gastos corrientes, el cual, según la doctrina científica germana, no cabe calificarlo como renta vitalicia; la “zádruga” en Yugoslavia, por la que una comunidad acoge con todos sus derechos de miembro a los ancianos sin hijos o que no puedan administrar sus bienes, cuyo patrimonio será explotado por la familia hospitalaria, y que será cedido a ésta durante la vida de aquél o a título de legado después de su muerte; el contrato “d’entretien viager”, por el que una persona se obliga a transferir determinados bienes a otra y ésta a proporcionarle manutención y asistencia durante su vida, que, en el Código civil de obligaciones de Suiza, se distingue también de la renta vitalicia.

Otras similitudes se encuentran en la “dación personal”, institución consuetudinaria del Alto Aragón, mencionada en el artículo 33 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (Ley 15/1967, de 8 de abril, modificada por Ley 31/1985, de 21 de mayo, y por Ley 4/1995, de 29 de marzo), por la que un célibe o viudo sin hijos u otros descendientes se asocia con todos sus bienes a una casa o familia, y se obliga a trabajar en la medida de sus aptitudes en beneficio de ella, y la instituye heredero universal al fin de sus días a cambio de ser mantenido y asistido, sano y enfermo, con lo necesario, así como vestido y calzado según su clase, y de que, a su fallecimiento, se costeen el entierro, funeral, misas y sufragios de costumbre en la parroquia; en la “pensión alimenticia” de Cataluña —ajena a los censales, violarios y vitalicios regulados en su Derecho escrito—, en virtud de cuyo contrato una persona

se obliga a prestar alimentos en su domicilio en compensación de la cesión de bienes, generalmente inmuebles, que le hace el alimentado, por durante la vida de éste, con la particularidad de que si surgen desavenencias y viene la separación, los alimentos se sustituyen por una pensión en efectivo; y, claramente, en el artículo 95 de la Ley 4/1995, de Derecho Civil de Galicia, el cual dispone que por el contrato de vitalicio una o varias personas se obligan, respecto de otra u otras, a prestar alimentos con la extensión, amplitud y términos que convengan a cambio de la cesión o entrega de bienes por el alimentista, y que, en todo caso, la prestación alimenticia comprenderá el sustento, la habitación, la vestimenta y la asistencia médica del alimentista, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, ajustados a las circunstancias de las partes, con la precisión, en su artículo 99, que el alimentista podrá rescindir el contrato en los siguientes casos: a) conducta gravemente injuriosa o vejatoria del obligado a prestar alimentos; b) incumplimiento total o parcial de la prestación alimenticia, siempre que no sea imputable a su perceptor; c) cuando el cesionario no cuidase o no atendiese en lo necesario al cedente, según la posición social o económica de las partes y en todo cuanto haga posible el capital cedido, en la procura del mantenimiento de su calidad de vida.

La sentencia recurrida argumenta que la particularidad de los vitalicios es la de vivir “en familia”, es decir la de la prestación de asistencia, atención y cuidado y sobre todo cariño a la persona acogida ya que no se entiende una convivencia o atención no deseada por alguna de las partes contratantes, y que la rotura de ese vínculo de afecto, con toda seguridad producido por la intervención de otros familiares de la demandante, residentes en Madrid, constituye un ataque a la “línea de flotación” de tal convenio fundado tanto en el afecto como en el interés, que hace imposible su vigencia, por lo cual, mas que la imposición del acuerdo, no que-

ruido por una de las partes, lo que procede es el de determinar las consecuencias jurídicas del desacuerdo que se concretan en que una de las partes prestó una atención a la otra a cambio de nada cuando lo acordado era una contraprestación: la cesión de bienes, por lo cual, aunque la sentencia apelada es correcta en cuanto a declarar resuelto el contrato de cesión de bienes a cambio de asistencia y alimentos, esta Sala al confirmar dicho fallo lo hace con la reserva de que ello no implica que la parte demandada no pueda reclamar a la actora en otro proceso por el cuidado y atención prestada a la demandante al desaparecer la contraprestación prometida por esta última al otorgar el contrato de vitalicio.

El Tribunal Supremo no acepta la fundamentación de la sentencia de instancia. Aunque el contrato de que se trata, de naturaleza silagmática, está sometido a condición resolutoria tácita, no se advierte aquí un incumplimiento de la prestación imputable a los obligados a satisfacerla, que mantienen su voluntad de observar las prestaciones a su cargo; por el contrario, es la actora quien, sin duda, vulnera el desarrollo de la convivencia alimenticia pactada al mantener una conducta obstativa a su efectividad, por lo que decae la petición subsidiaria del escrito inicial, concerniente a la resolución del contrato.

En estas circunstancias, no cabe la permanencia del sistema alimenticio convenido en los estrictos términos pactados, pues no se puede obligar a quien no quiere en una relación como la que nos ocupa, donde, por encima de lo establecido, de ámbito económico o patrimonial, incide el necesario ajuste de dos o más personas en carácter, costumbres o aficiones para lograr la convivencia, es decir, en lo que se denomina congeniar, por lo que procede acercarse a la petición principal de la demanda, consistente en el abono de una cantidad para cubrir las necesidades de la actora, que, aunque no está recogida en el contrato, constituye la respuesta a la problemática, mediante la aplica-

ción analógica del artículo 149 de Código Civil.

El Tribunal Supremo, tras ponderar la circunstancias concurrentes, tanto subjetivas como objetivas, determina la cantidad de 180,30 euros mensuales como la que los litigantes pasivos han de abonar, desde la fecha de esta sentencia, a la demandante para la atención de las obligaciones alimenticias

derivadas del contrato de 8 de enero de 1993, mediante aportaciones en ciclos anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes, con una sistemática de actualización anual según los índices de precios al consumo que fije el Instituto Nacional de Estadística, en sustitución del cumplimiento de dicha prestación en la casa de los demandados.

XII. ERROR JUDICIAL

1. *Inexistencia de error judicial en la sentencia que desestima una demanda de modificación de medidas por considerar que no se han alterado sustancialmente las circunstancias.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 5 de julio de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote.

ANÁLISIS DEL CASO

- La Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 23 de mayo de 2000, recaída en el procedimiento incidental del rollo 233/99, dimanante en apelación de los autos de modificación de medidas del Juzgado de Primera Instancia núm. 27 de dicha capital, desestimando íntegramente el recurso de apelación formulado por don José Antonio y, estimando, en su integridad el formulado por doña Rosario, revocaba parcialmente la resolución impugnada en el sentido de mantener lo acordado, con relación a la pensión compensatoria, en sentencia de divorcio dictada por la misma Sala el 12 de diciembre de 1995.
- Don José Antonio formuló demanda de declaración de error judicial contra dicha sentencia solicitando lo siguiente: “...tenga por instado el reconocimiento de error judicial que se interesa, y previos los trámites de rigor, dicte sentencia por la que se declare el error padecido por la Sec. 22.^a de la AP de Madrid, en su sentencia de 23 de mayo de 2000, que hubiera debido acoger sobre la base de los hechos declarados probados en la instancia los pedimentos recogidos en punto a la extinción de la pensión compensatoria a favor de la esposa, contenido en el suplico de nuestra demanda incidental”.

- Emplazadas las partes, compareció el Ministerio Fiscal y mediante escrito manifestó que procedía la desestimación de la demanda de error judicial.
- El Tribunal Supremo desestimó la demanda.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El solicitante de error judicial interpuso demanda de modificación de medidas para extinguir la pensión compensatoria que, en cantidad de 60.000 ptas. al mes por doce meses al año, venía percibiendo su ex esposa. En dicho procedimiento se dictó sentencia en el sentido de mantener lo acordado con relación a la pensión compensatoria en la sentencia de divorcio dictada por la misma Sala el 12 de diciembre de 1995, que es la pensión consensuada por los dos cónyuges en el juicio de separación matrimonial, en consideración según se dice en el fundamento de derecho tercero, a que salvo la operación interesada de la adquisición por compra de la vivienda familiar efectuada en beneficio del propio D. José Antonio “no se han producido cambios sustanciales e imprevisibles, ni en sus capacidades económicas, ni en las necesidades o recursos de la esposa, dado que las posibilidades laborales de esta última, antes y después del matrimonio, fueron conocidas por D. José Antonio al suscribir el convenio regulador”.

La sentencia se atiene al convenio regulador suscrito por ambos cónyuges para la separación matrimonial, atemperado su importe en beneficio del deudor de la pensión, para el supuesto de que la esposa separada (en este supuesto divorciada), recibiera o no cantidad en retribución a su trabajo o subsidio de paro o, no recibiere cantidad alguna, en cuyo supuesto se atenía a lo convenido en el pacto de separación.

Pues bien, contra esta argumentación se alza el demandante en petición de que se declare error judicial en que ha incurrido la sentencia, pretendiendo combatir e impugnar esta apreciación de la realidad efectuada por el Tribunal de apelación, lo que no supo-

ne otra cosa que revisar la valoración de la prueba, como si de una nueva instancia se tratase y, es sabido a este respecto, la doctrina del Tribunal Constitucional, que afirma que el error judicial no se configura como una instancia, ni como un claudicante recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación —como ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en sentencias de 7 y 24 de febrero de 2000, 22 de mayo, 15 de junio y 22 de diciembre de 2001—, cuando el correspondiente Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, viniendo determinado, el error judicial por su “desajuste objetivo, patente indudable con la realidad fáctica o con la normativa legal”.

Ninguno de estos dos supuestos, señala el Tribunal Supremo, se han cumplido en el caso de autos, pues se parte en la sentencia impugnada, de que no ha habido modificaciones o cambios, desde que se dictó la sentencia de apelación en el juicio de divorcio, sustanciales e imprevisibles, ni en las capacidades económicas de los litigantes, ni en las necesidades o recursos de la esposa, apreciación esta de la Sala de instancia, que no es fruto de una equivocación manifiesta o palmaria, antes al contrario, ni siquiera se combate ese hecho por la parte demandante y en aplicación a ese *factum*, y la doctrina de los arts. 91 y 101 del Código Civil, es claro que el Tribunal se atuvo al acuerdo adoptado previamente por los ahora litigantes, en orden a la pensión compensatoria, por lo que tampoco puede imputarse al Tribunal una aplicación de la ley ilógica irracional o arbitraria. Sin que el discurso del Letrado en el acto de la vista puedan desvirtuar la anterior fundamentación, al tratar de demostrar, en contra de la propia naturaleza de este

procedimiento, que no constituye una nueva instancia, de que ha existido modificaciones sustanciales, desde que se consensuaron las medidas en el pleito de separación consistentes en a: 1.º Los hijos mayores que vivían con la madre han pasado a residir con el padre. 2.º La venta de la vivienda perteneciente a la sociedad de gananciales en virtud de la cual la ex-mujer ha recibido trece millones de pesetas, que le han servido para comprar un piso y le ha sobrado una parte importante de dinero. 3.º La falta de ocupación de la ex-esposa y de la inscripción en el paro lo que ha supuesto un abuso de derecho al tener que satisfacer el ahora demandante una cantidad importante en concepto de pensión compensatoria.

Pues bien, los dos primeros puntos los trata la sentencia impugnada en el párrafo quinto de fundamento tercero, sosteniendo que los hechos comprendidos en los números primero y segundo no suponen modificación sustancial, en cuanto que la adquisi-

ción de la vivienda que pertenecía a la sociedad de gananciales, por parte del ahora demandante, ha obedecido a un acto propio del mismo, y en su beneficio y, por lo que afecta al cambio de domicilio de los hijos mayores de edad, no supuso carga alguna para el citado señor por estar éstos independizados económicamente. Ciertamente, del punto tercero no se hace mención alguna en la sentencia a la que se atribuye error judicial, pero este lo basa en el abuso de derecho que supone tal circunstancia, abuso de derecho, que no puede atribuirse a la resolución impugnada, sino a la ex-esposa del demandante, que en tesis de la parte recurrente, el es más ventajoso, no trabajar por cuenta ajena, que hacerlo, y reducir por este hecho la pensión compensatoria de forma considerable, circunstancia esta que de ser cierta, la única responsabilidad es de su anterior cónyuge, que puede dar lugar a un aprovechamiento abusivo de lo acordado consensualmente al que se acoge en su tenor literal.

XIII. PENAL

1. *Condena por un delito de alzamiento de bienes y por otro de impago de pensiones al padre que voluntariamente deja su puesto de trabajo con la finalidad de imposibilitar el cobro de las pensiones fijadas en la sentencia de divorcio.*

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 8 de julio de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Jiménez Villarejo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Antonio, divorciado de D.ª Manuela por sentencia firme del Juzgado de Familia núm. 8 de Valencia, de 12 de diciembre de 1986, quedó obligado a abonar la cantidad de 20.000 ptas. mensuales en concepto de pensión de alimentos para sus dos hijos y pensión compensatoria para su ex esposa.

- Como consecuencia de las dificultades que Manuela tenía para cobrar dicha pensión mensual, tuvo que reclamar su pago por vía judicial, solicitando la ejecución de la sentencia de divorcio, lo que dio lugar a que el Juzgado de Familia núm. 8, en virtud de providencia de 31 de enero de 1992, decretara la retención de 50.000 ptas. mensuales de la nómina que percibía Antonio por su trabajo en la empresa Ascensores O. Con posterioridad, y en virtud de resoluciones de 13 de mayo de 1994, 14 de mayo y 18 de julio de 1996, dictadas por el mismo Juzgado, se reiteraron las retenciones de sueldo. El importe de la retención de sueldo quedó fijado por dicho Juzgado en fecha 18 de julio de 1996 en la cantidad de 51.997 ptas. mensuales.
- Como sea que, tras la providencia de 18 de julio de 1996, en que se ordenó la realización de un requerimiento personal al administrador de la empresa Ascensores O. S.L., y que dio lugar a un requerimiento practicado en la persona de una empleada de ésta, se dispuso por providencia de 11 de octubre de 1996 la citación personal de Román, en su calidad de administrador de dicha entidad, para efectuar el indicado requerimiento personal, el que tuvo lugar el día 29 de octubre de 1996. Con fecha 3 de noviembre de 1996 fueron ingresadas 52.427 ptas. en la cuenta bancaria designada por Manuela, sin que ésta cobrase ninguna otra cantidad de dinero durante 1996 por razón de pensiones devengadas a lo largo de dicho año.
- En virtud de escrito fecha 29 de noviembre de 1996, Antonio comunicó a su hermano Román, como administrador de la entidad Ascensores O., que causaba baja voluntaria en dicha empresa, haciéndose efectiva a los 15 días, o sea, el 14 de diciembre de 1996, y por tal razón dejó de percibir las prestaciones por desempleo que legalmente le correspondían por razón del trabajo realizado en dicha empresa, cuya antigüedad en ella se remonta al mes de agosto de 1991. Antonio se inscribió como demandante de empleo desde el día 11 de febrero de 1997 y, mientras tanto, según afirmó el mismo, se dedicó a realizar encargos o chapuzas.
- Constituida a mediados de 1997 una nueva empresa, denominada Ascensores O.V., por parte de María Isabel, ex esposa de Román, y por María Carmen, esposa de Antonio, éste comenzó a trabajar en ella como empleado, percibiendo a cambio un sueldo.
- El Juzgado de Instrucción núm. 11 de los de Valencia incoó procedimiento abreviado en el que la Sec. 1.^a de la Audiencia Provincial de la misma ciudad, tras celebrar juicio oral y público, dictó sentencia el 30 de junio de 2000, que contenía el siguiente fallo: “Primero: Condenar a Antonio como autor de un delito de abandono de familia por impago de pensiones y como autor de un delito de insolvencia punible, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a una pena de quince arrestos de fin de semana por el delito de abandono de familia, y a una pena

de dos años y tres meses de prisión y multa de quince meses, con una cuota diaria de mil pesetas, por el delito de insolvencia punible, al pago de la mitad de las costas causadas, incluidas las de la acusación particular. Por vía de responsabilidad civil indemnizará a Manuela en las cantidades que se concreten en período de ejecución de sentencia hasta la fecha de su pago efectivo. Segundo: Absolver a Román de los delitos de malversación y desobediencia de que ha sido acusado, por concurrir en el mismo una eximente completa de anomalía psíquica que le impedía actuar conforme a la comprensión de la ilicitud de tales ilícitos, con declaración de oficio de la mitad de las costas causadas”.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Delito de abandono de familia en la modalidad de impago de pensiones.

El recurrente arguye, en su impugnación de la condena por el delito de abandono de familia, que el principio de intervención mínima impide que el mero incumplimiento de una obligación civil, como es la de pagar una prestación económica establecida judicialmente en caso de separación, divorcio o declaración de nulidad de matrimonio, se convierta en delito a no ser que concurra la clara voluntad de incumplir dicha prestación, lo que en este supuesto —según la tesis de quien recurre— se debe descartar, ya que el incumplimiento del deber del acusado se produjo por “unos evidentes problemas de comunicación burocrática”. A tal alegato se debe contestar, ante todo, que el principio de intervención mínima puede ser postulado en el plano de la política criminal, tratando de orientar al legislador hacia una restricción de las conductas que deben merecer una respuesta penal. Una vez tipificada una conducta como delito por el legislador democráticamente legitimado, la aplicación judicial del precepto no debe estar inspirada por el principio de intervención mínima sino por el de legalidad, siendo éste entre nosotros el que obliga a no apreciar la

existencia de un delito, a tenor de lo dispuesto en el art. 5 CP, sino cuando el hecho típico se realiza, según los casos, con dolo o por imprudencia. Nuestro legislador, atendiendo una indiscutible y apremiante necesidad social, creó el tipo delictivo de incumplimiento de la prestación económica establecida en sede judicial, mediante la introducción del art. 487 bis en el CP 1973, y lo ha mantenido en el art. 227 CP vigente porque evidentemente subsisten las razones que aconsejan respaldar punitivamente el deber de cumplir dicha prestación. Claramente se trata de un delito cuyo tipo objetivo es una pura omisión —dejar de abonar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier prestación económica establecida judicialmente en favor del cónyuge o los hijos— y cuyo tipo subjetivo es el dolo, esto es, la conciencia y voluntad de dejar de pagar la prestación periódica que ha sido impuesta. No niega la parte recurrente que se haya realizado, en el caso enjuiciado por la sentencia recurrida, el tipo objetivo del delito, sino sólo que se haya realizado el tipo subjetivo, pero de la declaración de hechos probados se desprende con toda evidencia que el acusado dejó de cumplir su deber asistencial sabiendo que no lo hacía y queriendo abstenerse de cum-

plirlo. Para afirmar así con plena seguridad basta recordar que, desde un principio, tuvo dificultades la ex esposa del acusado para cobrar las pensiones compensatoria y alimenticia que se fijaron en su día en la sentencia de divorcio cuya ejecución tuvo aquélla que solicitar y que, con posterioridad, decretada la retención de una parte del sueldo que el acusado percibía en la empresa familiar en que trabajaba —y que era prácticamente llevada por él como se hace constar en el FJ 3.º de la sentencia recurrida— hubo necesidad de reiterar la orden judicial de retención por tres veces, el 13 de mayo de 1994 y el 14 de mayo y 18 de julio de 1996, pese a lo cual la ex esposa sólo pudo cobrar una mensualidad de las referidas pensiones a lo largo del año 1996. La deliberada actitud de desobediencia y de abandono de sus obligaciones familiares por parte del acusado quedó así puesta de manifiesto, de suerte que, apareciendo en los hechos probados tanto el elemento objetivo como el subjetivo que integran el delito descrito en el art. 227.1 CP, carece de fundamento la pretensión de que por el Tribunal de instancia ha sido indebidamente aplicado dicho precepto. Se desestima, pues, el primer motivo del recurso.

2. Delito de alzamiento de bienes.

Denuncia el recurrente una infracción, por aplicación indebida, del art. 257.1.2.º CP en que ha sido subsumida la conducta realizada por el acusado a partir del momento en que comunicó a la empresa en que trabajaba —de la que su hermano era teóricamente administrador— su deseo de causar baja voluntaria en la misma. En el núm. 2.º del art. 257.1 CP, que un sector de la doctrina ha considerado, no sin alguna razón, redundante con respecto al núm. 1.º, puesto que difícilmente no encajarían en éste los supuestos específicamente previstos en aquél, el legislador ha tipificado modalidades comisivas del alzamiento de bienes que no implican una ocultación del patrimonio, pero sí dificultan o impiden la eficacia de un

embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, iniciado o de previsible iniciación. Antes de que se produjese esta nueva tipificación en el texto de 1995, la jurisprudencia de esta Sala —véase, por todas, la S. de 21 de mayo de 1990— ya se había referido, tras enumerar las formas más clásicas y conocidas de realización del elemento dinámico del delito de alzamiento de bienes, a “otras muchas formas comisivas cuyo número y calidad acrece el fértil ingenio y la inagotable inventiva de los deudores poco diligentes en el cumplimiento de sus obligaciones” cuando están decididos a rehuirlo a toda costa. Una de las modalidades comisivas que cabían en los amplios términos del art. 519 del CP de 1973 era, sin duda alguna, la que puso en práctica el acusado en la ocasión de autos pidiendo la baja voluntaria en la empresa en que trabajaba, pues ello suponía la imposibilidad de que en el procedimiento judicial de ejecución de la sentencia de divorcio se le embargasen tanto la parte del sueldo que hubiere de ser destinada al pago de las pensiones, puesto que dejó de percibir el sueldo, como la parte del subsidio de desempleo con que tenía que responder de las mismas obligaciones, puesto que tácitamente renunció al percibo de dicho subsidio. Y si este elemento dinámico del delito genérico de alzamiento de bienes —y del específico previsto en el núm. 2.º del art. 257 del CP— quedó realizado con la conducta del acusado, lo mismo ocurre con los demás elementos del tipo que tantas veces ha puesto de manifiesto la doctrina de esta Sala. La ex esposa y los hijos del acusado tenían frente a éste, cuando renunció expresamente a su puesto de trabajo e implícitamente a la prestación de desempleo, unos créditos vencidos, líquidos y exigibles, puesto que, por lo menos, se les debían casi todas las mensualidades de las pensiones correspondientes al año 1996 cuya cuantía había sido fijada por el Juzgado de Familia núm. 8 de Valencia, inicialmente en 20.000 y actualizada posteriormente después en diversas ocasiones hasta que, por resolución de 18 de julio de 1996 se estableció la de

51.997 ptas. Por otra parte, el elemento tendencial o subjetivo del delito de alzamiento de bienes, que consiste en la intención de defraudar a los acreedores haciendo desaparecer el activo con que podrían satisfacer sus créditos, se infiere fácilmente, en el caso a que nos referimos, no sólo de la propia dinámica comisiva, sino, muy especialmente, del comportamiento anterior del acusado, que venía demostrando desde años atrás su decidido propósito de no cumplir las obligaciones asistenciales que había contraído con su ex esposa y con sus hijos, por lo que su renuncia voluntaria al puesto de trabajo no podía ser sino un último ardid para evitar que las retenciones reiteradamente ordenadas se llevasen a efecto. Y es evidente, en fin, que el acusado consiguió, con su fraudulenta maniobra, colocarse en una situación de insolvencia que radicalmente obstaculizaba un eventual embargo de la parte de sus ingresos con que debía responder de sus mencionadas obligaciones, toda vez que las ganancias que obtuviese

ocasionalmente, como trabajador autónomo y mediante particulares encargos, eran muy difícilmente controlables e inidóneas para constituir un patrimonio que pudiese servir de garantía a sus acreedores. En definitiva, la actuación del acusado reprodujo todos y cada uno de los elementos que integran el delito básico de alzamiento de bienes y su modalidad específica que le ha sido aplicada en la sentencia recurrida: sobre el presupuesto de unos créditos preexistentes, vencidos, líquidos y exigibles, se desarrollaron unos actos encaminados a neutralizar la eventual iniciativa de los acreedores para asegurar, mediante un embargo, el cobro de sus créditos y se logró así una situación de insolvencia en que efectivamente hubiese sido ilusorio todo esfuerzo por conseguir tan legítima finalidad. Lo que quiere decir que no se aplicó indebidamente a los hechos probados el art. 257.1.2.º del CP, por lo que debe ser rechazado el primer motivo del recurso y éste desestimado en su totalidad.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

1. *Carácter de bien de conquistas del inmueble adquirido constante el matrimonio en el que se invirtió capital procedente de la venta de bienes privativos de la esposa, sin perjuicio de los reembolsos que procedan a favor de ésta y que se concretan en el valor actualizado de la cantidad aportada en el momento de adquisición de la vivienda, actualización que se llevará a cabo en ejecución de sentencia de acuerdo con el precio real aplicable en la zona donde se encuentra ubicada la vivienda para el sector inmobiliario.*

TSJ de Navarra, Sentencia de 27 de diciembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. León y D.^a Isabel obtuvieron sentencia de separación matrimonial, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Pamplona/Iruña n.º 3 el 14 de febrero de 2000 y en ella, entre otras disposiciones propias, como derivadas de tal declaración, se acordó la disolución de la sociedad económico-matrimonial constituida por ambos, declarando, en consecuencia, la procedencia de la liquidación de la misma, acudiendo la parte, para ello, por remisión, al procedimiento (entonces) establecido en la Ley Procesal Civil que estaba vigente, sobre el Juicio Voluntario de Testamentaría, para obtener dicha liquidación, lo que no fue posible dentro del mismo, por no ponerse los cónyuges de acuerdo en la relación de bienes que debían formar parte del inventario correspondiente, principalmente sobre la proporción que correspondía a la sociedad conyugal en el valor de la vivienda que constituía el último domicilio familiar, por lo que las mismas acudieron al juicio declarativo de menor cuantía.

- D. León interpuso la demanda contra D.^a Isabel y se dictó sentencia por el mismo juzgado que conoció de la separación con 23 de octubre de 2001 declarando qué bienes debían incluirse, a repartir, en el inventario correspondiente, y determinándose en la parte dispositiva de dicha Resolución, que del Activo inventariado debía formar parte el 47% de la vivienda familiar sita en Cizur-mayor/Zizur-Nagusia, como bien ganancial, siendo el 53% restante propiedad, como bien privativo, de la esposa, y cuya valoración se realizaría pericialmente en ejecución de Sentencia, así como estableciendo que en el pasivo se incluiría, en igual proporción, el préstamo hipotecario obtenido para financiar la compra de la vivienda. La Sentencia fue aclarada, por medio de Auto, de 29-X-2001, por el que se mandó incluir en el Activo los fondos existentes en las Cajas “M.” y “N.”.
- En relación a la vivienda familiar, en cuanto a la participación en su adquisición de fondos de procedencia privada de la esposa, o, en lo demás, de origen ganancial o de conquistas, en la Sentencia del Juzgado se contienen los siguientes hechos, que, al no ser rebatidos por las partes, excepto en lo que al final se dirá, han quedado aquí firmes, salvo en tales puntos, sirviendo lo en ella dicho, no obstante, como punto de partida para la resolución de este pleito: 1) La esposa, entonces en estado de soltera, y residiendo en Madrid, se dice que adquirió una vivienda en dicha Capital, en 30-04-1977, en la calle V., por importe de 900.000 ptas., para cuyo pago aceptó 60 letras de cambio, de 15.000 ptas. cada una, y vencimiento mensual, a partir del 5-08-1977, y en 6-09-1977, la misma suscribió un préstamo por importe de 630.000 ptas., para el abono del capital, con duración de 10 años, habiendo acreditado la misma, según también se dice, haber abonado de su peculio, antes de contraer matrimonio, para amortización de tal préstamo, la suma de 239.545 ptas. La vivienda es vendida por la esposa, en 6 de abril de 1981, por 2000.000 de ptas. 2) A continuación, y en 14 de abril de 1981, el matrimonio, como sustitución de aquélla, vuelve a adquirir en Madrid, mediante contrato privado, una nueva vivienda, en la calle S., para cuyo pago, en parte, se aporta el dinero obtenido de la anterior, y dicho contrato es elevado a escritura pública en 1984. 3) Dicha vivienda, es, por último, vendida a tercero, en escritura pública, en 7-08-1992, y con el importe obtenido y otras aportaciones matrimoniales, los cónyuges adquieren, en 10-08-1992, la actual, o última vivienda familiar, esta vez en Navarra, en la localidad de Cizur mayor/Zizur Nagusia, a donde pasan a vivir, y sita en la calle I., la que es calificada, en el contrato, como vivienda unifamiliar adosada —chalet—, y siendo el importe pagado por ella, de 27.358.500 ptas., según consta en el contrato referido.
- Ambos cónyuges interponen recurso de apelación contra dicha resolución y la Sec. 3.^a de la AP de Navarra dicta sentencia el 29 de abril de 2002 por la que estima totalmente el Recurso de la esposa, excluyendo del activo los

fondos a nombre de la hija común, y en cuanto al del marido, lo estima parcialmente, y deja sin efecto el reparto proporcional que, sobre la vivienda, se hacía en la Sentencia del Juzgado, y manda incluir en el activo en su totalidad, la misma, cuyo importe a repartir, dejaba a valorar en ejecución de Sentencia.

- D.^ª Isabel interpuso recurso de casación ante el TSJ de Navarra que dictó sentencia estimando el recurso y declarando, entre otros pronunciamientos de rigor que el inventario de la sociedad quedaba integrado de la siguiente forma: a) Activo: La vivienda unifamiliar sita en Cizur-mayor/Zizur-Nagusia, por tener la misma, en su totalidad, la condición jurídica de bien de “conquistas” del matrimonio, siendo efectuada su valoración pericialmente, a partir de su precio de adquisición en 10 de agosto de 1992 por 27.358.500 ptas., y en ejecución de Sentencia, a la fecha de disolución de la sociedad económico-matrimonial, 14 de febrero de 2000. b) Pasivo: El “reintegro” a la esposa, por la cantidad que, como bien “privativo”, mediante su aportación para adquisición, en definitiva, de la vivienda unifamiliar de Cizur-mayor, ha realizado, en la cantidad de tres millones quinientas cincuenta y dos mil quinientas pesetas (3.552.500 ptas.), convertible en euros”, y que será actualizada, en ejecución de Sentencia, desde la fecha en que se hizo la aportación —10 de agosto de 1992— de acuerdo con el precio real aplicable en la zona de Cizur, mayor para el sector inmobiliario. c) Queda el resto de la Sentencia del Juzgado de 1.^ª Instancia, firme, al confirmarse en lo no afectado en el apartado anterior; excepto en cuanto al Auto aclaratorio de la misma, revocado por la Sentencia de la Audiencia, que se confirma, al quedar ese punto de la misma firme.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La esposa se opone a la sentencia de la Audiencia Provincial en cuanto a la calificación de carácter de bien de conquistas de la vivienda familiar con base en los siguientes argumentos:

a) Por presunta infracción de la Ley 83.3.^ª de la Compilación, ya que dice que debe considerarse el bien adquirido durante el matrimonio como bien de conquista en pro-indiviso, y como perteneciente a la sociedad de conquistas y al cónyuge que lo adquirió, en proporción a sus respectivas aportaciones, las que, como decía la Sentencia del Juzgado, que en esto, y a su entender,

debía ser confirmada, con revocación de la de la Audiencia, debía adecuarse a las aportaciones que la esposa, por su lado, ya que desde la adquisición de la primera vivienda, que lo fue matrimonial, y después de ello, venía trasladando a las dos que se adquirieron luego, tras las ventas oportunas de las anteriores, lo que se había pagado en principio con sus bienes propios.

b) Por pretendida infracción del ap. 2.^º de la Ley Foral 83, en relación con las 82.2.^ª y 84.2.^ª de la misma Compilación, y arts. 1335, 1347, 1354 y 1352 del Código Civil, pues entendía que el presente caso no debía resolverse en base a la presunción de la de-

claración hecha en la escritura de compra de la última vivienda, en la que se decía que se adquirió la misma para el matrimonio, dado que esa presunción podía destruirse mediante prueba en contrario, y esa prueba se había dado con el resultado que se decía antes.

Para la resolución del recurso, el TSJ de Navarra parte de la afirmación de que, efectivamente, como pretende la parte recurrente, la presunción de ser de “conquistas” los bienes (Ley 82, ap. penúltimo, y por extensión, también, Ley 92, ambas del Fuero Nuevo de Navarra —y paralelamente, art. 1361 del Código Civil, respecto a la “ganancialidad”—) es “*iuris tantum*”, por lo que cabe prueba en contrario, fallando así con ello, en principio, la base jurídica de la Sentencia recurrida, en el caso concreto que aquí se enjuicia, por cuanto respecto al bien de que se trata, sí existe prueba —y el hecho en sí está admitido por las partes sin discusión— de que hubo, para su adquisición, aportaciones privativas de la esposa, “desplazadas” desde la primera vivienda, sobre la que ella inició su adquisición con bienes propios, por hacerlo en régimen de soltera. Partiendo, pues, de ello, y tratando de fijar definitivamente el supuesto planteado, incluso aplicando el principio “*iura novit curia*”, y conforme a la prueba producida, esta Sala entiende que deben aquí adoptarse las siguientes conclusiones:

1. La norma jurídica que la Sala entiende aplicable al presente supuesto, no es la de la Ley 83 del Fuero Nuevo, en sus diversos apartados, o en alguno concreto de ellos, en cuanto que el mismo regula y define, determinándolos, los bienes “propios” de cada cónyuge, dado que, tratándose de un caso de deberse inventariar los bienes de “conquistas” o comunes, lo será la Ley 82, que trata de ellos, dado que es un precepto completo que abarca la normativa aplicable a tales bienes en toda su extensión.

2. El precepto aplicable, en concreto, lo es la Ley 82 en su núm. 3, en cuanto la misma considera como bienes de conquistas a

los “adquiridos a título oneroso con cargo a bienes privativos y que los cónyuges convingan sean bienes de conquista, cualesquiera que fuera el precio o contraprestación y la naturaleza del derecho en cuya virtud fueran adquiridos”; este precepto, no se corresponde, en Derecho común, con el art. 1347 del Código Civil, que determina qué bienes son “gananciales” “*per se*”, si bien se acerca al texto del 1355 del mismo cuerpo legal, que atribuye también dicha calidad a los bienes adquiridos por vía onerosa con dinero procedente, entre otros, de bienes propios, cuando esa atribución se haga, por acuerdo de las partes.

3. Por lo anterior, y en base a lo dispuesto en la Ley 82.3 del Fuero Nuevo, y dado el acuerdo reflejado por los (entonces) cónyuges en la escritura de adquisición de la última vivienda conyugal, ésta debe ser considerada como bien “de conquistas”, aún cuando los derechos del cónyuge que ha aportado además bienes de su patrimonio para su adquisición se rigen por el apartado último de dicha Ley 82, en cuanto, y con referencia a lo referenciado, entre otros, en el núm. 3 precedente, dice que “se entenderá (ello) sin perjuicio de los reembolsos que procedan”.

4. No es de aplicación al presente supuesto el ap. 2.º de la Ley 83.2, que atribuye la “vivienda o ajuar familiar”, en proindiviso, a la sociedad de conquistas y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas”, dada la atribución del presente caso al núm. 2 de la Ley 82, por el “convenio” existente entre las partes, para su calificación como de “conquistas”.

5. En definitiva, el resultado del presente Recurso puede parecerse al de la Sentencia de la Audiencia, en cuanto, tanto ésta, como la presente, atribuyen el carácter de “conquista” (la Audiencia le llama “ganancial”) a la vivienda, pero difieren en el aspecto de que la actual Sentencia manda realizar los “reembolsos” que procedan, lo que no hace aquélla, y en ello se acoge parcialmente el Recurso, atribuyéndose así un resultado que prevé la Ley, aplicado “de ofi-

cio”, y no el totalmente pretendido, del núm. 2 de la Ley 83.

De acuerdo con todo lo anterior, y casarse la Sentencia de la Audiencia, convirtiéndose el TSJ de Navarra en órgano de decisión en la instancia, procede revisar, el tema subsidiario del porcentaje que corresponde a la esposa, por un lado, y a la sociedad de conquistas, por el otro, en pro-indivisión, tema que fue decidido, por el Juzgado, en el sentido de que tal porcentaje lo era del 53% a favor de la mujer, y del 47% restante a favor de la sociedad matrimonial, mientras la Audiencia lo dejó, en definitiva en el 50% para cada parte, lo cierto es que la representación del marido planteó ante aquella en su Recurso, y ésta no lo resolvió, por decantarse por otra respuesta distinta, que, de darse un porcentaje distinto del 50%, el mismo no sería ninguno de los expresados, sino el del 87% a favor de la sociedad, y el del 13% para la esposa, pues el Juzgado se había limitado a trasladar, el porcentaje de participación en la primera vivienda, a las demás, y el tema vuelve a ser planteado por el marido en la impugnación del Recurso, cuya tesis, que puede ser acogible, se determinará a continuación, si bien advirtiendo que ello no repercutirá, como ya se ha dicho, en el derecho de propiedad sobre el bien, sino en la determinación de los “reembolsos” que procedan, de acuerdo con la Ley 82 ap. final, de la Compilación Foral; no obstante, como la adquisición, por el matrimonio litigante, de la foralidad Navarra sólo se admite en relación con la adquisición de la última vivienda en la Cendea de Cizur/Zizur, a partir de ello, habrá de resolverse sobre los períodos anteriores conforme al Código Civil, señalándose, de esta forma compleja, y en definitiva, la cantidad “de reembolso” que proceda en el precio de adquisición de la última vivienda, la que deberá actualizarse, con el valor en ejecución de ésta, al momento en que ello se produzca; y así, hay que decir lo siguiente:

A) Si bien la adquisición de la primera vivienda familiar en Madrid, por precio de

900.000 ptas., adicionada con la plaza de garaje se inicia por la esposa en estado de soltera, lo cierto es que el matrimonio se produce, pendiente en parte el pago del precio, el 10-01-1980, y a partir de aquí los pagos que se van produciendo, se imputan a bienes “gananciales”, siendo aplicable a tal situación el Código Civil, ya que no existe prueba, ni siquiera indiciaria, al respecto, de que el matrimonio tuviera entonces la vecindad foral Navarra. En la fecha del matrimonio, pues, la legislación aplicable será la del Código Civil, en la redacción de los preceptos pertinentes del mismo en la fecha en que se produce tal situación, es decir, lo será conforme a lo dispuesto en la redacción originaria de tal Código común, en sus arts. 1396 (que definía qué bienes eran “propios” de cada cónyuge, en la correspondiente sociedad de gananciales) y 1401 (sobre cuáles fueran los bienes “gananciales” en la misma sociedad), preceptos que no aclaran, en este caso, otra cosa, sino la de la aportación por la mujer, al matrimonio, como de su pertenencia, de un bien que había adquirido para sí (aún estando pendiente, en parte, su pago: art. 1396.1), si bien el art. 1410 resolvía el tema de las deudas contraídas por la mujer, para el pago referido, ya que las mismas no lo serían a cargo de la sociedad de gananciales, por lo que, de los abonos realizados por ésta, procedía el reintegro correspondiente a favor de la misma, y a cargo de la mujer.

B) Como parte de dichos pagos, no obstante, se hizo habiéndose reformado los preceptos anteriores por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, lo que constituye la redacción actual del Código Civil, en lo que aquí interesa, y con la vigencia de los nuevos preceptos, se vendió dicho bien, serán aplicables los siguientes: art. 1346 (sobre bienes “privativos” de cada cónyuge) y 1347 (sobre bienes “gananciales”), ambos del Código Civil. De acuerdo con ello, la segunda vivienda de Madrid adquirida en 1984, será bien privativo, en principio, porque su adquisición lo es en “sustitución” de otro bien privativo (art. 1346.3), si bien el art. 1354 fa-

cilita una nueva perspectiva al tema, al determinar que “los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro-indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas”, que es lo que resolvieron, tanto el Juzgado, como la Audiencia en la instancia, disintiendo ambas sólo en el porcentaje que correspondería a una y otra parte.

C) Respecto a la adquisición de la tercera vivienda, ésta sita en Navarra, y residiendo aquí los cónyuges, será aplicable la legislación Navarra, dada la presunción que deriva de las declaraciones (y sometimiento) de las partes litigantes a este Derecho foral, por lo que se adecuarán al mismo los efectos a producir de los actos anteriores, aún celebrados de acuerdo con el Código Civil (Ley 16 ap. 2.º inciso 2.º de la Compilación Foral), y de conformidad a ello, como se ha dicho anteriormente, es aplicable al caso lo dispuesto en la Ley 82 núm. 3 y el apartado final de la misma, sobre lo que no cabe ya la menor duda, dado que, de lo que ahora se trata, es de liquidar la sociedad económico-matrimonial, una vez disuelta la misma, y ya que no cabe la menor duda de que la producción de éste efecto, que deriva de actos anteriores, se produce siendo ya aplicable, como aceptan las partes, el Derecho propio de esta Comunidad foral, y aunque éstos actos previos se realizaran, en parte, o totalmente, de conformidad al Derecho común.

Aplicando lo anterior al caso que ahora se enjuicia, el TSJ de Navarra resuelve lo siguiente:

a) La primera vivienda, adquirida inicialmente por la esposa, en estado de soltera, y con su dinero particular, lo sería, según los Hechos Probados constatados en la Sentencia de primera instancia, y que, por ser conformes hasta cierto punto, esta Sala los ha hecho en principio suyos, en 30-IV-1977, por precio de 900.000 ptas., al que habrá

que añadir el precio de la plaza de garaje. También consta de todo ello que, para tal pago, se firmaron, aceptándose, 60 cambios, de 15.000 ptas. cada uno, con vencimientos mensuales, haciéndolo la primera el 5-08-1977, y suscribiendo la adquirente un préstamo hipotecario, al fin del desembolso de parte del precio, por importe de 630.000 ptas., con vencimiento a 10 años, y habiendo la misma satisfecho, antes de su matrimonio, según se dice, 239.545 ptas. para cancelación de la hipoteca, lo que se hace mediante abonos semestrales de 47.909 ptas.; es decir, consta claramente, y así está admitido, que los dos correspondientes semestres de los años 1978 y 1979, se pagaron por la esposa con su peculio, discutiéndose sólo en el Recurso de Apelación, en su día planteado por la esposa, y “arrastrado” hasta la presente Casación, en su vía impugnatoria, sobre a quién debe imputarse el pago del primer semestre de 1980, enero-junio, pues el matrimonio se celebra el 10 de enero de ese año, y la cuota, según el doc. núm. 9 de la demanda, se abona, por ser la fecha de su vencimiento, el 3 de julio, pidiendo la parte que se impute al matrimonio, dada la presunción legal de ganancialidad que ello supone: es aceptable esta imputación, conforme a la regla del ap. 2.º del art. 1174 del Código Civil, dado que es este Cuerpo legal el que debe ser aplicado a este aspecto de la discusión, dada la fecha del contrato, como se ha dicho en el apartado jurídico anterior. Con ello, por este capítulo, queda reducida la participación de la mujer, en los pagos de la hipoteca, de 239.545 ptas. a 191.636 ptas.

b) Respecto al mismo contrato, se computan, en el análisis hecho por la Juzgadora de primera instancia, y en relación al pago de las letras giradas para abono del precio de la primera vivienda, 32 letras a la esposa, de 15.000 ptas. cada una, en total 480.000 ptas. y la apelante-impugnante, sobre el período a que se refiere el pago, de mayo 77, mes siguiente al de la firma del contrato, a diciembre 1979, último mes anterior al matrimonio, pide que sólo se computen 29, dado que en el

contrato de compraventa la obligación de tal pago se impone a partir de agosto, por haberse pactado un período de carencia de 3 meses (doc. núm. 1 de prueba de la demandada, folio 140 vuelto, estipulación 1.^a, ap. 2.^a), y como ello es cierto y comprobable de oficio (dada la facultad del Tribunal, al convertirse ya en Órgano de instancia), como en el caso anterior, queda reducida esta partida a 435.000 ptas. sobre las 480.000, que se calcularon en la Sentencia.

c) A su vez, la vivienda de la calle V., hasta ahora objeto de los anteriores apartados, no costó 900.000 ptas. efectivas, en base a los cálculos hechos, sino, como se viene anunciando, 1.530.000 ptas., según se reconoce por la esposa en el Hecho 3.^o de su contestación a la demanda (folio 26), y así se dice también en la impugnación, por lo que, de ese precio, sólo deben imputarse a la esposa 626.636 ptas. (importes admitidos en los dos apartados anteriores), lo que supone una participación, en ese precio final, del 40,95%, lo que es igual a 41%.

d) Como dicha vivienda fue vendida, en 14 de abril de 1981, es decir, ya constante matrimonio, por 2000.000 de ptas., se imputaría en ese precio, a la esposa, el 41%, o sea que le corresponderían de él, 820.000 ptas., que es lo que debe entenderse como que la

misma aporta únicamente a la compra de la 2.^a vivienda, de la calle S., cuyo precio, según consta en las dos escrituras de compra, vivienda y plaza de garaje (docs. 15 y 16 de la prueba de la esposa), fue de 5.770.000 ptas., por lo que su aportación propia a tal precio fue de esas 820.000 ptas., o sea del 14,21%, lo que, a su vez, será su participación en el precio obtenido en la venta del inmueble, ocurrida el 7 de agosto de 1992, por importe de 25.000.000 de ptas. (doc. 19 de los que se vienen reseñando: folios 193 y sigs), o sea, 3.552.500 ptas.

e) Esta última cantidad es la que aporta, en definitiva, la esposa, a la compra de la última vivienda, en Cizur-mayor/Zizur-Nagusia, en 10 de agosto de 1992, que costó 27.358.500 ptas., y es de la que se le debe reintegrar, al calificarse la misma “de conquisistas”, conforme a la Ley 82.3 del Fuero Nuevo, si bien esa cantidad, debe ser actualizada, desde esa fecha, al momento de la liquidación definitiva en ejecución de Sentencia, de acuerdo con el precio real aplicable en la Zona de Cizur mayor, para el Sector Inmobiliario. En cambio, el valor de la vivienda, en el inventario, será tasado pericialmente en ejecución de Sentencia, al que tuviera a la fecha de la disolución de la sociedad conyugal (14 de febrero de 2000: S. del T.S. de 14 de noviembre de 2002).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. *Desestimación de la demanda de nulidad matrimonial ya que aun cuando es cierto que en la decisión de contraer matrimonio tuvo cierta influencia el interés por favorecer al otro contrayente, inmigrante ilegal, también es cierto que al matrimonio le precedió una época de noviazgo sin que se discuta la realidad de la relación afectiva y sexual anterior y posterior a él.*

AP ALICANTE, Sec. 4.^ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel B. Flórez Menéndez.

Pretendida por la contrayente la nulidad del matrimonio que en forma civil contrajo con el demandado el día 26 de marzo de 1999, con fundamento en las causas primera y quinta del art. 73 CC, la demanda fue desestimada en primera instancia con acertados razonamientos que en un todo han de darse por reproducidos.

No hay prueba alguna de que en la prestación del consentimiento haya intervenido coacción o miedo grave, e incluso los episodios que se refieren en autos como supuestas amenazas serían en realidad posteriores

al matrimonio y no tendrían por objeto celebrarlo, sino mantenerlo en secreto para los familiares y amigos de la demandante.

La invocación de la causa primera del art. 73 CC es la que pudiera tener alguna mayor entidad. No hay inconveniente en reconocer que en la decisión de la demandante de contraer matrimonio tuvo cierta influencia el interés por favorecer al otro contrayente, inmigrante ilegal en España y en un trance comprometido por peligro de expulsión, quien gracias al matrimonio pudo regularizar su situación; y como entonces tenía sólo

diecinueve años, estaba estudiando y dependía económicamente de sus padres, ocultó el hecho a su familia y a la práctica totalidad de sus amigos. Pero también hay que considerar toda una serie de factores que abogan por la realidad, validez y eficacia del consentimiento matrimonial: que la edad con la que se casó la demandante supera con mucho la específica exigida por la Ley para reconocer el derecho a contraer matrimonio; que no se trató de una decisión repentina sino que vino precedida de una temporada de noviazgo; que no se discute la realidad de

la relación afectiva y sexual, anterior y posterior al matrimonio; que después de celebrado éste el esposo se trasladó a vivir a Alicante y se presentaba en sociedad como novio de la que en realidad era su esposa, manteniendo siempre ese trato y conviviendo los fines de semana; que en esta situación permanecieron durante más de dos años y sólo cuando surgen entre ellos desavenencias viene a alegarse la nulidad del matrimonio, sin prueba bastante de que durante todo ese tiempo no haya podido hacerse por la situación de coacción que se describe.

2. *Declaración de nulidad del matrimonio por error en las cualidades personales del contrayente, al acreditarse la existencia de síndrome maniaco-depresivo con estados de excitación y disminución del intelecto.*

**AP PONTEVEDRA, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de febrero de 2003.
Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ángela-Irene Domínguez-Viguera Fernández.**

Se insta en la demanda la nulidad del matrimonio contraído entre los cónyuges litigantes en 22 de noviembre de 1997, según la causa cuarta del art. 73 del CC, por error en las cualidades personales de la demandada, que vició el consentimiento del demandante prestado al tiempo de contraer matrimonio y que afectaban a aspectos esenciales de la personalidad del cónyuge, ya existentes al tiempo de la celebración y que por ser desconocidos originaron una creencia equivocada en el actor que contrajo matrimonio en la ignorancia de que tales defectos psíquicos, a que se alude en la demanda, afectaban a la demandada. Tal pretensión fue desestimada en la resolución apelada, concluyendo, que las anomalías psíquicas apuntadas en el informe médico obrante en la causa, aunque existentes al tiempo de con-

traer matrimonio, no ostentaban relevancia bastante para invalidar el consentimiento. Y en cuanto a las de carácter físico también padecidas por la demandada, eran de fácil percepción al tiempo de contraer matrimonio.

Solo se comparte esta última apreciación del juzgador de instancia pues es evidente que la sordera y consiguientes dificultades de expresión de la demandada, eran fácilmente perceptibles durante los cuatro meses de noviazgo previo al contrato matrimonial, y por ello no pueden fundar en error invalidante. Pero sin embargo no lo eran, las deficiencias psíquicas que también padece, acreditadas mediante el informe del médico especialista en psiquiatría, obrante en la causa, por lo que, resta por determinar, si éstas,

al ser ignoradas por el actor, afectaban a una correcta formación del consentimiento.

La jurisprudencia viene señalando que este error en las condiciones del cónyuge ha de afectar a cualidades sustanciales de la persona, idóneas y precisas para el desenvolvimiento de la vida conyugal y que hubiesen sido determinantes de la prestación del consentimiento. La STS de 18 de septiembre de 1989 señala que “el típico error del negocio matrimonial es el que recae sobre cualidades de la persona, que pueden ser físicos o anomalías psíquicas, que no impiden la emisión de un consentimiento válido por parte de quien los padece”. En similar sentido STS de 11 de julio de 1997 y de 18 de septiembre de 1989, señalan que el art. 73.4.º CC no se refiere a cualquier cualidad individual equivocada, sino a aquellas personales que, por su entidad, hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento, y siempre que el error no pudiera ser evitado empleando una diligencia media (STS 18 de febrero de 1996), para lo que es necesario valorar los hechos y conductas de ambos cónyuges en el período de relaciones mantenido durante el noviazgo. Se excluye, por consiguiente, aquellas condiciones de carácter profesional, económico o incluso de índole social del otro consorte, abarcando el precepto examinado las características de índole psíquico que integran la personalidad del individuo.

En el caso, se alegó en la demanda que la demandada al tiempo de contraer matrimonio padecía no solo “un síndrome maniaco depresivo con estados de excitación”, sino también “disminución del intelecto”, y efectivamente ha resultado probado mediante el informe del médico especialista vertido en el curso del proceso, que la demandada además de ser tratada por los Servicios de Psiquiatría de la unidad de salud mental desde el año 1994, lo que fue reconocido por la

propia demandada al absolver la posición sexta (“tomaba diariamente unas pastillas, que dejó de tomar cuando se casó”), padece también un “retraso mental leve” (C.I. total = 63), y un “trastorno de adaptación con alteración de emociones”, deficiencias psíquicas que si se estiman de evidente entidad objetiva configuradoras de la personalidad del contrayente, cuyo conocimiento por parte del demandante, incidiría de modo esencial en la correcta formación del consentimiento. Era una enfermedad preexistente a la celebración del contrato matrimonial, incluso congénita, de carácter permanente y con evidente trascendencia de futuro de cara a la convivencia y al cumplimiento de los fines de la institución matrimonial (incluida la descendencia). No consta que el demandado la conociese, pues al tratarse de un retraso mental leve y hallarse sometida la demandada a tratamiento médico-psiquiátrico, no sería fácilmente perceptible, habida cuenta que el noviazgo solo duró cuatro meses.

El padre de la demandada, al declarar testificalmente, admitió, que “nunca comentó nada al demandante sobre las enfermedades de su hija”. Y la misma demandada, después de reconocer al absolver la posición quinta que venía siendo tratada de una enfermedad maniaco depresiva, se limitó a referir que le dijo al demandante que iba al psiquiatra.

Afirmación que, además de no ser corroborada en modo alguno, por su imprecisión, no era apta para llevar al conocimiento del cónyuge el exacto alcance del padecimiento mental de la demandada, que había de ser conocido por el actor para una correcta emisión del consentimiento, por lo que procede estimar la demanda rectora del proceso, no habiendo transcurrido el período de un año, después de la celebración del matrimonio, que el art. 76 CC prevé como plazo de caducidad y convalidación del vicio de nulidad.

II. GUARDA Y CUSTODIA

1. *Atribución de la guarda y custodia compartida por períodos de tres meses, ya que durante el tiempo en que se ha venido ejecutando esta medida no se ha apreciado que haya repercutido negativamente en los hijos.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 25 de octubre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés.

En la sentencia de instancia se acordó que “los hijos menores de edad quedarán bajo la guarda y custodia de ambos progenitores, por períodos de 3 meses para cada uno de ellos, de forma compartida, manteniéndose las visitas de fines de semana alternos con el progenitor que en ese momento no tenga la custodia así como un día entre semana de la que no le corresponda visitas que en defecto de acuerdo, será el miércoles desde la salida del colegio hasta las 20 horas; la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, eligiendo los períodos en los años pares la madre y en los impares el padre”. Nada se establece respecto a la vivienda con las salvedades en cuanto a comunicación de los cambios de residencia que se fijaba en el Auto de medidas provisionales. Cada uno de los progenitores correrá con todos los gastos correspondientes a los hijos durante el trimestre que ostente la guarda y custodia, sin que ninguno debe satisfacer al otro pensión alimenticia.

La dirección letrada de la madre interesó que se mantuviese el sistema de guarda y custodia compartida, mientras que el padre se mostró disconforme con dicho sistema al considerar que la situación familiar está deteriorada y que los hijos la han asumido a la fuerza, reclamando que sea atribuida a uno de los progenitores.

Para el análisis de la cuestión suscitada hay que tener presente que el principio básico y fundamental que rige en esta materia es el *favor minoris* que viene reconocido en la Convención de los Derechos del Niño de la ONU, en el artículo 39 de la Constitución Española y en diversos preceptos del Código Civil (artículos 92, 93, 94, 151, 154 y 170). Por lo tanto deben apreciarse determinadas circunstancias que revelen el interés supremo del menor, que debe sin duda ser preferentemente tutelado, tal como establece el apartado segundo del artículo 92 del Código Civil y así habrá de ponderarse el ambiente propicio para el desarrollo de las facultades intelectuales, afectivas y volitivas del menor, la atención que puedan prestarle en el orden material como afectivo cada uno de los progenitores, la conveniencia de que los hermanos permanezcan unidos para el adecuado desarrollo afectivo, la madurez intelectual y volitiva del menor, etcétera.

La observancia del principio expuesto y el estudio de las circunstancias se traduce en la generalidad de las ocasiones en el otorgamiento de la guarda y custodia a aquel de los progenitores que reúne las condiciones más favorables para realizar las labores educativas de los menores, sin que la guarda compartida se muestre en principio deseable ya

que para que ésta se desarrolle de una manera óptima se requiere unos ambientes y condiciones educativos proporcionadas por ambos progenitores que sean compatibles, lo cual exige un mínimo grado de coordinación entre los padres, con el riesgo de que si no existe aumente la conflictividad entre éstos. Asimismo este sistema no aparece *a priori* como el más idóneo para la estabilidad emocional de los menores, dados los inevitables cambios que se producen en el entorno más íntimo de los descendientes y que se repiten periódicamente.

Por otra parte conviene recordar que el auto de medidas provisionalísimas de 14 de agosto de 1996 otorgó la guarda y custodia al padre, mientras que el auto de medidas provisionales de 4 de abril de 1997 estableció la guarda y custodia compartida por períodos de tres meses y dicho sistema es el que ha venido rigiendo hasta ahora, con una interrupción motivada por la sentencia de esta sección de 5 de noviembre de 1999, anulada por la sentencia del tribunal supremo de 25 de marzo de 2002, que revocó la sentencia de primera instancia de 7 de abril de 1998 que mantenía el criterio del auto de medidas provisionales en materia de guarda y custodia, dicha interrupción se extendió en el período comprendido desde de marzo de 2000 hasta de enero de 2001.

Ambos progenitores reúnen condiciones para asumir la guarda y custodia tal como se desprende del informe pericial psicológico del 30 de julio de 2000, ratificado el 9 de septiembre de 2002, en el que se señala (folio 26) que ambos progenitores pueden brindar a los menores en un medio organizado y establece cuidados, afecto y atención, y en relación con el padre se indica (folio 16) que

está preocupado por el bienestar de su hijos y desea que finalice la conflictividad.

No obstante lo expuesto del estudio por menorizado de dicho informe pericial en el que se manifiesta (folio 28) “en la alternancia de convivencia actual, vivencias satisfactorias en los menores en torno a la disminución de tensión entre los progenitores no desando se rompa el equilibrio alcanzado, dicha opción les facilita y mantiene el contacto y relación personal con ambos, atemperando demandas de elección, exclusividad o pérdida, lo que es vivido por los niños de forma positiva, actitudes de oposición y rechazo a un cambio, vivencia de grandes dificultades en los padres para llegar a mínimos acuerdos” y también que “a tenor de lo contemplado en circunstancias y personas, atendiendo de forma prioritaria a las necesidades de los menores analizadas es nuestra orientación en su edad y vínculos establecidos se mantenga la actual situación de convivencia con guarda y custodia compartida”, hay que concluir que el sistema de guarda y custodia compartido es adecuado para la formación integral de los menores.

Por otra parte hay que destacar que los menores han estado, como ya se dijo en el párrafo último del fundamento de Derecho anterior, en un prolongado espacio de tiempo con el sistema de guarda y custodia compartido sin que se aprecie que ello haya repercutido negativamente en su evolución psíquica y ambos tienen (folios 23 y 25 del informe) una valoración positiva del régimen de convivencia que se mantiene con uno u otro progenitor y consideran no discrepantes los estilos educativos. Procediendo por todo ello la desestimación del recurso de apelación presentado por la parte demandada.

III. RÉGIMEN DE VISITAS

1. *Dada la profesión del padre, maquinista de RENFE, que le obliga a ausentarse de su domicilio algunos fines de semana, resulta razonable la posibilidad que la sentencia otorga, previa la adecuada notificación, de sustituir los fines de semana alternos por días laborables de descanso, y ello aunque se trata de períodos en que la menor esté escolarizada o asista a guardería.*

AP SEVILLA, Sec. 6.^a, Sentencia de 15 de julio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Márquez Romero.

Con respecto a las visitas y comunicaciones del padre con la hija, cuya custodia se confía a la madre, considera el Tribunal que no puede alterar el régimen acordado de fines de semana alternos, que permite que el padre pueda pernoctar con la hija, ya que, no obstante su corta edad, se da la circunstancia de que van a poder estar juntos la mitad de las vacaciones escolares y un mes en verano y este pronunciamiento de la sentencia, no ha sido impugnado, de manera que no puede impugnarse lo menos cuando, al mismo tiempo, se consiente lo más. Por otra parte, dado el trabajo del esposo, como ma-

quinista de RENFE, lo que obliga a ausentarse de su domicilio, por razones laborales, algunos fines de semana, resulta razonable el otro pronunciamiento impugnado con relación al régimen de visitas, que es la posibilidad, que la sentencia se otorga, previa la adecuada notificación, de sustituir los fines de semana alternos por días laborables de descanso, y ello aunque se trata de períodos en que la menor esté escolarizada o asista a guardería, pues que el padre, que vive en domicilio cercano al de la madre, puede llevar y recoger a la menor del colegio o de la guardería.

IV. VIVIENDA FAMILIAR

1. *No procede limitar el uso de la vivienda familiar hasta la liquidación de la sociedad conyugal, sino hasta que el más pequeño de los hijos alcance la independencia económica o al menos la mayoría de edad si, atendidas las circunstancias del caso, dicho interés continuara representando el más necesitado de protección.*

AP TOLEDO, Sec. 1.^a, Sentencia de 20 de enero de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Cáncer Loma.

Se impugna por la recurrente el pronunciamiento relativo a la atribución del uso or-

dinario de la vivienda familiar a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, que

limita su vigencia hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, por infracción del art. 96 del CC. Esta Sala considera que el fin que persigue el legislador al atribuir el uso a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden atiende al propósito de amparar el interés más necesitado de protección así como al de dar satisfacción al principio de protección integral de los hijos, representando, este último, un criterio de interpretación para la recta inteligencia del alcance que debe otorgarse al art. 96 del CC, entendiendo que ese derecho de uso debería estar vigente, salvo pacto en contrario entre las partes,

hasta que el más pequeño de los hijos alcance la independencia económica o al menos la mayoría de edad si, atendidas las circunstancias del caso, dicho interés continuara representando el más necesitado de protección, sin perjuicio de las operaciones que resulten del proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

Debe por tanto estimarse dicho motivo de impugnación, eliminando la limitación de la vigencia del derecho de uso atribuido a los hijos y el cónyuge en cuya compañía queden establecido en la sentencia recurrida.

2. *Atribución al esposo de la obligación de abonar en exclusiva las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar, pero no en concepto de alimentos, sino como una obligación autónoma sin perjuicio de los reembolsos que procedan en el momento de la liquidación.*

AP TOLEDO, Sec. 1.^a, Sentencia de 20 de enero de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Cáncer Loma.

Debe ser en parte acogida la impugnación del pronunciamiento relativo a la inclusión en el concepto de alimentos los gastos de amortización del préstamo hipotecario que grava la vivienda habitual. Al respecto conviene recordar que la contribución a las cargas del matrimonio ostenta una significación y alcance más amplio que el concepto de alimentos, en cuanto abarca no solo éstos, sino también todas las cargas, obligaciones y gastos que impone el adecuado sostenimiento y conservación del patrimonio común. De este modo la sentencia que acuerda la separación o divorcio de ambos cónyuges puede y debe individualizar los conceptos económicos susceptibles de pronunciamiento independiente (alimentos a

favor de los hijos, pensión compensatoria a favor de uno de los cónyuges en su caso) quedando sin efecto la contribución a las cargas fijadas a tenor de la regla 3 del art. 103 del CC, salvo que algún bien de la sociedad conyugal se halle afecta a carga de naturaleza real, pago aplazado, etc., debiendo en tal hipótesis el juez o Tribunal que conozca del proceso acordar, en caso de desacuerdo, en qué medida ambos cónyuges o uno solo de ellos deberá hacer frente al cumplimiento de dichas obligaciones o cargas hasta la total satisfacción o, en todo caso, hasta la liquidación de la sociedad de gananciales; sin perjuicio del crédito que ostenta el cónyuge que haya verificado el pago de la totalidad o parte frente al otro que de-

bería contemplarse al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales.

Descendiendo al caso concreto la amortización del préstamo hipotecario antes citado deberá atribuirse en su totalidad al esposo, dado que éste es el único que dispone de recursos económicos hasta la total satisfacción o en su caso hasta la liquidación, sin perjuicio del crédito que ostente aquél frente a la esposa que deberá tenerse presente al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales.

No obstante, dicho pronunciamiento lleva necesariamente aparejada una corrección del importe de la pensión de alimentos fijada a favor de los hijos al desgajarse de los gastos que fueron tenidos en consideración

para determinar aquélla la partida correspondiente a la amortización del préstamo hipotecario, debiendo proporcionalmente reducirse aquélla, siguiendo un criterio de equidad, sin que ello represente en ningún caso una *reformatio in peius* o perjuicio para los hijos en la medida en que tal compensación representa la lógica contrapartida de la estimación de la pretensión deducida, al no tener aquéllos que hacer frente, con cargo a la pensión de alimentos, al abono de los gastos de amortización del préstamo hipotecario, reducción que este Tribunal considera oportuna en 200 euros, quedando fijada la pensión de alimentos por hijo a la suma de 461,11 euros mensuales, lo que hace un total de 1.383,33 euros.

3. *Estimación de la demanda de desahucio por precario e inexistencia de comodato en el supuesto en el que los padres ceden la vivienda a uno de los cónyuges y posteriormente se produce la separación o el divorcio.*

AP BADAJOZ, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de febrero de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Martínez Montero de Espinosa.

La representación procesal de la parte demandada solicitó en su escrito de interposición del presente recurso de apelación la revocación de la sentencia de instancia y que en su lugar se dictase otra por la que se absolviese a sus representados de los pedimentos contenidos en el escrito de demanda, alegando en primer lugar la concurrencia de dos excepciones, la primera, de inadecuación de procedimiento y la segunda falta de litisconsorcio pasivo necesario y en segundo lugar y en cuanto al fondo alegó la existencia de justo título para ocupar la vivienda, impugnando igualmente el pronunciamiento sexto en cuanto al pronunciamiento

que él mismo hizo en materia de costas; mientras que por otro lado la representación procesal de la parte actora solicitó la confirmación íntegra de la resolución impugnada por estimar que la misma se encontraba ajustada a derecho.

Centrado pues en estos términos el debate hemos de comenzar por el estudio de las excepciones propuestas pues su hipotético acogimiento nos vedaría entrar a conocer del fondo del asunto, en primer lugar y con respecto a la inadecuación de procedimiento consta acreditado que la hoy actora inició en su día un procedimiento de juicio de des-

ahucio por precario, pretensión que fue desestimada mediante sentencia de fecha 23 de febrero de 1999 (folios 26 a 28 ambos inclusive) y que fue ratificada por la Sec. 2.^a de esta Audiencia Provincial mediante S. 14 de mayo de 1999 (folios 29 a 31 ambos inclusive) ambas resoluciones concluyen que no puede darse lugar al desahucio por precario, que era en lo que realmente se fundamentaba la pretensión de la actora por considerar que la adjudicación del uso de la vivienda por sentencia judicial dictada en procedimiento de separación era justo título, añadiendo esta última resolución que el procedimiento adecuado tampoco era el establecido para la modificación de medidas y al que hacía referencia el juzgador a quo, luego a dicha parte no le quedaba otro cauce procesal que la acción declarativa hoy ejercitada, y que aunque sus fundamentos jurídicos no comparte plenamente esta Sala y por las razones que más adelante se dirán, sí resulta adecuado el cauce del juicio ordinario para solventar la cuestión debatida, pues en caso contrario produciríamos en la actora una gravísima indefensión al habersele vedado, aunque a nuestro criterio indebidamente, la acción de desahucio por precario, lo cual infringiría el principio de tutela efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución que también alcanza al derecho de las partes a obtener una decisión fundada en derecho que resuelva definitivamente la controversia, si no existiesen impedimentos procesales insubsanables que lo impidieran, lo cual no se da en el presente supuesto, lo que nos lleva a desestimar la concurrencia de dicha excepción.

En segundo lugar y con respecto a la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario igualmente alegada por los demandados debemos señalar que el principio general de derecho que establece que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, hoy de rango constitucional en virtud de lo establecido en el art. 24 CE, el de veracidad de la cosa juzgada y la necesidad de evitar fallos contradictorios, exigen que la relación jurídico procesal se constitu-

ya válidamente mediante la llamada a juicio a cuantos elementos subjetivos estén vinculados frente al actor de forma conexas e independiente en el negocio sustantivo de que nace la acción que se va a ejercitar ante los Tribunales y que pueden verse afectadas por el fallo judicial, debiendo velar los Tribunales por esta correcta constitución de la relación jurídico procesal, lo que encarna en la institución de litisconsorcio pasivo necesario, así las cosas tenemos que el actor ha demandado a los dos únicos ocupantes de la vivienda y que son quienes se pueden oponer a la libre disposición de la misma por el actor, por ello y teniendo en cuenta la propia naturaleza de la acción ejercitada, resulta evidente que la presente resolución solo a ellos puede afectar, pues no consta la existencia de ninguna otra persona a quien pueda perjudicar, por lo que la relación jurídico procesal se encuentra correctamente constituida, lo que nos lleva a desestimar este otro aspecto del recurso.

Una vez establecido lo anterior y cuanto al fondo de la cuestión litigiosa diremos que ésta se contrae a la problemática que surge cuando unos padres dejan la vivienda a un hijo, a su esposa y a su posible descendencia para que establezcan su domicilio conyugal, y posteriormente se produce una crisis del matrimonio que deriva en nulidad, separación o divorcio, procediendo entonces los propietarios de la vivienda su devolución al cónyuge al que su uso le fue atribuido por resolución judicial, con respecto a ello hemos de reseñar que hasta la sentencia del TS de 2 de diciembre de 1992 y a la que hace alusión el hoy recurrente, se mantenía el criterio de que en los supuestos de cesión de una vivienda por los padres de uno de los cónyuges al matrimonio devenía en precario en el momento que se iniciaba una situación de separación o de divorcio, pero con esta sentencia nuestro más Alto Tribunal comienza a considerar que habría que analizar cada caso concreto para, con criterios simples de valoración subjetiva, determinar el derecho de ocupación de la vivienda, pudiendo decirse que del estudio concreto de

cada uno de los supuestos, podría determinarse si nos encontramos ante un precario o ante un comodato.

La figura del precario, como es bien sabido, tiene dos acepciones distintas, una de índole procesal, como procedimiento a través del cual se sustenta un desahucio, y otra civil, que es la que en estos momentos nos interesa, y que aunque no tiene una regulación legal específica, la jurisprudencia ha ido perfilando siendo reiterada la doctrina sentada por las Audiencias Provinciales y entre ellas y desde muy antiguo por esta Sala, así sentencias entre otras las de 26 de enero de 1987, 25 de mayo de 1987 o 3 de noviembre de 1987, la que ha venido sosteniendo que “se considera precario aquella situación por la que se posee o disfruta una finca rústica o urbana sin pagar renta o merced o sin título legitimador o justificativo de la misma, bien por que nunca halla existido título o bien porque, habiéndolo habido, éste sea nulo o haya devenido ineficaz”.

Por el contrario tenemos que el comodato sí tiene regulación legal, y así el CC en sus arts. 1740 a 1752 lo define como un préstamo por el que una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva, conservando el comodante la propiedad de la cosa y adquiriendo el comodatario tan solo su uso, aunque no sus frutos. El art. 1749 prevé la posibilidad de fijar el comodato no solo por cierto tiempo sino también para un uso determinado, estableciendo además que no puede reclamar la cosa prestada sino después de concluir el uso para el que se prestó, en el supuesto hoy contemplado y de lo acreditado en el procedimiento se evidencia que la cesión de la vivienda por la actora a favor de su hijo se efectuó para un uso determinado y que no es otro que fijar en él el domicilio conyugal.

Es necesario reconocer que la jurisprudencia no es pacífica con respecto a si dicha situación, es decir, la cesión de la vivienda por razón de matrimonio y para establecer el domicilio conyugal, constituye un comoda-

to o un precario, hay un sector que podríamos denominar minoritario que considera que dicha figura constituye un comodato, considerando improcedente la acción de desahucio por precario cuando la ocupación viene condicionada por una relación familiar, estableciendo algunos Tribunales que cuando existe relación familiar entre las partes, el juicio sumario de precario no es aplicable, por llevar implícito una cuestión compleja, mientras que otros, por el contrario estiman válido dicho procedimiento por entender que no existe ningún extremo que no pueda solventarse en él mismo, insistiendo igualmente los partidarios del comodato en la primacía del principio de protección de la familia (art. 39 de la Constitución) y considerando título suficiente la adjudicación de la vivienda acordada en sentencia de separación o divorcio, sentencias entre otras AP Ciudad Real 14 de abril de 1992 o 6 de julio de 2001, Cáceres 31 de mayo de 2001 o de Cádiz 4 de marzo de 2002.

Por otro lado existe una corriente jurisprudencial, digamos mayoritaria, y que es la acogida desde hace mucho por esta Sala, que defiende que la situación jurídica del ocupante del inmueble en este tipo de supuestos es la de precario, fundamentándolo en: a) la sentencia dictada en un procedimiento matrimonial ya sea de separación o de divorcio no es título suficiente por no ser “oponible a terceros”, como apunta la mayor parte de la jurisprudencia; b) la resolución judicial recaída en un procedimiento matrimonial, solo resuelve las cuestiones suscitadas entre los cónyuges y no puede tener consecuencias jurídicas fuera de dicho proceso matrimonial y por lo tanto tampoco puede producir efectos contra terceros, ello conlleva que la atribución dada en la sentencia dictada en el procedimiento matrimonial del uso de la vivienda al cónyuge no titular “no constituye título alguno, puesto que no crea, modifica ni extingue relación jurídica que los cónyuges pudieran tener con terceros”. Así en orden a la eficacia frente a terceros de las sentencias dictadas en procedi-

mientos matrimoniales y en referencia a la atribución del uso del domicilio familiar, no cabe presentar como título de posesión la resolución judicial de concesión del uso de la vivienda en un procedimiento de familia (arts. 90, 96 y 103 CC) pues esta resolución solo resuelve las relaciones entre los cónyuges, pero no puede alterar la situación jurídica del bien frente a terceros, como el propietario de la vivienda, que no sea, a su vez uno de los cónyuges, pues la atribución de la vivienda no puede generar un derecho inexistente y sí solo proteger el que la familia ya tuviese antes, de modo que si la situación era de precario, ésta no se modifica por la atribución del uso a la esposa en un procedimiento matrimonial, dicho de otra manera “el hecho de que la sentencia recaída en el pleito de separación matrimonial atribuyendo a la demandada e hijo la vivienda reclamada no constituye título que excluya el precario o que de alguna forma obste a que se lleve a cabo el desahucio, pues dicha atribución afecta simplemente al uso pero no al título”, no debiendo olvidarse que la actora, titular dominical no fue parte ni podía serlo en la litis de referencia (proceso matrimonial), y que el derecho dominical que se le reconoce es ajeno e inmune por ello a las acciones allí desarrolladas, las que en ningún caso pueden perturbarlo ni menoscabarlo, en este sentido tenemos las sentencias de la AP Valladolid de 7 de noviembre de 1997 o de esta propia Audiencia Provincial de 6 de abril de 1992, igualmente es reiterada la jurisprudencia que ha venido estableciendo que no es posible aplicar la figura del comodato debido fundamentalmente a que en dichos supuestos normalmente no se establece ni tiempo fijo ni uso por lo que no se cumplen los requisitos exigidos por la Ley para poder presumir que nos encontramos ante un comodato, es más, el posible comodato devendría en precario tras la ruptura matrimonial, pues aun en el supuesto de que la situación inicial (vigente el matrimonio) se considerase como comodato, éste trocaría en precario, pues al romperse el vínculo matrimonial desaparece el uso específico para

el que fue destinado la vivienda, que es el de servir la misma para hogar familiar, por tanto quienes ocupaban la vivienda en precario no pueden pretender después de la separación o divorcio una protección posesoria superior a la que tenían inicialmente, en este sentido tenemos las sentencias de las AAPP Gerona de 28 de noviembre de 2000 o de La Coruña de 29 de enero de 2002, finalmente debemos añadir que de aceptarse la figura del comodato se produciría una indefensión al titular de la vivienda pues dicha figura permitiría a la persona no titular disfrutar vitaliciamente de la vivienda y privaría al titular incluso de derechos que se le otorgan al arrendador frente al arrendatario tal y como ya dijo esta Audiencia Provincial en S. 2 de febrero de 2000, tesis también sostenida por las sentencias de las Audiencias Provinciales de Asturias de 11 de abril de 2000, La Coruña de 27 de mayo de 1998 o 13 de marzo de 2001, Pontevedra de 7 de mayo de 1997 y 3 de septiembre de 1998, en resumidas cuentas debemos reseñar que la mayor parte de la jurisprudencia aboga por la tesis de que la situación en que se encuentra el cónyuge ocupante es la de precario, solución que nos parece la más razonable desde el punto de vista lógico y jurídico, ya que en primer lugar una sentencia de separación o divorcio no es oponible a tercero y además no se cumplen los requisitos que el propio CC exige para el comodato y en segundo lugar porque si se aceptase la tesis del comodato nos encontraríamos ante una situación eminentemente injusta pues privaría al dueño de una vivienda de los derechos más básicos que nuestro ordenamiento jurídico concede al propietario.

En consonancia con lo anterior y teniendo en cuenta que los demandados en ningún momento discuten la titularidad de la vivienda y acreditada la ocupación indebida de ella, resulta evidente, al menos para esta Sala y por las razones expuestas con anterioridad, que el recurso no puede prosperar debiéndose pues confirmarse la resolución

impugnada en cuanto a dichos aspectos se refiere.

Por último y en cuanto al pronunciamientos que la sentencia de instancia hizo en el fundamento jurídico sexto en cuanto a materia de costas se refiere y que las impuso únicamente con respecto a la acción reivindicatoria, diremos que esta Sala, teniendo en cuenta las divergencias tanto doctrinales co-

mo jurisprudenciales existente en cuanto a la materia objeto de esta litis, considera procedente revocar dicho pronunciamiento y no hacer expresa imposición con respecto a las costas de primera instancia y ello conforme a lo dispuesto en el art. 394.1.º de la vigente LEC, por existir dudas de derecho más que suficientes como para justificar dicho pronunciamiento.

V. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *Aumento de la pensión alimenticia de los hijos al haber experimentado un aumento sustancial los ingresos del padre, con independencia de que sus necesidades no hayan experimentado un evidente aumento, pues es suficiente con que uno solo de los factores se haya modificado sustancialmente.*

AP SEVILLA, Sec. 8.ª, Sentencia de 11 de diciembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Frago Bravo.

Los hijos deben disfrutar o en su caso sufrir las consecuencias de los avatares económicos de sus padres; esto es, si sus padres vienen a mejor fortuna, éstos deben disfrutar de esa nueva situación, pues los alimentos debe concederse en atención fundamentalmente a dos factores, a las necesidades de los hijos y a los ingresos de los padres, por lo que si existe una modificación seria de alguno de esos factores, debe procederse a la modificación de la cuantía. En el caso de autos, el propio padre reconoce que sus ingresos han experimentado un aumento neto entre el año 2000 al 2001 de unos 453,08 € al mes (75.386 pesetas), lo cual es un aumento sustancial de sus ingresos, aumento

del que deben también disfrutar sus hijos, con independencia de que sus necesidades no hayan experimentado un evidente aumento, pues es suficiente con que uno solo de los factores se haya modificado sustancialmente, como ocurre con el aumento sustancial de los ingresos del padre, para que se produzca también la modificación de los alimentos de los hijos, cuyas vidas se adaptaran a la mejor situación económica de su padre, como ocurriría de no haberse producido la crisis conyugal. Por consecuencia, en este punto debe estimarse parcialmente el recurso y subir la pensión alimenticia a 300 € por cada hijo, haciendo un total de 600 € de pensión al mes.

VI. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *Aun cuando está admitida jurisprudencialmente la posibilidad de limitar temporalmente la pensión compensatoria, en el presente caso no procede establecer límite alguno, pues sin desconocer que la esposa es aún joven y que durante su estancia en Suiza estuvo trabajando, la dedicación que tiene que prestar a los hijos impide establecer dicha limitación. Por el contrario el padre se dedica a sus ocupaciones y actividades sin las preocupaciones, atenciones, tareas y desvelos que implica la educación y el cuidado diario de los hijos.*

AP SEVILLA, Sec. 5.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Sanz Talayero.

El motivo de la apelación tiene por objeto la impugnación de la temporalidad de la pensión compensatoria a favor de la esposa. Como es sabido la pensión compensatoria tiene una naturaleza indemnizatoria o resarcitoria de los perjuicios que el cese de la vida en común produce a uno de los cónyuges por la disminución del nivel de vida o bienestar económico que disfrutaba en relación con el que el otro continúa disfrutando después del cese de la convivencia.

La procedencia de la fijación de una pensión compensatoria es cuestión pacífica en esta alzada por cuanto si bien el demandado se opuso a ella en la contestación a la demanda, después no ha recurrido la Sentencia, admitiendo la procedencia de su establecimiento. La cuestión que aquí se suscita es la de su temporalidad, que el Juez de instancia justifica en el hecho de las altas posibilidades de la esposa de acceder a un empleo. Es cierto que la pensión compensatoria no es una pensión vitalicia dada su naturaleza indemnizatoria o resarcitoria de una situación de desequilibrio ligada al momento de la ce-

sación de la vida en común de los cónyuges y que sólo debe durar mientras se mantenga el desequilibrio, sin que deba constituir un acicate desincentivador del inicio de una actividad laboral, que induzca a mantener una vida ociosa e improductiva. De ahí que su limitación temporal, que no es sino una forma de extinción en un plazo fijo no regulada legalmente pero que se está admitiendo por la jurisprudencia mayoritaria, exija la previsibilidad razonable de que el desequilibrio desaparecerá durante el tiempo por el que se establezca la pensión o, que si persiste, el acreedor esté en condiciones de hacerlo desaparecer, siendo debida su existencia únicamente a su actitud renuente, pasiva u omisiva para acceder al mercado laboral y adquirir una situación económica similar a la que tenía durante el matrimonio. La limitación temporal de la pensión debe adoptarse con cautela, cuando las circunstancias concurrentes evidencien que el desequilibrio económico causa de la pensión sea susceptible de desaparecer en un plazo prudencial por

estar al alcance de las posibilidades del acreedor la eliminación de tal desequilibrio.

En el presente caso no estima la Sala que existan razones suficientes para justificar la limitación temporal impuesta a la pensión compensatoria. Ciertamente es que doña Eloísa, que trabajó en Suiza durante la convivencia matrimonial, y que regresó a España en 1995, con la edad de treinta años, está en condiciones idóneas para encontrar empleo. Pero también lo es que sus posibilidades de trabajar no son el único factor a considerar, sino que hay que analizar todas las circunstancias concurrentes, entre ellas los medios económicos del esposo, antes analizados, difícilmente alcanzables por ella atendida su escasa preparación, lo que hace poco previsible que en un determinado plazo pueda desaparecer el desequilibrio económico que la ruptura matrimonial ha supuesto; asimis-

mo doña Eloísa se ha dedicado exclusivamente al cuidado de sus hijos desde su regreso a España y va a continuar dedicándose durante muchos años dada la edad de los menores, mientras el esposo se dedica a sus ocupaciones y actividades sin las preocupaciones, atenciones, tareas y desvelos que implica la educación y el cuidado diario de los hijos; también ha de considerarse la duración del matrimonio, que no ha sido breve (nueve años de vida en común). Por ello, no resulta procedente en este caso limitar temporalmente la pensión provisional, sin perjuicio de que si en el futuro concurrieran los supuestos de los arts. 100 y 101 del Código Civil, pueda pedirse su modificación o su extinción en su caso. Pero en la circunstancia presente no hay motivos para establecer límite temporal alguno a la pensión compensatoria.

2. *Si no se estableció pensión compensatoria en el Convenio regulador de la separación, posteriormente no puede fijarse, ya que los avatares posteriores que sufra cada cónyuge ni pueden ni deben afectar al otro, porque de lo contrario sería mantener una dependencia inexistente entre ambos.*

AP SEVILLA, Sec. 8.ª, Sentencia de 11 de diciembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Frago Bravo.

Si en el momento de producirse la crisis matrimonial con la separación no existía desequilibrio económico entre los cónyuges, como ocurre en el caso de autos, según el Convenio firmado y ratificado por la recurrente, los avatares posteriores que sufra cada cónyuge ni pueden ni deben afectar al otro, porque de lo contrario sería mantener una dependencia inexistente entre ambos. Por ello, si en el momento de la crisis y ruptura matrimonial no existe desequilibrio ya no se puede establecer posteriormente pen-

sión alguna entre cónyuges, pues el desequilibrio sobrevenido ya no tiene su origen en la ruptura sino en el devenir de la vida independiente de cada cónyuge, por lo que por mucho que crezcan los recursos económicos de uno y disminuyan los del otro con posterioridad a la ruptura ya no se puede pedir el establecimiento de una pensión, que no tendría ninguna causa que la justificara legalmente. Por consecuencia, se debe confirmar la sentencia en cuanto no establece la pensión compensatoria solicitada.

VII. CUESTIONES PROCESALES

1. *Nulidad de actuaciones al no haberse dado traslado a las partes, previamente a dictar sentencia, del oficio remitido a una empresa a fin de que certificase los ingresos del actor.*

AP MÁLAGA, Sec. 4.^a, Sentencia de 10 de diciembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

La parte apelante entre otros argumentos se esgrimió la nulidad del juicio al no haber podido alegar en relación con el oficio interesado por la otra parte, y en el cual el Juez: se basa en su sentencia.

Consta que la parte demandada solicitó la remisión de oficio a AIR EUROPA para la comunicación de los ingresos del actor, para valorar si procedía la reducción de la pensión compensatoria que solicitaba el esposo. Dicho oficio se remitió una vez terminada la vista, y no se dio traslado de él para alegaciones a la parte contraria, con lo que no ha podido contrarrestar: 1. Las sumas a que afecta la cantidad informada, si es por atrasos o como indemnización. 2. La tributación de las cantidades, etc.

Es decir se trata de un documento esencial sobre el que la parte actora se ha visto impedida de plantear las alegaciones que tuviera por conveniente, por lo que si el juzgado optó por esperar a la llegada del oficio,

debió al menos, dar traslado para que las partes pudieran ampliar su informe en relación con él mismo, de acuerdo con los arts 184 y 185 LEC, e igualmente el art. 771.3, en relación con el art. 775 del mismo texto legal.

En resumen, de acuerdo con el art. 238 LOPJ, se ha producido un quebrantamiento de forma que genera indefensión a la parte actora, hoy apelante, por lo que debe declararse la nulidad de la sentencia, para que se confiera traslado por cinco días a ambas partes, para que aleguen en relación con la documental aportada con posterioridad al día de la vista, dado que dicho documento lejos de ser insustancial, es uno de los soportes fundamentales de la sentencia dictada.

En este sentido, el art. 270 de la lec establece la posibilidad de alegar en relación con los documentos presentados con posterioridad a la demanda y contestación.

VIII. CONVENIO REGULADOR

1. *Validez y eficacia de un convenio regulador suscrito por los cónyuges aunque posteriormente el esposo se negase a su ratificación judicial, e inexistencia de cosa juzgada por la circunstancia de que el juez de familia no lo tuviese en cuenta para decidir las medidas en relación con la contribución de las cargas del matrimonio.*

AP NAVARRA, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de diciembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Javier González González.

Mediante la demanda origen de los autos de que dimana este recurso, la demandante, D.ª Inmaculada C.B. promovió Juicio de Menor Cuantía contra su esposo, D. Luis Fernando G.A., en solicitud de una sentencia por la que se declare resuelto el condominio sobre la finca sita en Plaza Santiago Ramón y Cajal, en virtud del contrato suscrito entre los cónyuges en fecha de 2 de diciembre de 1998, así como la obligación del marido de otorgar escritura de transmisión de la mitad indivisa de la finca a favor de la actora, acordándose en sentencia el otorgamiento de dicha escritura; y subsidiariamente se resuelva el condominio sobre la antedicha finca, adjudicando a la actora el pleno dominio de la vivienda, asumiendo íntegramente el préstamo hipotecario, dando al demandado por satisfecho en la contraprestación de su mitad de la finca con la entrega efectuada en su día de 1.500.000 ptas., de conformidad con lo pactado en el contrato de 2 de diciembre de 1998.

La sentencia dictada en primera instancia desestima íntegramente la demanda, apreciando, respecto de la petición principal formulada, la excepción de cosa juzgada y, respecto de la formulada con carácter subsidiario, la falta de sujeción a los requisitos y condiciones previstos en la L 374 del Fuero Nuevo.

Frente a dicha sentencia recurre en apelación la demandante interesando una sentencia por la que se revoque la impugnada y, declarando no haber lugar a la excepción de cosa juzgada, se entre a conocer del fondo y se estime la demanda interpuesta de conformidad con el suplico de la misma.

Son antecedentes necesarios para la resolución del presente recurso de apelación los siguientes:

1. Los litigantes, mediante escritura de compraventa de fecha 5 de noviembre de 1997, compraron por mitades e iguales partes la vivienda sita en Pamplona, Plaza Ramón y Cajal, por un precio de 22 millones de pesetas.

2. En esa misma fecha otorgaron con la Caja de Ahorros de Navarra escritura de préstamo hipotecario, por la que dicha entidad de ahorro les prestó 24 millones de pesetas, constituyendo hipoteca a favor de aquella entidad sobre la vivienda mencionada.

3. En igual fecha, 5 de noviembre de 1997, los litigantes otorgaron Capitulaciones Matrimoniales pactando que su matrimonio se regiría por el régimen de separación de bienes.

4. El día 20 de diciembre de 1997 los hoy litigantes contrajeron matrimonio en Pamplona.

5. Los cónyuges, en fecha de 2 de diciembre de 1998, suscribieron “convenio regulador de las relaciones conyugales y patrimoniales”.

6. En dicho convenio, además de haber alcanzado un acuerdo sobre las medidas que debían regir y regular su separación (estipulaciones primera y segunda, relativas, respectivamente, al uso de la vivienda conyugal y a la pensión prevista en el art. 97 CC), ambas partes convinieron en liquidar los bienes comunes en la forma establecida en la estipulación tercera.

7. En dicha estipulación, después de referirse a la adquisición de la vivienda conyugal, obtención del préstamo hipotecario y a la cantidad pendiente de amortizar (23.178.000 ptas.), pactaron lo siguiente: “los cónyuges acuerdan adjudicar dicha finca junto con su mobiliario y ajuar a D.^a Inmaculada C.B., quien abonará en contraprestación a D. Fernando G.A. la cantidad de 1.500.000 ptas. el día 4 de diciembre de 1998, fecha en la que, como anteriormente se ha expuesto, el marido abandonará la vivienda.

En dicha fecha, D.^a Inmaculada C. se hará cargo del pago de la totalidad del préstamo, comunicando a la entidad de ahorro la subrogación en el préstamo hipotecario.

En el presente mes de diciembre, se otorgará escritura de donación por el marido a favor de la esposa de la mitad indivisa de la vivienda propiedad de aquél, y escritura de liberación del préstamo al esposo y subrogación en el mismo por D.^a Inmaculada, siendo de cargo de ésta los gastos e impuestos que se originen”.

8. Los cónyuges presentaron demanda de separación de mutuo acuerdo, dando lugar al procedimiento núm. 71/1999 de los del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Pamplona, el cual no finalizó con sentencia al no haberse ratificado el esposo.

9. La esposa presentó demanda de separación contenciosa en la que, además de la separación matrimonial de los esposos, solicitaba la adopción de las siguientes medidas:

A) La atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar, el garaje y trastero anejos, y el ajuar en ella contenido.

B) Fijar en 75.918 ptas. mensuales la cantidad a satisfacer por el esposo a la esposa en concepto de levantamiento de las cargas del matrimonio para el pago del 50% del préstamo que grava la vivienda familiar, hasta que se resuelva el condominio.

10. El esposo, en su escrito de contestación a la demanda, entre otras peticiones que no vienen al caso, solicitó que se acuerde: “atribuir el uso y disfrute de la vivienda familiar a la esposa por considerar esta parte existente el acuerdo de adjudicación, sin que por tanto el esposo venga obligado a contribuir a la amortización del préstamo, y sin perjuicio de que éste reclame en su momento oportuno la cantidad que le corresponde realmente de esa adjudicación a favor de la esposa, que como ya ha quedado dicho, no es la cantidad de 1.500.000 ptas. que se afirma de contrario”.

11. En autos de Separación Contenciosa núm. 398/1999, derivados de la anterior demanda, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Pamplona, se dictó S. 30 de mayo de 2000 en la que, entre otros pronunciamientos, se acordó atribuir a la esposa el uso de la vivienda conyugal, debiendo ambos litigantes abonar el préstamo hipotecario suscrito con la Caja de Ahorros de Navarra y que grava la vivienda conyugal, sin perjuicio de la división del inmueble que al efecto puedan realizar.

12. Conforme a lo razonado en el fundamento de Derecho segundo de dicha sentencia, “...la cuestión litigiosa versa por tanto en orden a quién debe abonar el préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal y cuya cuota mensual asciende a la cantidad de 151.836 ptas.

Como quiera que el convenio regulador en su día suscrito no fue ratificado por el hoy demandado, no puede entenderse que se ha procedido a adjudicar la vivienda propiedad de ambos a la esposa y por tanto, en tanto eso no ocurra, el préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal de propie-

dad común ha de ser abonado por ambos, sin perjuicio de la posibilidad de división de la propiedad común. Por tanto tiene razón la demandante cuando solicita del esposo el abono mensual de la mitad de ese préstamo hipotecario hasta en tanto la liquidación tenga lugar, sin perjuicio además de su posibilidad de reintegrarse en esa división de las cantidades aportadas exclusivamente por ella y que debieron ser abonadas por ambos hasta el momento en que el esposo comience a abonar la mitad del mencionado préstamo. Igualmente deberá computarse en el reparto que se realice el 1.500.000 ptas. que la esposa abonó al esposo y que éste recibió en fecha coincidente con la firma del convenio regulador de separación que posteriormente no ratificó en el Juzgado”.

En la sentencia objeto del presente recurso de apelación, el juez *a quo*, sobre la base de los antecedentes que acabamos de exponer aprecia la excepción de cosa juzgada, único motivo de oposición alegado por el demandado en su escrito de contestación a la demanda, y, en consecuencia, desestima la demanda en cuanto a la petición principal deducida en su suplico. Aprecia, por tanto, el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada material (hoy contemplado en el art. 222.1 de la vigente LEC), siendo la línea argumental en que se sustenta tal decisión, expresada en síntesis, la siguiente:

— La sentencia del Juzgado de Familia de 30 de mayo de 2000 se pronunció sobre la falta de validez y eficacia del convenio regulador y por tanto sobre la extinción del condominio, aunque de forma prejudicial, para poder resolver la cuestión litigiosa en orden a quien debía abonar el préstamo hipotecario que gravaba la vivienda conyugal, entendiéndose que no se había procedido a la adjudicación de dicha vivienda.

— Se trata, por tanto, de la resolución de una cuestión prejudicial que surgió en el proceso de separación de manera incidental.

— Ante esta tesis, el Juzgador de Primera Instancia entiende “que la cuestión

prejudicial resuelta por el Juzgado de Familia debe pasar en autoridad de cosa juzgada” en atención a las razones que seguidamente enumera, y de las que nos interesa retener la primera de ellas, según la cual, “la resolución de la cuestión prejudicial cumple las tres identidades que exige el art. 1251 CC con la pretensión principal formulada por la parte demandante en este procedimiento”, y la sexta conforme a la que de no estimarse la excepción podría llegarse a la contradicción de que en un proceso se declarase la existencia de condominio y en el presente su inexistencia.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por la demandante argumentando “que en este caso no existe prejudicialidad civil porque la sentencia del Juzgado de Familia no se pronunció sobre la falta de validez y eficacia del convenio regulador; en ningún momento de dicha litis se solicitó o resolvió acerca de la resolución del condominio; el Juzgado de Familia no es el órgano jurisdiccional competente por razón de la materia para la resolución del condominio y el convenio regulador (contrato) que lo regula; y en el proceso de separación se resolvió acerca del uso de la vivienda conyugal y la contribución a las cargas del matrimonio”; argumentos que, conforme seguidamente se razonará, deberán ser acogidos en esta alzada.

En efecto, partiendo de que la prejudicialidad civil surge cuando para resolver sobre el objeto de un determinado litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, puede constituir el objeto principal de otro proceso distinto, podemos distinguir las siguientes situaciones:

1. Que la cuestión prejudicial surja estando pendientes los dos procesos. En tal caso habrá que estar a lo dispuesto en el art. 43 de la vigente LEC, dando lugar, si fuere posible, a la acumulación de ambos procesos, y si no a la suspensión del proceso en el que haya surgido la cuestión prejudicial hasta que ésta hubiere sido resuelta por sentencia firme, lo cual producirá, precisamente,

los efectos propios de la cosa juzgada en su aspecto tradicionalmente denominado positivo o prejudicial (por ser lo resuelto antecedente lógico del objeto del otro proceso; aspecto que contempla en la actualidad el art. 222.4 LEC al decir que lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará a un Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto), vinculando a las partes y al juez del proceso suspendido, y ello a pesar de que entre uno y otro proceso no concurrirá la triple identidad exigida para la apreciación de la cosa juzgada en su aspecto negativo o excluyente, pues, de concurrir dicha triple identidad, la excepción de litispendencia, como preventiva y cautelar de aquélla hubiera dado lugar directamente a la exclusión del segundo proceso.

2. Que la cuestión que actúa como prejudicial en un determinado proceso ya estuviese resuelta por sentencia firme al tiempo de incoarse este nuevo proceso; supuesto directamente contemplado en el art. 222.4 antes citado, y cuyos efectos serán, lógicamente, los mismos que los anteriormente señalados.

3. La tercera situación que puede darse y que es la que nos interesa en este caso, se producirá cuando dentro de un determinado proceso, para resolver lo que constituye su objeto principal se haga necesario, por constituir su antecedente lógico, “resolver”, “decidir” previamente otra cuestión que, relacionada con aquél, puede, a su vez, constituir el objeto principal de otro proceso que ni siquiera se ha llegado a incoar. Esto es, precisamente, lo que aconteció en el Juicio de Separación que precedió al presente. Para resolver sobre una de las medidas que formaban parte de su propio objeto (distribución entre los cónyuges de la carga económica derivada del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar), hubo de “resolverse”, “decidirse”, previamente sobre una cuestión completamente ajena a dicho objeto (subsistencia o extinción del condominio entre los cónyuges sobre la vivienda fami-

liar); cuestión que, por lo tanto, fue “enjuiciada” en dicho proceso de separación; pero, y aquí radica, en nuestra opinión, la clave del problema, “de una manera incidental” (tangencialmente o como establece el art. 10 LOPJ “a los únicos efectos prejudiciales”), como, por otra parte, se indica en la propia sentencia apelada; esto es, en la medida, y solo en ella, en que resultaba necesario abordar la cuestión para resolver sobre aquella medida que hemos señalado, pero sin reflejo alguno en el fallo, sin dar lugar a un pronunciamiento judicial, y, por lo tanto, sin virtualidad alguna para producir los efectos propios de la cosa juzgada en su aspecto excluyente o negativo, máxime cuando entre el objeto de uno y otro proceso, en contra de lo apreciado por el juez a quo, tampoco se da la triple identidad exigida para apreciar la cosa juzgada, sin que lo resuelto en el pleito de separación, esto es, lo reflejado en el fallo de la sentencia que puso fin al mismo prejuzgue (efecto positivo o prejudicial) lo debatido en este proceso pues no es el antecedente lógico de lo que ahora se debate, sino que, por el contrario, es la cuestión principal discutida en el proceso que nos ocupa la que condicionaba la solución adoptada en el anterior proceso de separación.

Y es que, en el fondo, la cuestión planteada en el anterior proceso de separación no es nada novedosa en los procesos matrimoniales, en los que, con frecuencia, se hace necesario “prejuzgar” determinadas cuestiones para poder adoptar algunas de las medidas previstas en los arts. 91 y ss. CC, mas sin que tales “enjuiciamientos” produzcan los efectos propios de la cosa juzgada respecto de la cuestión prejudicial así resuelta, la cual puede ser planteada de nuevo, y de forma autónoma, ante el Juzgado que resulte competente para su conocimiento y por el proceso que resulte pertinente esto es, agota sus efectos en el mismo proceso en que fue resuelta, adquiriendo, ciertamente, valor de cosa juzgada su resolución, pero solo en el sentido previsto en el art. 207.3 LEC, esto es, como cosa juzgada formal, sin extender sus efectos en el sentido material a que se

refiere el art. 222 antes citado respecto de un ulterior proceso en el que dicha cuestión se plantee como principal (así, por ejemplo, será frecuente en los procesos matrimoniales tener que prejuzgar sobre el carácter privativo o ganancial o común de determinados bienes para poder determinar el importe de las pensiones que resulten procedentes, o para atribuir el uso de la vivienda familiar a uno u otro cónyuge en aquellos casos en los que no hubiere hijos comunes del matrimonio y, disponiendo ambos de similares posibilidades económicas, alguno de ellos sostenga el carácter privativo de dicha vivienda; supuestos en los que no queda excluida la posibilidad de plantear esa misma cuestión en un posterior proceso autónomo, sin que el juez que hay de resolverla se vea vinculado por el criterio mantenido en la sentencia de separación).

Finalmente, respecto del riesgo de sentencias contradictorias que invoca el juez de Primera Instancia para estimar la excepción de cosa juzgada, teniendo en cuenta que ésta no alcanza a los fundamentos jurídicos de la sentencia, sino que se refiere tan sólo a los pronunciamientos contenidos en el fallo (incluidas, en su caso, las remisiones que éste hiciese a los fundamentos de Derecho pero no en cuanto tales, sino en la medida en que pasen a ser parte integrante del fallo), cabe señalar que tal riesgo no existe pues, en contra de lo que se aprecia en la sentencia apelada, en la sentencia de separación no se declaró la existencia de condominio (pues ni era el objeto de litigio ni podía serlo, ni los Juzgados de Familia tienen competencia para el conocimiento de estas cuestiones), sino que, tan sólo, se consideró, se entendió subsistente a los únicos efectos de adoptar la medida relativa a la distribución entre los cónyuges de las cuotas correspondientes al préstamo hipotecario; sin que, de otro lado, la obligación impuesta al esposo (“hasta que se resuelva el condominio”), impida el rechazo de la excepción de cosa juzgada, pues, respecto del futuro, se extinguirá automáticamente en el caso de estimarse la demanda origen de los presentes autos; y, respecto del

pasado, de reconocerse eficacia *ex tunc* al pacto contenido en la estipulación tercera del convenio regulador, nada le impedirá recuperar las cantidades que hubiese abonado en cumplimiento de dicha sentencia de separación, al haber quedado sin la necesaria cobertura su retención por parte de la esposa (L. 508 del Fuero Nuevo de Navarra).

Descartada la concurrencia de la excepción de cosa juzgada, esta Sala comparte también con la apelante la apreciación que hace de la estipulación tercera del convenio regulador suscrito por los cónyuges el 2 de diciembre de 1998, pues, como tiene declarado la jurisprudencia del TS, los cónyuges, en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial, en ejercicio de su autonomía privada (art. 1255 CC) pueden celebrar convenios sobre cuestiones susceptibles de libre disposición, entre las que se encuentran las económicas o patrimoniales. Estos acuerdos, auténticos negocios jurídicos de derecho de familia (S. de 22 de abril de 1997), tienen carácter contractual, por lo que su validez han de concurrir los requisitos estructurales establecidos por la Ley con carácter general (art. 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter *ad solemnitatem* o *ad substantiam* para determinados actos de disposición. Se trata de una manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas que no está condicionada en su validez y fuerza vinculante *inter-partes* a la aprobación y homologación judicial (SS. de 15 de febrero de 2002, 26 de enero de 1993, 7 de marzo de 1995, 22 de abril de y 19 de diciembre de 1997 y 27 de enero de y 21 de diciembre de 1998, así como resoluciones de la DGRN de 31 de marzo de 1995, 10 de noviembre de 1995 y 1 de septiembre de 1998).

En el caso enjuiciado, es claro que, en la mencionada estipulación tercera, existen compromisos con todos los requisitos propios para que los cónyuges se obligasen entre sí, puesto que además de referirse al futuro otorgamiento de la correspondiente es-

critura pública expresamente pactaron, con carácter constitutivo, la adjudicación a la esposa en aquel momento de la vivienda conyugal, por lo que no existiendo duda alguna de que la voluntad de los cónyuges fue la de atribuir la propiedad de tal vivienda a la esposa, así habrá de declararse en esta sentencia, al no haber alegado el esposo, en su escrito de contestación a la demanda, otro motivo de oposición a la pretensión principal ejercitada por la actora que la excepción de cosa juzgada ya rechazada; y hasta tal punto resulta clara la voluntad de los cónyuges de atribuir a la esposa la propiedad de la vivienda conyugal que es el propio esposo, demandado en los autos de separación, quien, en el suplico de su contestación a la demanda considera existente el acuerdo de adjudicación añadiendo “sin que por tanto el esposo venga obligado a contribuir a la amortización del préstamo, y sin perjuicio de que éste reclame en su momento oportuno la cantidad que le corresponde realmente de esa adjudicación a favor de la esposa, que como ya ha quedado dicho, no es la cantidad de 1.500.000 ptas. que se afirma de contrario”; cuestión, esta última que, pudiendo haberlo, no ha sido siquiera planteada en este proceso en su escrito de contestación a la

demanda; en tanto que no cabe inferir, como hace el juez de Primera Instancia, que la esposa no hubiese dado por válido y eficaz el convenio en ninguna de sus partes por el hecho de demandar en la separación una contribución del esposo para el pago del préstamo hipotecario; petición que no responde sino a la situación creada por el esposo al no dar cumplimiento a las obligaciones por él asumidas en la estipulación tercera de aquél.

En conclusión, por todo lo anteriormente expuesto y razonado, procede la estimación del recurso de apelación interpuesto, y, con revocación de la sentencia apelada, estimar íntegramente la demanda, declarando que el condominio existente entre D.^a Inmaculada y D. Luis Fernando sobre la finca sita en Plaza Santiago Ramón y Cajal, quedó resuelto en virtud de la estipulación tercera contenida en el convenio regulador suscrito por aquéllos en fecha de 2 de diciembre de 1998, viniendo obligado el esposo a otorgar la correspondiente escritura pública, la cual, no obstante la calificación jurídica dada por los cónyuges, parece claro que no puede entenderse se corresponda con la de una auténtica donación.

2. *No supone en modo alguno vulneración de intimidad el hecho de que el progenitor no custodio, por un motivo como es el de la enfermedad de un hijo, le visite en su domicilio, ni siquiera aunque en él viva un tercero, pues es evidente que, en circunstancias como la mencionada, los derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad prevalecen sobre los derechos de intimidad e inviolabilidad del domicilio. El tiempo de estancia debe fijarse por los propios cónyuges atendiendo a las circunstancias concretas.*

AP VALLADOLID, Sec. 1.^a, Sentencia de 30 de enero de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso-Madueño Pardal.

El Ministerio Fiscal interpone recurso de apelación contra sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Tres de

Valladolid en autos de separación matrimonial de mutuo acuerdo, interesando en el escrito de interposición del referido recurso la

parcial revocación de la indicada resolución. El objeto del recurso se circunscribe a la estipulación segunda apartado f) del convenio regulador aportado por los cónyuges y que la juez de Instancia aprueba, siendo la pretensión del Ministerio Fiscal que se devuelva el convenio a los cónyuges para que la concreta estipulación objeto de recurso se redacte nuevamente al objeto de que se establezca un tiempo máximo de estancia del progenitor no custodio en el domicilio del otro cónyuge para supuestos de enfermedad del hijo común.

Esta cuestión ha sido ya resuelta por esta Audiencia Provincial en repetidas resoluciones. Así, en sentencia de la Sección Tercera de 28 de octubre de 2002 (sentencia núm. 284 con ponencia del Ilmo. Sr. Sendino Arenas) y en contestación a esta específica cuestión se indica lo siguiente: “Estima sin embargo este Tribunal que, el régimen de visitas acordado para tales situaciones es correcto. Si en el desarrollo o uso de las visitas realmente se produjeran las extralimitaciones y abusos que sospecha el Ministerio Fiscal, existen mecanismos procesales suficientes que permiten adoptar de inmediato las oportunas medidas correctoras. Pero en principio, si algo cabe presumir es que el progenitor se comportará y actuará de forma normal y sin abusos en beneficio del menor, por consiguiente, no parece lógico imponerle *a priori* una limitación temporal en la duración de las visitas al hijo que se halla enfermo. En esa situación de enfermedad, el hijo necesita más que nunca la presencia y apoyo de ambos progenitores, por lo que resulta razonable establecer un régimen abierto y flexible de comunicaciones a fin de que éste pueda acomodarse a la gravedad de la enfermedad y las concretas circunstancias concurrentes en cada caso”.

También esta Sección Primera se ha pronunciado sobre la cuestión, y si en la sentencia núm. 250 del año 2002, de fecha 8 de julio, se indicaba al respecto de un convenio en el que además los cónyuges condicionaban el ejercicio del aludido derecho de visita

con permanencia en el domicilio a las prescripciones facultativas que “...carece de sentido establecer sin criterio alguno al respecto un plazo de tiempo que, por escaso o excesivo, según los supuestos, pudiera ser, al contrario de lo que se pretende, fuente inagotable de controversia entre las partes”, en otra sentencia, la núm. 414 del año 2002, de fecha 4 de diciembre, se decía textualmente: “La cláusula objeto del recurso versa sobre la atribución a los progenitores de, en caso de enfermedad de los hijos, la posibilidad de visitar a los mismos en su domicilio”.

El Ministerio Fiscal entiende que habría que delimitar ese tiempo de permanencia en el domicilio, sin embargo esta Sala considera que la cláusula es correcta en su formulación y contenido. No supone en modo alguno vulneración de intimidad el hecho de que el progenitor no custodio, por un motivo como es el de la enfermedad de un hijo, le visite en su domicilio, ni siquiera aunque en él viva un tercero, pues es evidente que, en circunstancias como la mencionada, los derechos y obligaciones derivadas de la patria potestad prevalecen sobre los derechos de intimidad e inviolabilidad del domicilio. De modo que, como se dice por la juez a quo, en caso de ocurrir una enfermedad, sea grave o leve, es absolutamente correcto entender que ambos progenitores, únicamente en beneficio de los menores, determinarán el tiempo concreto de duración de las visitas, atendiendo a las circunstancias concretas. Si es una situación de gravedad, es necesaria una mayor atención o presencia, así lo harán, y si es leve, la visita tendrá un contenido adecuado a la circunstancia, pero no es exigible a los cónyuges prever con la exactitud que exige el Ministerio Fiscal cuánto tiempo durará, en cada caso, la visita, porque depende de supuestos no previsibles con antelación.

Como decimos, en dichos supuestos, y eso es lo que se desprende del acuerdo de los cónyuges, la intención es hacer prevalecer el bienestar del menor por encima de otros derechos, que en este caso se ven rele-

gados parcialmente, para hacer prevalecer el de la comunicación completa entre los padres y los hijos.

El hecho de que la sentencia no mencione los intereses de un tercero que, hipotéticamente, conviviera en dicho domicilio, se debe a que, como bien dice el Ministerio Fiscal, la sentencia en puridad no le afecta.

Y es de lógica concluir que, cuando los cónyuges introducen una cláusula como la mencionada, es porque saben que, en nin-

gún caso, el derecho que les asiste como progenitores, a cuidar a sus hijos si están enfermos y participar en las decisiones que haya que adoptar en torno a dicha circunstancia, es superior a la molestia que una tercera persona pueda ocasionar el ejercicio de tal derecho, y saben que ambos asumirán, en beneficio de los menores, dicha carga.

Por tanto, no se aprecia en la mencionada cláusula ningún inconveniente a efectos de su aprobación.

IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

1. *No aplicación de las limitaciones de embargo del sueldo previstas en el art. 607.2 de la LEC cuando la deuda que mantiene el esposo es en concepto de pensión compensatoria.*

AP SEVILLA, Sec. 5.ª, Auto de 16 de julio de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Sanz Talayero.

Mediante el presente recurso de apelación formulado contra el Auto desestimatorio del recurso de reposición interpuesto contra la Providencia de 3 de diciembre de 2001, que acordaba el embargo de la pensión de jubilación que percibe el recurrente para abonar las cantidades que adeuda a doña Gloria en concepto de pensión compensatoria, pretende el apelante que se declare que el embargo de la pensión de jubilación procederá en el porcentaje legalmente previsto en el art. 607.2 de la LEC, que cuantifica en 35,48 €, en atención a la pensión de 560,46 € netos que este año percibe.

Para resolver este recurso hay que partir de los fundamentos de la Sentencia de separación matrimonial dictada por esta misma

Sala el día 9 de junio de 2000. En sus fundamentos de derecho segundo y tercero se razonaba la cuantía de la pensión compensatoria, que se reducía respecto a la fijada por el Juez de instancia, y se indicaba que valorando que el matrimonio se contrajo en agosto de 1964, que la demanda de separación se presentó en abril de 1997, que los únicos ingresos conocidos del matrimonio provenían de la pensión de jubilación del esposo que ascendían entonces a 74.000 pesetas, y que la esposa se dedicó durante toda la convivencia conyugal al cuidado del hogar y de la única hija habida que falleció el año 1993, estando imposibilitada para trabajar dada su edad, la cuantía de la pensión compensatoria que se consideraba más ajustada a dere-

cho y que debía abonar el esposo era de 25.000 pesetas. Cantidad que desde su fijación no ha abonado ningún mes el señor M.R.

Considera el recurrente que como la pensión compensatoria no tiene la naturaleza de la pensión de alimentos, no es aplicable la excepción a la proporcionalidad de las cuantías del embargo de salarios, sueldos y pensiones que superen el salario mínimo interprofesional que establecen los arts. 1451 último párrafo de la antigua LEC y 608 de la vigente. La Sala no comparte este razonamiento. Ciertamente que la naturaleza de una y otra pensión es diferente, pero ello no es obstáculo para que en determinados casos y circunstancias, cuando el cónyuge que ostenta el derecho a la pensión compensatoria carece de lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica (art. 142 del Código Civil), por no disponer de recursos económicos propios al haber dedicado toda su vida matrimonial al cuidado de la familia, como ocurre en el presente, la fijación de la pensión compensatoria lleve ínsita la prestación alimentaria, pues no en vano en el art. 97 del Código Civil se señala como uno de las circunstancias a tener en cuenta para fijarla “el caudal o medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge”, con lo que viene a aludirse a la prestación alimenticia como factor integrante de la figura jurídica de la pensión compensatoria.

El art. 1451 último párrafo de la LEC de 1881, y su prácticamente copia actual, el art. 608 de la vigente Ley procesal, no pueden interpretarse en su literalidad aplicándolos estrictamente a lo que constituyen alimentos puramente, sino que ha de extenderse a las prestaciones económicas que se impongan a cargo de un cónyuge en las sentencias de separación, divorcio o nulidad tanto a favor de los hijos como del otro cónyuge, máxime cuando el desequilibrio económico de éste no consiste tan sólo en un menor nivel de vida pero con disposición de lo indispensable para llevar una vida digna, sino que ni tan siquiera dispone de lo necesario para la subsistencia. De no entenderlo así, los pro-

nunciamientos que contuviesen las sentencias dictadas en los procesos matrimoniales sobre los efectos económicos quedarían al albur de la voluntad del obligado al pago, quien podría burlar el cumplimiento de lo acordado judicialmente tras un proceso en el que valorada toda la prueba se llegó a la conclusión de que el cónyuge obligado tenía recursos para satisfacer la cantidad fijada en concepto de pensiones, no pagando voluntariamente, con lo que conseguiría en la práctica que la pensión compensatoria se redujera a la mínima cantidad, soslayando el cumplimiento de la Sentencia y produciéndose una situación injusta que no puede tener cobertura legal.

Por otro lado, la Ley de Enjuiciamiento Civil habla con imprecisión de alimentos debidos al cónyuge, por lo que no sería aplicable, de interpretarlo en su sentido literal, en los casos de nulidad y divorcio porque desaparece el vínculo sobre el que se asienta la obligación alimenticia (art. 143 del Código Civil), pero tampoco en los supuestos de separación matrimonial ya que los artículos 91 y siguientes del Código Civil, que regulan las medidas que habrán de regir en la nueva situación de los cónyuges, no contemplan la posibilidad de una pensión alimenticia a favor de uno u otro cónyuge, sino que la aportación económica se refunde en la pensión compensatoria, lo que viene a apoyar la tesis de que ésta aun cuando tenga por objeto paliar el desequilibrio económico que la separación produce a uno de los cónyuges, en el caso de que ese desequilibrio llega al límite extremo de que el acreedor de la pensión carece de recursos necesarios e imprescindibles, también conlleva una prestación alimenticia. Por ello, la conclusión ha de ser la de la aplicabilidad al embargo de salarios, sueldos y pensiones para el pago de pensión compensatoria del último párrafo del art. 1451 LEC de 1881 y actual art. 608 de la LEC, pues de no hacerlo así lo prevenido en tales preceptos no tendría nunca aplicación en cuanto a las obligaciones económicas establecidas en las sentencias dictadas en los procesos de nulidad, separación

y divorcio a favor de alguno de los cónyuges y a cargo del otro, facilitándose el incumplimiento de la sentencia al cónyuge obligado sin consecuencia gravosa alguna, y burlándose los derechos del cónyuge acreedor, lo que no sería conforme al verdadero espíritu

de la norma, que trata de proteger y garantizar especialmente los derechos económicos del cónyuge y de los hijos derivados de las sentencias de separación, nulidad o divorcio, aun cuando lo haga con desafortunada técnica jurídica.

2. *Aun cuando en la sentencia dictada en el procedimiento de modificación de medidas solo se acordó la extinción de la atribución del uso de la vivienda, en fase de ejecución puede solicitarse el lanzamiento de la ocupante, teniendo legitimación para ello el actor a pesar de que no sea el propietario de la vivienda, que en el presente caso pertenece a un hermano suyo.*

AP LLEIDA, Sec. 1.ª, Auto de 30 de enero de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Fernando Ariste López.

En el primer motivo de recurso se alega la nulidad radical del despacho de ejecución por no contener la sentencia que se ejecuta el pronunciamiento que se pretendía ejecutar, aduciendo que no se condenaba a la apelante al lanzamiento de la vivienda, ni a su entrega al demandante, invocando los arts. 521.1 y 559.2 de la LEC, aunque se cita este último por error, ya que del enunciado del motivo se desprende que se pretendía citar el art. 559.3 de la LEC en lugar del art. 559.2 de la misma.

En el invocado art. 521.1 de la LEC se establece que no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas, y en el art. 559.3 de la citada norma procesal se posibilita la alegación de nulidad radical del despacho de ejecución por no contener la sentencia pronunciamientos de condena. En la sentencia cuya ejecución se solicitó por el apelado se acordó la modificación de una de las medidas adoptadas en la sentencia de separación matrimonial de las partes consistente en la atribución de uso a la esposa de la que fuera

vivienda conyugal, dejando sin efecto dicha atribución, si bien es cierto que no se establecía condena expresa a la esposa a que abandonara dicha vivienda. Los pronunciamientos judiciales sobre atribución de uso de la vivienda conyugal en el marco de un proceso matrimonial, aun cuando no contengan de forma expresa la condena al desalojo de la vivienda del cónyuge al que se priva de su uso trascienden de lo que puede considerarse una sentencia meramente declarativa o constitutiva, y conllevan como consecuencia inherente la exigibilidad de la efectividad de dicho pronunciamiento mediante el desalojo de la vivienda por el cónyuge que pierde su uso en virtud de la resolución judicial, sin necesidad de entablar nuevo proceso al efecto, tal como se razona en el auto impugnado y resulta coherente con lo dispuesto en el art. 776 de la LEC que prevé la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas en los procesos matrimoniales. En consecuencia, el pronunciamiento del fallo de la sentencia de modificación de medidas que rigen la separación

matrimonial de las partes acordando dejar sin efecto la atribución de uso de la vivienda conyugal a la ahora apelante es suficiente para determinar en principio en ejecución de ella el cese efectivo de la posesión de la vivienda, por lo que no se aprecia infracción del art. 521.1 de la LEC, ni tampoco concurre la denunciada nulidad del despacho de ejecución.

En segundo lugar se alega en el recurso que la apelante no puede ser obligada a entregar la que fue vivienda conyugal, que en todo caso podrá solicitarlo su legítimo propietario, cualidad que —se dice en el recurso— “no conocemos que ostente el demandante”, y asimismo se aduce como motivo ligado al anterior que el demandante no tiene capacidad ni legitimación para solicitar el despacho de ejecución que instó.

Ciertamente no consta que el demandante sea propietario de la vivienda; antes bien, en el interrogatorio del juicio de modificación de medidas de la separación manifestó que lo era su padre, y tras morir éste, su hermano; pero la sentencia dictada no afecta ni interfiere en los derechos de quien sea el propietario de la vivienda, por tanto el lanzamiento acordado podría quedar sin efecto ante un título basado en una relación jurídica de la apelante con el dueño de la vivienda que amparara la posesión de aquélla; sin embargo, la apelante no acredita, ni aduce siquiera ningún título de tal naturaleza, sino que tan solo tenía a su favor la atribución de uso acordada en la sentencia de separación, que se ha dejado sin efecto por la resolución que se ejecuta, por lo que carece de todo título para persistir en la posesión “formal” de la finca, que pretende mantener a pesar de que como se dijo en sentencia de esta Sala de 3 de abril de 2002 su actitud “no resulta conforme a la buena fe”, al tener la vivienda deshabitada de forma permanente. Por tanto, no obsta a la ejecución de la sen-

tencia el hecho de que la propiedad de la vivienda no corresponda al ejecutante, ya que —como se ha expuesto— la sentencia no afecta a los derechos y facultades del propietario, quien a pesar de haberse hecho efectivo el lanzamiento podría en ejercicio de sus derechos dominicales incluso entregar de nuevo la posesión a la apelante. Por otra parte, en contra de lo que se alega, el esposo tiene legitimación para solicitar la ejecución de la sentencia, ya que fue parte demandante en el proceso de modificación de medidas y sus pretensiones fueron estimadas, habiéndose resuelto ya por esta Sala mediante la S. de 3 de abril de 2002 que estaba legitimado para solicitar la modificación de la medida en cuestión.

Tampoco cabe acoger el último motivo de recurso en que se alega que concurre infracción de normas o garantías procesales porque el auto despachando la ejecución no era firme, que la interposición de recursos impide que la resolución impugnada produzca cosa juzgada formal, invocando el art. 207 de la LEC, que aun así se llevó a cabo el lanzamiento, y que no se le notificó. En primer lugar, consta en autos la notificación en fecha 9 de octubre de 2002 al procurador de la apelante del auto despachando ejecución de 7 de octubre anterior en el que se señaló para el lanzamiento el 13 de noviembre de 2002 a las 11 h, así como consta la notificación en fecha 8 de noviembre de 2002 al mismo procurador del auto de 5 de noviembre anterior desestimando la oposición y mandando seguir adelante la ejecución, por lo que carece de fundamento el alegato de que no se le notificó, y en segundo lugar, conforme al art. 567 de la LEC la interposición del recurso de apelación no suspende por sí misma el curso de las actuaciones ejecutivas, por lo que no había que esperar a que el auto impugnado fuera firme para llevar a cabo la ejecución.

3. *Si en el convenio regulador se pactó que se suspendería el régimen de visitas en caso de que el padre no acreditase, mediante los correspondientes certificados, que estaba siguiendo un tratamiento de deshabituación a sustancias tóxicas, puede solicitarse la ejecución por vía del art. 709.4 de la LEC, al tratarse de un deber personalísimo.*

AP GIRONA, Sec. 2.ª, Auto de 3 de febrero de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Isidoro Rey Huidobro.

Formulada demanda de ejecución de la sentencia de 28 de febrero de 2002 por parte de D.ª M.ª Ángeles contra D. Rafael para que se cumpla lo establecido en el convenio regulador aprobado en sentencia, en relación al régimen de visitas establecido y otorgado al padre aquí demandado para con la hija común de los litigantes, se dictó auto despachando ejecución, oponiéndose el demandado por supuestos defectos procesales con fundamento en el art. 559.1.3.ª LEC, alegando la nulidad del despacho de la ejecución por tratarse de la solicitud de una ejecución de obligación no dineraria de hacer de carácter personalísimo.

Considera que debe aplicarse imperativamente el art. 749 LEC sobre las condenas de hacer personalísimo en relación con el art. 699 de la misma norma. Asimismo refiere que el título ejecutivo aprueba una serie de medidas consensuadas que, en relación al régimen de visitas, otorga al padre un régimen determinado; por ello, lo que puede ser objeto de ejecución es ese régimen de visitas.

La resolución de primera instancia argumenta la inaplicación del art. 709 LEC invocado en la oposición y razona la aplicación del art. 556.1 de la misma norma, exponiendo el porqué es susceptible la ejecución en los términos que se solicita.

No obstante considera ineludible el derecho del padre a poder visitar a su hija, aun con las debidas cautelas, y acuerda un régimen de visitas más restringido al que gozaba el padre, en presencia de una tercera persona, acogiendo parcialmente la oposición.

Muestra su disconformidad la parte ejecutante, madre de la menor, alegando que el auto apelado refleja la inaplicabilidad del art. 709 LEC y a la inexistencia de obstáculo alguno para acordar en ejecución de la sentencia que solicita, la suspensión del régimen de visitas al padre por incumplir lo establecido en dicha sentencia en garantía de la menor.

No le falta razón a la parte apelante, pues aunque el art. 709 LEC sí es de aplicación, lo que concretamente no es de aplicación son las disposiciones de los apartados núms. 1, 2 y 3 del citado precepto, porque según el apdo. 4, “no serán de aplicación las disposiciones de los anteriores apartados cuando el título ejecutivo contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor” (obligado). “En tal caso se estará a lo dispuesto en aquél”.

Y si en el presente caso se trata de la ejecución de una resolución judicial frente a la cual se formula oposición en base al art. 559.1.3.ª LEC, que establece la nulidad radical del despacho de la ejecución por no

contener la sentencia pronunciamiento de condena, no cumplir el documento presentada los requisitos exigidos para llevar aparejada ejecución, o por infracción, al despacharse ejecución, de lo dispuesto en el art. 520 de esta Ley, resulta que dicho precepto no sería de aplicación porque la sentencia que aprueba un convenio regulador en el que se establecen las medidas por la que han de regirse los litigantes (en el presente caso convivientes *more uxorio*) en el futuro y en particular respecto a las relaciones con la hija menor de edad, las medidas que allí se establecen constituyen un pronunciamiento de cumplimiento imperativo, ejecutables con arreglo a lo dispuesto en el Libro III de la LEC (art. 776 LEC), con las especialidades que se establecen en dicho artículo inculminado en los procesos matrimoniales y de menores, cuya especialidad 2.^a dispone que “en caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apdo. tercero del art. 709 y podrán mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto”.

En esta especialidad (obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo), se establece la improcedencia de la sustitución por el equivalente pecuniario y se da una posibilidad de mantenimiento de multas coercitivas, que no es el caso ni así se ha pedido, al margen que se refleja como algo facultativo.

Pero relacionando este precepto, art. 776, con las medidas generales de ejecución a las que remite (Libro III); y con el art. 709 en particular (condena de hacer personalísimo), en dicho precepto, ap. 4, se establece un tratamiento especial cuando el título ejecutivo contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del obligado, en cuyo caso no serán de aplicación las disposiciones de los anteriores apartados, sino que se estará a lo dispuesto en aquél.

Y es lo que ocurre en el presente caso, en que entre los compromisos asumidos por el

aquí ejecutado, aprobados en sentencia, está el de mantener el tratamiento de deshabitación a sustancias tóxicas que le sea prescrito por la Fundación Teresa Ferrer, con entrega de los certificados acreditativos del seguimiento y tratamiento. Para el caso de incumplimiento de dicho compromiso, se convino la facultad de la Sra. M.^a Ángeles, madre de la hija menor común, de solicitar la suspensión o restricción del régimen de visitas.

Y precisamente, ante tal incumplimiento, se solicita la ejecución de la sentencia y la suspensión del régimen de visitas tal y como se contempla en la medida como facultad de la madre de Judith, lo que se ajusta a la normativa anteriormente citada y a la propia normativa específica del Derecho especial de Catalunya, art. 80.2 del Codi de Família, donde se dice que “el conveni regulador o la sentencia poden preveure anticipadament les modificacions pertinents”. Por su parte el art. 134 de dicho Codi de Família faculta a la autoridad judicial para que incluso de oficio y en cualquier procedimiento, pueda adoptar las medidas que considere oportunas para evitar cualquier perjuicio a la persona de los hijos. Y el art. 135.3 faculta a la autoridad judicial para suspender, modificar o denegar el derecho de relaciones personales con sus hijos, si aquéllos incumpliesen sus deberes, y en todo caso si las relaciones pueden perjudicar al menor, o si concurre otra causa justa.

Partiendo en todo caso del interés de la menor que los citados preceptos tienden a garantizar, no cabe duda que el requisito de que el padre mantenga una situación de abstinencia en el consumo de sustancias tóxicas para poder visitarla o tenerla en su compañía, es un deber convenido en las medidas aprobadas judicialmente, a vez que una causa justa, pues conociendo los efectos de esas sustancias, que afectan y alteran las facultades intelectivas y volitivas, queda perfectamente justificado que el padre mantenga la abstinencia de las mismas para poder estar con la niña, pues es desconocido y aleatorio el alcance de las acciones que bajo la in-

fluencia de sustancias estupefacientes el padre pueda llevar a cabo.

Que esa circunstancia era fundamental para ambos progenitores a los efectos de mantener el régimen de visitas es evidente, pues así lo acordaron en el convenio y así se aprobó éste judicialmente.

El padre no cumplió con las medidas establecidas en la sentencia (al aprobar el convenio) para poder mantener el régimen de visitas (acreditar el tratamiento y su situación de abstinencia), y por lo tanto, no hay obstáculo legal para que se pueda acordar la suspensión del régimen en ejecución de la sentencia que establecía tal posibilidad en caso de incumplimiento, lo que responde a la protección del interés y derechos de la menor, que no puede quedar sometida al albur de conductas eventualmente afectadas por sustancias tóxicas consumidas por su padre.

Ello sin perjuicio de que una vez acreditada la reanudación del tratamiento de deshabitación y el estado de abstinencia por el padre, pueda acordarse a su instancia el restablecimiento de las visitas al quedar salva-

guardados de esta forma, los derechos de la menor.

Por todo ello, debe ser estimado el recurso, mandando seguir adelante la ejecución en los términos que establecía el auto que la despachaba, sin que se aprecie infracción procesal determinante de nulidad o inadmisión de la apelación, cuando por el Juzgado se dio traslado del escrito de interposición del recurso a la parte apelada, emplazándola por diez días para presentar escrito de oposición o impugnación haciéndolo así sin sufrir indefensión alguna, con independencia de si se efectuó el traslado de los escritos al servicio de recepción de notificaciones, que la Sala ignora si está ya instaurado, pues todos los escritos que obran en autos, incluidos los de la parte que lo alega, tienen como único sello de recepción el del Juzgado. En cualquier caso, la concurrencia de indefensión convierte tal circunstancia en intrascendente.

La inapreciación de defectos procesales alegados en la oposición, así como otros motivos también legados, ha de comportar la condena a la parte opositora al pago de las costas de la primera instancia, de conformidad con los arts. 559.2 y 561.1.1.º en relación con el art. 394, todos ellos de la LEC.

X. REGÍMENES ECONÓMICOS

1. *Carácter privativo del inmueble adquirido después de la separación de hecho con fondos propios del marido aun cuando en la escritura pública de compraventa manifestase que compraba para su sociedad conyugal y posteriormente se inscribiese en el Registro a nombre de los esposos.*

AP BALEARES, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de octubre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Rosselló Llaneras.

La sentencia de instancia, aun admitiendo el carácter privativo del dinero con que el

esposo demandante adquirió la vivienda sita en la calle Capitán Ramonell Boix, al prove-

nir íntegramente de la venta de bienes inmuebles privativos, decide desestimar la demanda instauradora por la que se interesa se declare que la indicada vivienda es bien privativo y de la exclusiva propiedad del demandante, sin formar parte de la sociedad de gananciales existente desde la celebración del matrimonio con la demandada D.^a Josefa A.L., con la consiguiente rectificación de la escritura pública de fecha 12 de marzo de 1998 e inscripción registral en la que se hizo constar, erróneamente, que la adquiría para su sociedad conyugal, por entender la juez *a quo* que es de aplicación al caso lo dispuesto en el art. 1355 CC y, además, resultar poco convincente atribuir a un simple error la mención que el actor adquiría la vivienda para su sociedad conyugal hallándose separado de hecho de su esposa. No se muestra conforme con dicha resolución la parte demandante y la apela alegando la infracción por aplicación indebida del citado art. 1355 CC al no existir acuerdo entre, los cónyuges, ciertamente no alegado ni probado al permanecer la esposa en voluntaria rebeldía, y quedar acreditado el error padecida por la testifical practicada, por lo que solicita su total revocación.

Indiscutido en el presente litigio que el bien adquirido por el esposo lo fue con dinero proveniente de la venta de bienes privativos adquiridos antes de comenzar la sociedad, y que al otorgarse la escritura pública de compraventa se hizo constar que adquiría la vivienda para su sociedad conyugal cuando los esposos se hallaban separados de hecho, la única cuestión que se somete a la decisión de este tribunal es la de si, como entendiendo la sentencia apelada, es de aplicación al caso el pacto de ganancialidad que prevé el art. 1355 CC, o si, por el contrario y como mantiene la parte apelante, prevalece la condición de bien privativo que recoge el núm. 3.º del art. 1346 al haber sido adquirido “a costa o en sustitución de bienes privativos”. Pues bien, en primer lugar, la afirmación contenida en la escritura pública de compraventa que D. Luis C.M. compra la finca para su sociedad conyugal y la poste-

rior inscripción del inmueble en el Registro de la Propiedad a favor de los esposos no puede prevalecer frente a la realidad extrarregistral al quedar plenamente probado que la adquisición de llevó a cabo después de la separación de hecho de los esposos y con dinero propio del marido proveniente de la venta de otros bienes privativos, y a que como recuerda la reciente STS 7 de septiembre de 2001 “es evidente que la escritura relativa a la vivienda litigiosa fue inscrita en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Granada ‘para la sociedad de gananciales’ de los litigantes, de manera que opera aquí la presunción de veracidad de los asientos del Registro establecida en el art. 38, párrafo primero, de la LH, que es una *praesumptio iuris* del tipo de las *iuris tantum* y, por consiguiente, susceptible de ser desvirtuada mediante la prueba de que el Registro está equivocado por discordancia con la realidad jurídica extrarregistral, y...”, ya que, en definitiva, la escritura pública da fe de las manifestaciones de la parte pero no de su veracidad, que pueden ser destruidas mediante prueba en contrario. En segundo lugar, el ámbito de aplicación del pacto de ganancialidad del art. 1355 CC, al disponer que “podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a las bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazo en que se satisfaga”..., queda limitado a permitir a los cónyuges optar por la calificación de ganancial de un bien cuando su carácter de tal no venga determinado por aplicación de las normas imperativas de los arts. 1346.3 y 1347.4, y en el caso, aparte de no existir acuerdo de los cónyuges al realizarse la adquisición solo por el esposo separado de hecho, lo cierto es que el carácter de privativo viene legalmente determinado por lo dispuesto en los citados artículos de aplicación preferente o imperativa, “son bienes privativos... son bienes gananciales...”, los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos (art. 1346.3), los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien

se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno de los esposos (art. 1347.3). Por todo lo expuesto procede estimar el recurso y revocar íntegramente la sentencia de instancia al no existir duda alguna de que el bien fue adquirido a costa de bienes privativos del esposo, y estimarse que el hecho de que la escritura públicas se hayan otorgado durante la unión matrimonial legal, no atribuye el carácter ganancial que se predica

respecto a dicho inmueble, pues además de no existir acuerdo alguno de los cónyuges de atribuir dicha condición a la referida vivienda (art. 1355 CC), la misma solo da fe de lo manifestado por el comprador pero no de la realidad de la calificación del bien adquirido como privativo y no ganancial —SSTS 24 de febrero de 2000 y 23 de febrero de 1993—.

2. *Habiendo suscrito los cónyuges con anterioridad un convenio regulador en el que liquidaban la sociedad de gananciales, aun cuando la esposa no llegó a ratificarlo judicialmente, no procede tramitar procedimiento alguno de liquidación, dada la eficacia y validez de aquel documento.*

AP MADRID, Sec. 19.^a, Sentencia de 8 de noviembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Nicolás Díaz Méndez.

Haciendo una previa síntesis de los antecedentes del presente recurso, aparece como por la representación procesal de la esposa se formuló demanda en solicitud de formación de inventario para la correspondiente liquidación de la sociedad de gananciales, haciendo referencia a que con fecha 30 de julio de 1998 se dictó sentencia por la que se decretó la separación matrimonial con las medidas que han de regir la separación, así como que ya solicitó la liquidación de la sociedad de gananciales, celebrándose diligencia de formación de inventario el 14 de julio de 2000 en la que la demandante ratificó el inventario que ahora aporta y al que se opuso el demandado, recayendo auto en 17 de julio de 2000 por el que se acuerda la suspensión del trámite, reservado a las partes al derecho a presentar la correspondiente demanda; para pasar a señalar que el patrimonio de la sociedad de gananciales en encuentra formado por los siguientes bienes:

“Activo: Metálico: saldos de cuentas corrientes o cualquier otro tipo de depósito bancario a la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales, la cual se produjo en fecha 30 de julio de 1998; Semovientes: vehículo Opel Vectra; Muebles: Mobiliario y ajuar doméstico existente en el domicilio que fuera conyugal, sito en C/ Apolo de Getafe; Inmuebles: vivienda sita en C/ Apolo de Getafe, respecto de la que existe proindivisión entre la sociedad de gananciales y el esposo, que se dice adquirida por el esposo con fecha 30 de abril de 1985 por precio de 5.177.302 ptas., precio que consta en la escritura pública y del que constante la sociedad se satisfizo la suma de 3.608.000 ptas., esto es el 69,68%; en cuanto al pasivo se señala inexistente.

Admitida a trámite la precedente demanda se convocó a las partes para la formación de inventario, en la diligencia al efecto la

demandante renuncia a la inclusión del metálico por no existir, en la partida de semovientes pide se incluya el vehículo Opel Corsa, ratificando en los demás el inventario propuesto en la demanda.

El demandado interesa la inclusión en el pasivo de una deuda de 103.000 ptas. correspondientes a una póliza de préstamo concedida constante matrimonio y una deuda de 2.500.000 ptas. de naturaleza alimenticia por impago de la pensión de su hija menor, cuya guarda y custodia tiene atribuida y un recibo del Colegio de la menor por importe de 25.270 ptas.; pasivo que no es reconocido por la demandante.

Ante la anterior discordancia se cita a ambas partes a vista que continuará por los trámites del juicio verbal; en esta vista el demandado excluye el pasivo la que dice deuda por importe de 103.000 ptas. y la de 25.270 ptas. por el recibo del colegio y ratifica escrito presentando con anterioridad pidiendo se incorpore la alegación que no se le permitió con prueba documental de la existencia de convenio regulador, que si bien no fue ratificado a presencia judicial, lo que llevó aparejado el archivo de la solicitud de divorcio de mutuo acuerdo, no debe llevar aparejada su nulidad y lo entiende de plena validez y en el que se recogía inventario de bienes; por la demandante se manifiesta la ineficacia de dicho convenio en cuanto que el demandante no cumplió lo en él pactado; por el demandado se aduce cuestión prejudicial en relación con la pensión de alimentos por él a satisfacer por entender que es una deuda de la sociedad de gananciales, a lo que la inicial demandante se opone, y por las partes de común acuerdo se valora el vehículo Opel Vectra en 350.000 ptas., no se da ningún valor al vehículo Opel Corsa, el mobiliario y ajuar doméstico se valora en 1.500.000 ptas, y se discrepa en cuanto al valor del inmueble; siguiendo el juicio por sus trámites recae sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal que se recoge en el antecedente de hecho primero de la presente resolución, frente a la cual se

produce en el recurso en los términos más arriba reflejados.

Desde la anterior síntesis de antecedentes se presenta como cuestión prioritaria la determinación del valor que haya de dársele al convenio regulador que se reconoce presentado por las partes en la demanda de divorcio de mutuo acuerdo presentado y no ratificado a presencia judicial por la esposa, ahora apelada, convenio que en orden al patrimonio de la sociedad de gananciales lo cifraba en la vivienda, de la que se reconocía una parte privativa del esposo y otra ganancial, acordándose la adjudicación de la misma al esposo, haciéndose cargo de la hipoteca pendiente y a la esposa en pago de su mitad de la parte ganancial la cantidad de 5.000.000 ptas. a abonar por el esposo; éste en fecha 6 de septiembre de 2001 remite por conducto notarial carta a la demandante, ahora apelada, comunicándole que pone su disposición en la Notaría que se indica, y concediendo plazo para la retirada por la demandante, transcurrido el cual y no retirando es devuelto al ahora demandado; desde lo precedente es de determinar los efectos jurídicos que a dicho convenio ha de dársele, la sentencia de instancia se lo niega la haber quedado, recoge, ineficaz por cuanto ninguna de las partes cumplió lo en él pactado en relación con la contraparte, con indicación que fue el demandado quien primero incumplió al no entregar los 5.000.000 ptas a lo que se había obligado; argumento que esta Sala no comparte y ello desde la doctrina jurisprudencial que enseña, así STS de 22-4-1997, en orden a la naturaleza jurídica del convenio regulador, en las situaciones de crisis matrimoniales, contemplado 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 aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 del CC. La S. 25 de junio de 1987 declara expresamente 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 S. 26 de enero de 1993 añade que al aprobación judicial del convenio regulador no despoja a este del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes”; para más adelante señalar: “No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico”.

En la misma línea se pronuncia la STS de 21-12-1998 al recoger: “Como tiene reconocido esta Sala (sentencias de 25 de junio de 1987, 26 de enero de 1993, 24 de abril de 1997 y 19 de diciembre de 1997), la Ley de 7 de julio de 1981 ha supuesto un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges; los convenios así establecidos tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261, siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código un requisito o *conditio iuris* de eficacia del

convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia. Ahora bien, ello no impide que al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio la libertad de contratación establece el artículo 1255 del Código Civil, pues como dice la sentencia 22 de abril de 1997 “no hay obstáculo para su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico”.

Desde la anterior doctrina jurisprudencial debe darse valor a aquel convenio en el ámbito patrimonial o de la relación de la liquidación del régimen económico matrimonial, dado el contractualismo que se reconoce en el ámbito del derecho familiar patrimonial, sin que sea posible hablar de voluntad incumplidora del demandado cuando es la demandante la que contradiciendo el contenido de aquel pretende un nuevo inventario, al que aleatoriamente va eligiendo contenido al activo patrimonial que luego reconoce inexistente, lo que viene a significar unilateral voluntad de desligarse del convenio, del que no se alega vicio alguno para destruir su va-

lidez, por ello que haya de estimarse su carácter vinculante en el particular relativo al inventario y liquidación del régimen económico matrimonial y al mismo haya de estar-se, lo que significa dar acogida al primero de los pedimentos del recurso lo que hace

improcedente entrar en el examen de las peticiones subsidiarias, desde lo precedente que estemos en el caso de revocar la sentencia recurrida y declarar improcedente la pretensión deducida en la demanda iniciadora del procedimiento.

3. *Carácter privativo del inmueble adquirido durante el período de reconciliación posterior a dictarse la sentencia de separación, ya que el régimen económico vigente en ese momento era el de separación de bienes, habiendo quedado además acreditado que la totalidad del dinero desembolsado para su compra fue abonado por el esposo.*

AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, Sentencia de 11 de noviembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Javier Díez Núñez.

Los antecedentes fácticos necesarios a tener en cuenta a los efectos de dar respuesta a la cuestión jurídica debatida entre las partes en el procediendo del que trae causa el presente recurso de apelación, son los siguientes: 1) Que en el procedimiento núm. 47/1998 de los seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Estepona por S. 12 de mayo de 1998 se decretó la separación definitiva del matrimonio formado por D. Isidro y D.ª Houria. 2) Que, transcurridos unos meses, ambos cónyuges se reconcilian y sin ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial para que procediera a su homologación, se traslada el marido desde la localidad de Cantalejo (Segovia) hasta la malacitana de Estepona, lugar en el que con fecha 30 de abril de 1999 ante Notario fue otorgada escritura de compraventa del piso (...) de la casa número A) de la Avenida de la Libertad de dicha localidad por D. Juan Antonio a favor del matrimonio ahora litigante, haciendo constar en la misma encontrarse los compradores “casados bajo el régimen legal de gananciales”, fecha

esta en la que ante el mismo fedatario público se otorgó escritura pública —número de protocolo 1397— de préstamo con garantía hipotecaria sobre el inmueble anteriormente adquirido, por la entidad Banco Bilbao Vizcaya Argentaria a favor de los indicados cónyuges, figurando, del mismo modo, como los esposos prestatarios se encontraban casados bajo el régimen legal de gananciales, y 3) Que el inmueble referido, inscrito en el Registro de la Propiedad número Uno de Estepona al Tomo 905, Libro 657, folio 28 [finca registral número B)], aun a pesar de constar abierta cuenta corriente a nombre de los esposos en la oficina de la Calle Real de Estepona, fue pagado con dinero percibido por el marido, Sr. G.G., de la herencia de sus hermanos Petronilo y Petra, constituyendo al mismo tiempo fondo de inversiones con dinero privativo para abonar los recibos del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda adquirida.

Con los antecedentes fácticos anteriores, interesándose por la representación procesal

del marido en demanda interpuesta como pretensión principal que se declarara que el inmueble adquirido era privativo y de su exclusiva propiedad, el juzgador de primera instancia en sentencia definitiva dictada desestimó aquélla por entender que al haberse producido la reconciliación conyugal, automáticamente, volvió a imperar el régimen de la sociedad legal de gananciales y que, por tanto, el marido para interesar su pretensión habría de proceder a instar nuevamente procedimiento de separación matrimonial con la consiguiente disolución de la sociedad legal de gananciales, conclusión contra la que se alzó la parte demandante entendiendo que la fundamentación jurídica contenida en la sentencia de instancia no era ajustada a derecho, por cuanto que desde la firmeza de la sentencia que recayera en el procedimiento de separación matrimonial en el año mil novecientos noventa y ocho, el régimen económico imperante era el de separación absoluta de bienes y que, por tanto, en su consecuencia, al constar que el dinero utilizado inicialmente para la compraventa del inmueble y los posteriores pagos de amortización del préstamo hipotecario era privativo, no cabía posibilidad alguna de entender que el inmueble pertenecía proindiviso a ambos cónyuges.

Planteado el debate en los términos anteriormente expresados, la respuesta al mismo por el órgano enjuiciador *ad quem* debe venir dada en función de una serie de premisas legales y doctrinales sentadas en relación con la interpretación de lo dispuesto en los arts. 84, 1443, 1444 y ss., todos ellos del CC, por cuanto que si bien ciertamente “la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto”..., ya que la situación de separación personal no disuelve el vínculo matrimonial, debe entenderse, por tanto, que a virtud del instituto jurídico de la reconciliación puedan los cónyuges retornar a la situación anterior de permanencia del matrimonio, bastando con “poner aquélla en conocimiento del juez que entienda o haya entendido del litigio”, dado que razones de

interés social y legal apuntan a favor de que desaparecidas las desavenencias internas y deseando los cónyuges regresar a la normalidad matrimonial la ley les dé facilidades para ello, derecho de reconciliación que se presenta como corolario de la libertad de matrimonio, reconocido constitucionalmente por el art. 32 de nuestra Ley Suprema, pareciendo obvio que quien pueda lo más —casarse— puede lo menos —reconciliarse— exigiéndose para su apreciación la concurrencia de dos presupuestos, uno de carácter material, consistente en la reanudación de la vida conyugal, y otro psicológico e intencional constituido por el consenso mutuo —*animus reconciliandi*—, siendo de resaltar ser un acto aformal que puede practicarse *verbis vel factis*, por cuanto que la puesta en conocimiento del órgano judicial a que se refiere el precitado art. 84 del CC no tiene efecto constitutivo, de manera que si no se cumple con el requisito de la notificación, no por ello la reconciliación deja de producir efectos, si bien en este caso, quien la alega debe probarla, siendo de tener en cuenta a los efectos resolutorios de la cuestión objeto de controversia litigiosa que deben diferenciarse los estadios en que se produzca la reconciliación entre los cónyuges, puesto que la ocurrida durante la sustanciación y pendencia del procedimiento judicial limita sus efectos a poner término al proceso y a todos los efectos y medidas provisionales que se determinaran con anterioridad o se decretaran judicialmente con ocasión del procedimiento, salvo la revocación de consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro, que se entiende como definitiva —artículos 84.1 y 106, ambos del CC—, sin embargo, como sucede en el caso tratado, cuando la reconciliación es posterior al fallo, los efectos que se producen llevan aparejado dejar sin consecuencia alguna los efectos típicos de la sentencia de separación, extingue los efectos definitivos, tanto en el orden personal como patrimonial, con la salvedad de lo dispuesto en el ap. 2.º del art. 84 y lo dispuesto en el art. 1443, a cuyo tenor se dispone en

éste que “la separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal...”, de lo que cabe colegir que desde la perspectiva patrimonial al disolverla la sociedad legal de gananciales como un efecto derivado de la separación matrimonial entra en juego como régimen económico el de separación de bienes, disponiendo en este sentido el art. 1392.3 CC que “la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges”, de lo que cabe extraer como conclusión que el régimen de separación de bienes continúa a partir de ese momento, salvo que los cónyuges acuerden en capitulaciones matrimoniales que vuelvan a regir las mismas reglas que antes de la separación de bienes —artículo 1444.1 CC—, quedando pues meridianamente claro que en el caso analizado, cuando los esposos litigantes adquirieron el inmueble, el régimen legal económico que regía, aun a pesar de que estuvieran en ese momento reconciliados tácitamente y en forma privada, era el de separación de bienes, no cabiendo, en consecuencia, poder entender que la adquisición tuviera el carácter de ganancial, dado que, como se viene diciendo, la reconciliación no opera produciendo efectos retroactivos, tal y como se desprende del propio art. 84.1 al señalar que deja sin efecto “ulterior” lo resuelto en el juicio de separación. Sentada pues la anterior conclusión, cabe extraer como derivada de ella, a tenor del material probatorio obrante en las actua-

ciones procesales practicadas en la anterior instancia, que la vivienda adquirida, a pesar de que en las escrituras de compraventa y constitución de préstamo hipotecario que se otorgaran sucesivamente en el mismo día ante fedatario público figure como compradora y prestataria la Sra. B., es de propiedad exclusiva y privativa del demandante, ya que la esposa al ser oída en confesión judicial reconoció en todo momento que el metálico utilizado para la adquisición del inmueble fue desembolsado íntegramente por el Sr. G.G., proveniente de una herencia de sus hermanos Petronilo y Petra, constituyendo un fondo de inversión con metálico privativo para abonar los recibos de la hipoteca —posiciones 1.^a, 2.^a y 7.^a—, careciendo de trascendencia el hecho de que determinados recibos por servicios prestados sobre la vivienda —gastos de comunidad, electricidad, agua, teléfono, etc.— aparezcan expedidos a nombre de la demandada, lo que debe llevarnos, consiguientemente, al dictado de una sentencia por la que revocando la emitida en la anterior instancia, proceda a acoger la pretensión recurrente en los términos solicitados en el suplico de su demanda, si bien dando por sentado que el pronunciamiento así emitido no produce alteración alguna en relación a la vigencia y condiciones del derecho real de hipoteca constituido a favor de la entidad “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.”, en garantía del préstamo concedido sobre la plena propiedad del inmueble hipotecado.

XI. FILIACIÓN

1. *Desestimada la demanda de impugnación de la paternidad no matrimonial al haber transcurrido cuatro años desde que la madre tuvo conocimiento del reconocimiento y desde que el demandado dio posesión de estado a la menor.*

AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, Sentencia de 13 de enero de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Javier Solchaga Loitegui.

En el presente proceso especial de filiación sobre impugnación de la filiación paterna, determinada por el reconocimiento como padre de D. Tomás, en la inscripción de nacimiento de la niña Rosette, efectuada, mediante su declaración de 30 de octubre de 1995, en el Registro Civil de la Embajada de España en Kinshasa (Zaire, antiguo Congo Belga), siendo demandante la madre D.ª Marie Rose U., el Juzgado desestimó la demanda al apreciar la excepción de caducidad de la acción, opuesta por el demandado D. Tomás.

La sentencia fue apelada por la madre y el Ministerio Fiscal que se adhirió a su recurso. Ha quedado firme, al ser consentida por las partes, la desestimación que en ella se hace de las tres primeras excepciones opuestas por el demandado: 1. Declinatoria de incompetencia de los Tribunales españoles para conocer del procedimiento. 2. Improcedencia de la aplicación de la legislación española al caso presente. 3. Falta de legitimación activa.

Procede examinar la excepción invocada de caducidad de la acción ejercitada, que también es apreciable de oficio, estimada por el juzgado.

Son hechos considerados probados que:

1. Que la demandante D.ª Marie Rose U., nacida en Ruanda el 4 de noviembre de 1972; en la guerra de su país sobre septiembre de 1994, soltera, embarazada de su hija Rosette, mencionada, pasó a la República de Zaire como refugiada, a un campo regido por la Agencia de Cooperación de las Naciones Unidas para las Refugiadas (AC-NUR), cerca de la localidad de Goma.

2. En la casa de Médicos del Mundo en Goma donde ella trabajaba, trató con D. Tomás, nacido el día 3 de abril de 1969 en Cañizares (Cuenca). De nacionalidad española, artesano, que como cooperador de la ONG Médicos del Mundo se encontraba allí realizando funciones administrativas y logísticas.

3. El 25 de enero de 1995, D.ª Marie Rose dio a luz a su hija Rosette en el Hospital Maternal (Charité Maternelle), de la localidad de Goma. D. Tomás no es el padre biológico de la niña, así lo reconocen ambos y se corresponde con la falta de coincidencia física de los dos en Ruanda en la fecha correspondiente a la concepción.

4. La situación en el Zaire se tornó crítica por la guerra y hubo un ataque al campo de refugiados ruandeses de Mugunga, donde vivía Marie Rose y sus familiares. AC-

NUR convocó el día 29 de agosto de 1995 a todos los cooperantes españoles y les instó a la evacuación inmediata a Nairobi (Kenia) ante el peligro que corrían sus vidas. En estas circunstancias D.^a Marie Rose y D. Tomás, quienes mantenían una relación de noviazgo adelantaron su boda, contrayendo matrimonio en ese mismo día, en el Ayuntamiento de Goma, de modo que así protegió su vida y la de su hija Rosette, de pocos meses y pudieron salir del Zaire trasladándose con D. Tomás a Nairobi.

5. Una vez en Nairobi, D.^a Marie Rose y su hija se quedaron allí. D. Tomás y un médico de Médicos del Mundo se trasladaron a Goma en razón a su trabajo. En este tiempo D. Tomás estuvo arreglando papeles para que la madre y la niña pudieran circular libremente. Así, el día 20 de septiembre de 1995, inscribió el nacimiento de Rosette en la oficina de Estado Civil de Goma, declarando que es hija de él mismo y de Marie Rose U. (Documento 6 de la demanda y 1 de la Contestación).

6. D. Tomás inscribió en el Registro Civil de la Embajada Española en Kinshasa el 30 de octubre de 1995 el nacimiento de Rosette como nacida en Goma en 25 de enero de 1995, con los apellidos de B.U., hija de Tomás y Marie Rose U., según su declaración como padre aportando parte facultativo de la maternidad Charité Maternelle, Acta de Nacimiento Registro Civil de Goma y hoja declaratoria de los datos firmada por el padre. El asiento figura en el Tomo 1.^o, página 383-384, núm. 190 de la Sección de Nacimiento del Registro Civil de la Embajada de España en Kinshasa (Documento 6-Bis de la demanda). En dicha inscripción, se hace constar el matrimonio de los padres que figura asimismo inscrito en el mismo Registro Civil de la Embajada en Kinshasa (folio 126 de los Autos). Se hace constar por diligencia marginal que con fecha 17 de octubre de 1995, se expide libro de familia, que se encontraba en poder de la esposa al tiempo de la presentación de esta demanda y en

el que está recogido, el nacimiento de la hija Rosette con los apellidos B.U.

7. Por la embajada de España en Nairobi (Kenia), en donde estuvo D.^a Marie Rose (no así en la embajada de Kinshasa), se expidió pasaporte de la hija Rosette B.U., de nacionalidad española, con fecha 27 de diciembre de 1995 (folios 140 y 141 del documento 1 de la contestación a la demanda).

8. En junio de 1996, se instalaron en España, en la localidad de Cañizares (Cuenca). Después se fueron a vivir los tres a Priego hasta febrero de 1997, de donde se trasladaron a Elda (Alicante). En septiembre de 1997 regresan a Cañizares y en junio de 1999 se instalaron definitivamente en Zaragoza.

9. Los cónyuges, D.^a Marie Rose y D. Tomás están separados judicialmente por sentencia matrimonial de 15 de enero de 2001 del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Zaragoza, autos 540/2001; en los que se señala pensión de alimentos a favor de la hija y a cargo de D. Tomás y régimen de visitas para él.

D.^a Marie Rose ejercita acción de impugnación de la paternidad no matrimonial de la niña Rosette determinada en virtud de reconocimiento del demandado D. Tomás mediante su declaración para la inscripción de nacimiento de aquella en el Registro Civil de la Embajada de España en Kinshasa. Dicho reconocimiento ataca la veracidad biológica, por no ser la reconocida hija del demandado, dada la imposibilidad de acceso carnal de los padres al momento de la concepción de la hija, puesto que se conocieron con posterioridad. Naciendo la niña con anterioridad a su matrimonio; hechos que las partes admiten.

Esta inexistencia de la relación de paternidad biológica, entre D. Tomás y la menor Rosette, determina la nulidad del reconocimiento determinante de la filiación.

Estamos ante un reconocimiento no veraz, en el que se no se da la correspondencia

necesaria entre la realidad formal, registral, y la material, hecho biológico de la procreación, y por tanto viciado con nulidad absoluta por falta del requisito objetivo esencial de paternidad en el reconocedor.

Ni tampoco ha habido consentimiento expreso de D.^a Marie Rose a la declaración de D. Tomás para la inscripción del nacimiento de la niña en el Registro Civil de la Embajada de Kinshasa, ni la aprobación judicial.

La parte actora funda la anterior acción para impugnar la paternidad de Rosette, en el inciso segundo del art. 138 CC, que permite impugnar la paternidad establecida por reconocimiento, por otras causas distintas a los vicios del consentimiento, es decir, las faltas de exactitud en la filiación determinada o sea, la no veracidad biológica de la paternidad reconocida, que el marido no es el padre.

La vía para esta impugnación es la prevista en el art. 140.2 CC, que establece un plazo de cuatro años para accionar.

Con ello, entramos en la consideración de si es de estimar la excepción de caducidad invocada por el demandado, apreciable incluso de oficio.

Para la parte actora impugnante de la filiación paterna, el reconocimiento de la paternidad por D. Tomás B. es un acto jurídico nulo de pleno de derecho, y por tanto la acción de nulidad derivada de él mismo es imprescriptible, y además que la reforma de la filiación de 1981 tuvo como uno de sus presupuestos asentar la filiación sobre la verdad biológica y el art. 39 CE, asegura la protección integral de los hijos, lo que es contrario a 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, y la convención internacional sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1988.

En el primer aspecto la STS de 27 de junio de 1950 dice que no cabe dar a la acción de impugnación del reconocimiento, el aspecto de una acción ordinaria de orden general de declaración de nulidad de un acto

inexistente, porque siendo éste el género y aquélla la especie hay que estar para su ejercicio efecto y prescripción a las disposiciones especiales que la regulan y no a las de carácter general.

Y en el segundo, en relación a los principios expuestos, la sentencias del TS de 30 de septiembre de 2000 y de 10 de febrero de 1997 indican que el legislador al regular aquellos principios constitucionales, desarrollándolos y determinando cuanto se refiere al ejercicio de los derechos que encierran, lo único que establece son tiempos para el ejercicio judicial de la correspondiente acción, en razón a la seguridad jurídica y en interés del propio menor.

En orden a la posesión de estado; conforme expresa la STS de 28 de marzo de 1994, la acción de impugnación que se contempla en el art. 140 CC es una sola, la de impugnación del reconocimiento por falta de exactitud, y lo regulado en cada uno de sus dos apartados son distintos requisitos de legitimación activa, en atención a falta o no la posesión de estado; en este segundo supuesto, el CC señala un plazo de caducidad, que para el primero no se establece.

Según la jurisprudencia, por posesión de estado debe entenderse aquella relación del hijo con el padre o madre, o ambos, un concepto de tal hijo (*nomen, tractatus, fama*) manifiesta por actos reiterados, de forma ininterrumpida continuada y pública (SSTS 4 de mayo de 1964 y 20 de mayo de 1991), que no debe exigirse que los actos reveladores de la posesión de estado sean muy numerosos, ni practicados absolutamente con plena publicidad, y que la posesión de estado habrá de durar cierto tiempo, variable según los casos, sin que sea incompatible con alguna interrupción, y no requiere necesariamente una existencia actual al momento de ser invocada, siendo suficiente su constancia en un próximo pasado.

En el caso de autos, ya en el acta de nacimiento y en el acta de matrimonio del Registro de Estado Civil de Goma, referidas figura Rosette, como hija del demandado y en las inscripciones de nacimiento y matri-

monio del Registro Civil de la Embajada de España en Kinshasa, la madre lo conocía, pues tiene en su poder el libro de familia (documento tres de la demanda); igualmente, en el pasaporte de la menor.

Los cooperantes de la ONG Médicos del Mundo conocían que la niña no era hija de D. Tomás B., pero salió del Zaire con su madre, con el estado de hija de ambos, y así entró en Kenia y vino a la Península, donde su condición de filiación paterna ha

sido tenida como tal. Así las declaraciones de los testigos D.^a Amada M.G. y D.^a Julia F. de la H.

Por tanto, la acción de impugnación de la filiación paterna se ha ejercitado transcurrido el plazo de caducidad de cuatro años del art. 140 apartado segundo del CC, por lo que dando por reproducidas las consideraciones jurídicas de la sentencia apelada procede su confirmación desestimándose el recurso de apelación interpuesto.

XII. UNIONES DE HECHO

1. *Existencia de un patrimonio común en una unión de hecho que se prolongó durante aproximadamente 11 años, de la que nacieron dos hijos, existiendo cuentas bancarias conjuntas y habiendo adquirido bienes en común, no siendo obstáculo para tal declaración que alguno de ellos figure exclusivamente a nombre de uno de los convivientes.*

AP ALICANTE, Sec. 7.^a, Sentencia de 25 de septiembre de 2002. **Ponente: Ilmo. Sr. D. José de Madaria Ruvira.**

Señala el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 10 de marzo de 1998, sobre su naturaleza, que “La convivencia *more uxorio*, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no antijurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo —hoy por hoy inexistente— sino en evitar que la relación de hecho pue-

da producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica... El TS parte de la idea de que la convivencia *more uxorio* no está regulada por la ley, pero tampoco es rechazada por ésta. Reiteradamente, ha declarado que no se le puede aplicar la normativa del matrimonio, especialmente la de los regímenes matrimoniales. Así, la S. 21 de octubre de 1992; la S. 18 de febrero de 1993 declara que es de imposible aplicación la normativa de la comunidad de gananciales, lo que reiteran las de 22 de julio de 1993 y la de 11 de

octubre de 1994 que insiste en que no se le puede aplicar ni ésta ni la del régimen de separación de bienes; igualmente dice la de 20 de octubre de 1994 que no se le pueden aplicar las normas matrimoniales ni los preceptos de la sociedad de gananciales, lo que repiten las de 30 de diciembre de 1994 y la de 18 de marzo de 1995; la de 16 de diciembre de 1996 dice literalmente: nota común que resulta de la propia noción es la exclusión, por regla general, de las normas legales del matrimonio para disciplinar estas situaciones, ya que voluntariamente no se acogen los interesados a ellas, sea por razones de objeción a los formalismos, sea por razones de conveniencia o por otras; la misma idea se reitera en la sentencia de 4 de marzo de 1997... Se trata de una situación que, como se ha apuntado, es de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley. Ni, desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el Ordenamiento jurídico, como dispone el art. 1.1 CC y matiza el ap. 4 del mismo artículo. En las propias sentencias antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia *more uxorio*; así, la de 20 de octubre de 1994 dice que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación y la de 16 de diciembre de 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: no obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (art. 10, principio de dignidad de la persona, art. 14, principio de igualdad, art. 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el CC (el propio art. 96) y la L. 29/1994, de 24 de noviembre, de

Arrendamientos urbanos [cuyo art. 16.1.b), entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente], de las sentencias del TC (todas las citadas anteriormente) y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado”.

Viene a indicar el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 29 de octubre de 1997, sobre la liquidación de los bienes de dicha sociedad que “Otro problema, y relacionado totalmente en el núcleo del presente recurso en los dos motivos que se estudian, es el de la liquidación de los bienes adquiridos durante la convivencia *more uxorio* de la unión de hecho; y aquí sí que la mencionada sentencia es clarificadora cuando afirma que cuando cesa, con carácter definitivo —como es la actual situación—, la convivencia familiar surge la necesidad de la disolución y adjudicación de la cotitularidad compartida sobre los bienes comunales, sin que presente obstáculo eficiente el que la titularidad de todos o algunos de dichos bienes aparezca a favor de alguno de los componentes de la unión de hecho, debiéndose efectuar en posiciones igualitarias, y a la que se debe aplicar sin duda el régimen que establecen los arts. 392 y ss. del CC...”.

Y en este caso concreto, son incuestionables los siguientes hechos: 1. La relación sentimental y económica entre demandante y demandado comenzó en 1981 (posición primera de la prueba de confesión de la actora). 2. la convivencia mutua comienza en de septiembre de 1987 (reconocido por ambas partes). 3. Dura la convivencia hasta de junio de 1998 (reconocido por ambas partes), es decir aproximadamente 11 años. 4. De esa relación nacen dos hijos. 5. La intención de patrimonio común se deduce: a) de que la escritura de poder, de carácter general otorgada por el Sr. J. a favor de la Sra. M. es de 30 de octubre de 1997, es decir solo un mes escaso después de iniciarse la convivencia bajo el mismo techo; b) Existen cuentas bancarias comunes (Documentos 26, 64, 65, 66 y 67 de los aportados con

la demanda, especialmente el documento núm. 26, que se refiere a una cuenta conjunta en Banca Catalana de fecha de apertura 18 de septiembre de 1987); c) La contratación por parte del Sr. J. de una póliza de seguro de vida, de la que es beneficiaria la Sra. M. (documento núm. 56 de los aportados con la demanda). d) Ambos litigantes adquieren en documento privado de fecha 24 de mayo de 1988 un chalet en Crevillente y para ello ambos formalizan un préstamo hipotecario (documentos 29 a 32 de los aportados con la demanda), etc. Por todo ello siguiendo la doctrina del TS expuesta en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución, hay que entender que no existe duda sobre la comunidad de todos los bienes de los convivientes, incluido el local de la calle Montserrat Guilabert Valero, pues aunque el documento privado de compraventa a favor de la Sra M. exclusivamente, es de fecha 17 de julio de 1984 (documento núm. 4 de los aportados con la demanda) y en teoría su pago concluía el 30 de agosto de 1997 según su cláusula tercera

(con anterioridad a la convivencia bajo el mismo techo), no menos cierto es que a tenor de la prueba de confesión antedicha de la actora “sus relaciones sentimentales y económicas con el demandado provienen de 1981”, tres años antes de que se suscribiera en mencionado documento privado de compraventa. Y avala esta tesis el que la escritura pública a nombre de ambos convivientes tiene lugar escasos dos meses después de que comenzaran a vivir juntos, el 12 de noviembre de 1997 (documento núm. 28 de los aportados con la demanda). Y es irrelevante el tanto por ciento de la sociedad gestora de la guardería allí instalada, porque puede perfectamente obedecer a razones fiscales, y porque de estimar esta postura de la actora, habría que entender que los bienes puestos a nombre de cada uno le pertenecen individualmente. Por todo ello, por éstos y por los propios fundamentos jurídicos de la sentencia apelada procede su confirmación, desestimando el recurso de apelación y el de impugnación interpuestos.

2. *Concesión de una indemnización por enriquecimiento injusto a favor de la conviviente tras la ruptura de la convivencia al haberse acreditado la dedicación de la conviviente a la familia.*

AP ZARAGOZA, Sec. 2.ª, Sentencia de 23 de diciembre de 2002.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Elia Mata Albert.

Contra la sentencia dictada en la instancia que, estimando parcialmente la demanda interpuesta por D.ª Ángeles, condena al demandado al pago de 2.000.000 de pesetas, declarando la existencia entre ambos, y respecto de

los bienes inmuebles que relaciona, una comunidad ordinaria, se alza el demandado suplicando su revocación y la desestimación de la demanda, con la consiguiente estimación de la reconvencción por él formulada, tendente

a la rectificación en el Registro de la Propiedad del nombre de su esposa en el inmueble inscrito, peticiones a las que se opone la actora que interesa su confirmación.

Alega el recurrente, como motivo de impugnación del pronunciamiento relativo a la existencia del enriquecimiento injusto obtenido por el demandado por los años de convivencia extramarital con la actora, la prescripción de la acción entablada, al haber transcurrido, al interponerla, un año desde la extinción de la pareja, al amparo del art. 7.3 L. 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables de Aragón, la que, pese a ello, ignora, dice la parte, si resulta de aplicación al caso debatido.

El motivo debe parecer, pues como bien señala el Juzgador de Instancia, se trata de una cuestión nueva, no planteada por el recurrente en su escrito de contestación y reconvencción, momento preclusivo para alegar las excepciones o pretensiones pertinentes respecto del demandante (arts. 405 y 406 LEC), y sin que la misma pueda entenderse implícita en la cuestión fijada como controvertida en la Audiencia Previa, relativa al momento del cese de la convivencia, trámite procesal, cuyo contenido aparece perfectamente delimitado en los arts. 414 y ss. del citado Texto Legal, y en el que no tiene cabida la introducción de nuevas pretensiones o excepciones por las partes, porque generaría indefensión y vulneraría frontalmente el principio de preclusión procesal (sentencias del TS de 28 de noviembre de 1995, 31 de diciembre de 1999 y 23 de mayo de 2000, entre otras).

Impugna, además, el recurrente la aplicación que en materia de enriquecimiento efectúa el Juzgador de la citada Ley de Parejas Estables, tesis que tampoco puede acogerse con la finalidad desestimatoria pretendida, porque, admitiendo que a la unión de hecho de los litigantes no resulta aplicable la citada Ley, conforme prevé su art. 4 (por mantener uno de ellos vínculo matrimonial) la ausencia de normativa reguladora de las demás parejas de hecho no contempladas en aquélla permite acudir a la aplicación analógica del Derecho (art. 4 CC), y precisamen-

te, en estos caso, encuentra su semejanza el supuesto enjuiciado con los regulados por dicha normativa, en las Comunidades Autónomas donde los haya, o, en las restantes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación y divorcio por el CC, así el art. 97 (SSTS 27 de marzo de 2001 y 5 de julio de 2001), regulador de la pensión por desequilibrio económico.

Por consiguiente, resulta plenamente asumible la tesis del Juzgador consistente en el examen de la concurrencia en el caso litigioso de los requisitos contemplados en el art. 7 L. 6/1999, equiparables, por lo demás, a los del art. 97 CC en su finalidad, y, dando aquél por acreditado el determinado período de convivencia mantenido por los litigantes, la dedicación a la familia de la actora durante la unión, su trabajo y medios de vida, en comparación con los mismos extremos predicables del demandado, debe estimarse razonable y ponderada a los intereses en juego la suma a aquella otorgada, en atención a que al tiempo de la ruptura ha sufrido un empeoramiento en su situación frente a la mantenida por el otro litigante, vistas las diferencias de ingresos entre uno y otro, por lo que, no cabiendo apreciar el error valorativo de la prueba invocado, pese a la falta de acreditación del patrimonio de la actora, predicable parcialmente también respecto del demandado, procede rechazar el motivo y confirmar en ese concreto apartado la sentencia impugnada.

Igual suerte desestimatoria debe merecer el segundo motivo impugnatorio tendente a obtener la declaración de inexistencia de comunidad entre los litigantes sobre el piso y local adquiridos durante la convivencia, porque tanto uno como otro se compraron en ese período de unión *more uxorio*, manifestando actora y demandado en las escrituras de compra, adquirirlos en estado de casados y para su sociedad conyugal, manifestaciones que, por haberse emitido libre y conscientemente y con una evidente voluntad de incluirlo en el acervo comunitario formado por la pareja, existente en ese momento, no pueden tacharse

ahora de nulas, al capricho sobrevenido de quienes las emitieron (folios 28 y ss. de las actuaciones). Consecuentemente, la sentencia será confirmada y desestimado el recurso planteado.

Dada la naturaleza de la cuestión controvertida, que justifica las posturas procesales de una y otra parte, no procede hacer declaración de las costas causadas en esta alzada (art. 398 LEC).

XIII. TEMAS PENALES

1. *Condena por un delito de amenazas al esposo que, tras recibir el auto de medidas provisionales, en presencia de sus hijos menores exhibe un cuchillo de grandes dimensiones a la esposa con el propósito de atemorizarla mediante el anuncio serio y real de causarle la muerte.*

AP JAÉN, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2002.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Lourdes Molina Romero.

El error en la apreciación de las pruebas y la infracción de preceptos legales son los motivos en que se ampara el recurrente para solicitar la revocación de la sentencia. No obstante, se desestimarán sus pretensiones porque aquella resolución se considera ajustada a derecho.

El derecho fundamental a la presunción de inocencia no precisa un comportamiento activo por parte de su titular. Así resulta del art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; del art. 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y del art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y libertades Públicas de 1950, pues de tales textos no resulta solo la precisión de que la parte acusadora tenga la carga de la prueba, sino además, el que la presunción de inocencia es una verdad interina de inculpa-

bilidad que puede ser enervada cuando consta en la causa prueba de cargo suficiente, producida regularmente, abarcando su verdadero espacio dos extremos fácticos: la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, como mínimo de intervención o participación en el hecho, y no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídico-penal (sentencias del TS de 21 de marzo de 1995 y 21 de mayo de 1999).

En el caso que nos ocupa se practicaron en el juicio oral todas las pruebas, sometidas a los principios de oralidad, contradicción y publicidad, y el juzgador de la instancia las valoró conforme a la sana crítica (art. 741 de la LECrim), considerándose correcta esta labor, por las razones que se pasaran a exponer.

A través del delito de amenazas se protege la libertad de la persona y el derecho que

todos tienen al sosiego y a la tranquilidad personal en el desarrollo normal y ordenado de su vida (sentencia del TS de 13 de diciembre de 1982 y 19 de septiembre de 1994).

El agente actúa animado del propósito de atemorizar a la víctima mediante el anuncio serio y real de causar un mal futuro, determinado, posible que constituye un delito contra su persona, honra o propiedad. Se trata de un delito de peligro y de simple actividad y no de lesión y no exige para su consumación que se haya producido a la víctima la perturbación anímica perseguida por su autor (sentencia del TS de 23 de septiembre de 1992). Además la diferencia entre la falta y el delito se ha de discernir solo por la gravedad de la amenaza, valorada en función de la ocasión en que se profiere, personas que intervienen y actos anteriores y posteriores y coetáneos (sentencia del TS de 2 de julio de 1994).

La anterior doctrina jurisprudencial ha de servirnos para considerar probada la comisión de un delito de amenazas del art. 169.2 del CP. Las declaraciones prestadas por la perjudicada, tanto en la fase instructora como en el juicio oral, son contundentes y precisas, sin que se observe ninguna contradicción entre ellas. D.³ Dolores S. relató cómo su marido llegó a la casa, echó el cerrojo y la amenazó con un cuchillo de grandes dimensiones que había en la cocina, diciéndole que la tenía que matar, intentando además abrir la puerta tras la que aquella se encontraba. Todos estos hechos se produjeron a presencia de los hijos menores, uno de los que consiguió quitarle el cuchillo. Pero el acusado abrió la puerta y tirando a M.³ Dolores al suelo la cogió fuertemente por el cuello, hasta causarle las lesiones de las que tardó en curar 10 días sin impedimento, con una sola asistencia.

La gravedad del acometimiento queda fuera de toda duda, pues la víctima llegó a temer por su propia vida. Máxime cuando esa misma mañana, y al notificársele al acusado el auto de Medidas Provisionales de separación le dijo a su esposa al salir de la

casa “te mato”. Miguel M. negó los hechos, incluso que hubiera discutido con su mujer y que le hubiera causado las lesiones, refiriendo que se había autolesionado y que se las imputaba a él. La declaración de la víctima sería suficiente para considerar cometido el delito y la falta que se imputan.

El TS, consciente de que en determinados casos se provocaría la impunidad por las circunstancias que acompañan la comisión de determinados delitos, opta por conceder virtualidad al testimonio de la víctima, si bien ha de examinarse la ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusador-acusado, su verosimilitud y la persistencia en la incriminación (sentencias del TS de 11 de octubre de 1995 y 24 de junio de 1998, entre otras muchas).

Es claro el grado de deterioro de las relaciones y la crisis matrimonial preexistente, que motivó un proceso de separación. Pero aún así la sinceridad de la Sra. S.P. resulta evidente, cuando en alguna de sus declaraciones manifestó que tenía intención de perdonarle, pues su marido ya se dio cuenta de lo que hizo y estaba arrepentido. De otro lado, morboso resulta afirmar con unos hechos tan graves, que no fueron aislados, pues hubo una situación de malos tratos, que el acusado quiere mucho a su esposa e hijos.

Contamos además con el parte de lesiones y con la declaración del policía local quien manifestó en el juicio oral que fue llamado con urgencia, y cuando llegó estaban los niños en la cocina, sujetando a su padre y diciéndole, “no le pegues a mamá”, también el Agente observó el cuchillo, de 12,50 cms de hoja y una longitud total de 23 cms, arma suficientemente amenazante como para causar temor a cualquier persona.

Aparte de los vecinos que había en la puerta, diciendo que no era la primera vez que se peleaban. No hay que dudar de la declaración del policía, aunque el Atestado fuese breve, y no se relatasen suficientemente todos los detalles, que después se explicitaron en el juicio oral. Quedan suficientemente probados la comisión del delito y falta que se imputan al acusado.

Otro tanto ocurre con las circunstancias modificativas de la responsabilidad. Aunque solo puede apreciarse la atenuante de embriaguez del art. 21.2, en relación con el 20.2 y 66 del CP. Desde un principio D.^a M.^a Dolores S. ha mantenido que aquella noche su marido estaba bebido, pero que lo había visto peor en otras situaciones, y no se tambaleaba. El propio acusado dijo en el juicio oral que recordaba lo que pasó, que iba un poco bebido pero no borracho, y que sabía lo que hacía. El Agente de Policía también coincidió en este particular, porque aunque en un principio dijo que el acusado no sabía lo que hacía, y cuando fue a detenerlo le manifestó “pero yo qué he hecho”; lo cierto es que a preguntas del juzgador el testigo dijo que borracho no lo vio, pero sí nervioso.

La embriaguez conlleva distintas situaciones: 1) cuando es plena y fortuita habrá de apreciarse la eximente completa de la mano del trastorno mental transitorio; 2) cuando es fortuita pero no plena se puede llegar a la eximente incompleta si las facultades intelectivas y volitivas se encuentran seriamente disminuidas cuando la ejecución de los hechos; 3) no siendo habitual ni provocada con el propósito de delinquir, podrá admitirse la atenuante del art. 9.2 del CP, incluso como muy cualificada si sus efectos han sido especialmente intensos; 4) cuando la disminución de la capacidad de entender es leve, cualquiera que sean las circunstancias alcohólicas que las motivan, únicamente puede ser apreciada la atenuante analógica (sentencias del TS de 30 de abril de 1997 y 28 de febrero de 1998, indicándose en esta última que tal doctrina conserva su validez a la vista del art. 20.2.^a del CP en relación con el 21.1.^o del mismo texto legal).

Conforme a las pruebas ya valoradas el acusado solo tenía ligeramente afectadas sus facultades intelectivas y volitivas a consecuencia del alcohol. La intoxicación no era plena, ni le limitaba hasta el punto de desconocer el verdadero alcance de sus actos, por más que se arrepintiera acto seguido

de su violenta actitud. La aplicación de la atenuante se considera correcta.

Tampoco cabe apreciar la atenuante del núm. 3 del art. 21 del CP. Su aplicación exige actuar por causas o estímulos tan poderosos, situación inexistente con arreglo a la doctrina reiterada de esta Sala, que la excluye para no privilegiar reacciones coléricas, y que no puede confundirse con el acaloramiento o leve aturdimiento que acompaña al agente en la dinámica comisiva de ciertas infracciones (sentencias del TS de 4 de noviembre de 1993 y 11 de marzo de 1997).

En este caso consideramos que el acusado actuó quizás motivado por la notificación del auto de Medidas Provisionales de separación matrimonial. Pero no se olvide que este hecho se produjo por la mañana y la agresión tuvo lugar en la noche del mismo día. Aparte de que el impulso colérico le llevó a coger un cuchillo dirigido contra su esposa, a quien podía haber agredido de forma grave de no haberlo impedido los hijos, y las personas que allí acudieron. No se observa una afección volitiva o psíquica, que no fuera la propia actitud agresiva, que pudiera atenuar los efectos de esa conducta.

Por último, y en cuanto a la pena a imponer por la falta de lesiones y el delito, también han de rechazarse las alegaciones del recurso. Las primeras se tipifican en el apartado segundo del art. 617 del CP, que regula los malos tratos de obra causados, en este caso, al cónyuge. La realidad social es tan patética en cuestiones de esta índole, que ha sensibilizado al legislador para castigar una serie de conductas que ponen de manifiesto las situaciones generalizadas de agresión que sufren en el ámbito familiar y de pareja las personas más débiles. Se trata de paliar de algún modo los efectos de una convivencia regida por el temor y la violencia de los más desaprensivos. La víctima de esta infracción ya se encargó de manifestar que no fue un acto aislado, que había sufrido otras agresiones, y que ese fue el motivo de la separación. No hay duda de la brutalidad del acto, relatado en anteriores fundamentos jurídicos, con el agravio de llevarse a cabo a

presencia de los hijos menores del matrimonio. Por todo ello, y aunque el resultado lesivo sea leve, queda más que justificada la pena a imponer. Téngase en cuenta que el art. 638 del CP autoriza a los jueces y tribunales a imponer la pena, según su prudente arbitrio, dentro de sus propios límites, y en atención a las circunstancias del caso y del

culpable, sin ajustarse a las reglas de los arts. 61 a 72 de este Código. Razones sobran para mantener la pena impuesta. Al igual que ocurre con el delito de amenazas, en estricta aplicación del art. 66.2 del CP. De ahí que haya de confirmarse íntegramente la sentencia de instancia, con la desestimación del recurso interpuesto.

2. *Condena por un delito de detención ilegal al que encerró bajo llave a su compañera sentimental en una habitación de la casa durante varias horas.*

AP PONTEVEDRA, Sec. 2.^a, Sentencia de 6 de febrero de 2003.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Ángela Irene Domínguez-Viguera Fernández.

Los hechos declarados probados son lealmente constitutivos de un Delito de Detención ilegal previsto y sancionado en el art. 163.1.^o CP, cuya comisión viene integrada por la realización de la conducta típica, que se concreta en los verbos “encerrar” o “detener”, contenidos en el precepto legal, privando al sujeto pasivo de la facultad de trasladarse libremente de un lugar a otro, obligándole a permanecer en un determinado espacio cerrado contra su voluntad. En el trance de distinguir entre este delito y el de coacciones, a que aludió la defensa, del que no es más que una de sus formas de manifestación, la doctrina se ha centrado en el ámbito de la especialidad, señalado, que entre ambos hay una relación “de especie a género”. Y cuando la finalidad de la acción coactiva se concreta en la privación de la libertad deambulatoria, se aplicará preferentemente el tipo de la detención ilegal. Así dice la STS 27 de abril de 1999 “La deten-

ción ilegal desplazará a las coacciones siempre que la forma comisiva afecta a un derecho fundamental cual es la libertad deambulatoria”, por lo que en los supuestos de “encierro” a diferencia de los casos de “mera detención”, la distinción con el delito de coacciones, aparece clara (STS 13 y 20 de febrero de 1991). Se trata, por otra parte, de un delito de consumación instantánea, que aunque requiere cierta permanencia en la vulneración del derecho de la víctima a efectos de clarificar la concurrencia del elemento subjetivo, sin embargo, no requiere una duración determinada para la consumación delictiva, que puede darse, aun mediante una privación durante un breve lapso de tiempo (SSTS 1 de marzo de 1994; 16 de enero de 1995).

En cuanto a la aplicación del subtipo privilegiado previsto en el art. 163.2.^o CP. con el consiguiente beneficio de atenuación de

la pena, solo cabe su aplicación cuando se procure la libertad del “encerrado” antes del transcurso del plazo señalado en el precepto, pero siempre como consecuencia de un acto voluntario y directo del agente del delito y no cuando la liberación procede de una actuación de terceras personas que no incide en la menor culpabilidad del agente (STS 9 de febrero de 1990, 4 de abril de 1994 y 10 de febrero de 1995, entre otras). En el presente caso, ha resultado probado que la víctima permaneció encerrada en una habitación de su domicilio contra su voluntad y como consecuencia de la directa y voluntaria actuación del acusado, que cerró la puerta con llave por su parte exterior, con el evidente propósito de privar a su compañera sentimental de su facultad deambulatoria, tras una discusión mantenida con ella y en un contexto de malos tratos que fue reiteradamente denunciado, según se deriva de la prueba documental obrante en las actuaciones. Hechos que llenan todos los requisitos del tipo penal precedentemente definido. Es verdad que la denunciante en el Acto de juicio oral, mudó su versión inicial de los hechos para exculpar al acusado, manifestando que fue ella misma la que se encerró. Sin embargo, esta nueva versión no resulta verosímil a tenor de las circunstancias concurrentes, ni se adujo razón alguna que justificase tal mutación. Antes al contrario, los policías nacionales que depusieron en el Acto de juicio, con intervención directa en los hechos, corroboraron la versión inicial espontáneamente prestada en sede policial y ante el juzgado instructor, al referir, que acudieron a casa de la denunciante alertados por un vecino que les comunicó, que había una mujer encerrada, que pedía auxilio y tiraba macetas a la calle, para llamar la atención de los transeúntes. Conducta que carecería de explicación si fuese la misma denunciante la que disponía de la llave y se hubiese encerrado, y en ese caso, lo razonable sería que el acusado, que se encontraba también en la vivienda, hubiese reclamado el auxilio policial o de terceros para forzar la puerta ante la angustiada situación de su compañera, en

lugar de adoptar una actitud pasiva, como la relatada por los funcionarios policiales, a los que se limitó a manifestar “que había extraviado la llave”, reconociendo implícitamente su autoría. Por otra parte, los mismos funcionarios relataron de modo unánime que la víctima tan pronto fue liberada, les manifestó que el acusado la había encerrado, y que así había permanecido, desde la tarde anterior, sin posibilidad de alimentarse o acudir al baño. Elementos probatorios, que corroboran totalmente la primera versión de la denunciante y que constituyen válida prueba de cargo acreditativa de la autoría del acusado respecto de los hechos que integran el delito de detención ilegal.

Los hechos declarados probados también son constitutivos de un delito continuado de quebrantamiento de la medida cautelar de alejamiento tipificado en el art. 468 CP, en relación con el art. 74 del mismo texto legal medidas acordadas mediante resolución judicial (auto dictado en 12 de febrero de 2002) dictado por el Juzgado de instrucción competente, y que puesto en conocimiento del acusado (declaración prestada ante el juzgado al f. 112 de las Diligencias Sumariales) le imponía la obligación de acatamiento, siendo, por el contrario infringido en 5 de marzo de 2002 y 11 de mayo de del mismo año, en que, según resultó probado mediante el testimonio fiable y contundente de los funcionarios de policía que depusieron en el Acto de juicio oral, el acusado acudió al domicilio de su compañera sentimental, aporreando la puerta de entrada, instando de modo violento que le permitiese acceder al mismo, a lo que se oponía D.^a María C.L., que se vio obligada a demandar el auxilio policial, llamando a la Sala del 091.

Los hechos expuestos en el último párrafo del relato fáctico no se estiman constitutivos de un delito de desobediencia grave a los Agentes de la Autoridad, como interesa el Ministerio Fiscal, pues la jurisprudencia tiene señalado que la huida de un presunto delincuente en trance de ser detenido por la Policía, que hace caso omiso a las reiteradas

órdenes de alto, como sucedió en el presente caso no es constitutiva de delito de desobediencia, cuando es subsiguiente a la comisión de un delito supone una especie de auto-encubrimiento que queda absorbida por este, de modo que solo se castigará en los casos de resistencia a ser detenido, no en los de huir o no detenerse (SSTS 11 de marzo de 1976, 17 de septiembre de 1988, 4 de octubre de 1989) y como en el presente caso, el acusado se limitó a huir de los funcionarios policiales, en actitud meramente pasiva, y para eludir la detención e identificación como consecuencia de la previa comisión del delito de quebrantamiento de medidas cautelares, que también se le imputa, sin que, en el relato del escrito de acusación se describa una situación de resistencia

activa, o enfrentamiento a los funcionarios policiales, habrá de ser absuelto del citado delito con todos los pronunciamientos favorables.

De los referidos delitos es autor el acusado por su participación directa en los hechos, según lo dispuesto en el art. 28 CP, sin que concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, no habiéndose acreditado que el acusado al tiempo de la comisión de los hechos se encontrase en estado de embriaguez, circunstancia no constatada por los Agentes de Policía que procedieron a su detención, según manifestaron en el Acto de juicio oral, y que tampoco se compagina con la conducta adoptada por el acusado en su huida.

XIV. OTRAS CUESTIONES

1. *Se estima el recurso contra el auto que inadmitió a trámite la demanda de incapacitación basada en el alcoholismo, ya que éste puede en abstracto encuadrarse sin dificultad en el concepto de enfermedad o deficiencia física o psíquica, permanente, y susceptible de anular o mermar sensiblemente la capacidad natural del sujeto, y puede en concreto constituir causa de incapacitación cuando el grado de dependencia que introduce en el comportamiento de la persona condicione y comprometa el conjunto de sus intereses personales y patrimoniales, privándoles de la cobertura y protección adecuadas.*

AP SEVILLA, Sec. 2.^a, Auto de 22 de noviembre de 2002.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Damián Álvarez García.

Los demandantes instan la incapacitación de su madre con base en la dependencia alcohólica que padece, según se desprende del parte emitido por el Servicio de Psiquiatría del Hospital Militar de Sevilla.

La Juzgadora, tras requerir la aportación de informe o dictamen médico acreditativo de enfermedad mental, inadmite a trámite la demanda, de acuerdo con el criterio del Ministerio Fiscal.

Toda anomalía (enfermedad o deficiencia) física o psíquica, persistente y continuada, puede constituir causa determinante de incapacidad judicial, si repercute en la capacidad personal de autogobierno. Por ello, el alcoholismo puede en abstracto encuadrarse sin dificultad en el concepto de enfermedad o deficiencia física o psíquica, permanente, y susceptible de anular o mermar sensiblemente la capacidad natural del sujeto, y puede en concreto constituir causa de incapacidad cuando el grado de dependencia que introduce en el comportamiento de la persona condicione y comprometa el conjunto de sus intereses personales y patrimoniales, privándoles de la cobertura y protección adecuadas. Ello supuesto, el auto

impugnado impone un requisito de admisibilidad de la demanda de incapacidad no exigido por los artículos 756 y siguientes de la nueva LEC, de alcance semejante al impuesto por el artículo 767.1 de dicha Ley procesal (principio de prueba de los hechos fundadores) para la admisión de las demandas sobre determinación o impugnación de la filiación; de ahí que el recurso deba prosperar y la demanda planteada por los recurrentes deba ser admitida a trámite, sin perjuicio de la procedencia o no de la incapacidad pretendida en función del resultado de las pruebas y de las audiencias preceptivas a realizar con arreglo al art. 759 de la citada LEC.

2. *Aun cuando se ha acreditado que la esposa se dedicó durante la convivencia a la casa e hijos, al no existir desequilibrio patrimonial entre los esposos no procede conceder la indemnización del art. 41 del Codi de Família.*

AP GIRONA, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de enero de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Ferrero Hidalgo.

Por lo que se refiere a la denegación de la indemnización por razón del trabajo para la casa o para el otro cónyuge prevista en el artículo 41 del Código de Familia, debe señalarse que no se comparten los argumentos que el Juzgado utilizó para su denegación, pues no se podía renunciar a la misma en el Convenio Regulador de 19 de agosto de 1992, pues tal derecho no existía en esta fecha. Efectivamente, el derecho que reconoce el artículo 41 del Código de Familia, aunque con una regulación no exactamente igual, ya fue regulado en el artículo 23 de la Compilación de Derecho civil, el cual fue introducido por la Ley 8/1993, de 30 de septiembre. Por otro lado, como estableció la sentencia del Tribunal Superior de Justicia

de Cataluña de 20 de abril de 2000, “El título en que se funda la indemnización compensatoria en caso de extinción del régimen económico matrimonial no es la crisis conyugal sino la separación, nulidad o divorcio o, más en concreto, la resolución que tal declare. Así se deduce con claridad del texto del art. 23 de la Compilación que sitúa el nacimiento del derecho a la compensación ‘quan s’extingeixi el règim per separació judicial, divorci o nul·litat del matrimoni’. Cosa distinta es que para centrar el montante económico haya de acudir a la situación de convivencia conyugal, de tal modo que el cese de ésta determine la situación de enriquecimiento/empobrecimiento. En otras palabras, la crisis conyugal que supone la falta

de convivencia *uxoris* sirve de elemento nuclear para valorar la situación económica de los cónyuges y de momento para apreciar si existe verdadera desigualdad patrimonial que genere un injusto enriquecimiento para uno de los cónyuges, pero el título que engendra el derecho es la extinción del régimen económico matrimonial por sentencia de separación, nulidad o divorcio”. Dos son los requisitos para que un cónyuge tenga derecho a tal compensación económica según se desprende del artículo 41 del Código de Familia, en primer lugar, que uno de los cónyuges, sin retribución o con una retribución insuficiente se haya dedicado a la casa o haya trabajado para el otro cónyuge y, en segundo lugar, que como consecuencia de dicho defecto retributivo se haya generado una situación de desigualdad entre su patrimonio y el del otro cónyuge, produciéndose un enriquecimiento injusto. En la determinación de esta pensión se tendrá en cuenta la incidencia familiar de la actividad del cónyuge que la reclama, la cuantía de la desigualdad patrimonial producida y las circunstancias del caso, debiendo dejar claro que tal compensación no es un mecanismo para igualar patrimonios, sino para compensar una dedicación de uno de los cónyuges en beneficio de la familia y por la cual no ha tenido retribución o la que ha tenido ha sido insuficiente.

En cuanto al primer requisito, esto es, la dedicación a la casa o al trabajo del otro cónyuge, de todo lo actuado resulta que la esposa durante los veintisiete años que ha durado el matrimonio no consta que haya efectivamente trabajado, a pesar de ser administradora de una de las sociedades de la familia, además, dicha administración se inició poco antes de la separación de hecho. No puede valorarse la circunstancia que parte de su patrimonio personal se hubiera invertido en la creación o mantenimiento de las sociedades de las que eran accionistas ambos o el esposo, pues el precepto no se refiere a tal circunstancia para que nazca el derecho a ser indemnizado, sino al efectivo trabajo para el otro cónyuge. Además, debe

tenerse en cuenta que la actora es titular de un porcentaje importante de las acciones de “E., S.L.” y de la mitad de la vivienda familiar, lo cual supone que sus inversiones se hicieron también en su beneficio. El hecho de que pudiera invertir más de lo que en la actualidad tenga resulta irrelevante, pues ello depende lógicamente, sobre todo en relación con “E., S.L.” de la buena o mala situación económica de la misma, o de hechos ocurridos actualmente y que son objeto de un procedimiento penal.

Por el contrario, sí puede afirmarse que se dedicó a la atención de la casa y de los hijos, a pesar de que recibiera la ayuda de asistentes domésticos, sobre todo en lo que se refiere a la atención de la casa, pero no en la atención de los hijos, lo que ocurre es que tal ayuda importante, no cabe duda, de una asistente doméstica, debe ser valorada como el propio artículo 41 del Código de Familia indica. De la documentación aportada por el demandado se desprende que, efectivamente, existía servicio doméstico, pero no consta que hubiera una o varias empleadas que se encargaran de llevar la casa y del cuidado de los hijos, sino que, más bien, de dicha documentación se desprende que la contratación de dichos servicio era durante unas horas determinadas, por lo que lógicamente debe deducirse que D.^a Roberta se encargaba, sobre todo, del cuidado de los hijos y teniendo en cuenta que el matrimonio tuvo seis hijos, es claro que el trabajo dedicado a los mismos tuvo que ser importante. Por lo tanto, el primero de los requisitos debe considerarse como acreditado.

En cuanto a la existencia de desigualdad entre el patrimonio de uno y otro cónyuge, debe señalarse que tal desigualdad debe predicarse en el momento en el que se produjo la separación de hecho del matrimonio y no en el momento en el que fue solicitado el divorcio por lo que es intrascendente la situación en la que se encuentran actualmente las distintas sociedades de uno o del otro o de ambos. Ello supone la dificultad de valorar la desigualdad entre un patrimonio y otro, dado que los dictámenes periciales se

han realizado a fecha actual y no en aquel momento. Además de no realizarse un verdadero estudio económico de las empresas, dado que no existe en los autos sus libros de contabilidad. Ahora bien, teniendo en cuenta que el patrimonio del matrimonio es más o menos el mismo en una y otra fecha y que en el año 1992 la situación económica de las empresas era tal vez mejor que la actual, puede determinarse perfectamente si se ha producido o no una desigualdad patrimonial. Que tal valoración debe hacerse en el momento de la separación de hecho es indudable, pues es en dicho momento cuando cesa la contribución de uno de los cónyuges a la casa o a favor del otro cónyuge y, por lo tanto, cuando se produce o no el desequilibrio patrimonial. D.^a Roberta era en dicha fecha copropietaria del domicilio familiar, copropietaria de un local en Lloret de Mar y era accionista única de la empresa “E., S.A.”, siendo intrascendente que en la actualidad no lo sea, pues la transmisión de acciones que hizo en el año 2000, a parte de que es objeto de un procedimiento penal, se produjo cuando el matrimonio se había separado de hecho hacía varios años. Si analizamos el dictamen pericial resultaría que en la actualidad el valor patrimonial más importante que tienen ambos es el relativo a la sociedad “E., S.A.”, por lo que lógicamente es de suponer que en el año 1992 también lo era, lo cual supondría que D.^a Roberta, al ser la accionista única, tendría un patrimonio accionarial superior al de D. Jorge y que más o menos se igualaría con el de éste, teniendo en cuenta las propiedades inmobiliarias del mismo. Es posible que las otras sociedades de las que D. Jorge era accionista único o principal estuvieran en mejor situación económica que la que tienen en la actualidad, pero, debió haberse acreditado. En todo caso, no debe olvidarse que el derecho no nace por el hecho de que un cónyuge tenga un patrimonio superior al otro, sino por el hecho de producirse un enriquecimiento injusto, derivado de que un cónyuge ha trabajado para la casa o para el otro, sin retribu-

ción alguna o con una retribución insuficiente, con lo cual no ha podido conseguir ningún patrimonio, mientras que el otro al realizar un trabajo lucrativo, además de contribuir a la cargas matrimoniales, ha podido ir formando un patrimonio. Pero, en el presente caso, no queda debidamente acreditado que ello se haya producido, pues D.^a Roberta, en el momento de la ruptura matrimonial tenía un patrimonio importante y, si bien es cierto que en su formación contribuyó con el patrimonio que ya tenía o con el adquirido por herencia durante el matrimonio, no puede declararse probado que el resultado patrimonial en el año 1992 sea debido a las inversiones realizadas con su patrimonio originario, pues, resulta que en el año 1991 se convirtió en accionista mayoritaria de la sociedad “E., S.A.”, procediendo a un aumento de capital en 45.780.000 pesetas. A su vez tal sociedad adquirió de “V., S.A.” el 75% del “Hotel O.”, por lo que indirectamente pasó a ostentar la propiedad del 75% de dicho Hotel, pagando por ello el importe de 80.000.000 de pesetas, que según alega procedían dicho importes de las últimas ventas de sus propiedades en Francia. No puede aceptarse que con ello fuera engañada, ni mucho menos tuviera un perjuicio patrimonial, pues aunque dicho hotel no esté ni estuviera siendo explotado, su valor es importante, esto es, 442.987.466 pesetas y aunque en la fecha de la compra tuviera un valor inferior, es claro que el mismo sería muy superior a los ochenta millones pagados por “E., S.A.” e indirectamente por la recurrente. Es necesario volver a reiterar que lo ocurrido en el año 2000 sobre la venta de acciones por parte de la recurrente a favor de D. Jorge no resulta relevante a los efectos de la presente cuestión, pues ocurrieron cuando el matrimonio de hecho, aunque no legalmente, ya estaba disuelto. En su caso, ello es relevante a los efectos de valorar si D. Jorge ha venido a peor fortuna como pretende hacer creer, a los efectos de fijar la pensión alimenticia a favor de los hijos y compensatoria a favor de la esposa.

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. FILIACIÓN

1.1. *Se inscribe la filiación no matrimonial de la madre cuando el hijo ha nacido pasados más de 300 días desde la disolución del matrimonio. Aunque el nacimiento haya acaecido por virtud de un embrión crioconservado de los cónyuges, no es inscribible la filiación matrimonial porque no consta el consentimiento del marido para la implantación post mortem del embrión, sino sólo su consentimiento para la congelación de embriones y, además, este consentimiento no consta en documento fehaciente (artículo 92 del Código de familia catalán).*

RESOLUCIÓN de 24 de septiembre de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil el 14 de febrero de 2002 doña Y., mayor de edad, viuda, solicitaba la inscripción del nacimiento de su hija S. acaecido en B. el 4 de febrero de 2002 como hija matrimonial de su marido G.N.H., fallecido el 9 de enero de 2001.
- En comparecencia la promotora aportó copia del consentimiento de los cónyuges para la transferencia de embriones crioconservados, informe de la transferencia de embriones congelados/descongelados procedentes del ciclo de fecundación “in vitro” realizados el 7 de noviembre de 2000 por los cónyuges y demás documentación del Centro Médico sobre el proceso de fecundación “in vitro”.

- El Juez Encargado dictó auto con fecha 1 de marzo de 2002 denegando lo solicitado al entender que no era de aplicación el artículo 92 del Código de Familia, al no darse el supuesto de “fecundación post mortem ni ajustarse el consentimiento prestado a los términos exigidos en su apartado a), ya que la fecundación propiamente dicha se produjo en vida del marido y no constaba la voluntad expresa del mismo para que se llevase a cabo el embarazo después de su muerte, por lo que, en aplicación de las normas generales de determinación extrajudicial de la filiación, habiéndose producido el nacimiento después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, no gozaba el nacido de la presunción de filiación matrimonial, por lo que procedía su inscripción exclusivamente con la filiación materna acreditada, no obstante, cabría perfectamente la determinación de la filiación matrimonial en vía jurisprudencial, siempre que se acreditase, mediante las pertinentes pruebas biológicas, la paternidad del marido ya que la fecundación se produjo en vida del mismo, constante el matrimonio.
- Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y a la promotora, ésta presentó recurso ante la DGRN alegando que en 1996 iniciaron los trámites para someterse a algún tratamiento para tener hijos, cambiando por problemas con el centro médico en 1999 a otro con el que iniciaron un tratamiento de inseminación artificial, optando en octubre de 2000 por el de fecundación in vitro, el 7 de noviembre de 2000 tuvo lugar la punción folicular, el 9 se produjo la primera transferencia de embriones frescos y el 10 el centro médico les entregó informe de los embriones transferidos y congelados, siendo el resultado de la transferencia negativo, el 18 de diciembre de 2000 ambos cónyuges prestaron consentimiento para someterse a la criotransferencia de los embriones criopreservados iniciándose el tratamiento farmacológico y desgraciadamente el mismo día que debía llevarse a cabo la transferencia falleció su cónyuge en accidente de circulación, decidiendo la promotora seguir adelante y produciéndose la transferencia el 22 de mayo de 2001 quedando embarazada, debiendo considerarse el consentimiento libremente prestado en el documento médico de 18 de diciembre de 2000 indubitado a los efectos del artículo 49 de la LRC y suficiente para reconocer la filiación matrimonial, adjuntando nueva documentación médica y acta de protocolización del citado documento médico.
- De la tramitación del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que interesó su desestimación al ser genérico aparte de dudosamente fehaciente ya que se aportaba un mero reconocimiento bancario de su firma, el consentimiento que el 18 de diciembre de 2000 el marido dio para la fecundación asistida de su mujer.
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se plantea en este recurso la filiación paterna que ha de figurar en la inscripción de nacimiento del nacido pasados trescientos días después del fallecimiento del cónyuge de la madre, que ha sido concebido con técnicas de reproducción asistida.

Tanto el Código Civil (cfr. art. 116) como el Código de Familia de Cataluña (cfr. art. 89) establecen como límite para atribuir al marido la paternidad matrimonial que el nacimiento tenga lugar antes de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o de la separación legal o de hecho de los cónyuges. De esta regla general se exceptúa el caso en que el hijo ha nacido como consecuencia de un proceso de fecundación asistida de la mujer que ha tenido lugar después del fallecimiento del marido.

Este supuesto exige unos requisitos específicos, por lo que en definitiva, se trata de comprobar, si efectivamente, concurren en él las previsiones que marca la Ley para que el nacido tenga determinada la filiación paterna matrimonial que su madre reclama.

En el presente caso, es forzoso reconocer que falta el consentimiento expreso del marido para que la fecundación asistida pueda tener lugar después de su muerte que, además, debe “constar fehacientemente” [cfr. art. 92.2.a) del Código de Familia]. No cabe argumentar interpretaciones literales sobre el significado de la palabra fecundación, para que el supuesto que ahora se plantea quede fuera de la ratio de la Ley. Ciertamente la técnica utilizada (transferencia de embriones criopreservados) no se corresponde exactamente desde un punto de vista biológico con la fecundación, pero entender que ésta se ha producido en vida del marido y por tanto no se trata de una fecundación asistida “post mortem” llevaría a consecuencias poco deseables, ya que, en este caso no le sería aplicable la limitación temporal que establece el Código de Familia [270 días después de la muerte del marido, cfr. art. 92.c)] quedan

do los embriones congelados “sine die” o hasta que la viuda decidiera o no implantárselos, creando una permanente situación de indeterminación e inseguridad en las relaciones jurídicas derivadas del hecho del nacimiento totalmente inadmisibles. Por el contrario, no cabe interpretar una Ley de manera que conduzca a la contradicción o al absurdo, teniendo, sin embargo que interpretarse de acuerdo con el espíritu de la misma y la realidad social en que la misma ha de aplicarse. Y no cabe duda que la voluntad del legislador, teniendo en cuenta las consecuencias jurídicas de todo orden que tiene el hecho de la muerte, es clara en exigir consentimiento expreso del marido para este supuesto, sin que pueda deducirse, sin más de su consentimiento —efectuado en vida—, a que la fecundación asistida tenga lugar, y por más que el destino evidente de los embriones sea su implantación en el útero materno. La cuestión es lo suficientemente importante como para que se exija de una manera clara y terminante la voluntad del marido y entenderlo de otro modo llevaría al absurdo, ya que si se entendiera prestado el consentimiento en vida, también para el caso de muerte, no tendría sentido que la Ley exigiera requisitos más rigurosos para este supuesto excepcional. A mayor abundamiento, el documento suscrito por los cónyuges en el Centro Médico y que según la recurrente es suficiente a los efectos que pretende, no puede ser en ningún modo considerado como un documento “fehaciente” ya que carece de las formas y solemnidades que la Ley exige para que pueda tener tal consideración, sin que pueda tener valor como tal la simple protocolización del documento del Centro Médico efectuada un año después del fallecimiento y, obviamente, con la sola intervención de la viuda. Por todo lo expuesto, al no concurrir los requisitos exigidos no puede accederse a la pretensión de la recurrente sin perjuicio de lo que pueda decidirse en un juicio declarativo ordinario.

1.2. *Es inscribible el reconocimiento de unos menores, otorgado en forma y con todos sus requisitos, sin que importe la sola sospecha de que el reconocimiento no se ajusta a la veracidad biológica.*

RESOLUCIÓN de 28 de diciembre de 2002.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escrito presentado el 8 de febrero de 2002 y comparecencia el 20 de febrero de 2002 en el Registro Civil de la Embajada de España en Q., don J.G.M., mayor de edad, español, solicitaba la inscripción de nacimiento con anotación marginal de reconocimiento paterno de K-J. y J.B.-G.N. nacidos en Q.-Ecuador el 2 de febrero de 1998 y el 20 de enero de 2000, respectivamente, ambos hijos de doña N.-M.N.M., de nacionalidad ecuatoriana.
- Asimismo compareció la madre de los menores manifestando su consentimiento expreso al reconocimiento paterno y solicitando la práctica de las inscripciones de nacimiento, declarando tanto ella como el promotor que deseaban que su hijo J.-B. fuera inscrito con la grafía extranjera correcta: J.-B.
- El Encargado del Registro Civil Consular dictó resolución con fecha 6 de marzo de 2002 denegando la inscripción de nacimiento de J.-B.G.N. al no caber el reconocimiento de paternidad si se deducía que el autor del mismo no era el padre del menor, habiendo incurrido en comparecencia el promotor y la señora N. en contradicciones acerca de los hechos que daban lugar al reconocimiento, llegando a manifestar expresamente señor G. que no era el padre biológico de J.-B.G.N.
- Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y al promotor y enviada copia de la misma al Registro Civil Central, el promotor presentó recurso ante la DGRN alegando que el acta de comparecencia no obraba en su poder ni estaba adjunta al expediente desconociéndose cuáles eran las contradicciones y si manifestó expresamente que no era el padre biológico, la resolución del Consulado no le fue notificada hasta el 9 de septiembre, siendo la resolución nula de pleno derecho por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido vulnerando el derecho de legítima defensa.
- De la tramitación del recurso se dio traslado a la Canciller del Consulado, en funciones de Ministerio Fiscal, que no formuló alegaciones. El Encargado del Registro Civil Consular confirmó la resolución apelada informando

que la notificación se realizó correctamente en el domicilio en España del promotor, al no constar el mismo como residente o transeúnte en esa Embajada ni en el momento de la solicitud ni en el de la procreación o nacimiento de los hijos, el acta no fue firmada por el supuesto padre pues sus declaraciones no se correspondían con el texto de la misma en la que constaba de modo riguroso y sin ambigüedades la afirmación del padre de tener al hijo como suyo y las diligencias oportunas, conforme al artículo 28 de la LRC, se efectuaron al tener dudas fundadas sobre la solicitud efectuada, remitiendo finalmente el expediente a la DGRN.

- La DGRN estimó el recurso y ordenó la inscripción del reconocimiento de filiación.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La filiación paterna no matrimonial queda determinada legalmente por reconocimiento del que afirme ser padre efectuado por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil (art. 120.1 del CC) y, si el reconocido es menor de edad, el reconocimiento es eficaz si presta su consentimiento expreso la madre y representante legal del menor (cfr. art. 124.1 del CC).

Todas estas condiciones concurren en los reconocimientos discutidos y, si bien es cierto, que, aun así, esos reconocimientos no serían inscribibles si hay datos objetivos que

permitan estimar los mismos como reconocimiento de complacencia que no se ajustan a la realidad, a la vista de que el principio de veracidad biológica es el inspirador de la regulación del Código Civil en materia de filiación, también es cierto que las simples sospechas de que el reconocimiento no responde a la verdad es cuestión que escapa a la calificación del Encargado que sólo puede denegar la inscripción cuando de las manifestaciones solemnes de los interesados se deduce, sin lugar a dudas, la falta de veracidad del reconocimiento.

1.3. *Es posible practicar una nueva inscripción de nacimiento, conforme al mecanismo previsto en la Instrucción de 15 de febrero de 1999, cuando el solicitante es el adoptado mayor de edad.*

RESOLUCIÓN de 14 de febrero de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don H. presentó escrito ante el Registro Civil solicitando 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 Dirección General de los Registros y del Notariado 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 acordó que se procediese a la cancelación y a la práctica de una nueva inscripción de nacimiento.

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 regis-

trales 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.

1.4. *No prospera el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil para inscribir la paternidad no matrimonial, si no hay documento indubitado del padre ni pruebas suficientes de la posesión de estado; además el Canciller del Consulado, en funciones de Ministerio Fiscal, se ha opuesto frontalmente.*

RESOLUCIÓN de 5 de marzo de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escrito de fecha 27 de agosto de 2002 presentado en la Embajada de España en Managua, don J. nacido en P. (Nicaragua) el 13 de octubre de 1972, inscrito en el Registro Civil de las Personas de esa localidad, el 17 de septiembre de 1990 como hijo de J.-M. y M.F., solicitando que en virtud de los arts. 10.2 y 17 de la LRC y 51 del RRC, se instruya el preceptivo expediente para determinar legalmente su filiación no matrimonial paterna conforme lo dispuesto en los arts. 120.2 del CC, 49 de la LRC y 189 del RRC; manifestando que su padre, falleció en el año 2001 sin que le constara haberle reconocido formalmente ante ningún Encargado de Registro Civil, testamento u otro documento publico, y que el único reconocimiento realizado había sido siempre otorgado de forma verbal.
- Ratificado el interesado, éste manifestó ante el Encargado del Registro que conoció personalmente a su hermanastra J.U. hace algo mas de un año, aunque cree que ella ya sabía de su existencia, es decir, que sabía de algún modo que él era también hijo de su padre; añadía que los otros cuatro hermanos vivían actualmente en Estados Unidos y no los conocía personalmente, aunque cree que sí tenían conocimiento de su existencia; y en cuanto a la relación de sus padres, lo que recuerda es que se conocieron en Managua, que mantuvieron relaciones durante algún tiempo, las que pensaban formalizar, pero que dado que su padre mantenía relaciones con otras mujeres, su madre decidió dar por finalizada la relación.
- El Encargado de Asuntos Consulares de la Embajada de Managua comunicó a los hermanos del solicitante, a través del Registro Civil Consular de sus domicilios, la incoación del expediente de filiación no matrimonial solicitado por don J.U., a fin de que si lo estimaran conveniente, se constituyan en parte y formulen oposición o hagan las alegaciones que consideren convenientes. Don F.-J.U.S., manifestó que era la primera vez que tenía conocimiento de la existencia de don J.U.F., ya que su padre nunca le había informado de su existencia dejando en sus manos decidir la legalización de dicha persona. Con fecha 13 de noviembre de 2002, compareció ante el Encarga-

do del Registro Civil Consular, doña C.-J.U.S., a fin de prestar testimonio relacionado con el expediente incoado por el solicitante, manifestando que tenía conocimiento de la existencia de su hermano por parte de su padre desde que tenía alrededor de 13 años; que su padre nunca hablaba de ese asunto y que más bien fue su propia madre la que en alguna ocasión le habló de la existencia de su hermanastro, ella creía que su madre siempre había tenido conocimiento de la existencia de J.U.F. Y del hecho de que era hijo de su marido, que a principios del año 2001 ella conoció, casi por casualidad, a J., siendo ésta la primera vez que se encontraban; comentando este hecho con su padre, que se sorprendió, pero no negó que Javier fuera hijo suyo; terminó manifestando que no se oponía a que se determinara legalmente que J.U.F. fuera hijo no matrimonial de su padre, más bien todo lo contrario.

- Notificado el Canciller de la Embajada en funciones de Ministerio Fiscal, éste consideró no procedía acceder a lo solicitado, alegando que de acuerdo con los arts. 120.2 del CC, 49 de la LRC y 189 del RRC, estimaba que no se habían cumplido los requisitos legales ni acreditado suficientemente los hechos alegados, puesto que no se había aportado ningún escrito indubitado de don J.-M.U.U. en el que expresamente reconociera su paternidad con respecto a don J.U.F. ni había quedado demostrado que este último se hallara en la posesión continua del estado de hijo no matrimonial de aquél.
- El Encargado dictó auto con fecha 29 de noviembre de 2002 acordando que no procedía acceder a lo solicitado, fundamentando su resolución en que en este caso no se habían acreditado la mayoría de los requisitos legalmente exigidos por el artículo 49.2 de la LRC, al no haberse aportado ningún escrito indubitado de don J.-M.U.U. que reconozca su paternidad respecto a don J.U., Y según el apartado 3 del mismo articulado, formulada oposición (en este caso la del Ministerio Fiscal), la inscripción de la filiación sólo podrá obtenerse por el procedimiento ordinario.
- Notificado el Ministerio Fiscal y el interesado, este interpuso recurso ante la DGRN, desestimando ésta el recurso interpuesto.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

En el recurso alegaba el recurrente que desde su nacimiento había sido identificado como J.U.F. de manera pública y de buena fe había poseído continuamente el estado civil de hijo fuera de matrimonio, lo que le había permitido obtener sus identificaciones legales reconocidas por el estado de Nicaragua. Acompaña fotocopia de tarjetas de identidad,

titulaciones y diversa documentación acreditativa del nombre con el que se le conoce.

En ausencia de reconocimiento formal de la paternidad no matrimonial, puede inscribirse ésta a través del expediente al que alude el artículo 120.2.º del Código Civil y que desarrollan los artículos 49 de la Ley del Re-

gistro Civil y 189 de su Reglamento. El éxito del expediente requiere que haya un documento indubitado del padre en que expresamente reconozca la paternidad, o bien que el hijo se encuentre en la posesión continua de estado de la filiación no matrimonial paterna, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. Además es necesario que no haya oposición del Ministerio Fiscal ni de ninguno de los posibles interesados que deben ser notificados personalmente de modo obligatorio, porque si concurre oposición

de alguno la inscripción de la filiación sólo puede obtenerse por la vía judicial ordinaria.

En este caso no hay pruebas suficientes de la posesión de estado alegada y no existe el documento indubitado del padre. En todo caso el Canciller del Consulado, que asume funciones de Ministerio Fiscal, se ha opuesto frontalmente a la aprobación del expediente, poniendo de relieve la ausencia de ese documento y la insuficiencia de las pruebas sobre la posesión de estado.

2. NOMBRE Y APELLIDOS

2.1. *No es admisible, ni por la vía de cambio, el nombre “Enrique” para una mujer en proceso de transexualidad pero que aún no ha obtenido por sentencia el cambio de sexo.*

RESOLUCIÓN de 3 de enero de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil el 11 de septiembre de 2002, doña A., nacida el 18 de junio de 1979 solicitaba el cambio de nombre en su inscripción de nacimiento por el de “Enrique” por ser el usado habitualmente. Adjuntaba los siguientes documentos: certificación literal de nacimiento, certificado de empadronamiento y diversa documentación médica sobre un proceso de cambio de sexo en que constaba con el nombre solicitado.
- Ratificada la interesada, comparecieron sus padres manifestando que consideraban muy injusta la situación que estaba viviendo su hijo por lo que creían que las instituciones públicas le deberían echar una mano para acabar con el sufrimiento que había vivido hasta entonces. Asimismo la propia interesada manifestó que le era muy doloroso utilizar su nombre cuando su aspecto era totalmente masculino y todo el mundo le trataba como un hombre que era como realmente se sentía, tenía hecha una mastectomía, seguía un tratamiento con testosterona y a todos los efectos se consideraba de forma irreversible un hombre, habiéndole recomendado los psicólogos que

le atendían el cambio de nombre y considerando un atentado a su intimidad el tener que exhibir un nombre femenino en su DNI cada vez que iba al médico, para pedir un trabajo o abrir una cuenta bancaria, por ejemplo.

- El Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado ya que, al no haberse verificado el cambio de sexo, el nombre solicitado contravenía lo establecido en el artículo 54 de la LRC al inducir a error en cuanto al sexo real de la promotora, todo ello sin perjuicio de que reiterase la petición cuando se verificase legalmente el cambio de sexo.
- La Juez Encargada del Registro Civil dictó auto con fecha 7 de octubre de 2002 autorizando el cambio de nombre solicitado al no ser extensible la prohibición del artículo 54 de la LRC a un caso de transexualidad tan avanzado, no pudiéndose decir que el uso de un nombre masculino por alguien de apariencia netamente masculina que estaba siendo sometido a un proceso de conversión sexual del que se habían producido ya algunas fases como la extirpación de mamas, el tratamiento hormonal con aparición de vello y el cambio de voz, fuese a producir error en cuanto al sexo, invocando los derechos constitucionales del libre desarrollo a la personalidad, a la intimidad y a la propia imagen e incluso el derecho a la salud, en base al informe psicológico aportado, estando admitido el cambio de nombre previo a la operación de cambio de sexo por países próximos a España, recomendado por el Parlamento Europeo que se reconociese un status jurídico a los transexuales no sometidos a intervención quirúrgica al menos durante el período preoperatorio y debiéndose interpretar las Leyes de acuerdo con la realidad social del tiempo en que debían ser aplicadas.
- Notificada la resolución a la interesada y al Ministerio Fiscal, éste presentó recurso ante la DGRN invocando el principio de legalidad siendo el Poder Legislativo al que le correspondía la integración de lagunas que no podía hacerse mediante la interpretación sociológica de una norma prohibitiva y alegando que el nombre era tanto un derecho como un deber, indisponible y oponible frente a terceros y por el principio de concordancia del Registro con la realidad no podía hacerse constar como nombre uno perteneciente a sexo contrario al indicado en la inscripción, criterio mantenido por ese Centro Directivo y por el Tribunal Supremo.
- La DGRN estimó el recurso denegando el cambio de nombre.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Están prohibidos los nombres que induzcan en su conjunto a error en cuanto al sexo (art. 54.II de la LRC) y esta limitación alcanza, sin duda, al nombre inequívocamente

masculino “Enrique” que pretende atribuirse a una persona cuyo sexo legal es femenino. Mientras la interesada, por su síndrome transexual, no obtenga, tras la operación

quirúrgica oportuna y el tratamiento hormonal complementario, el cambio de su sexo por medio de la oportuna sentencia judicial, no puede permitirse una contradicción tan patente entre su nombre propio y su sexo legal.

3. MATRIMONIO

3.1. *Si los dos contrayentes eran extranjeros cuando se celebró el matrimonio y ella ha adquirido después la nacionalidad española, el matrimonio, que se rige por la Ley extranjera, es inscribible en el Registro competente por transcripción de la certificación extranjera, sin que haya puntos de conexión que justifiquen la aplicación de la Ley española sobre ausencia de consentimiento matrimonial.*

RESOLUCIÓN de 14 de enero de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Consulado General de España en La Habana el 17 de diciembre de 2001, don Andrés, soltero, cubano, nacido el 7 de diciembre de 1959 en Santiago de Cuba-Cuba, solicitaba la inscripción de su matrimonio con doña Ángela, soltera, con nacionalidad española por opción, nacida el 2 de enero de 1980 en Plaza-Cuba, celebrado el 7 de febrero de 1998 en La Habana-Cuba.
- Ratificado el interesado, se celebró el trámite de audiencia reservada en el que ella declaró que tenía 21 años, era soltera, técnico medio en mecánica de taller y trabajaba como camarera ayudante de cocina en un bar de su hermano en Alicante, desde el 19 de mayo de 2001 se fue a vivir a España, su esposo tenía 42 años, estaba soltero, trabajaba como mecánico automotriz y tenía tres hijos de una relación anterior, conoció a su esposo en septiembre de 1997 cuando hacía prácticas en el taller donde él trabajaba iniciando relaciones sentimentales en noviembre de 1997, contrajeron matrimonio el 7 de febrero de 1998, convivieron juntos desde que se conocieron hasta que ella se fue a vivir a España el 15 de mayo de 2001 y él iba a residir definitivamente en España. Por su parte, el contrayente manifestó que tenía 42 años, era soltero, trabajaba como mecánico automotriz y tenía tres hijos de una relación anterior, según su documento de identidad residía en el mismo domicilio que su ex mujer y sus tres hijos, su esposa tenía 21 años y

trabajaba desde que se marchó a España el 19 de mayo de 2001 en el bar de su hermano en Alicante, se conocieron en 1997, desde que contrajeron matrimonio vivieron juntos y no deseaba residir definitivamente en España junto a su esposa sino que pensaba ir de visita por once meses para no perder su residencia legal en Cuba.

- La Canciller del Consulado, en funciones de Ministerio Fiscal, se opuso a la inscripción del matrimonio al considerar que, dadas las declaraciones prestadas en las audiencias, parecía que se trataba de un matrimonio de complacencia por el desconocimiento de las señas de identidad identificativas, de las condiciones y circunstancias personales de ambos cónyuges, las contradicciones entre las declaraciones de las partes y la evidente intención del esposo de utilizar el matrimonio como vía para salir del país.
- El Encargado del Registro Civil Consular dictó auto el 28 de junio de 2002 denegando la inscripción del matrimonio por ausencia de verdadero consentimiento matrimonial, tratándose de un supuesto de matrimonio de complacencia.
- Notificada la resolución a los interesados, doña Angela presentó recurso ante la DGRN. La recurrente alegó en el recurso que era prueba de su voluntad de prestar el consentimiento su convivencia en común, la frustración de un embarazo deseado en abril de 2001, la existencia de cartas y fotografías de las que adjuntaba copia y que al tiempo de contraer matrimonio ambos eran cubanos sin poder albergar siguiera la idea de que existía la posibilidad de alcanzar en el futuro la nacionalidad española.
- La DGRN estimó el recurso y ordenó que se inscriba en el Registro Consular el matrimonio celebrado en Cuba el 7 de febrero de 1998 entre los cubanos Andrés V.R. y Angela I.S.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El matrimonio celebrado en el extranjero por quien después ha adquirido la nacionalidad española es inscribible en el Registro Civil español competente, siempre que se cumplan los requisitos precisos y que se acompañe título inscribible, que consiste normalmente en la certificación de matrimonio expedida por autoridad o funcionario del país de celebración.

Como en este caso el matrimonio se ha contraído por dos cubanos, la capacidad y requisitos de fondo del matrimonio se regu-

lan por la Ley cubana (cfr. art. 91 del CC), no pudiéndose dudar de la validez del enlace para la legislación cubana a la vista de que el mismo ha sido inscrito en el Registro Civil cubano. Son, pues, inaplicables al supuesto las normas españolas sobre consentimiento matrimonial y sobre nulidad de este matrimonio por ausencia de este consentimiento (cfr. arts. 45 y 73.1.º del CC), pues estas normas, para evitar el fraude, sólo han de ser tenidas en cuenta cuando uno de los contrayentes sea español en el momento de celebración del matrimonio.

4. CONVENIO REGULADOR

- 4.1. *Inscripción de una escritura pública de complemento de rectificación de un convenio regulador aprobado judicialmente aunque la misma no haya sido homologada ante la autoridad judicial.*

RESOLUCIÓN de 5 de febrero de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Los cónyuges don José y doña María Soledad obtuvieron la separación judicial en Sentencia dictada el 22 de noviembre de 1999, por el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Burgos, que declaró expresamente la aprobación del Convenio Regulador y como refiere el artículo 90 del Código Civil liquidó el régimen económico del matrimonio adjudicándose a la esposa, entre otros, el piso que constituye la vivienda familiar. Dicha adjudicación se inscribe en el Registro de la Propiedad.
- Por escritura otorgada ante el Notario de Burgos, don J. Julio R.M., el 31 de marzo de 2000, los citados cónyuges “aclaran, complementan o rectifican el Convenio regulador de referencia”, en el sentido de adjudicar en pleno dominio a la esposa doña M.S.G.P. una plaza de garaje y trastero, bienes inscritos como fincas independientes en el Registro, que por error involuntario no fueron incluidos en el Convenio regulador, sin que los cónyuges deban compensarse cantidad alguna pues su valor ya se incluyó en el del expresado piso.
- Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, número 4 de los de Burgos denegó la inscripción.
- El Notario interpuso recurso ante el TSJ de Castilla y León, que fue desestimado.
- El Notario interpuso recurso ante la DGRN que fue estimado, acordando que se procediese a la inscripción de la escritura pública.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Causas alegadas por el Registrador de la Propiedad para denegar la inscripción.

El Juez controla la legalidad de lo acordado por los interesados en el proyecto de Convenio, hecho lo cual, aprueba el proyecto de Convenio y lo incorpora a la Sentencia; a partir de ese momento es eficaz y podrá ser ejecutada en vía de apremio. Además podrán ser inscritos los pactos relativos a inmuebles y actividades mercantiles de los cónyuges de la obligación de alegar una causa, pero en su lugar, les impone la necesidad de una regulación convencional de las consecuencias de la separación y divorcio, sin la cual el Juez no accederá a la demanda. De aquí la trascendencia que presenta la homologación judicial de tal Convenio, única instancia en la que pueden protegerse los intereses de los hijos a que obliga el artículo 39 de la Constitución y, concretamente los del cónyuge más débil. La modificación del Convenio requiere aprobación judicial (artículo 90 del Código Civil). En el presente caso se trata de aclarar, complementar o rectificar el Convenio regulador aprobado en sentencia judicial, no se acompaña dicho Convenio, ni tampoco consta que existan hijos menores o incapacitados. No son de aplicación las Resoluciones de 30, 31 de marzo y 10 de noviembre de 1995. La facultad de aclarar, complementar o rectificar ha sido reservada por la Ley a los Jueces y Tribunales: 1) Los Jueces y Tribunales no podrán variar las Sentencias y autos definitivos que pronuncien después de firmadas, pero sí aclarar algún concepto oscuro o suplir cualquier omisión que contengan". 2) Los errores materiales manifiestos y los aritméticos podrán ser rectificadas en cualquier momento (artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

En consecuencia un Convenio regulador aprobado por sentencia judicial no puede ser aclarado, completado o rectificado mediante

una escritura pública por carecer de competencia el Notario autorizante. "El Notario es el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las Leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales" (artículo 1 de la Ley del Notariado). El defecto se considera insubsanable.

2. Alegaciones del Notario.

Que la rectificación del Convenio, por acuerdo de los interesados es procedente, pues, los artículos 81, 90 y 91 del Código Civil consagran el principio de autonomía de la voluntad, con la consecuencia de que el Convenio regulador de separación debe ser aprobado por el Juez, salvo que sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para los cónyuges. Que en este caso no existen hijos ni se produce desequilibrio económico para ninguno de los cónyuges. Que la aprobación judicial de la alteración del Convenio es innecesaria y redundante y exigiría, además, un nuevo procedimiento. Que la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 31 de marzo de 1995, admite la posibilidad de ciertas alteraciones en los Convenios reguladores de separación".

3. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador de la Propiedad en defensa de su informe alegó lo siguiente:

Que la homologación judicial del Convenio de separación es esencial para proteger los intereses de los hijos, a lo que obliga el artículo 39 de la Constitución y concretamente los del cónyuge más débil. Que la aprobación del Convenio requiere aprobación judicial (artículo 90 del Código Civil). Que no son de aplicación las Resoluciones de 31 de marzo y 10 de noviembre de 1995. Que la facultad de aclarar, complementar o rectificar, en este caso, corresponde sólo a

los Jueces y Tribunales (artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) y no puede realizarse ante Notario, por carecer éste de competencia —artículo 1 de la Ley del Notariado—. Que sólo se presentó la escritura calificada, por lo que no pueden ser enjuiciados en el recurso gubernativo aquellos documentos no presentados en tiempo y forma (entre otras Resoluciones de 8 de febrero de 1996 y 13 de mayo de 1996). Que la resolución de 31 de marzo de 1995, alegada por el recurrente, contempla un supuesto diferente al que es objeto de este recurso. Que la autonomía de la voluntad juega un papel secundario en la elección de las soluciones para las situaciones de crisis matrimonial, pues, los efectos de la nulidad, separación y divorcio vienen establecidas por Ley (artículos 90 a 101 del Código Civil), en cuya confección se han tenido en cuenta los principios constitucionales de igualdad y protección de los hijos (artículos 32 y 39 de la Constitución), imponiéndose un control judicial a los Convenios reguladores, cuyo resultado final consistirá en su homologación, si se ajustan a los mencionados principios, o su denegación, si son contrarios a los mismos.

4. Resolución del Presidente del TSJ de Castilla León.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León desestimó el recurso interpuesto por el Notario de Burgos, don J. Julio R.M., basándose en las alegaciones del Registrador, confirmando en todos sus extremos la nota de calificación.

5. Fundamentos de derecho de la DGRN

Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso los siguientes. Como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales practicada como consecuencia de la disolución de una sociedad conyugal inherente a una separación de un matrimonio sin hijos se adjudica a la esposa en el correspondiente Convenio regulador el

piso que constituye la vivienda familiar. Dicha adjudicación se inscribe en el Registro. Se presenta ahora en el Registro escritura por la que los citados cónyuges aclaran que un trastero y una plaza de garaje existentes no fueron incluidos en dicho Convenio al entender que eran anejos inseparables del piso pero que, al percatarse de que están inscritos como elementos privativos, se adjudican a la esposa, sin que los cónyuges deban compensarse cantidad alguna pues su valor ya se incluyó en el del expresado piso. El Registrador deniega la práctica de las inscripciones correspondientes por entender que, al ser una aclaración del Convenio, es precisa aprobación judicial.

El recurso ha de ser estimado. Como ha dicho este centro directivo (vid. Resoluciones citadas en el “vistos”), no obstante establecer el artículo 90 del Código Civil que los acuerdos de los cónyuges deben ser aprobados por el Juez, existen importantes razones que obligan a concluir que dicha aprobación judicial no se ha de predicar de todos los acuerdos incluidos en el Convenio regulador sino, exclusivamente, de los que afecten a los hijos y de aquellos que de modo expreso quedan excluidos de la autonomía de la voluntad, y ello por las siguientes consideraciones:

- a) El amplio margen con que se permite la contratación entre cónyuges (artículo 1323 del Código Civil);
- b) la significación exclusivamente patrimonial del presente acuerdo que, sobre ser una simple aclaración del Convenio regulador aprobado, está concertado entre personas capaces para gobernarse por sí mismas no existiendo terceros perjudicados al no haber hijos del matrimonio (artículo 322 del Código Civil);
- c) que la aplicación a este caso del tenor literal del artículo 90.D) llevaría a exigir igualmente la aprobación judicial para la eficacia de la liquidación del régimen económico-matrimonial pactada durante la tramitación de la separación o divorcio, lo cual no resulta congruente con el derecho de los cón-

yuges para, en cualquier momento (y, por tanto, también durante dicha tramitación), pactar la liquidación del anterior consorcio conyugal;

d) porque, analizando la regulación del procedimiento establecido para la tramitación de las peticiones de separación o divorcio, contenido en las propias disposiciones adicionales de la Ley 30/1981, en especial, la disposición adicional sexta se advierte claramente en los números 6 y 7 de dicha disposición que la aprobación judicial no se

predica de todos los acuerdos a que se refiere el artículo 90 del Código Civil, sino exclusivamente de los acuerdos relativos a los hijos.

e) porque la frase gravemente perjudicial para uno de los cónyuges del párrafo segundo del artículo 90 del Código Civil mantiene pleno sentido aun cuando la aprobación judicial se contraiga a los acuerdos relativos a los hijos, pues no cabe asegurar los intereses de éstos con grave detrimento de uno solo de los cónyuges.

5. REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

5.1. *Suspensión de la inscripción de la compraventa de un bien ganancial al no constar el consentimiento de la esposa, ya que aunque el esposo manifiesta que actúa con poder de ella, el mismo no se acredita ni ante el Notario ni ante el Registro de la Propiedad.*

RESOLUCIÓN de 9 de enero de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

El 29 de septiembre de 1984, mediante escritura otorgada ante don José María, Notario de San Martín de Valdeiglesias, don Ángel vende a don Ernesto que compra para su sociedad conyugal la finca que se señala por el precio y condiciones que constan en la escritura.

Don Ángel interviene en su propio nombre y derecho, y además, con poder de su esposa doña Rosario, en virtud de escritura otorgada en Madrid, el 8 de agosto de 1974, ante el Notario de dicha ciudad, don Ricardo

y manifiesta que dicho poder no le ha sido suspendido, limitado ni revocado, ni haber vinculado la capacidad y estado civil de la mandante.

Presentada la citada escritura en el Registro de la Propiedad de Madrid, número 15, fue suspendida por encontrarse la vivienda inscrita con carácter ganancial y no presentarse el poder acreditativo del consentimiento.

Don Ernesto interpuso recurso gubernativo que fue desestimado por la DGRN.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Causas de la negativa del Registrador a la inscripción de la compraventa.

El Registrador suspendió la inscripción de la escritura por el defecto subsanable consistente en que, constando inscrito con carácter ganancial de los cónyuges vendedores, don Ángel y doña Rosario, la vivienda objeto de la referida escritura, en ésta el esposo interviene en su propio nombre y derecho e invoca, además, hacerlo en nombre y representación de su citada esposa en virtud de un poder que el compareciente promete acompañar a la copia de la escritura ahora calificada, pero sin acompañarlo, es decir, que nos encontramos ante un caso de representación alegada pero no acreditada, representación que, por lo demás, en el momento actual, resulta extinguida por fallecimiento debidamente acreditado de la poderdante, lo cual imposibilita su ratificación por ella (artículo 1259 del Código Civil), si bien no impide la que puedan realizar sus herederos formalmente declarados en el oportuno instrumento notarial, siendo esta ratificación de los herederos el único medio que en la actualidad permite subsanar el defecto subsanable invocado”.

2. Alegaciones del comprador recurrente.

Que se ha intentado que don Ángel facilite los datos correctos del poder que su esposa le otorgó en su día, ya que los datos son erróneos, e inexplicablemente dicho señor se niega a facilitarlo. Por otro lado, la esposa ha fallecido y de los posibles hijos habidos en el matrimonio dice que desconoce su domicilio y vecindad. Que habiéndose acudido al Registro Central de Protocolos tampoco se ha localizado la escritura de poder. Que como fundamentos de derecho hay que citar el artículo 20 de la Ley Hipotecaria en su primer párrafo. Que hay que destacar lo que dice el artículo 1301 del Código Civil en relación

con el 1300. Que la nulidad que declara el artículo 1259 del Código Civil de los actos realizados por quien carece de autorización o representación, no es una nulidad absoluta, sino que puede ser neutralizado por la ratificación expresa o tácita del “dominus negotii”, confirmándose así el negocio (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1999). Que la doctrina dominante sostiene que debe ser mantenido en su contrato quien lo celebre de buena fe con un representante aparente. Que también hay que significar lo que dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1999. Que en el caso que se contempla, la esposa no ha ejercitado ninguna acción para anular el contrato antes de su fallecimiento, y los hijos tampoco, no ya sólo en los cuatro años que señala el Código Civil sino hasta hoy que han transcurrido más de quince años, y el plazo en cuanto a los hijos comenzó a correr desde el fallecimiento de la madre que es cuando se disuelve la sociedad conyugal por aplicación del artículo 85 del Código Civil. Que ante tal situación de hecho se debe aplicar el artículo 1301 del Código Civil y doctrina expuesta.

3. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó: Que el artículo 1377 del Código Civil parecía haberse cumplido en el caso concreto de este recurso por el hecho de que el cónyuge vendedor, al realizar la venta, invocó contar indirectamente con el consentimiento de su esposa, a través del ejercicio de las facultades dispositivas contenidas en el poder otorgado a su favor por aquélla mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid, don Ricardo el 8 de agosto de 1974, facultades que le habilitan para intervenir en la venta, no sólo en el propio nombre y derecho del vendedor compareciente, sino también como apoderado, en representación de su cónyuge poderdante. Que la circunstancia de que el vendedor no

pudo acompañar el citado poder a la escritura de venta, tal y como prometía en la misma, dio lugar frente al Registro a una situación de representación voluntaria alegada pero no acreditada que es el único motivo que fundamenta el defecto subsanable aplicado en la nota de calificación ahora recurrida. Que ante tal situación y dado por supuesto la existencia real y la vigencia del poder al tiempo del otorgamiento de la escritura de venta, cabrían dos posibles soluciones prácticas para subsanar el referido defecto. La primera descansa en la ineludible aplicación del párrafo 2.º del artículo 1259 del Código Civil. La segunda posible solución es la que tendría su apoyo en la Resolución de 19 de enero de 1989. Que en este caso la ratificación del cónyuge poderdante es imposible de obtener, y la única forma de superar la circunstancia, presupuesto el fallecimiento del cónyuge del vendedor y el carácter ganancial de la finca, era que los herederos de dicha señora, como sucesores universales, en todos sus derechos y obligaciones según el artículo 661 del Código Civil, formalizarán la oportuna ratificación como medio de dar cumplimiento tanto al artículo 1377 como al 1259 del Código Civil, anteriormente citados.

4. Alegaciones de la Notaria.

La Notaria de San Martín de Valdeiglesias, doña María Luisa C.G., informó que la escritura objeto de este recurso fue autorizada por su antecesor y que no puede aportar dato alguno que complementa los que constan en el expediente, partiendo de los cuales, llega a las siguientes consideraciones: 1. Que al ser un bien ganancial, según el artículo 1377.1.º del Código Civil, es preciso el consentimiento de ambos cónyuges; 2. Que dado que los datos del poder son incorrectos y no ha sido posible determinar las verdades, no cabe obtener copia del mismo a los sólo efectos de su inscripción; 3. Que, por ello, al haber fallecido la esposa que dio el poder y corresponder a los herederos el cumplimiento de las obligaciones contractuales de su causante, siguiendo el criterio de

las Resoluciones de 16 de noviembre de 2000 (RJ 2001\864) y 23 de septiembre de 1991, habrá que suplir la falta de consentimiento por la ratificación de sus herederos.

5. Resolución del Presidente del TSJ de Madrid.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en el informe de la Comisión Mixta del Colegio de Registradores y Notarial de Madrid de fecha 23 de julio de 2001, que expresa que el consentimiento de la esposa es necesario (artículo 93.4 del Reglamento Hipotecario y 1377 del Código Civil), siendo la consecuencia que provoca su falta de anulabilidad del contrato celebrado (artículos 1322 del Código Civil), por lo que exigiendo la seguridad del tráfico de inmuebles que sólo accedan al Registro de la Propiedad los negocios perfectos y válidos dados los fuertes efectos que la inscripción produce (artículos 1.3, 32, 34 y 38 de la Ley Hipotecaria) no se puede practicar la inscripción del pleno dominio a favor del comprador sin que se acompañe la copia de la escritura de poder, o bien estando ya disuelta la sociedad de gananciales por fallecimiento de la esposa del vendedor, la ratificación del contrato por sus herederos (artículo 1322 y 1259 del Código Civil). Que el transcurso del plazo del ejercicio de la acción de anulabilidad es materia reservada al pronunciamiento de los Tribunales, y lo mismo cabe decir de la posesión y ocupación de la finca por el comprador desde el momento de su adquisición como elemento determinante de la adquisición.

6. Fundamentos jurídicos de la DGRN

De conformidad con los artículos 1301, 1322 y 1375 del Código Civil resulta evidente que para inscribir la venta de un bien ganancial se precisa el consentimiento de ambos cónyuges, y en el caso concreto, al actuar uno de ellos en representación del otro sin acreditar dichas facultades representativas (advirtiéndose que el poder que invoca ni lo exhibe al Notario al tiempo del otorgamiento

calificado, ni lo aporta al Registrador al tiempo de la calificación), no puede tenerse por acreditado el consentimiento del cónyuge representado, por lo que el supuesto calificado debe encuadrarse en los previstos en

el artículo 1259 del Código Civil, suspendiéndose la inscripción en tanto no se acredite debidamente la representación invocada, o medie la conformidad del consorte que no intervino en el otorgamiento.

5.2. Para la inscripción en el registro de la propiedad de la compra de un inmueble efectuada por una persona separada, basta con la sola declaración de tal circunstancia por la interesada sin que sea exigible que lo acredite fehacientemente.

RESOLUCIÓN de 21 de enero de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 19 de abril, ante don Javier R., Notario de Candás, doña Ana con el consentimiento de su esposo, vende a don Policarpo y doña Margarita que compraron por mitad e iguales partes proindiviso, un piso en Oviedo, manifestando la compradora que está separada judicialmente.
- Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Oviedo, número 1, fue calificada con la siguiente nota: “Calificada la escritura reseñada, suspendo la inscripción de la misma de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18, 19, 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria, por el defecto de no acreditarse en forma fehaciente la separación judicial de la compradora.
- El Notario autorizante interpuso recurso gubernativo ante la DGRN que lo estimó revocando la calificación del Registrador.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

- 1. Causas por las que el Registrador de la propiedad suspendió la inscripción.**
 - a) La escritura ha sido presentada mediante telefax, en este Registro el 19 de abril del corriente año, según el reseñado asiento número 764 del Diario 165. Aportada la copia autorizada el 29 de abril pasado, y posteriormente retirada para la liquidación del impuesto, ha sido devuelta al Registro con fecha 23 de mayo último, y advertidos verbalmente los defectos, se solicita la extensión de la presente nota de calificación, ex-

tendida dentro del plazo establecido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

b) En la citada escritura, en la que se identifica a los comparecientes “por sus documentos de identidad”, y, en la que no se contiene la especial dación de fe establecida en el nuevo artículo 17.bis.2.a) de la Ley del Notariado, simplemente se consigna la circunstancia de “separada judicialmente” de la compradora, sin acreditarlo de ninguna forma fehaciente. Fundamentos de Derecho: Primero: Las sentencias firmes sobre separación matrimonial son constitutivas de esa situación jurídica y no son en ningún caso susceptibles de ejecución provisional conforme el artículo 525.1.1.^º de la Ley de Enjuiciamiento Civil; además, no causan efecto de cosa juzgada material frente a todos sino desde su inscripción en el Registro Civil (artículo 222.3 de la citada Ley de Enjuiciamiento Civil), y la modificación del régimen económico-matrimonial que supone: conforme al artículo 95 del Código Civil, sólo puede perjudicar a terceros de buena fe, desde la fecha de su indicación marginal en el Registro Civil, conforme a los artículos 76 y 77 de la Ley de Registro Civil y 266 de su Reglamento, que imponen la coordinación con los demás Registros jurídicos. Por todo ello, no cabe admitir que en el Registro de la Propiedad se reconozcan anticipadamente los efectos jurídicos y se haga constar una situación de separación, que afecta directamente al régimen jurídico de los bienes inscritos, sin previa constatación de la existencia de la Sentencia firme que establece, conforme a los preceptos citados. Segundo: La separación judicial es una circunstancia personal que determina la extensión del derecho adquirido en cuanto a su naturaleza en principio privativa, pero que pasaría a ser presuntivamente ganancial de no probarse su existencia o su eficacia frente a terceros, y también en cuanto a las facultades de administración y disposición del adquirente, conforme a los artículos 9.2.^º de la Ley Hipotecaria y 51.6.^º de su Reglamento sin que pueda el Registrador, una vez practicada la

inscripción de la compra, exigir después la prueba de la situación de separado judicialmente, al hallarse el asiento bajo la salvaguardia de los Tribunales (artículo 1 de la Ley Hipotecaria y resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de octubre de 1998, que en un supuesto en que la separación judicial resultaba ya de la inscripción de adquisición de la finca, pero no constaba la sentencia que la decreta, afirma literalmente la necesidad de “rigurosos filtros de acceso al Registro”, naturalmente, de carácter previo). En efecto, dado que las inscripciones provocan presunción de exactitud a todos los efectos legales conforme al artículo 38.1.^º de la Ley Hipotecaria y quedan bajo la salvaguardia de los Tribunales, sería contrario al sistema registral y al principio de seguridad jurídica que establece el artículo 9 de la Constitución que se hiciera constar en el Registro de la Propiedad una adquisición con carácter privativo no acreditado por la sola declaración de la interesada. Aparte lo antedicho, a mayor abundamiento hay que tener en cuenta, pues así resulta del asiento de presentación número 765 del Diario 165, vigente, que la interesada adquirente, hipoteca a continuación la finca a favor de una entidad de crédito, por lo que, en su caso, de no resultar cierta o firme la separación judicial, se daría lugar a que el acreedor hipotecario no gozase de las garantías registrales del artículo 34 de la Ley a que tiene derecho, o bien, si se estimase, por el contrario, que dicho acreedor sí es tercero hipotecario, podría resultar perjuicio irreparable para el cónyuge de la persona que unilateralmente manifiesta una situación de separación que le habilita para disponer, también unilateralmente. Todo ello, repetimos, es contrario a la seguridad jurídica preventiva que el Registro debe proporcionar. En virtud de todos los expuestos fundamentos de Derecho, se reitera la existencia de un defecto subsanable en la escritura, que impide la inscripción de la misma, sin que tampoco proceda la inscripción parcial o tomar anotación de suspensión, al no haberse solicitado. Con-

tra la precedente nota de calificación, cabe recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de un mes, conforme a los artículos 324 y siguientes de la Ley Hipotecaria, o bien instar la aplicación del cuadro de sustituciones, conforme a los artículos 19 bis y 275 bis de la citada Ley, en el plazo de quince días. Los indicados plazos se cuentan a partir de la fecha de recepción de la oportuna notificación, y sin perjuicio de cualquier otro medio de impugnación que los interesados consideren procedente. Oviedo, 3 de junio de 2002. El Registrador del número 1. Firma ilegible”.

Vuelto a presentar el citado documento fue objeto de la siguiente calificación: “Presentada y calificada la anterior escritura, suspendo su inscripción de conformidad con los siguientes hechos y fundamentos de Derecho: Hechos 1.^º El precedente título fue ya presentado en este Registro con fecha 19 de abril del corriente año, según Asiento 764 del Diario 165, y calificado negativamente, sin que tal calificación fuese recurrida oportunamente, por lo que caducó el citado asiento de presentación. 2.^º La escritura, remitida por correo por el señor Notario autorizante, ha sido presentada nuevamente en este Registro el veintidós del pasado mes de agosto, según Asiento núm. 428 del Diario 167. Devuelta a la Notaría, a su solicitud, por correo certificado, se remite nuevamente al Registro, con fecha doce de los corrientes, y con solicitud expresa de nueva calificación. Fundamentos de Derecho: Único: Visto que la escritura se presume nuevamente sin verificar ninguna subsanación y se mantiene el mismo defecto observado de no acreditarse en forma fehaciente la separación judicial de la compradora, procede reiterar la calificación negativa a su inscripción y, en méritos a la brevedad, se da aquí por reproducida la misma Nota de calificación y la advertencia de recursos formulada por el Registrador que suscribe el tres de junio pasado. Oviedo, a dieciséis de septiembre de 2002. El Registrador. Fdo.: César G.-A. y D.-S.”.

2. Alegaciones del Notario recurrente.

El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, y alegó: 1. Que la nota de calificación recurrida es contraria: a) A la Ley, porque ni el Reglamento Notarial (artículos 139 y 187), ni el Reglamento Hipotecario (artículos 519), ni el Reglamento del Registro Civil (artículo 226), ni en definitiva en ningún otro precepto de la legislación aplicable se exige la acreditación en forma fehaciente de la separación judicial. b) A la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado y, en particular, a las Resoluciones de 16 de noviembre de 1994 y 5 de junio de 1995 y en este mismo sentido la Resolución de 20 de febrero de 1985. Que la Resolución de 1 de octubre de 1998 que cita el Registrador en su nota de calificación, nada tiene que ver con el objeto del presente recurso. c) A la lógica jurídica, pues la manifestación de soltería, viudez y divorcio accede al Registro de la Propiedad sin ser acreditada fehacientemente. 2. Que en ocasiones la exigencia de un mayor número de requisitos, lejos de mejorar el sistema, lo deteriora, afectando directamente a la fluidez del tráfico jurídico.

3. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador de la Propiedad, en defensa de la nota, informó:

a) Que el recurrente no rebate los razonamientos contenidos en la nota de calificación registral solamente contempla el aspecto notarial de la cuestión, con unas exigencias mínimas y despreocupación por el aspecto de la seguridad jurídica preventiva. Que, por ello, se reitera todos y cada uno de los fundamentos de derecho expresados en la calificación.

b) Que si hay base legal para la exigencia de la acreditación auténtica de la circuns-

tancia de separación judicial, como el artículo 89 del Código Civil o el artículo 2 de la Ley de Registro Civil. Que los artículos 157 y 187 del reglamento Notarial, sólo pueden entenderse en el contexto del artículo 1218 del Código Civil y del principio de limitación de la eficacia probatoria del contenido de los documentos públicos al círculo de las partes contratantes y sus herederos, no frente a terceros. Por ello, lo que puede ser válido en el ámbito de la escritura pública, no debe serlo para el ámbito del Registro, institución de protección de terceros y garantía de la seguridad jurídica. Por otro lado, hay que considerar lo que establecen los artículos 525.1, 755 y 222.3 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. El planteamiento de rigurosidad, imperatividad y orden público de la nueva Ley es manifiestamente incompatible con la admisión extraprocesal de prueba tan frágil del estado civil como la mera manifestación del interesado.

c) Que la doctrina de la Dirección General contenida en las resoluciones citadas por el recurrente, ha de considerarse anticuada, si bien es de destacar que la Resolución de 16 de noviembre de 1994 apuntaba la necesidad de buscar “soluciones que exige la mayor seguridad jurídica”; o la de 1 de octubre de 1998, que sí tiene relación con la cuestión, aunque el recurrente no lo crea así. Que todo ello sin perjuicio del dinamismo o fluidez del tráfico, aspecto que exclusivamente parece preocupar al recurrente, toda vez que la sencilla prueba del estado civil puede practicarse después, al momento de acceso al Registro.

d) Que la rapidez nunca debe erosionar la seguridad del tráfico. Que al ser el Registro de la Propiedad un órgano cautelar, con función de garantía preventiva, ha de exigir en el momento de ingreso del título todos los requisitos que den al acto publicado la suficiente seguridad que permita explicar su afección a terceros, dados los fuertes efectos de la legitimación y fe pública registral de los artículos 38 y 34 de la Ley Hipotecaria, sería lógico que los títulos ingresasen el Registro sin control de legalidad. Por ello el Registro de la Propiedad debe ofrecer en sus asientos datos contrastados y acreditados, no simples manifestaciones de los interesados, no cubiertas por la fe notarial, que podrían provocar grandes perjuicios a terceros, con quiebra de la seguridad jurídica preventiva.

4. Fundamentos jurídicos de la DGRN

El único problema que plantea el presente recurso radica en dilucidar si, comprando una señora que declara estar separada judicialmente, tal circunstancia ha de ser acreditada o, por el contrario, basta con la declaración de la interesada para practicar la inscripción.

Plantea este recurso una cuestión ya resuelta por este Centro Directivo, cual es la de decidir si debe acreditarse la inscripción en el Registro Civil de la cualidad de separado judicialmente del comprador, no procediendo ahora sino confirmar el criterio negativo seguido hasta ahora por esta Dirección General.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

LA EVOLUCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DEL MENOR: LUCES Y SOMBRAS DEL SISTEMA

DRA. D.^a SANDRA GARCÍA CANO

*Profesora Ayudante de Derecho Internacional Privado.
Universidad de Córdoba*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.**
- II. INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DEL MENOR.**
 - 1. Premisas del sistema.**
 - A) La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 como cúspide y eje del sistema.*
 - B) Convenios dogmáticos versus Convenios de DIPr.*
 - 2. Relación de Instrumentos internacionales.**
 - A) La Organización de las Naciones Unidas.*
 - B) La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.*
 - C) El Consejo de Europa.*
 - D) La Unión Europea.*
 - E) La Organización de Estados Americanos (OEA).*
 - F) Marco convencional bilateral.*
- III. BALANCE DEL SISTEMA CONVENCIONAL VIGENTE EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES.**
 - 1. Luces del sistema convencional.**

- A) *La unidad de objetivos.*
- B) *La unidad de principios fundamentales.*
- C) *La progresiva adecuación de técnicas jurídicas.*

2. Sombras en la eficacia del sistema convencional.

- A) *Acercamiento.*
 - B) *Sombras estructurales.*
 - C) *Sombras derivadas de la multiplicidad de instrumentos jurídicos.*
-

I. INTRODUCCIÓN

No es hasta principios del siglo xx cuando los Estados empiezan a tomar conciencia de la necesidad de otorgar y garantizar una protección jurídica especial a los menores, en atención a su especial status de minoría de edad, y comienzan a promulgar sucesivas y numerosas normas específicas, primero en el plano interno, posteriormente en el marco internacional, de una manera tan vertiginosa que incluso el siglo xx ya es conocido como el siglo de la infancia⁽¹⁾.

Los factores que explican este desarrollo normativo, suministrando las claves de la actual reglamentación, son numerosos, de distinta índole, actúan relacionados, y aunque básicamente se desenvuelven entre las ideas de *internacionalización de la condición del menor*, *publicación* y *puerocentrismo*, en cualquier caso sólo tienen sentido si se enmarcan en la evolución más amplia que ha experimentado paralelamente el Derecho de familia⁽²⁾.

En efecto, de un lado, la internacionalización de las relaciones familiares, el aumento de matrimonios u uniones mixtas, la fragilización que experimenta *in genere* la institución de la familia, y en particular, cuando conjuga el factor de la multiculturalidad, explican la idea de la “internacionalización de la condición del menor”, pues cada vez es más frecuente que el menor se

(1) Vid. A.E. VON OVERBECK, “L’intérêt de l’enfant et l’évolution du Droit international privé de la filiation”, *Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer*, 1979, pp. 361-380; M. MOYA ESCUDERO, *Aspectos internacionales del Derecho de visita de los menores*, Comares, Granada, 1998, pp. 6-7.

(2) Vid. S. ADROHER BIOSCA, “Desafíos del derecho de familia en una sociedad intercultural”, *Familia e Interculturalidad*, Colección “Estudios Familiares”, núm. 13, Universidad Pontificia de Salamanca, 2003, pp. 315-363.

encuentre inmerso en un conflicto familiar que presente elementos de internacionalidad⁽³⁾.

De otro lado, la progresiva desregulación y desinstitucionalización de la familia, unido a la asunción por los Estados de la obligación constitucional de protección íntegra de los menores (*ad ex.*, art. 39.2 CE)⁽⁴⁾, va a dar paso a finales del siglo XX a un Derecho de familia *puerocéntrico*, cuyo vértice pasa del matrimonio al hijo, combinando el auge del principio de la libertad de la persona con la intervención imperativa del derecho alrededor de la figura del menor, y que provoca, en última instancia, que las materias relativas a la protección del menor se desenvuelvan en una difícil dialéctica entre el Derecho Público y el Derecho Privado⁽⁵⁾.

Conocidas, por tanto, las claves socio-jurídicas que marcan la evolución jurídica en la protección internacional del menor, el objeto de este trabajo va a consistir en ofrecer, en primer lugar, un panorama general o presentación sumaria sobre los diferentes Instrumentos internacionales que, desde diferentes perspectivas, se ocupan o afectan a la protección del menor en el plano internacional, para pasar posteriormente, en un segundo momento, a realizar un balance global sobre los mismos.

(3) Vid. B. STURLÈSE, “Elaboration et mise en oeuvre des instruments relatives a la protection des mineurs”, *Droit de l'enfance et de la famille*, 1991, pp. 280-284; D. HENRICH, “Family Law Across Frontiers: Facts, Conflicts, Trends”, N. Lowe y G. Douglas (Eds.), *Families Across Frontiers*, 1996, Kluwer, Países Bajos, pp. 41-51; J.A. PÉREZ BEVÍA y S. GARCÍA CANO, “Contribución de la Conferencia de La Haya a la globalización de los derechos del niño”, en A.L. Calvo Caravaca y P. Blanco Morales Limones (Eds.), *Globalización y Derecho*, Colex, 2003, pp. 463-493, esp. p. 463.

(4) Vid. S. GARCÍA CANO, “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el Derecho internacional privado de los menores”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* (en prensa).

(5) Vid., especialmente, W. E. VON STEIGER, “La protection des mineurs en Droit international privé”, *R. des C.*, 1961-II, t. 112, pp. 473-525, esp. pp. 473-474; D. MAYER, “Évolution du statut de la famille en Droit international privé”, *Journ. dr. int.*, 1977, pp. 447-469, esp. p. 477; J.M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 321-325; Y. LEQUETTE, “Le droit international privé de la famille à la éprouvé des conventions internationales”, *R. des C.*, 1994-II, t. 246, pp. 13-233; I. BARRIÈRE-BROUSSE, “L'enfant et les conventions internationales”, *Journ. dr. int.*, 1996, pp. 843-888; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Ciencia Jurídica y Derecho internacional, Comares, Granada 2000, pp. 73-81; H. MUIR WATT, “Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de Droit international privé)”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Eds.), *Mundialización y Familia*, Colex, 2001, pp. 11-22.

II. INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DEL MENOR

1. Premisas del sistema

Al margen de los Convenios relativos a los Derechos Humanos, de los que naturalmente los menores, en cuanto personas, son también destinatarios, son numerosos los Instrumentos jurídicos internacionales específicos que desde el siglo XX se han concluido en el marco de la protección del menor⁽⁶⁾. Se trata de instrumentos emanados principalmente de diversas Organizaciones internacionales, aunque en ocasiones son también fruto de una política convencional bilateral, surgen con diferente vocación espacial, diferentes objetivos y ámbito de aplicación material, emplean diferentes técnicas y clases de normas en su redacción y, fundamentalmente, logran alcanzar distinta eficacia real. Una presentación sumaria de los mismos exige asentar dos ideas previas nucleares: la primera hace referencia a la Norma Suprema y eje de todo el sistema convencional, y la segunda a las dos principales categorías de Convenios que, entre el conjunto, deben distinguirse.

A) *La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del Niño de 1989 como cúspide y eje del sistema*

Efectivamente, como punto de partida y cúspide de todo el sistema convencional relativo a la protección del menor debe situarse la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989* (CDN), resultado de los trabajos iniciados por la Sociedad de Naciones con la adopción en 1924 de la *Carta de los Derechos del Niño* (primera declaración

(6) Fundamentalmente, en el marco de las Naciones Unidas: *Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948*; *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ambos de 16 de diciembre de 1966; en el ámbito del Consejo de Europa: *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950; y en el marco de la Unión Europea: *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*, proclamada por el Parlamento europeo, el Consejo y la Comisión, en el Consejo Europeo de Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO 2000 C 364/1).

sobre los Derechos del Niño), y posterior *Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959*⁽⁷⁾.

La CDN, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990⁽⁸⁾ implica, en efecto, un antes y un después en la reglamentación convencional sobre la protección del menor: de un lado, por ella misma, refleja una nueva perspectiva en torno al niño, como sujeto especial de derecho, proclamándole un amplio catálogo de derechos de diferente índole, y como sujeto especialmente digno de protección en todos los ámbitos de la vida, protagonista de la familia y de la sociedad⁽⁹⁾. A diferencia de las declaraciones anteriores, de escasa fuerza vinculante para los Estados, la Convención, norma positiva mínima⁽¹⁰⁾, sienta tajantemente el principio de la responsabilidad pública en la realización efectiva de los derechos del menor proclamados, y sitúa como eje de todo el sistema en su art. 3 el principio del *interés superior del menor* como consideración primordial en la adopción de cualquier medida que le afecte⁽¹¹⁾. Por otro lado, la relevancia de la Conven-

(7) Sobre la génesis de las normas supranacionales destinadas a la protección del menor, *vid.*, en especial, M. I. ÁLVAREZ VÉLEZ, *La protección de los Derechos del Niño en el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*, UPCO, Madrid, 1994; *id.*, “La política de protección de menores en el ámbito internacional”, en J. RODRÍGUEZ TORRENTE (Ed.), *El menor y la familia: conflictos e implicaciones*, UPCO, Madrid, 1998; pp. 173-188; H. FULCHIRON, “L’évolution historique de la notion de l’intérêt de l’enfant: de l’interêt de l’enfant aux droits de l’enfant”, *Les droit de l’enfant entre théorie et pratique*, Institut International des Droits de l’Enfant, Suiza, 1997, pp. 29-39.

(8) BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. La Convención se encuentra en vigor para España, concretamente, desde el 5 de enero de 1991.

(9) *Vid.*, especialmente, A. LOPATKA, “La Convención internacional de los Derechos del niño”, *I Congreso internacional “Infancia y Sociedad. Bienestar y Derechos sociales de la infancia”*, 1989, Ministerio de Asuntos Sociales, pp. 33-46; C.M. DÍAZ BARRADO, “La Convención sobre los Derechos del Niño”, *Estudios Jurídicos en Conmemoración del X Aniversario de la Facultad de Derecho*, Córdoba, 1991, t. I, pp. 183-221; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La protección jurídica del menor en la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989”, *REDI*, vol. XLIV (1992), 2, pp. 465-498; M. BENOUNNA, “La Convention des Nations Unies relative aux droits de l’enfant”, *AFDI*, 1989, pp. 433-445.

(10) En cuanto no agota el catálogo de los derechos del niño y, por tanto, no afecta a las disposiciones más apropiadas para la realización de estos derechos recogidas en regímenes internos e internacionales más favorables (*vid.* M. BENOUNNA, “La Convention des Nations Unies...”, *cit.*, pp. 435-436; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La protección jurídica del menor...”, *cit.*, p. 471).

(11) I. BARRIÈRE-BROUSSE, “L’enfant et les conventions internationales”, *cit.*, p. 874; A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *R. des C.*, t. 283, 2000, pp. 9-186, esp. p. 21; J.A. PÉREZ BEVIÁ y S. GARCÍA CANO, “Contribución de la Conferencia de La Haya...”, *cit.*, p. 464.

ción de 1989 radica, hoy día, en el alcance cuasi universal obtenido, pues actualmente vincula a 191 Estados, todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas excepto Estados Unidos y Somalia, y sus principios han logrado impregnar la práctica totalidad de las legislaciones nacionales orientadas a la protección del menor, así como los instrumentos internacionales específicos posteriores a su conclusión⁽¹²⁾.

B) *Convenios dogmáticos versus Convenios de DIPr.*

La segunda idea básica para comprender el compendio de Instrumentos internacionales que actualmente inciden de una manera específica en la protección del menor reside en distinguir claramente las dos principales categorías de Convenios que existen en su conjunto: Convenios dogmáticos frente a Convenios de DIPr.

De un lado, se encuentren aquellos Instrumentos internacionales que pueden calificarse como Convenios dogmáticos o cercanos a la categoría de Convenios relativos a los Derechos Humanos, en tanto su objetivo radica principalmente en el reconocimiento o proclamación de los derechos del niño⁽¹³⁾. Se trata de Convenios que invitan a los Estados parte a modificar y armonizar sus legislaciones internas con las disposiciones convencionales o a promulgar normas de desarrollo que se integren en sus respectivos Ordenamientos jurídicos. El ejemplo por excelencia de esta modalidad de Convenios es la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989. El principal (aunque no único) problema que rodea tanto a esta Convención como al resto de los Convenios dogmáticos es determinar el alcance jurídico de sus disposiciones, es decir: ¿se trata de disposiciones directamente invocables ante los tribunales o es necesario un desarrollo legislativo estatal? El debate en torno al carácter *no self-executing* de esta categoría de Convenios, tomando como referencia la Convención de los Derechos del Niño, ha sido y continúa siendo una cuestión muy discutida. En general, la doctrina considera que la mayoría de sus disposiciones no son *self-executing*, ya que poseen una formulación especialmente vaga e

(12) Prueba del desarrollo legislativo que los diferentes Estados han realizado tras la entrada en vigor de la Convención es la promulgación en España de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

(13) Vid. I. BARRIÈRE-BROUSSE, "L'enfant et les conventions internationales", *cit.*, pp. 843-844; H. FULCHIRON, "Les Conventions internationales. Présentation sommaire", en J. RUBELLIN-DEVICHI y R. FRANK (Dir.), *L'enfant et les Conventions internationales*, Presse Universitaires de Lyon, 1996, pp. 19-33, esp. p. 20.

imprecisa⁽¹⁴⁾; de igual modo ha quedado prácticamente zanjada la cuestión en países como Francia o Alemania⁽¹⁵⁾, aunque en otros muchos Ordenamientos jurídicos, como es el caso del Derecho español, el debate continúa abierto⁽¹⁶⁾.

Frente a esta primera categoría de Convenios internacionales relativos a la protección del menor se encuentran los Convenios de DIPr.⁽¹⁷⁾, y que son aquellos Instrumentos internacionales que ofrecen una respuesta específica de DIPr. a las situaciones internacionales en las que el menor se encuentra implicado. Estos Convenios, como es sabido, tienden a la unificación de los sistemas nacionales de DIPr. de los Estados participantes, mediante la elaboración, básicamente, de normas que resuelven los problemas de competencia internacional de autoridades, derecho aplicable y validez extraterritorial de decisiones. Hay que apuntar, no obstante, que cada día en mayor medida los Convenios de DIPr. en materia de protección de menores, buscando soluciones más pragmáticas y

(14) Vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, *RJC*, 1994, pp. 915-967; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La protección del menor...”, *cit.*, p. 468, nota 10; M. BENNOUNA, “La Convention...”, *cit.*, pp. 443-445.

(15) Alemania declaró en el instrumento de ratificación que la Convención no era de aplicación inmediata en el Derecho interno; en Francia, la *Cour de Cassation* francesa decidió que las disposiciones de la CDN no crean obligaciones a cargo de los Estados signatarios, ni pueden ser directamente invocadas ante un tribunal (a raíz de esta decisión, se abrió en este país un intenso debate en torno al tema, *vid.* P. LAGARDE, “Comentario a la sentencia de la *Cour de Cassation* de 10 de marzo de 1993”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1993, 3, pp. 449-456; M. GUILLAUME, “Le juge français, le Droit international et la Convention de droits de l’enfant”, *Droit de l’enfance et de la famille*, núm. 36, 1992/1993, pp. 112-116; C. BYK, “La réception des conventions internationales par le juge français à l’occasion de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la Convention des Nations Unies sur les droits de l’enfant”, *Journ. dr. int.*, 1994, 4, pp. 967-976; F. GRANET, “La Convention de New York sur les droits de l’enfant et sa mise en oeuvre en France”, en J. Rubellin-Devichi y R. Frank (Dirs.), *L’enfant et les Conventions...*, *cit.*, pp. 95-114).

(16) En efecto, la mayoría de la doctrina, a mi juicio, acertadamente, sostiene la naturaleza *no self-executing* de las normas de la CDN, correspondiendo, por tanto, a los legisladores estatales traducir los mandatos convencionales en normas concretas de Derecho positivo, que los particulares sí podrán invocar directamente ante los tribunales (junto a los autores ya citados, *vid.*, recientemente, A. DURÁN AYAGO, “La protección de menores en la era de la globalización: del conflicto de leyes a las técnicas de flexibilización”, en A. L. Calvo Caravaca y P. Blanco Morales Limones (Eds.), *Globalización y Derecho*, *cit.*, pp. 213-236, esp. p. 218). En sentido contrario, algunos autores defienden el carácter *self-executing*, fundándose básicamente en el art. 3 de la LOPJM (*vid.*, B. L. CARRILLO CARRILLO, “Adopción internacional: condicionantes sociales y jurídicos”, *ibid.*, pp. 121-189, esp. p. 183).

(17) También calificados por algunos autores, en contraposición a los primeros, como Convenios pragmáticos (*vid.* I. BARRIÈRE-BROUSSE, “L’enfant et les conventions internationales”, *cit.*, pp. 843-844).

eficientes, acuden a normas materiales que organizan y regulan una cooperación internacional entre las autoridades judiciales y administrativas de los Estados implicados⁽¹⁸⁾. A diferencia de los Convenios dogmáticos, los Convenios de DIPr. son como regla general en España *self-executing*, es decir directamente aplicables, aunque precisamente en materia de protección de menores, donde el recurso a las estructuras de cooperación internacional entre autoridades es cada día más frecuente, los Convenios que hacen uso de esta técnica requieren también para su aplicación la adopción por los Estados parte de normas internas de desarrollo o de aplicación⁽¹⁹⁾.

Una vez asentadas estas dos ideas básicas, Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño como cúspide y eje del sistema y diferenciación entre Convenios dogmáticos frente a Convenios de DIPr., se pasará a conocer cuáles son los principales instrumentos jurídicos internacionales que actualmente afectan o inciden en la protección del menor, prestando especial atención a aquéllos que forman parte del Derecho español. Entre los diferentes criterios clasificatorios susceptibles de adoptar en esta exposición se ha escogido, por su claridad, el relativo a los foros internacionales en los cuales han sido elaborados, pasando en último lugar a los Convenios fruto de la política convencional bilateral, y se ha adoptado un orden de exposición decreciente en función del alcance geográfico o territorial de los respectivos instrumentos (básicamente, alcance universal, regional y bilateral).

2. Relación de Instrumentos internacionales

A) *La Organización de las Naciones Unidas*

En el seno de la ONU, foro por excelencia de carácter universal, se concluye, como ya es conocido, después de algunas Declaraciones específicas de escasa fuerza vinculante, el Convenio cúspide de todo el sistema convencional, esto es la CDN. Posteriormente, aparte de la labor realizada por el Comité de los Derechos del Niño, en cuanto órgano fiscalizador de la forma en que los

(18) *Vid.* sobre la tendencia a la cooperación internacional entre autoridades (CIA) en la materia, en especial, S. GARCÍA CANO, *Protección del Menor y Cooperación Internacional entre Autoridades*, Colex, 2003.

(19) En esta categoría de Convenios de DIPr. se hallan, por excelencia, los Convenios elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Sobre el recurso progresivo a la CIA en los Convenios de La Haya de DIPr. en la materia, *vid.* J.A. PÉREZ BEVIA y S. GARCÍA CANO, “Contribución de la Conferencia de La Haya...”, *cit.*, pp. 469-482.

Estados cumplen las obligaciones convencionales derivadas de la CDN⁽²⁰⁾, la Asamblea General aprueba el 26 de junio de 2000 dos Protocolos Facultativos a la Convención, que tienen por objeto reforzar y aumentar la protección de los niños en determinadas situaciones de riesgo consecuencia directa de los efectos de la globalización: de un lado, *Protocolo relativo a la participación de niños en los conflictos armados* y, de otro, *Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*⁽²¹⁾. Son ya 50 los Estados que forman Parte de estos Protocolos, entre ellos España, y al igual que la Convención se trata de instrumentos pertenecientes a la categoría de los Instrumentos dogmáticos.

B) *La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, organización internacional de carácter universal cuyo objetivo es la unificación progresiva de las reglas de Derecho internacional privado⁽²²⁾, ha sido una Organización pionera en prestar especial atención a los problemas relativos a la protección de los menores en las situaciones internacionales⁽²³⁾. En su seno se han concluido a lo largo del siglo XX sucesivos Convenios de DIPr. que progresivamente se han ido adaptando tanto en principios, como en objetivos y técnicas a las exigencias y a la evolución que las instituciones relativas a la protección del menor, marcadas por la Convención de los Derechos del Niño, han experimen-

(20) El Comité de los Derechos del Niño es el principal instrumento de garantía y control establecido en la CDN para examinar los progresos llevados a cabo por los Estados parte, sobre la base de presentación de informes periódicos sobre la forma en que se aplican los derechos (arts. 43-44). Aunque su labor ha sido intensa en los últimos años, sin embargo, no deja de ser insuficiente, pues principalmente el Comité carece de poder coercitivo alguno (vid. E. PÉREZ VERA, “El Convenio sobre los Derechos del niño”, *Garantía internacional de los Derechos sociales*, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, pp. 167-185, esp. pp. 182-185; J.A. CARRILLO SALCEDO, “Procedimientos para la protección de los Derechos de los menores en el ámbito de las Naciones Unidas”, en M.A. Verdugo y V. Soler-Salas (Eds.), *La Convención de los Derechos del niño hacia el siglo XXI*, Salamanca, 1996, pp. 93-98, esp. pp. 97-99).

(21) Los textos de ambos Protocolos y una información actualizada sobre su estado de firmas y ratificaciones puede consultarse en <http://www.un.org>.

(22) Vid., entre otros, G. A. L. DROZ, “La Conférence de La Haye de Droit international privé et les méthodes d’unification du droit: Traités internationaux ou lois modèles?”, *Rev. int. dr. comp.*, 1961, vol. 13, pp. 507-521; R. VIÑAS FARRE, *Unificación del Derecho internacional privado. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Bosh, 1978.

(23) Vid., especialmente, J.A. PÉREZ BEVIÁ y S. GARCÍA CANO, “Contribución de la Conferencia de La Haya a la globalización de los derechos del niño”, *cit.*, pp. 463-493.

tando durante el pasado siglo. Entre este conjunto de Convenios pueden distinguirse, claramente, dos modalidades:

De un lado, tres Convenios internacionales sucesivos, concluidos respectivamente en 1902, 1961 y 1996, que han procurado regular globalmente la protección de la persona y de los bienes del menor (protección llevada a cabo por instituciones como la patria potestad, la tutela, la curatela o por medidas de protección administrativas de carácter protector y educativo)⁽²⁴⁾. De entre ellos, el primero, *Convenio de 12 de junio de 1902 sobre tutela de los menores*⁽²⁵⁾, continúa en vigor para España exclusivamente en sus relaciones con Rumania y Bélgica; el segundo, *Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores*⁽²⁶⁾, continúa, hoy por hoy, siendo la pieza convencional básica en el Derecho español en la materia, pues nos vincula a un grupo considerable de Estados⁽²⁷⁾, si bien, acertadamente, en un futuro no muy lejano, éste será sustituido en las relaciones entre Estados parte por el tercero, *Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, Convenio que se adecúa mucho más satisfactoriamente al nuevo contexto de la protección internacional del menor, y que aunque se halla en vigor para ciertos Estados desde el 1 de enero de 2002⁽²⁸⁾, no ha sido hasta el pasado 1 de abril de 2003 firmado por España junto al resto de los Estados de la Unión Europea en bloque⁽²⁹⁾.

(24) Vid. E. PÉREZ VERA, “El menor en los Convenios de La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado”, *REDI*, vol. XLV, 1993-1, pp. 101-114; R.M. MOURA RAMOS, “La protección de los menores en el ámbito internacional”, en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, 2000, pp. 67-84.

(25) *Gaceta de Madrid*, núm. 121, de 1 de mayo de 1905.

(26) *BOE* núm. 199, de 20 de agosto de 1987.

(27) Actualmente vincula a España con Alemania, Austria, China (región administrativa especial de Macao), Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suiza y Turquía. Para datos posteriores y otras informaciones relativas al Convenio, vid. <http://www.hcch.net>.

(28) Los Estados parte de la Convención actualmente son: Mónaco, República Checa, Eslovaquia, Marruecos y Letonia (para la actualización del número de Estados parte y otras informaciones relativas al Convenio, vid. <http://www.hcch.net>).

(29) Vid., como consecuencia del problema desatado en la Unión Europea respecto a las competencias externas de la Comunidad en materia de protección de menores, que impide a los Estados, por ellos mismos, adherirse individualmente a dicho Convenio, Decisión del Consejo de 19 de diciembre de 2002 por la que se autoriza a los Estados Miembros

Junto a estos Convenios generales, de otro lado, la Conferencia de La Haya se ha ocupado de la protección del menor concluyendo Convenios internacionales que, a diferencia de los anteriores, regulan aspectos específicos de dicha protección que, por su particularidad y relevancia, han merecido un tratamiento autónomo:

1.^o) Con relación a las obligaciones alimenticias para los menores, *Convenios de 24 de octubre de 1956 sobre la ley aplicable y de 15 de abril de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones*, que más tarde fueron sustituidos en las relaciones entre Estados parte, entre ellos España, por los *Convenios generales de 2 de octubre de 1973* ⁽³⁰⁾.

2.^o) Respecto al problema de la sustracción internacional de menores, *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* ⁽³¹⁾; en vigor para España desde 1987, y que ha de considerarse como uno de los principales éxitos de la Conferencia ⁽³²⁾.

3.^o) Respecto a la institución de la adopción internacional, *Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre competencia de las autoridades, la ley aplicable*

a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (*DO* núm. L 048 de 21/02/2003).

⁽³⁰⁾ Convenio de 2 de octubre de 1973, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (*BOE* núm. 222, de 16 de septiembre de 1986) y Convenio de 2 de octubre de 1973, relativo al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias (*BOE* núm. 192, de 12 de agosto de 1987; c. de e. *BOE* núm. 282, de 25 de noviembre).

⁽³¹⁾ *BOE* núm. 202, de 24 de agosto de 1987; c. de e. *BOE*, núm. 155, de 30 de junio de 1989, y *BOE* núm. 21, de 24 de enero de 1996.

⁽³²⁾ Son Estados Parte: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bahamas, Bélgica, Belice, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Burkina-Faso, Canadá, Chile, China (regiones administrativas especiales de Hong-Kong y Macao), Chipre, Colombia, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Fiji, Finlandia, Francia, Georgia, Gran Bretaña (incluida la Isla de Man, las Islas Caimán y las islas Falkland), Grecia, Guatemala, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Mauricio, México, Moldavia, Mónaco, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Países Bajos, Paraguay, Polonia, Portugal, República Checa, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Rumania, San Cristóbal y Nieves, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Trinidad, Turkmenistán, Turquía, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Yugoslavia, Zimbabwe. Para la actualización del número de Estados parte y otras informaciones relativas al Convenio, *vid.* <http://www.hcch.net>.

y el reconocimiento de las resoluciones en materia de adopción⁽³³⁾; Convenio no ratificado por nuestro país y que puede considerarse, hoy por hoy, como uno de los fracasos de la Conferencia⁽³⁴⁾, y *Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional en materia de adopción internacional*⁽³⁵⁾, Convenio en vigor para España desde 1995 y que actualmente se erige como el principal instrumento internacional aplicable en la materia⁽³⁶⁾.

C) *El Consejo de Europa*

Pasando a un ámbito regional, concretamente el europeo, el Consejo de Europa es otro foro internacional que desde la segunda mitad del siglo xx viene concluyendo diversos instrumentos internacionales que, enmarcados en su política de protección a la familia, se dirigen directa o indirectamente a garantizar los derechos del menor o su protección⁽³⁷⁾.

A diferencia de los Convenios concluidos en el seno de la Conferencia de la Haya de DIPr., que son Convenios exclusivamente de DIPr., la naturaleza jurídica de los instrumentos jurídicos *ad hoc* emanados del Consejo de Europa es muy diversa, y los Convenios de DIPr. muy escasos.

De este modo, junto a la protección general del que es acreedor el menor en virtud de la *Convención Europea para la salvaguardia de los Derechos Humana-*

(33) La versión en castellano del Convenio puede verse en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y A. BORRÁS RODRÍGUEZ (Coord.), *Recopilación de Convenios de La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-1993). Traducción al castellano*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 132-141.

(34) Sólo ha logrado vincular a tres países (Suiza, Austria y Reino Unido), y desde su entrada en vigor no ha recibido firma ni ratificación alguna.

(35) *BOE* núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

(36) Actualmente, son Estados parte junto a España: Albania, Andorra, Australia, Austria, Brasil, Burkina Faso, Burundi, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Islandia, Israel, Italia, Lituania, Mauricio, México, Moldavia, Mónaco, Mongolia, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Países Bajos, Paraguay, Perú, Polonia, Rumania, República Checa, Sri Lanka, Suecia y Venezuela.

(37) *Vid.*, especialmente, E. FOSAR BENLLOCH, “El Derecho internacional de protección del menor: El Consejo de Europa y la Organización de las Naciones Unidas”, *Documentación jurídica*, núm. 41, 1984, pp. 109-145; P. BOUCAUD, “La protection de l’enfant en Europe”, *Ann. eur.*, 1990, vol. XXXVIII, pp. 21-39; M. KILLERBY, “The Council of Europe’s Contribution to Family Law (Past, Present and Future)”, en N. Lowe y G. Douglas (Eds.), *Families Across Frontiers*, Kluwer, 1996, pp. 13-25, esp. pp. 18-25; J.A. PÉREZ BEVÍA, “La protección de menor en el Consejo de Europa en el ámbito del Derecho Privado”, en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (Eds.), *Mundialización y Familia*, *cit.*, pp. 51-81.

nos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 ⁽³⁸⁾, y en particular a través del corpus jurisprudencial sobre la protección del menor construido por el TEDH con relación al art. 8 de aquél ⁽³⁹⁾, y las muy numerosas Resoluciones y Recomendaciones no vinculantes relativas a la protección del menor ⁽⁴⁰⁾, son ya seis los Convenios específicos concluidos, al día de hoy, por esta Organización: *Convenio Europeo sobre adopción de menores de 24 de abril de 1967*; *Convenio Europeo sobre repatriación de menores de 28 de mayo de 1970*; *Convenio Europeo sobre el estatuto jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio de 15 de octubre de 1975*; *Convenio europeo sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de custodia, así como al restablecimiento de dicha custodia de 20 de mayo de 1980*; *Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño de 25 de enero de 1996*, y *Convenio europeo sobre las relaciones personales del menor de 14 de octubre de 2002* ⁽⁴¹⁾.

⁽³⁸⁾ Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979).

⁽³⁹⁾ Sobre la jurisprudencia en relación a este precepto que directa o indirectamente afecta a menores, *vid., ad ex.*, CIAS (Centro Internacional de Abogados de Estrasburgo) y el MIJC (Movimiento Internacional de Juristas Católicos), “La protección de los niños menores en el marco de la Convención Europea de los Derechos del niño”, *BIMJ*, núm. 1632, 1992, pp. 2020-2035; K.O’DONELL, “Parent-Child Relationships within the European Convention”, en N. Lowe y G. Douglas (Eds.), *Families Across Frontiers*, *cit.*, pp. 135-150; M. BUQUICCHIO-DE BOER, “The Impact of the European Convention on Human Rights of the children”, en M.A. Verdugo y V. Soler-Sala (Eds.), *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*, *cit.*, pp. 99-110; con especial referencia al componente internacional, J.A. PÉREZ BEVIÁ, “La protección del menor...”, *cit.*, pp. 56-58.

⁽⁴⁰⁾ *Vid.* fundamentalmente, en el ámbito del Derecho privado, *Resolución del Comité de Ministros (77) 33 sobre la colocación de menores, de 3 de noviembre de 1977*; *Recomendación del Comité de Ministros 869 (1979), de 4 de febrero, relativa al pago por el Estado de anticipos sobre alimentos debidos a los niños*; *Recomendación 874/1979, de 4 de octubre, de la Asamblea Parlamentaria relativa a la redacción de una Carta Europea de los Derechos del niño*; *Recomendación (84) 4 del Comité de Ministros sobre las responsabilidades parentales, de 28 de febrero de 1984*; *Recomendación 1071 (1988) de la Asamblea Parlamentaria relativa a la protección de la infancia, de 23 de marzo de 1988*; *Recomendación 1121/1990, de 1 de febrero, relativa a los derechos del niño*; *Recomendación 1286 (1996) de la Asamblea Parlamentaria relativa a una estrategia europea para los niños, de 24 de enero de 1996*; *Recomendación 1460 (2000) de la Asamblea Parlamentaria sobre la institución de un mediador (Ombudsman) europeo para los menores, de 7 de abril de 2000*; *Recomendación de la Asamblea Parlamentaria 1443 (2000) relativa al respeto de los derechos del menor en la adopción internacional*; *Recomendación del Comité de Ministros (2001) 16 sobre la protección de los menores contra la explotación sexual*.

⁽⁴¹⁾ Estos Convenios, su estado de firmas, y otras respectivas informaciones pueden consultarse en <http://www.coe.fr>.

De estos seis Convenios específicos, sólo el Convenio de Luxemburgo de 1980 relativo a la custodia y a la sustracción internacional de menores es *stricto sensu* un Convenio de DIPr., y además es el único ratificado por España⁽⁴²⁾. Actualmente, aparte de éste, sólo merecen especial atención los dos últimos Convenios concluidos, ambos posteriores a la Convención de las Naciones Unidas de 1989: de un lado, el Convenio de Estrasburgo de 1996 sobre el ejercicio de los Derechos del Niño de 1996, claramente dogmático y también polémico, en vigor, aunque no para España, desde el 1 de julio de 2000⁽⁴³⁾, y que se dirige a completar la Convención de la ONU reforzando los derechos procesales del menor⁽⁴⁴⁾ y, de otro lado, el Convenio de 2002 relativo a las relaciones personales del menor, que es una más de las propuestas actualmente existentes en el marco internacional en materia de derecho de visita⁽⁴⁵⁾.

D) *La Unión Europea*

En el marco de la Unión Europea, continuando en el ámbito regional europeo, han sido escasas, en general, las normas promulgadas destinadas directamente a regular la situación jurídica de los menores⁽⁴⁶⁾, moviéndose básica-

(42) *BOE* núm. 210, de 1 de septiembre de 1984. Los Estados parte de este Convenio junto con España son: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Suecia, Suiza y Turquía.

(43) Son Estados parte: República Checa, Alemania, Grecia, Letonia, Polonia, Eslovaquia, República Yugoslava de Macedonia y Turquía.

(44) Entre los que han acogido satisfactoriamente el nuevo Convenio, *vid.* A. ISOLA, “La Convention européenne sur l’exercice des droits de enfants”, en J. Rubellin-Devichi y R. Frank (Dir.), *L’enfant et les Conventions...*, *cit.*, pp. 83-88; N. RIOMET, “Présentation de la Convention européenne et du projet sur l’exercice des droits des enfants”, *ibid.*, pp. 89-94; entre los que, por el contrario, consideran que la Convención refuerza desmesuradamente el dogma de la autonomía del menor, *vid.*, *ad. ex.*, I. BARRIÈRE-BROUSSE, “L’enfant et les convention...”, *cit.*, pp. 878-883.

(45) El Convenio será abierto a la firma el 15 de mayo del 2003.

(46) *Vid.*, entre otros, M. CASTILLO, “La protection des enfants dans la Communauté Européenne”, *Revue du Marche Commun*, núm. 337, 1990, pp. 361-369; P. MADRIGAL DE TORRES, “Síntesis de la Legislación comunitaria sobre derechos y protección social de los niños”, *REE*, 1993, núm. 5, pp. 109-121; F.J. GARCÍA MÁS, “El menor ante el Derecho comunitario”, *AC*, núm. 38, 19 al 25 de octubre de 1998, pp. 923-938.

mente a través de numerosas Resoluciones y Recomendaciones, carentes de obligatoriedad⁽⁴⁷⁾.

Hasta el momento, por tanto, existe un sólo instrumento internacional vinculante que afecte a la protección del menor, y lo hace en el marco del DIPr., de manera indirecta, parcial, e insatisfactoria: *Reglamento (CE) núm. 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes*⁽⁴⁸⁾. Aunque con posterioridad al mismo, en el marco del programa del reconocimiento mutuo⁽⁴⁹⁾, se han concluido algunas propuestas más ambiciosas que afectan a cuestiones tales como el derecho de visita o a la sustracción internacional de menores, hoy por hoy, no han llegado a prosperar⁽⁵⁰⁾. No obstante, es muy importante tener en cuenta que

(47) *Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989 sobre sustracción internacional de menores* (Doc. A2-154/89, DO C, núm. 158, de 26 de mayo de 1989); *Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de julio de 1990, referente a la Convención de los Derechos del Niño* (Doc. B3-1436/90, DO C 231, 17 de septiembre de 1990); *Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 1991, sobre los problemas de los Niños en la Comunidad Europea* (Doc. A3-314/91, DO C 13, 20 de enero de 1992); *Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de julio de 1992, sobre una Carta Europea de los Derechos del Niño* (Doc. A3-0172/92, DO C 241, 21 de septiembre de 1992). *Resolución del Parlamento europeo sobre secuestro de niños de 9 de marzo de 1992* (Resolución A-3-0051/93, DOCE, C 115/34, de 26 de abril de 1993); *Resolución del Parlamento Europeo de 18 de julio de 1996 sobre el secuestro de niños de matrimonios de distinta nacionalidad en los Estados miembros*, *Resolución del Parlamento Europeo sobre la mejora del derecho y de la cooperación entre los Estados Miembros en materia de adopción de menores de 12 de diciembre de 1996* (Resolución A4-0392/96, DO C de 20 de enero de 1997); *Resolución del Parlamento Europeo sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea, de 12 de diciembre de 1996* (Resolución A4-0393/96); art. 24 de la *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*; *Resolución del Parlamento Europeo de 3 de marzo de 2001 sobre la sustracción de menores por uno de los padres*.

(48) DOCE, serie L, de 30 de junio de 2000.

(49) En el marco específico del DIPr., y como consecuencia de la “comunitarización” de la cooperación judicial en materia civil tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la Comunidad ha emprendido el denominado “*Proyecto de Reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*”, en cuyo ámbito de actuación se incluyen cuestiones relacionadas con la protección del menor [vid., especialmente, Documento de trabajo de la Comisión “Reconocimiento mutuo en materia de responsabilidad parental”, COM (2001) 166 final, 27 de marzo de 2001].

(50) El último resultado de estos trabajos al que se ha dado luz verde es la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental derogando el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 y modificando el Reglamento 44/2001 en materia de alimentos* (COM 2002/0222 final, 3 de mayo de 2002). Esta ambiciosa Propuesta refunde en un solo texto los trabajos de ampliación del Reglamento 1347/2000 en materia

tanto el Reglamento 1347/2000 como, en su caso, futuras normas comunitarias en la materia, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, gozan o gozarán de aplicación preferente respecto a las normas contenidas en otros Convenios internacionales en supuestos de colisión⁽⁵¹⁾.

E) *La Organización de Estados Americanos (OEA)*

Pasando a otro ámbito regional, concretamente, el interamericano, debe hacerse referencia a otro foro unificador por excelencia del DIPr., la Organización de Estados Americanos (OEA), que en sus sucesivas Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado (CIDIPs) también ha venido prestando especial atención a materias relacionadas con la protección de menores⁽⁵²⁾. Concretamente, en su seno, han sido tres las Convenciones adoptadas que directamente afectan a instituciones relativas a la protección de los meno-

matrimonial, la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental* (DOCE C 332, 27 de junio de 2001) y la *Iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción del Reglamento del Consejo relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita de los hijos* (DO C 234, de 15 de agosto de 2000).

(51) Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. 1, 3.ª ed., Comares, Granada, p. 47. Este principio, no obstante, puede ser derogado expresamente por los propios instrumentos comunitarios, como es el caso, hoy por hoy, del Reglamento 1347/2000, que excepcionalmente, mediante una regla particular de competencia (art. 4), subordina la aplicación de las reglas comunitarias en este sector al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, confirmando así la cláusula de subordinación contenida en el art. 34 de este último instrumento internacional. Debe advertirse, no obstante, que esta afortunada solución podría desaparecer en un futuro muy próximo, con la entrada en vigor del Reglamento que derogaría al Reglamento 1347/2000 y modificaría el Reglamento 44/2001, que de manera inapropiada y peligrosa da un giro copernicano en la concepción del Convenio de La Haya de 1980 como Convenio prevalente y, dado que contiene una solución *ad hoc* para los supuestos de sustracción, por primera vez, el Convenio de La Haya de 1980 pasa a equipararse al resto de los instrumentos internacionales extracomunitarios, prevaleciendo entre los Estados miembros la regulación comunitaria sobre la solución, hasta ahora “más universal”, del Convenio de La Haya de 1980.

(52) Sobre este foro unificador del DIPr., *vid.*, entre otros, D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, *La codificación del Derecho internacional privado en América Latina*, Eurolex, Madrid, 1994; D. OPERTTI BADÁN, “L’oeuvre de la CIDIP dans le contexte du droit international privé actuel”, en A. Borrás Rodríguez y otros (Eds.), *Liber Amicorum Georges A.L. Droz. Sur l’Unification Progressive du Droit international Privé*, Kluwer Law International, 1996, La Haya, pp. 269-286; *id.*, “La codificación del Derecho internacional privado: análisis comparativo de la labor realizada por la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya y por la CIDIP”, *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*. Terceras Jornadas de Derecho Internacional Privado, CESSJ “Ramón Carande”/Eurolex, Madrid, 1993, pp. 259-283; J. SAMTLEBEN, “Los resultados de la labor codificadora de la CIDIP desde la perspectiva europea”, *ibid.*, pp. 293-302.

res, aunque España no es parte de ninguna de ellas: 1.º) *Convención interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores de 24 de mayo de 1984* (CIDIP-III)⁽⁵³⁾; 2.º) *Convención interamericana sobre restitución de menores de 15 de junio de 1989* (CIDIP-IV)⁽⁵⁴⁾; y 3.º) *Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores de 18 de marzo de 1994* (CIDIP-V)⁽⁵⁵⁾.

F) Marco convencional bilateral

Para completar este heterogéneo panorama normativo, finalmente, debe destacarse que en el marco convencional bilateral, España, siguiendo la experiencia de cooperación llevada a cabo por otros Estados en materia de Derecho de familia, fundamentalmente Francia⁽⁵⁶⁾, ha concluido también un instrumento internacional de carácter bilateral que nos vincula con Marruecos en materia de protección de menores: *Convenio Hispano-Marroquí de 30 de mayo de 1997 sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita, y devolución de menores*⁽⁵⁷⁾. Se trata de un Convenio de DIPr. que, como su propio título indica, regula sólo determinadas parcelas específicas de la protección del menor y, que en conjunto, merece una valoración negativa, como demuestra el hecho de que

(53) La Convención sólo esta en vigor en Belice, Brasil, Chile, Colombia, México y Panamá (para otras informaciones relativas a la Convención *vid.* <http://www.oas.org>). Sobre la misma, *vid.*, entre otros, E. POISSON-DROCOURT, “Convention interaméricaine sur les conflits de lois en matière d’adoption de mineurs”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1987, 3, pp. 640-643.

(54) En vigor y ratificada por Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela (para otras informaciones relativas a la Convención, *vid.* <http://www.oas.org>).

(55) En vigor y ratificada por Argentina, Belice, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Panamá, Paraguay y Uruguay (para otras informaciones relativas a la Convención, *vid.* <http://www.oas.org>).

(56) Los instrumentos internacionales bilaterales concluidos en este marco son muy numerosos, de muy diversa naturaleza, y delimitados en torno a muy distintos fines (una puesta al día de estos instrumentos puede verse en C. GOSSELAIN, “Enlèvement d’enfants et droit de visite transfrontière: Conventions bilaterales et Etats de tradition islamique. Rapport de recherche”, Doc. Prél. No. 7 d’août 2002 à l’intention de la Commission spéciale de septembre/octobre 2002, <http://www.hcch.net>).

(57) *BOE* núm. 150, de 24 de junio de 1997. El Convenio se aplicaba provisionalmente desde el 30 de mayo de 1997, fecha de su firma. Entró en vigor el 1 de julio de 1999 (*BOE* de 25 de junio de 1999).

su aplicación en España, hasta el momento, no haya dado lugar a ninguna resolución definitiva⁽⁵⁸⁾.

III. BALANCE DEL SISTEMA CONVENCIONAL VIGENTE EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

Conocidos someramente cuáles son los principales instrumentos jurídicos que actualmente afectan a la protección internacional del menor interesa realizar un balance global sobre este heterogéneo corpus normativo, con objeto tanto de destacar sus luces como, fundamentalmente, a efectos de mejorar y avanzar en la eficacia del sistema, denunciar sus sombras.

1. Luces del sistema convencional

Debe partirse necesariamente del reconocimiento del progreso que entre todos y cada uno de estos instrumentos internacionales han logrado realizar en la protección del menor. Partiendo de este indiscutible progreso, son tres las principales luces que aporta el conjunto: unidad de objetivos, unidad de principios fundamentales, y adecuación de técnicas jurídicas a la evolución sociojurídica que han experimentado las instituciones relativas a la protección del menor.

A) *La unidad de objetivos*

Todos estos instrumentos internacionales, con independencia de su naturaleza y de los fines más concretos que persiguen, se dirigen a realizar un mismo objetivo material: el interés superior del menor. Mucho se ha escrito sobre esta

(58) El Convenio, entre otras críticas, se inspira demasiado (y, en la mayoría de las ocasiones, incorrectamente) en los Convenios multilaterales sobre sustracción internacional de menores, recoge controles de competencia indirectos que no se adecúan al foro generalizado de la residencia habitual del menor, resaltando por el contrario el papel de la nacionalidad, y traduce demasiadas concesiones al Derecho marroquí [*vid.*, especialmente, M. MOYA ESCUDERO y H. ZEKRI, “Nuevo régimen bilateral de asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos”, *REDI*, vol. XLIX, 1997, pp. 369-377; J.A. PÉREZ BEVIÁ, “El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores”, en A.L. Calvo Caravaca y J.L. Iriarte Ángel (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, 2000, pp. 139-162; M.M. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, “El Convenio Hispano-Marroquí de 30 de mayo de 1997, sobre custodia de menores y derecho de visita”, *Derecho y Opinión*, núm. 6, 1998, pp. 493-521].

noción, sobre su naturaleza de concepto jurídico indeterminado, y sobre el riesgo implícito que conlleva su concreción *in casu* (riesgo que en el marco internacional se ve acrecentado convirtiéndose en instrumento de defensa de nacionalismos excluyentes)⁽⁵⁹⁾, aunque lo cierto es que, a pesar de la complejidad del concepto, el interés superior del menor, sobre todo desde su consagración positiva en el art. 3 de la CDN, se sitúa en el objetivo y eje de todos los instrumentos internacionales relativos a la protección del menor, otorgando unidad al sistema. Esta constatación se observa tanto en los Convenios dogmáticos (*ad ex.*, Convenio Europeo de 1996 relativo al ejercicio de los derechos del niño), como en los Convenios de DIPr. concluidos coetáneamente o con posterioridad a la conclusión de la CDN; Convenios de DIPr., donde además el interés superior del menor ha significado un importante factor de progreso y unificación (*ad ex.*, Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional o Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores *in genere*)⁽⁶⁰⁾.

B) *La unidad de principios fundamentales*

Junto a la unidad de objetivos, y relacionado con ello, la segunda luz del sistema radica en la unidad de principios fundamentales que se observa en todos estos Convenios internacionales, y que logra otorgar una coherencia global al conjunto. Se trata de principios que también tiene su consagración positiva en la CDN, que pueden contemplarse como concreciones del interés superior del menor, en tanto *standars minimus* aceptados por la comunidad internacio-

(59) Entre otros, *vid.*, especialmente, A. SHAPIRA, "Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases", *R. des C.*, 1989-II, t. 214, pp. 127-250, esp. pp. 143-150; M. MOYA ESCUDERO, *Los aspectos personales de la relación paterno-filial en Derecho internacional privado español*, Granada, 1995, Inédito, pp. 11-38; P. ALSTON y B. GILMOUR-WALSH, "The Best Interests of the Child. Towards a Synthesis of Children's Rights and Cultural Values", en M.A. Verdugo y V. Soler Sala (Eds.), *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*, Ediciones Universidad de Salamanca, 1996, pp. 253-289; H. FULCHIRON, "L'évolution historique de la notion de l'intérêt de l'enfant: de l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant", *cit.* pp. 29-39; M.D. FERNÁNDEZ CASADO, "Una aproximación al principio de interés superior del menor", en Asociación de Letrados de la Junta de Andalucía, *Protección jurídica del menor*, Granada, Comares, 1997, pp. 247-252; M. FREEMAN, "The best interest of the child? is the best interest of the child in the best interest of children?", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 11, 1997, pp. 360-388; en nuestro Derecho interno, especialmente, F. RÍVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, Madrid, 2000.

(60) *Vid.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, "El interés del menor como factor de progreso y unificación...", *cit.*, pp. 915-967.

nal⁽⁶¹⁾, y que son desarrollados, a través de sus respectivas técnicas, tanto por los Convenios dogmáticos como por los Convenios de DIPr. Estos principios fundamentales, que constituyen la base del actual derecho internacional de la infancia, son los siguientes: derecho del menor a una familia (arts. 20 y 21 CDN)⁽⁶²⁾; primacía del papel de la familia con relación a las autoridades públicas (art. 5 CDN); derecho del menor a mantener relaciones periódicas con sus dos progenitores (arts. 9 y 11 CDN), y derecho del menor a que se tenga en cuenta su opinión en los procedimientos que le afecten (art. 12 CDN).

C) *La progresiva adecuación de técnicas jurídicas*

La tercera luz del sistema internacional se desenvuelve, como ha sido adelantado, en el plano de las técnicas o expedientes jurídicos y, concretamente, en su progresiva adecuación a las exigencias del nuevo contexto de la protección internacional del menor. Esta adecuación de técnicas se observa fundamentalmente en los Convenios de DIPr., donde junto a una progresiva búsqueda de soluciones eficientes a las cuestiones clásicas se constata una apuesta decidida por el recurso a la cooperación internacional entre autoridades judiciales y administrativas (*ad ex.*, Convenios relativos a sustracción internacional de menores o Convenio de La Haya de 1993 relativo a la adopción internacional)⁽⁶³⁾. La adecuación de técnicas no es exclusiva, sin embargo, de los Convenios de DIPr., y también puede observarse en algunos instrumentos dogmáticos. Como ejemplos de estas nuevas fórmulas o soluciones comunes a todos del corpus convencional pueden citarse los siguientes: potenciación de la mediación como expediente alternativo a los litigios familiares internacionales en los que el menor se vea implicado⁽⁶⁴⁾; instauración de definiciones autónomas dirigidas a

(61) Con relación a los *standars minimus* internacionales en el ámbito del Derecho de familia, *vid.*, A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *cit.*, pp. 78-86.

(62) Entendiendo por familia, familia de origen, y sólo en los supuestos en que ésta no se encargue adecuadamente del menor, se procederá al recurso de la familia por sustitución.

(63) *Vid.* J.A. PÉREZ BEVIA y S. GARCÍA CANO, “Contribución de la Conferencia de La Haya...”, *cit.*, pp. 469-490.

(64) *Vid.*, *ad ex.*, arts. 7.2 c) y 10 del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, art. 4.2.c) del Convenio hispano-marroquí específico de 1997, art. 31.b) del Convenio de La Haya de 1996, y art. 13 del Convenio Europeo de Estrasburgo de 1996 sobre el ejercicio de los derechos de los niños.

evitar interpretaciones divergentes o nacionalistas entre los Estados parte⁽⁶⁵⁾; tendencia a incorporar en distintos momentos del *iter* convencional una serie de formularios modelos o estándar que simplifican la aplicación convencional suprimiendo formalidades y costes⁽⁶⁶⁾; o establecimiento de órganos de seguimiento de los respectivos Convenios que, aparte de contribuir a la interpretación y aplicación uniforme del Convenio, se dirigen también a mejorar progresivamente el funcionamiento convencional⁽⁶⁷⁾.

(65) *Ad ex.*, concepto de “derecho de custodia” recogido en el marco de los Convenios relativos a sustracción internacional de menores (*vid.* art. 3 del Convenio de La Haya de 1980, art. 1 del Convenio de Luxemburgo de 1980, y art. 7 del Convenio hispano-marroquí específico de 1997). En el ámbito de los Convenios de DIPr., esta peculiaridad conceptual debe contemplarse como una manifestación más de la tendencia convencional *in genere* hacia la instauración de conceptos propios de DIPr. *versus* calificación (*vid.*, A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, *cit.*, p. 234).

(66) Entre éstos pueden citarse: formulario de solicitud de retorno del menor en el marco del Convenio de La Haya de 1980 (aprobado como Recomendación por la XIV sesión de la Conferencia de La Haya al mismo tiempo que el Convenio); en el contexto del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional: a) Modelo recomendado de declaración de consentimiento para la adopción internacional; b) Modelo recomendado de declaración de conformidad de una adopción internacional [ambos aprobados en la Comisión especial de 1994, *vid.*, respectivamente, Anexo B y Anexo C al “Rapport de la Commission spéciale de La Haye du 29 mai sur la mise en oeuvre de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, octubre de 1994 (<http://www.hcch.net>), y los textos traducidos al español por A. BORRÁS, en *Guía para la aplicación del Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional en materia de adopción internacional*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999, pp. 29-31 y 32-34]; c) Modelo recomendado sobre el informe médico del menor (aprobado en la Comisión especial de 2000, *vid.* Anexo B al “Rapport et Conclusions de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale, 28 novembre-1er décembre 2000 établis par le Bureau Permanent”, <http://www.hcch.net>).

(67) Se distinguen claramente dos modalidades de seguimiento: a) sistema adoptado por los Convenios internacionales concluidos en el seno de la Conferencia de La Haya de DIPr., a través de las Comisiones especiales convocadas periódicamente respecto a cada Convenio por el Secretario de la Conferencia (sólo han sido institucionalizadas en los últimos Convenios concluidos en la materia: art. 42 del Convenio de 1993 sobre adopción internacional y art. 56 del Convenio de 1996 sobre protección de menores *in genere*); b) sistema del resto de los Instrumentos internacionales, que instituyen un *forum* específico de control/seguimiento, cuya composición y atribuciones aparecen, con distinto alcance, regulado en los respectivos textos (*ad ex.*, Comité convencional relativo a la custodia de menores, creado en el seno del Consejo de Europa, a partir del art. 28 del Convenio de Luxemburgo de 1980; Comité permanente instituido en el Convenio de Estrasburgo de 1996 *ex arts.* 16 a 19; o Comisión mixta consultiva instituida, a imagen de

2. Sombras en la eficacia del sistema convencional

A) *Acercamiento*

Las luces del sistema demuestran que se está en presencia de un corpus convencional coherente, asentado materialmente sobre el interés superior del menor, y en el camino de ofrecer las técnicas jurídicas apropiadas para su realización. Sin embargo, surge una gran cuestión que rodea a todo el sistema, y que gira, sin duda, en torno a la idea de su eficacia: ¿es eficaz este compendio de instrumentos internacionales para regular satisfactoriamente los numerosos problemas que afectan al sujeto menor de edad en la actual sociedad internacionalizada, globalizada y multicultural a la que se asiste en el siglo XXI? Desafortunadamente, la respuesta es negativa. Son todavía muchas las deficiencias que sufre el sistema, y muchos los inconvenientes jurídico-políticos a superar para lograr su eficacia. Son de muy variada naturaleza; la mayoría de ellos pueden ser superados con una seria voluntad política por parte de los Estados; otros, sin embargo, como la ausencia de ratificación de ciertos Convenios multilaterales por algunos Estados (*ad ex.*, Estados de tradición islámica), impidiendo así lograr una universalidad real, hunden sus raíces en las enormes diferencias culturales existentes entre sistemas jurídicos, y, hoy por hoy, no es factible su superación a corto plazo. No se trata, por tanto, de analizar exhaustivamente todas estas sombras, sino de poner de relieve aquellas sombras estructurales superables más importantes, y destacar aquellas otras que devienen, precisamente, de la multiplicidad de instrumentos jurídicos existentes⁽⁶⁸⁾.

B) *Sombras estructurales*

Las sombras estructurales pueden tener lugar en tres momentos distintos de la vida convencional: en el momento de la redacción de un Convenio, en el momento de su recepción o incorporación en los Ordenamientos jurídicos de los Estados parte, y durante su proceso de aplicación. Se trata de inconvenientes interrelacionados, todos ellos tienen su origen en la propia estructura de los Convenios, y la mayoría de ellos pueden ser superados con una clara voluntad político-jurídica por parte de los Estados.

otros Convenios bilaterales, en el Convenio hispano-marroquí específico de 1997 *ex art.* 5). Hasta el momento, realmente, sólo las Comisiones especiales de seguimiento llevadas a cabo respecto a los Convenios concluidos en la Conferencia de La Haya han alcanzado resultados positivos.

⁽⁶⁸⁾ Con relación a los Convenios relativos al *Legal Kidnapping*, *vid.*, recientemente, P.P. MIRALLES SANGRO, “Acerca de la eficacia de los Convenios internacionales contra el secuestro internacional de menores”, *La Ley*, 20 de noviembre de 2002, pp. 1-7.

Así, en primer lugar, las deficiencias provenientes de la redacción de estos instrumentos internacionales surgen fundamentalmente de la necesidad de alcanzar un compromiso entre los Estados participantes en su elaboración. Esta necesaria búsqueda del compromiso se traduce en ocasiones, respecto a los Convenios dogmáticos, en la proclamación de derechos que posteriormente son limitados por la propia norma mediante una remisión a los derechos nacionales (*ad ex.*, art. 12 de la CDN con relación al derecho del menor a ser oído en los procedimientos que les afecte), y en los Convenios de DIPr., en la elaboración de normas unificadoras mínimas que hacen intervenir inexorablemente a los Derechos internos (*ad ex.*, art. 26.1 del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional respecto a la cuestión de la ruptura definitiva de los vínculos de filiación del menor con su familia de origen).

Por otra parte, esta misma búsqueda del compromiso es la causa de la incorporación de las reservas que aparecen en los Convenios relativos a la protección del menor. Estas reservas tienen su origen, naturalmente, en la propia redacción del Convenio, aunque es en el proceso de recepción y de aplicación convencional donde despliegan sus nocivos efectos. Este es el caso de la Convención de los Derechos del Niño, cuyas numerosas reservas llevadas a cabo sobre diferentes aspectos hace cuestionarse seriamente su universalidad⁽⁶⁹⁾, el del Convenio de Luxemburgo de 1980 sobre custodia y sustracción, que por el juego de la reserva de su art. 17 ha visto su eficacia extremadamente mermada⁽⁷⁰⁾, o incluso el del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, cuya reserva prevista en el art. 26.3 con relación a la no asunción de gastos en

⁽⁶⁹⁾ En realidad, puede sostenerse que se trata de una “universalidad imperfecta”, teniendo en cuenta sobre todo que algunos Estados de tradición islámica, como, por ejemplo, Irán, Marruecos, Egipto o Pakistán, han emitido en el momento de la firma o de la ratificación de la Convención reservas, tanto generales como específicas, precisando que su compromiso se hacía a la luz del respeto a la *Charia*, cuya interpretación de algunos de los derechos recogidos en el texto convencional, al menos aquellos que gravitan en torno a la autonomía del niño, parece responder a una filosofía opuesta (*vid.* J.A. PÉREZ BEVIÁ y S. GARCÍA CANO, “Contribución de la Conferencia de La Haya...”, *cit.*, p. 465, nota 7).

⁽⁷⁰⁾ Actualmente, de los 26 Estados que forman parte del Convenio, más de la mitad hacen uso de la citada reserva, bien ampliando a los arts. 8 y 9 todas las motivaciones previstas en el art. 10, o bien sólo algunos de ellos. Si a ello se une el efecto multiplicador que la reserva produce *ex art.* 17.2, es fácilmente explicable que el progenitor que ha sido víctima de un secuestro acuda al mecanismo del Convenio de La Haya de 1980. Afortunadamente, España, que hizo uso de la reserva en el momento de la ratificación del Convenio el 30 de mayo de 1984, la ha retirado con efecto de 28 de julio de 1995 (*BOE* de 17 de octubre de 1995). Puede verse la historia completa de las declaraciones realizadas al tratado en <http://www.coe.fr>.

materia de asistencia jurídica viene implicando un serio obstáculo en su correcto funcionamiento⁽⁷¹⁾.

En segundo lugar, las deficiencias surgidas de la recepción de estos Convenios en los Ordenamientos jurídicos de los Estados parte, aparte del largo camino de las firmas y ratificaciones, y de la realización efectiva de las reservas a las que acaba de hacerse alusión, devienen directamente de la naturaleza jurídica de estos Instrumentos. En efecto, respecto a los Convenios dogmáticos, como se ha comprobado anteriormente, su principal talón de Aquiles radica en su discutido carácter *self-executing*, que exige, como regla general, un desarrollo estatal posterior de sus disposiciones. Respecto a los Convenios de DIPr., aunque generalmente son directamente aplicables, la creciente tendencia en la materia a la elaboración de Convenios de Cooperación Internacional entre Autoridades exige también a los Estados parte una actitud positiva previa a la recepción de estos nuevos Convenios, mediante la adopción de toda una serie de medidas de aplicación, tanto organizativas (*ad ex.*, designación de las AACC y dotación a éstas de recursos personales y económicos suficientes para el cumplimiento de sus obligaciones), como legislativas *stricto sensu* (*ad ex.*, adopción de procedimientos internos para la ejecución de los procedimientos de retorno previstos en los Convenios sobre sustracción). Hasta el momento, la

(71) Esta posibilidad de reservar es fruto una vez más del compromiso (*vid.* E. PÉREZ VERA, “Rapport explicatif sur la Convention concernant les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants”, *Actes et documents de la Quatorzième session*, t. III, *Conférence de La Haye de Droit international privé*, p. 468), y ha sido realizada por numerosos Estados (entre otros, República Federal de Alemania, Belice, Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Honduras, Israel, Luxemburgo, Mauricio, Mónaco, Nueva Zelanda, Países Bajos, Noruega, Panamá, Polonia, Suecia, San Cristóbal, Nieves o Reino Unido de Gran Bretaña), traduciéndose en un serio obstáculo a la efectividad del Convenio en aquellos supuestos en que el Estado requerido coincide con países que no disponen de un sistema de asistencia jurídica, como Estados Unidos o Canadá. Desde la primera Comisión de seguimiento se han denunciado los perjuicios de esta reserva, invitándose a los Estados que han hecho uso de la misma a buscar todos los medios para asegurar la representación gratuita de los padres víctimas del secuestro [*vid.* “Conclusions générales de la Commission spéciale d’octobre 1989 sur le fonctionnement de la Convention de la Haye du 25 de octobre de 1980 sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants”, <http://www.hcch.net>, párrs. 42-45; “Rapport de la deuxième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants tenue du 18 au 21 janvier 1993”, <http://www.hcch.net>, conclusion 8; “Rapport de la troisième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants 17-19 mars 1997”, <http://www.hcch.net>, párrs. 87-89; “Conclusions et Recommandations de la Quatrième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l’enlèvement international d’enfants (22-28 mars 2001)”, <http://www.hcch.net>, párr. 3.6].

experiencia con relación a estos Convenios de CIA ha demostrado que el incorrecto cumplimiento de estas obligaciones por parte de los Estados viene siendo una de las principales trabas en el correcto funcionamiento de esta modalidad de Convenios de DIPr.

Finalmente, con relación a las sombras estructurales, debe hacerse también referencia a aquéllas que se manifiestan durante el proceso de aplicación convencional. En este sentido, y al margen de poner de relieve la necesidad de ofrecer una mayor información general sobre la existencia y funcionamiento de estos Convenios, fundamentalmente a sus aplicadores, las deficiencias más importantes en la aplicación convencional hundan sus raíces directamente, una vez más, en su redacción, y devienen de la introducción convencional de las conocidas “cláusulas de salvaguardia” (*ad ex.*, numerosas excepciones convencionales al retorno del menor en los Convenios relativos a sustracción internacional de menores)⁽⁷²⁾, o del recurso convencional a las excepciones de orden público⁽⁷³⁾. La experiencia aplicativa de este corpus convencional ha puesto de manifiesto, en efecto, que ambos expedientes, cláusulas de salvaguardia y excepciones de orden público, son instrumentos sumamente peligrosos en su aplicación judicial, utilizables desde un punto de vista nacionalista, y que vienen restando eficacia a la obra convencional.

C) Sombras derivadas de la multiplicidad de instrumentos jurídicos

Se ha comprobado, en efecto, que los Instrumentos internacionales vigentes en materia de protección de menores son muy numerosos, de naturaleza

(72) Estas excepciones son, sin duda, un “arma de doble filo” en los Convenios relativos a sustracción internacional de menores. De un lado, su incorporación es necesaria pues no en todo caso el interés superior del menor radica en su restitución conforme a las respectivas reglas convencionales; de otro lado, dichas cláusulas pueden convertirse en una especie de excepción de orden público encubierta utilizable por el órgano que conoce de la petición de restitución (*vid.* A. CORNER, “Actualité du jugement de Salomon. Comment ne pas trancher les enfants victimes d’un déplacement international”, *Gaz. Pal.*, 1997, pp. 1582-1586; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Problemas del secuestro internacional de menores”, *AC*, núm. 21, 1998, pp. 481-527, esp. pp. 508-510; P.P. MIRALLES SANGRO, “Acerca de la eficacia...”, *cit.*, pp. 3-5).

(73) A pesar de la constatable evolución de estos Convenios internacionales respecto a la concepción e intervención de la cláusula de orden público, pasando a constituir el interés superior del menor su contenido esencial (*vid.*, *ad ex.*, en sede de derecho aplicable, la evolución experimentada en los Convenios generales desde el art. 16 del Convenio de La Haya de 1961 al art. 22 del Convenio de La Haya de 1996), una vez más el propio concepto de “interés superior del menor” esconde el riesgo en su correcta interpretación y aplicación.

heterogénea, algunos vinculan a España en el plano multilateral, otros en el regional, y otros lo hacen en el bilateral; presentan diferente ámbito de aplicación personal (pues incluso no existe unanimidad entre ellos en cuanto al propio concepto del sujeto destinatario de la protección)⁽⁷⁴⁾; y aunque como regla general cubren diferentes parcelas materiales de protección, no siempre es así, pues existen situaciones que son reguladas por varios instrumentos (*ad ex.*, fenómeno de la sustracción internacional de menores) o que pueden caer simultáneamente dentro del ámbito de aplicación de varios de ellos (*ad ex.*, protección del derecho de visita). Todo este *maremágnum* convencional, no siempre conocido en sus justos términos por sus aplicadores, se convierte naturalmente en fuente de numerosos problemas y conflictos, que redundan precisamente en contra de la propia esencia de todos ellos: realización del interés superior del menor.

De un lado, se provoca una peligrosa inseguridad jurídica que obliga a sus aplicadores a llevar a cabo un difícil, y no siempre logrado, esfuerzo identificador en la búsqueda del Convenio que resulte aplicable *in casu*; de otro lado, en ocasiones, el aplicador se encuentra ante un verdadero conflicto de instrumen-

(74) Entre el conjunto, existen dos importantes diferencias en cuanto a la caracterización del sujeto destinatario de la protección otorgada: a) En cuanto a su *denominación*, algunos Convenios prefieren el término de “menor” [Convenio de La Haya de 1961 (art. 12), Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción (art. 4), Convenio de Luxemburgo de 1980 (art. 1), y Convenio hispano-marroquí de 1997 (art. 2)] y otros optan por el término de “niño” [Convención de los Derechos del Niño de 1989 (art. 1), Convenio del Consejo de Europa sobre el Ejercicio de los Derechos del niño de 1996 (art. 1), Convenio de La Haya de 1993 (art. 3), y Convenio de La Haya de 1996 (art. 2)]; b) En cuanto a su *definición*, no existe una definición unánime del concepto, ni por el método empleado para su determinación ni por los límites de edad establecidos. Se aprecian tres métodos distintos de determinación: 1.º) Definiciones materiales: adoptado por el Convenio del Consejo de Europa de 1996, que delimita su ámbito de aplicación a los niños que no hayan alcanzado la edad de dieciocho años; Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción, que fija el límite de edad máximo de protección en dieciséis años; Convenio hispano-marroquí de 1997, que entiende por menor toda persona no emancipada menor de dieciocho años que tenga la nacionalidad de uno de los dos Estados; y Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, que aunque no define el destinatario de su protección, fija su edad máxima en los dieciocho años; 2.º) Fórmulas de remisión: seguido por el Convenio de las Naciones Unidas, que entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad; y por el Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores, que determina la condición de menor mediante una aplicación acumulativa de la ley interna de la residencia habitual del menor y de su ley nacional; 3.º) Método preferentemente material completado con una reglamentación conflictual: adoptado por el Convenio de Luxemburgo de 1980, que define al menor como una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años, y que no tenga derecho a fijar su residencia según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido.

tos jurídicos, dos o más instrumentos son potencialmente aplicables al caso: ¿cuál de ellos se aplica?. En estos supuestos, ha de acudirse naturalmente a las propias cláusulas de compatibilidad incorporadas en los respectivos Convenios en conflicto, aunque lo cierto es que en la mayoría de los casos estas cláusulas, por su vaguedad, no suministran criterios claros y definitivos⁽⁷⁵⁾.

En definitiva, la multiplicidad de Convenios es uno de los principales problemas a los que se enfrenta la eficaz protección internacional del menor en el siglo XXI. Su solución, naturalmente, no es fácil, y quizás la única pase por intensificar la cooperación e interrelación entre los foros internacionales de los cuales emanan dichos Convenios, previniendo así duplicidades innecesarias y armonizando la tarea común⁽⁷⁶⁾. Es más, en última instancia, la solución ideal frente a la internacionalización de la condición del menor y para lograr la efectiva globalización de sus derechos pasa, únicamente, por alcanzar soluciones globales y universales, concentrando todos los esfuerzos unificadores en una sola Organización de vocación universal y abierta a todas las culturales jurídicas. La Conferencia de La Haya, en cooperación con la ONU, es probablemente, por su naturaleza y experiencia, el foro ideal para este diálogo, aunque, desde luego, no puede desconocerse que se trata de una tarea arduamente compleja, condicionada no sólo por particularidades regionales, sino, más gravemente, por, hasta hoy, insalvables diferencias culturales; diferencias sobre las que el DIPr., a partir de las luces del sistema, debe continuar trabajando tendiendo puentes.

(75) En efecto, siguiendo la tendencia convencional ordinaria, la mayoría de estos Convenios acogen las conocidas cláusulas de compatibilidad *stricto sensu*, en la medida que únicamente dejan a salvo la normativa de otros Convenios internacionales, pasados, futuros, o pasados y futuros (*vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya”, *REDI*, vol. XLV, 1993, pp. 37-62, esp. pp. 47-48; *ad ex.*, art. 18. 2 del Convenio de La Haya de 1961, art. 52 del Convenio de La Haya de 1996, o art. 39.1 del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la adopción internacional). La vía para solucionar el problema que pueden suscitar estas cláusulas en caso de conflicto de Convenios internacionales debe pasar por la tesis moderna o privatista en torno a los criterios de resolución del “conflicto de instrumentos internacionales”, aplicando la “regla de la eficacia máxima” e identificándose el Convenio más eficaz sobre la base de dos criterios: 1.^o) Al tratarse en su mayoría de Convenios de CIA, será aquél que prevea cauces de cooperación más ágiles y adecuados al fin convencional; 2.^o) En atención a la materia que regulan, será aquél que atienda el interés del menor de manera más satisfactoria (*vid.* F. MAJOROS, *Les Conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traite pratique* I, 1976, pp. 286-290; *id.*, *Parte spéciale I. Le droit des conflits de conventions*, 1980, pp. 353-354).

(76) *Vid.* J.L. SIQUEIROS, “La Conferencia de La Haya y la perspectiva Latinoamericana”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 16, 2000, pp. 203-224, esp. p. 222.

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.

ALTERNATIVAS A LA VENTA EN PÚBLICA SUBASTA DE LOS BIENES INMUEBLES DE MENORES O INCAPACITADOS

Fernando Santos Urbaneja.

Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba.

Coordinador del Foro Andaluz del Bienestar Mental.

Creo que no hay colectivo más afligido por el sistema judicial que el de los denominados “incapaces” y ello a pesar de que toda la legislación, desde la de mayor rango (art. 49 de la Constitución) hasta la inferior, proclaman abiertamente su intención de protegerlos.

Yo me pregunto si se puede llamar “proteger” al hecho de que una persona discapacitada, que puede estar viviendo normalmente bajo la honrosísima “Guarda de hecho” de sus familiares o de una Institución y se plantee la necesidad o conveniencia de vender un bien inmueble sobre el que acaso aquél no ostente más de una quinta, décima o vigésima parte, tenga (ya se puede decir “tenía”) que recorrer el siguiente calvario:

- 1.º Instar la declaración judicial de incapacidad.
- 2.º Una vez firme la sentencia de incapacidad, instar la constitución de tutela con todos sus trámites (fianza e inventario).
- 3.º Solicitud de autorización para la venta del bien formulada por el tutor.

4.º Ejecución de la venta en pública subasta con todos sus largos y costosos trámites.

Hay que tener en cuenta que los familiares de los discapacitados tienen que soportar diariamente las consecuencias de la discapacidad, lo que en ocasiones les coloca al borde del agotamiento físico y mental y están necesitados de apoyo y colaboración.

Por otro lado bastantes discapacitados viven con angustia el tener que acudir al Juzgado.

En definitiva, sobre la base de una pretendida protección se produce una acentuada aflicción.

Una más se cumple aquello de que *“la paradoja es la verdadera identidad de todas las cosas de este mundo”*.

Contra esta situación nos alzamos algunos hace años y buscamos soluciones alternativas. Atajos para conseguir más pronto lo deseable con el menor coste económico y emocional posible para el incapaz y su familia.

Así, propugnamos que en la propia sentencia de incapacitación se pudiera nombrar tutor, siempre que esta petición figurase en la demanda y se realizasen en el procedimiento todos los trámites legalmente previstos para evaluar esta pretensión.

La propuesta fue generalmente admitida.

En el año 1993 el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en Sentencia de 22 de julio.

El Tribunal Supremo dijo que esto no se podía hacer pero curiosamente no casa la sentencia (nueva paradoja), entre otras cosas porque la solución no le parecía mal.

Así, tratándose de tan sólo una y tan paradójica sentencia, seguimos utilizando la solución ya expuesta.

Sin embargo en el año 1998 el Tribunal Supremo, en Sentencia de 27 de enero, fue muy explícito, negando tajantemente esta posibilidad y recordando que dicha doctrina ya la había proclamada en el año 1993.

Se acató como es debido la sentencia y volvimos a separar nítidamente la declaración de incapacidad de la constitución de la tutela.

Al propio tiempo, desde la Fiscalía de Córdoba y a través de la Memoria que anualmente dirige la Fiscalía General del Estado al Gobierno, se formularon una serie de Propuestas de Reforma Legislativa (Memoria correspondiente al año 1999, pp. 413 y ss.) entre las cuales se encontraba la siguiente:

“Que en la propia sentencia que declare la incapacidad de la persona se admita la posibilidad, no sólo de determinar el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 210 CC), sino también la de designar la persona o Institución concreta que haya de desempeñar el cargo tutelar, siempre que esta cuestión haya sido objeto de examen en el procedimiento en los términos previstos en el art. 231 del Código Civil”.

La Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil vino a cerrar este capítulo al permitir ya expresamente (art. 759.2 en relación con el art. 760) la acumulación de ambas peticiones en la demanda y el nombramiento del tutor en la sentencia.

Pero ¿qué ocurre con la petición de autorización de venta y su ejecución?

Más allá de algunas opiniones minoritarias que mantienen la derogación del art. 2015 de la LEC (1881) por el art. 273 del C. Civil, la mayor parte de las opiniones se inclinan por mantener la vigencia y aplicación de este precepto.

Ya es un consuelo que en él mismo se contemple (art. 2015.2) la posibilidad de dispensa cuando la venta la realizan los padres (entendiendo incluidos los padres con patria potestad prorrogada o rehabilitada).

Durante estos años, al amparo de lo dispuesto en el art. 3.º del C. Civil y atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas, hemos propuesto diversas alternativas entre las que se encontraba el permitir al tutor la venta libre con las precauciones de exigirle un avalúo muy correcto y el deber de justificar cumplida y documentalmente ante el Juzgado la materialización de la operación y el destino del precio o parte del precio correspondiente al incapaz.

Planteada la cuestión ante la Audiencia Provincial de Córdoba, admitió la solución con algunos matices, en el Auto de fecha 18 de febrero de 2002, en el sentido de considerar que la venta pudiera realizarse en cualquiera de las formas previstas en el art. 636 de la LEC.

Señala el Fundamento Jurídico Tercero del Auto:

“Tercero.—Es claro que la venta de un bien inmueble en pública subasta acarrea unos gastos, y una dilación en el tiempo e incluso por regla general la obtención de un precio inferior al normal en el mercado que inexcusablemente repercute en un perjuicio para el incapaz cuyo interés debe ser el único a defender y nadie duda que esa era la intención del legislador de 1881 al establecer el art. 2015 pero el transcurso de más de 120 años lo ha dejado obsoleto y aun vigente debe hacerse una justa interpretación a tenor de lo dispuesto en el art. 3.º del Código Civil.

Por todo ello, esta Sala entiende que deben estimarse parcialmente tanto el escrito de apelación como la impugnación del auto recurrido que ha efectuado

el Ministerio Fiscal, acordándose que la venta del inmueble de la incapaz podrá efectuarse por cualquiera de las formas establecidas en el art. 636 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”.

En la práctica todos los tutores optan por la venta libre (art. 636.1.º).

Me gustaría, no obstante, hacer referencia a algunos remedios pasados y presentes para eludir la venta:

a) *Cuando el incapaz posee el bien proindiviso con terceros*, puede resolverse la cuestión acudiendo a la posibilidad que brinda el art. 1062 del C. Civil, adjudicándose el bien a un condueño que deberá abonar al resto su parte.

En ocasiones el inmueble es el único bien de la herencia. En estos casos el acto es a la vez “venta” y “partición hereditaria”.

La posición del tutor frente a estos actos es diferente. La ley le obliga a pedir autorización previa para la venta (art. 271.2.º CC) y aprobación posterior para la partición (art. 272), salvo que se estime que concurre conflicto de intereses entre tutor y tutelado, en cuyo caso habría que nombrar un Defensor Judicial.

Existe un problema. Si los copropietarios son sólo el tutor y el tutelado o, cuando aun siendo varios coherederos, tan sólo el tutor está interesado en la adquisición, no podrá hacerlo por prohibirlo la ley (art. 221.3.º C. Civil).

Esta solución legal me parece exagerada, por eso mi propuesta es que la prohibición sea sustituida por un régimen de autorización judicial previa con unos mecanismos de control cualificados.

b) Otra manera de resolver la cuestión es la constitución de un derecho de habitación a favor del incapaz.

Es una buena manera de que el incapaz obtenga la contraprestación que le corresponde por la venta de su patrimonio.

Lo usual es que se exija que el precio obtenido se ingrese en una cuenta a nombre del incapaz o se invierta en “*bienes o derechos fructíferos y seguros*”, frase ritual con que terminan muchos Autos de autorización de venta de bienes.

Ocurre que el dinero más tarde o más temprano termina gastándose. A veces con justificación, otras sin ella, sin que la anual rendición de cuentas (obligación generalmente incumplida) permita controlar verdaderamente su destino pues el Juez no cuenta con medios para verificar la realidad o exactitud de lo declarado.

La constitución de un derecho de habitación (art. 524.2 C.Civil) permite en buena medida evitar estos peligros.

Para que pueda plantearse esta solución es necesario que se den las siguientes condiciones:

- a) Que exista un inmueble (residencia del tutor) sobre el que establecer el derecho de habitación.
- b) Que el tutor acepte esta solución, pues éste, a diferencia de los padres (art. 154.1.º C. Civil), no tiene obligación de vivir en compañía del tutelado.
- c) Proporción razonable entre lo entregado y lo recibido, para lo cual hay que tener en cuenta muy especialmente la edad de tutor y tutelado y el resto de las circunstancias concurrentes.

En Córdoba recientemente se ha dado esta solución al siguiente caso:

Tutor y tutelado son propietarios en condominio de una vivienda.

El tutor y su esposa han adquirido a su vez otra vivienda previa formalización de un cuantioso préstamo hipotecario.

El tutelado vive en compañía del tutor y su familia en la casa de éstos.

Como el pago del préstamo resulta muy gravoso para la economía familiar, se plantea la posibilidad de vender la casa que pertenece a tutor y tutelado.

El tutor solicitó autorización judicial para proceder a la venta. Se le señaló la posibilidad de compensar al incapaz mediante la constitución de un derecho de habitación en la vivienda adquirida con su esposa. Ambos aceptaron y a presencia judicial constituyeron el derecho a favor del incapaz.

El Auto del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Córdoba de fecha 17 de diciembre de 2002 autorizó la venta a cambio de la constitución del derecho de habitación ordenando se entregase testimonio del mismo a efectos de inscripción en el Registro de la Propiedad, lo cual debía acreditar ante el Juzgado a la mayor brevedad.

- c) Otra solución sería la cesión o venta a cambio de alimentos o ciertas prestaciones.

Es una solución que puede ser útil en relación con incapaces que se encuentran en Centros o Residencias tutelados por Asociaciones o Instituciones.

El tutor (Asociación, Institución) solicita la venta de un bien inmueble perteneciente al incapaz para pagar la estancia en el Centro.

En estos casos la autorización puede otorgarse a cambio de la obligación adquirida por el tutor de atender y prestar alimentos al tutelado durante toda su vida.

Esta solución entra de lleno en la órbita de los denominados “Contratos aleatorios” y más concretamente del denominado “*Contrato Vitalicio*”, aunque en este caso no se puede hablar de contratos puesto que el incapaz no puede contratar.

El problema de esta solución es que se tiene que tratar de Instituciones muy solventes, con una razonable proyección de futuro y además es necesario establecer cláusulas previendo las consecuencias por incumplimiento total o defectuoso.

d) Una cuestión procesal

A mi juicio estas peticiones pueden acumularse a la principal (declaración de incapacidad) y examinarse en un solo proceso a través de lo que la doctrina procesal clásica denominaba “peticiones *secundum eventum litis*” y que no son extrañas a la actual regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así, establece el párrafo 5.º del art. 399:

“En la petición, cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación.

Las peticiones formuladas subsidiariamente para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente”.

El precepto recoge la posibilidad de realizar peticiones subsidiarias tan sólo para el caso de que las principales fuesen “*desestimadas*”, pero creo que no habría grave dificultad para admitir esta posibilidad incluso para el caso de que las principales fuesen “*estimadas*”.

Sabemos que en el ámbito de la incapacidad, el desencadenante del procedimiento es con frecuencia la necesidad de realizar un acto concreto que el incapaz no puede realizar por sí mismo (vender un bien, concertar un préstamo, interponer una demanda, etc.) y para los que el tutor o representante va a necesitar autorización judicial (art. 166 o 271 del Código Civil).

Como ya hemos visto, la Ley 1/2000 permite ya expresamente acumular a la petición de incapacidad (para el caso que fuese estimada) el nombramiento de tutor (art. 760.2 en relación con el art. 759.2).

La cuestión que ahora se plantea es si se puede acumular en el mismo proceso, a las peticiones de declaración de incapacidad y nombramiento de tutor, la petición de autorización para llevar a cabo los actos previstos en los arts. 166 y 271 del Código Civil.

Entiendo que tal posibilidad existe por las siguientes razones:

a) La posibilidad está legalmente prevista para algunos supuestos como la esterilización:

Dispone el art. 156 en su último párrafo:

“Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, **haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación**, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

b) La posibilidad, en cuanto simplifica trámites, puede considerarse benéfica para los intereses del presunto incapaz, criterio rector en esta materia que permitiría una cierta flexibilidad de las exigencias formales.

Como es obvio, tal posibilidad estaría condicionada al cumplimiento de las exigencias formales en el planteamiento de las pretensiones y en la acreditación en el procedimiento de los hechos y presupuestos que la ley exige en cada caso para otorgar la autorización (ej. art. 2012 LEC 1881).

En Córdoba los Juzgados aceptan con generalidad esta solución y lo que antes venía a durar como media dos años se ha reducido a unos cuatro meses, que es la duración normal de un juicio verbal en materia de incapacitación que, como sabemos, tiene trámite de contestación a la demanda (art. 753 LEC).

e) *De lege ferenda*

Sería deseable *de lege ferenda* (*¿para cuándo la prometida Ley de Jurisdicción Voluntaria?*), que el Guardador de hecho no tuviera necesidad de instar en todos los casos la declaración de incapacidad de su guardado y asumir formalmente el cargo de tutor o padre/s con patria potestad prorrogada o rehabilitada, para proceder a la venta de un bien, renunciar derechos, transigir, pedir un préstamo, interponer una demanda, etc., en nombre y representación de aquél.

Bastaría acreditar la existencia de la situación de Guarda de hecho (*entendida ésta como la prestación no formalizada del amparo debido a una persona presuntamente incapaz*) y la instauración de un procedimiento judicial destinado tanto a evaluar la bondad de la propuesta como a garantizar su utilización en beneficio de aquélla.

Esta solución estaría indicada para aquellos supuestos en los que la incapacitación ha sido motivada por un hecho muy concreto, debiendo reservarse la declaración de incapacidad y el nombramiento de tutor o la prórroga o rehabilitación de la patria potestad para aquellos supuestos más complejos en los que la atención a los intereses de la persona incapaz requiera una pluralidad de gestiones y actuaciones que exijan la acreditación de la representación con que se actúa.

Llevo años diciendo que la reforma del actual sistema pasa por utilizar al máximo las posibilidades de la Guarda de hecho.

Diré para terminar que la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba, en Sentencia de fecha 13 de mayo de 2002, ha reconocido al Guardador de hecho la legitimación activa para interponer demanda de incapacitación en base a lo dispuesto en el art. 304 del C. Civil.

CRISIS FAMILIAR Y DERECHO: NECESIDAD DE UNA PROFUNDA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LAS NORMAS PROCESALES

Juan José Reyes Gallur.

Abogado.

Miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia.

Es evidente que el derecho debe tener como finalidad primordial evitar la conflictividad o el incremento de la crisis, en este caso, de las relaciones familiares, demandando la realidad social que las normas civiles y procesales, que regulan toda la materia matrimonial, sean objeto de una profunda reforma, precisamente para que, al menos, la norma jurídica no genere angustia y conflictividad en los momentos de crisis.

A mi modo de ver la legislación actual sobre la regulación del matrimonio y de la crisis del mismo, y en concreto de la separación y el divorcio, resultan de alguna manera obsoletas.

Como sabemos la normativa que regula la nulidad, separación y el divorcio se efectuó en el año 1981. En aquellos momentos los Tribunales Eclesiásticos eran los que tenían la competencia en materia de separaciones y el divorcio levantó grandes ampollas en determinados sectores de la sociedad. Pues bien, han pasado ya veintidós años desde esa reforma y nada ha cambiado en el derecho, mientras la sociedad ha realizado un giro de 180 grados.

Si nos desplazamos temporalmente al año 1981 comprenderemos cómo el legislador de entonces, sustentado sobre la familia como pilar del estado, estableció unas **causas de separación** siempre imputables al contrario o cómo para acceder al divorcio era necesario pasar previamente por un “rodaje de separado”, como una última oportunidad al matrimonio.

Si partimos de las teorías que hoy están en boga sobre la mediación familiar como solución a las crisis familiares no podemos mantener un sistema de separación culpabilística, donde además esa imputabilidad de la causa no conlleva

ninguna carga al “culpable” o indemnización a favor del “no culpable”, a excepción de la privación de la legítima del cónyuge viudo⁽¹⁾.

Los propios jueces y profesionales de esta rama del derecho solemos pasar por encima, e incluso por alto, la causa de separación, olvidándonos que hoy por hoy ese es realmente el objeto del proceso, y no las medidas económicas o el régimen de guarda y custodia. Solemos invocar el cajón de sastre del artículo 82.2.º del Código Civil, o “inventarnos” la causa de la “falta de afecto marital” como causa de separación, pero obviamente algunas Audiencias, y con acierto, nos indican que nada hemos probado sobre la causa de separación invocada, que sólo están las alegaciones de una y otra parte, y que por tanto, a pesar de haber recurrido la sentencia por la cuantía de la pensión compensatoria, nos encontramos con que nos deniegan la separación.

Precisamente por estas incongruencias, la sociedad demanda que la separación y el divorcio sean modificados, bien acogiéndonos al sistema de culpabilidad con consecuencias, bien a un sistema más liberal en el que simplemente la voluntad de una de las partes sea causa suficiente para acceder a la separación.

Igual ocurre con *el divorcio*, ¿qué razón hay para que un matrimonio roto no pueda acceder al divorcio directamente?, realmente ninguna. La ley española, como ya he indicado, surge en un momento determinado donde simplemente hablar de divorcio era o un delito o un pecado; creo que es hora de cambiar igualmente esta regulación.

El efecto de esta normativa en la mayoría de los casos es la duplicidad de procedimientos judiciales: uno de separación y otro de divorcio. Las consecuencias de esta necesaria duplicidad crean evidentemente una mayor conflictividad en las relaciones afectivas. De un parte, partiendo del efecto pernicioso que cualquier litigio genera en las relaciones de los contendientes y de sus hijos, multiplicarlos es ampliar tales consecuencias perniciosas. Discutir en el posterior proceso de divorcio, después de haberlo hecho en el anterior proceso de separación, la guarda y custodia o el uso del domicilio o las cuestiones económicas, sólo produce conflictividad, además de inseguridad.

Es más, de todos es sabido el fraude procesal en que se suele incurrir cuando se acude directamente al divorcio, aduciendo que los separados llevan más de dos años separados de hecho de conformidad, aunque no sea cierto. Algo que la propia ley ha facilitado cuando en su art. 87 CC reconoce que la interrupción de la convivencia es compatible con el mantenimiento o reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio. Igualmente se acredita fraudulentamente el cese aportando un certificado de convivencia o un contrato, o

(1) Artículo 834 del Código Civil: “El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos y descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora”.

simplemente dos testigos. ¿No sería más acorde adecuar el Código Civil a la realidad social?

Esta necesidad de cambio se muestra aún más patente si pasamos al problema actual de *las crisis de las parejas de hecho y su regulación*. A mi entender hablar técnicamente de leyes de parejas de hecho me parece una verdadera incongruencia jurídica, dado que si es “de hecho” es que no desea ser regulada, por ello me parece más correcto hablar de leyes de uniones o de parejas estables (2).

No podemos olvidar que la Constitución garantiza la libertad individual, que es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1.º de la CE); libertad que es preciso que respete y ampare las situaciones, no sólo de quienes quieren formalizar estableciendo así consecuencias jurídicas a una unión civil, sino también la de aquellos que quieren relacionarse sin que el derecho se introduzca en sus vidas. Sería absurdo y contrario al más elemental principio de libertad que las relaciones entre dos personas pudiesen tener consecuencias jurídicas por el mero transcurso del tiempo si esas mismas personas han excluido de forma libre y consciente el que una determinada forma de relacionarse tenga consecuencias jurídicas (3). Por esa vía llegaríamos a una intromisión estatal en la vida de las personas que desde luego es contraria y odiosa a nuestra forma de vivir y a la tradición jurídica liberal procedente del derecho romano que inspira nuestras leyes.

(2) Al respecto es interesante la STS de 18 de mayo de 1992, ponente Sr. Villagómez Rodil —EDJ 1992/4871— en que recoge textualmente que para que las uniones de hecho puedan generar la aplicación de la normativa legal, la convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse:

- a) En régimen vivencial de coexistencia diaria.
- b) Ser estable.
- c) Con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años.
- d) Practicada de forma externa y pública con acreditaciones conjuntas de los interesados.”

(3) La Sentencia dictada por el tribunal Constitucional con fecha 17 de septiembre de 2001 viene a recoger lo siguiente:

“En la jurisprudencia constitucional se ha establecido una consideración previa al examen de la legitimidad constitucional *ex art. 14 CE* del trato diferenciado entre uniones matrimoniales y no matrimoniales: la existencia o no de libertad por parte de quienes desean convivir para escoger entre mantener una relación extramatrimonial o contraer matrimonio. Así este Tribunal en varias resoluciones, al enjuiciar la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre los cónyuges y quienes conviven de hecho, ha partido del dato de que, tras la entrada en vigor de la Ley 30/1981 que prevé la posibilidad de divorciarse y contraer nuevo matrimonio, *debe presumirse que quienes no contraen matrimonio es porque así lo han decidido libremente, ya que no existe ningún precepto que legalmente se lo impida, y esa libertad de elección es la que legitima, en principio, el tratamiento diferenciado de estos dos tipos de convivencia* (STC 184/1990)”.

Es curioso cómo la realidad social ha logrado imponerse en lugar de en la legislación estatal en la autonómica al regular las parejas de hecho, sin que haya sido capaz el actual gobierno de sacar adelante la proposición de Ley Orgánica de contrato de unión civil, y que curiosamente fue promovido por el Grupo Popular en 1997, publicado en el Boletín del Congreso de los Diputados del día 29 de septiembre de 1997.

Es por tanto evidente que la sociedad está demandado que se reformen definitivamente las normas que regulan las relaciones familiares. Las leyes de uniones estables no son más que una forma de encubrir el matrimonio de los que, con la actual redacción del artículo 32 de la Constitución, no pueden contraer matrimonio y a pesar del intento de regulación, a la postre no son más que un parche y no una solución definitiva.

Si observamos la nueva Ley de Parejas de hecho de la Comunidad Andaluza, de 16 de diciembre de 2002, resulta que además de las uniones reguladas por esta ley, existen “parejas de hecho de hecho”, es decir, las que quedan excluidas de la misma⁽⁴⁾, al amparo del artículo 3.2.º, aquellas uniones en los que uno de ellos esté separado, dado que sigue ligado por el vínculo matrimonial.

Quizás hubiera sido bueno que en aras de evitar esa conflictividad judicial, *en materia de indemnizaciones y pensiones*, y que tanta conflictividad personal y judicial crea, se hubiera copiado a la legislación catalana⁽⁵⁾, la cual exige en el artículo 16 de la Ley de Uniones Estables la obligación de reclamar conjuntamente las pensiones periódicas (llamémoslas compensatorias) y la compensación económica (indemnización por enriquecimiento injusto) para valorar la compensación de una y otra, y el establecer como hace la Ley catalana el plazo

(4) Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho. Artículo 3. Definición.

“1. 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.

2. No podrán formar parejas de hecho, a los efectos de esta Ley:

a) Los menores de edad no emancipados.
 b) Los que estén ligados con vínculo matrimonial o pareja de hecho anterior inscrita.
 c) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción”.

(5) En materia de indemnizaciones tras la ruptura de la convivencia al menos la Ley de Parejas de hecho de Andalucía se adhiere la Ley catalana, la Ley de Aragón a la Ley Balear y a la Ley Foral Navarra, que fijan y determinan este tipo de pensiones e indemnizaciones al cese de la convivencia, al contrario que las otras, que nada determinan, obligando a acudir a la normativa general. (Ley de Uniones de Hecho de Valencia, Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, Ley del Principado de Asturias de Parejas Estables; martes 2 de julio de 2002, BOE núm. 157).

de caducidad de un año desde el cese de la convivencia para su reclamación judicial.

Igualmente, y en aras de evitar la contienda judicial, sería necesario o al menos conveniente que en materia de pensiones alimenticias y compensatorias en todos los casos, parejas estables o matrimonios, se le dé un cierto valor a las que ahora denominamos tablas para el cálculo estadístico de las pensiones alimenticias, que no es más que un estudio doctrinal pero que en buena medida ha logrado que las partes, abocadas al proceso por estos aspectos económicos, alcancen acuerdos en estas materias, pues conocen previamente de forma estimada la cantidad que el Juzgado va a establecer.

Además es curioso observar cómo ahora se puede decir que los que están en cierto modo discriminados son los que van a contraer matrimonio, dado que éstos sólo tienen que rellenar un formulario en el registro civil, aportar sus certificados y listo, casados en régimen de gananciales. Sin embargo eso no ocurre en las parejas de hecho que vayan a inscribirse como tales, puesto que éstos podrán no sólo informarse, sino que, como indica la ley⁽⁶⁾, requerirán del funcionario información sobre el documento que van a suscribir (unas capitulaciones), y en concreto sobre el régimen económico a pactar (y que parece que subsidiariamente sería el de gananciales o como denomina la ley el de “sociedad universal”), las cargas familiares a asumir, el establecimiento de una obligación de alimentos contractual, los efectos patrimoniales derivados de la disolución, la forma de distribución de los bienes, el uso de la vivienda, el ajuar familiar, la contribución a las cargas, los alimentos, y no olvidemos las indemnizaciones a alguno de sus miembros.

(6) Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho. Artículo 11. Información e inscripción registral.

“1. Las parejas de hecho interesadas en suscribir un documento, en el que quede reflejado el régimen económico voluntariamente pactado entre sus miembros, podrán requerir de la Administración de la Junta de Andalucía que les informe sobre los aspectos a tratar en la elaboración del mismo, especialmente con respecto a las siguientes materias:

- a) Contribución a las cargas familiares.
- b) Régimen de titularidad y disposición de bienes y ganancias, con la constitución, en su caso, de una sociedad universal en cualquiera de sus modalidades.
- c) Derecho a alimentos.
- d) Efectos patrimoniales derivados de la disolución de la pareja de hecho: distribución y adjudicación de bienes; atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar; contribución a las cargas familiares y alimentos; indemnización a favor de alguno de sus miembros.

2. Los miembros de las parejas de hecho podrán solicitar del Registro la anotación del documento en que hubiesen acordado el régimen económico aplicable a los mismos, así como sus posteriores modificaciones”.

A pesar de toda esa información, esa insistencia en pactarlo todo, el problema se nos planteará a los juristas, sobre la validez de esos pactos y su encaje procesal, y si a los que sean de verdad parejas no inscritas en registro alguno, si al final por ese afán protector del derecho de familia, se les aplicarán estas normas.

Del mismo modo sería conveniente que se efectuara una regulación profunda en materia de pensiones compensatorias, determinar su carácter temporal o vitalicio, fijar unos controles al modo de la legislación de California, donde se exige que el beneficiario de la pensión acredite, para continuar percibiéndola, que no ha encontrado empleo, en definitiva evitar la litigiosidad entre las partes.

Dentro de las resoluciones que afectan a las relaciones familiares es *el régimen de comunicaciones de los hijos con sus progenitores* el que mayor conflictividad genera. Las recogidas por uno y entregadas por el otro de los hijos son un constante caballo de batalla y de continuas e interminables ejecuciones que sólo conllevan la pérdida de tiempo de profesionales y del propio juzgado.

Como solución se comenzó en Valladolid una experiencia que se ha extendido a Málaga, Sevilla, Valencia y Palma de Mallorca y que ha tenido un resultado verdaderamente espectacular. Me estoy refiriendo a los *Puntos de Encuentro familiares*. Naturalmente no son la solución, pero sí que han disminuido la conflictividad en las relaciones familiares.

Estos Puntos de Encuentro han surgido de la iniciativa de la administración local y de los Juzgados de Familia especializados, no están regulados ni dependen administrativa ni financieramente de la Administración de Justicia. Suelen ser los Ayuntamientos o las Diputaciones Provinciales las que en sus ámbitos de Asuntos Sociales asumen la carga profesional y financiera. A cargo de ellos se encuentran asistentes sociales, psicólogos y educadores.

El que la entrega y recogida de menores, en situaciones de conflictividad, se efectúe en terreno neutral y adecuado, con profesionales que asisten al juzgador con sus informes en los que constaten la realidad, el momento y las condiciones de la entrega; el que haya expertos que tranquilicen a los menores o que suavicen las influencias y presiones a que puedan estar sometidos, resulta una verdadera ayuda y una fuente de solución de los conflictos familiares.

Actualmente el Punto de Encuentro familiar de Málaga es efectivo y soluciona realmente las ejecuciones. La pena es que sólo funciona en Málaga capital, si bien es cierto que existe un proyecto donde se pretende la creación de un punto de encuentro itinerante en la provincia de Málaga para poder atender la demanda de los demás juzgados. Con ello constatamos una vez más la discriminación que tienen los ciudadanos que no cuentan ni con juzgados especializados ni con equipos técnicos, ni con puntos de encuentros familiares, algo que debería solucionarse, al menos, ampliando la competencia territorial de los

juzgados de familia, al igual que ocurre, en materia penal, o con los juzgados de menores o en materia administrativa.

Otra fuente de conflicto y que el legislador olvidó en 1981 y que de forma irregular ha tratado con la nueva ley procesal ha sido el régimen económico matrimonial. Es curioso que las partes pueden estar dos o tres años de litigio pero su sociedad de gananciales sigue viva, y los problemas que se plantean no son baladíes, pues recordemos el asunto de aquel individuo al que en trámites de separación le toca la lotería, y el Tribunal Supremo declara que el premio es ganancial⁽⁷⁾, y donde a la esposa en trámites de separación, gracias al legislador, le tocó el premio de consolación de 350.000.000 de las antiguas pesetas. Qué fácil sería establecer como una causa más de la disolución del régimen económico de gananciales (art. 1393 del Código Civil) la admisión de la demanda de medidas provisionales o de separación, divorcio o nulidad. Igualmente sería plausible que al igual que, ocurre con la actual Ley de Parejas de Hecho Andaluzas, se informe a los contrayentes de qué régimen han de elegir, que pacten las pensiones futuras o sus renunciaciones, en fin, que se les informe de lo que les puede ocurrir si entran en crisis.

Precisamente *en materia de régimen económico matrimonial* el legislador se ha hecho eco de las reclamaciones que hacíamos los letrados de familia para solicitar la regulación clara del proceso de liquidación de gananciales, y obviamente nos ha premiado, no dándonos un proceso, sino tres, y me explico.

Efectivamente el legislador ha establecido un proceso especial y autónomo para la liquidación de la sociedad de gananciales, no sin graves defectos procesales como veremos, pero lo ha dividido realmente en dos procesos:

- a) El primero, la fase de inventario (art. 809 LEC) y que en caso de controversia finaliza con una sentencia, que sí que crea cosa juzgada, al contrario de los que algunos jueces opinan, dado que la remisión al artículo 787 se hace no por esta fase, sino en la siguiente, y lo que sin duda tiene unas consecuencias jurídicas de gran importancia. Pero no olvidemos que la sentencia dictada en esta fase es susceptible de todos los recursos, incluido cuando proceda el de casación.
- b) El segundo proceso se establece en la fase de liquidación, y en éste, a pesar de poder remitirnos a un juicio, la sentencia que se dicta carece del valor de cosa juzgada.
- c) Y por tanto nos remite al juicio declarativo correspondiente, que es el tercer juicio.

⁽⁷⁾ Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10405). Igual criterio la sentencia de 10 de mayo de 1997 de la AP de Córdoba, Sección 1.ª (AC 1997/1412).

Pero aquí no acaba todo, pues:

- ¿Con qué resolución termina la fase de inventario en caso de acuerdo o incomparecencia de una de las partes?
- ¿Siguen existiendo los incidentes de inclusión de bienes? No olvide-
mos que la fase de inventario puede comenzar desde la admisión de la
demanda, pero la sociedad de gananciales sigue viva, y por tanto, ¿có-
mo se adiciona o se rectifica el inventario realizado si ha variado con el
tiempo? ¿Y si simplemente las partes se olvidaron de algunos bienes o
han aparecido?
- Por otro lado, la sanción por la incomparecencia de una de las partes no
puede limitar la inclusión de bienes no incluidos en el inventario del
compareciente. ¿Nos tendremos que ir a un declarativo para que se le
dé tal carácter?

La verdad es que con este proceso liquidar una sociedad de gananciales puede durar tranquilamente la friolera de 13 ó 14 años, si tenemos presentes los recursos a la Audiencia Provincial y casación en su caso al Tribunal Supremo, y el posterior declarativo con todos sus recursos.

Con respecto al proceso propiamente dicho de separación o divorcio, creo igualmente que el legislador no ha encajado de forma adecuada el mismo, pues utiliza un juicio verbal con especialidades, cuando lo acertado hubiera sido haber configurado un juicio ordinario con especialidades, y de lo que ya ha dado cuenta el propio Defensor del Pueblo en el informe remitido al Ministerio de Justicia⁽⁸⁾, y ello por lo siguiente:

- a) Si estamos ante un juicio verbal con especialidades, la demanda puede ser sucinta, y nada impediría su admisión, pero el art. 770 LEC esta-

⁽⁸⁾ Informe del Defensor del Pueblo: “*En efecto, el artículo 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil...*”

...Este artículo significa que el tipo procesal aplicable no es ni el ordinario ni el verbal, sino un híbrido de ambos. Si el juicio ordinario tiene una estructura en cuatro momentos (demanda, contestación, audiencia previa al juicio y el juicio mismo), y el verbal en dos momentos (demanda y vista), lo dispuesto en el artículo 753 citado establece una estructura en tres momentos (demanda, contestación, vista), pero partiendo de la base de que se trata de un juicio verbal —tipo de referencia— con contestación escrita como en el juicio ordinario. Esta técnica normativa que, en vez de optar por el juicio ordinario o el verbal, establece un tipo con elementos de otro, plantea inevitables ambigüedades y dudas interpretativas, en unas materias en las que debiera procurarse dar las máximas facilidades al ciudadano”.

- blece una contestación escrita a formalizar en 20 días. Más propio del juicio ordinario.
- b) Las diligencias finales, propias del juicio ordinario (art. 435 LEC), se han tenido que corregir con el uso del artículo 752 de la LEC.
 - c) Igualmente con el resumen de las pruebas y conclusiones tan necesarios en estos procesos, si aplicamos el artículo 447.1 y el 770 de la LEC, es evidente que tras las pruebas no habría alegaciones, mientras que el artículo 433.3 permite esas conclusiones. En la práctica algunos juzgados, sobre todos los especializados, amparándose en las normas generales sobre las vistas (art. 185.4 LEC), permiten hacer un breve resumen sobre las pruebas practicadas.
 - d) Y por otro lado la audiencia previa del ordinario sin duda permitiría a las partes que se intentara un acuerdo, y en su caso resolver los problemas procesales y la proposición de pruebas, que en la nueva regulación entiendo crea en muchos casos verdadera indefensión a las partes.

Si bien en materia de familia existe un gran componente de derecho público, no podemos olvidar que deben existir unas normas mínimas de juego, y me refiero a la obligación de las partes de aportar todo el material probatorio en la demanda rectora del proceso, o en caso de urgencia el designar los archivos que fueren necesarios; lo que no es de recibo es que a la demanda de medidas o de separación o divorcio se adjunte poco menos que la certificación de matrimonio y de los hijos y que todas las pruebas documentales, oficios y pruebas periciales se aporten el día de la vista. Creo que solamente el Juez de oficio es quien debería acordar las pruebas que estime necesarias, pero la preclusión del momento de aportación de pruebas debería estar vigente para las partes, lo que sin duda genera seguridad jurídica y poder valorar las armas del contrario al objeto de llegar a un acuerdo, y por tanto evitar una mayor confrontación entre las partes.

Si en algo el legislador se ha equivocado en la regulación de esta materia, ha sido en *el proceso matrimonial de separación o divorcio de mutuo acuerdo*, obligando a la audiencia de los menores hijos.

En materia de familia casi todo vale, es decir, amparándonos en el interés del menor, no rige el principio de aportación de pruebas, se suspenden vistas para práctica de pruebas periciales que de oficio pide el juez (incluso directamente al admitir la solicitud de medidas provisionales), e incluso interpretamos la letra de la ley en aras de ese interés del menor y del carácter de derecho semipúblico en razón de la materia.

En atención a lo expuesto, los abogados y jueces hemos variado el contenido del artículo 777 de la LEC al no cumplir con la obligación que nos impone

de tener que traer a los menores hijos mayores de 12 años a ser explorados, cuando los padres que han firmado un convenio ya han decidido sobre la custodia de los mismos.

El propio Defensor del Pueblo, en el informe remitido al Ministerio de justicia⁽⁹⁾, denuncia este error del legislador. Pero no podemos olvidar que la ley está para cumplirla y por tanto, a pesar de que nos parece una barbaridad, es evidente que con la redacción actual del artículo 777 de la LEC, no cumplir con esa obligación pudiera llevar aparejada la nulidad de la sentencia.

Al hilo de esa protección del menor, y con referencia a las exploraciones de los menores en los procesos matrimoniales, he de denunciar el malestar de los letrados que nos dedicamos a esta materia, dado que se nos excluye de la exploración y, en la mayoría de los juzgados, del resultado de la misma, guardándose en sobre cerrado. En algunos, sobre todo en los especializados, por lo menos se nos hace por el Juzgador un breve resumen de la exploración. Sin embargo al Ministerio Fiscal sí que se le permite su presencia física y activa en el mismo, y me pregunto, ¿es que los letrados no somos parte, o es que vamos a comernos al niño? Creo que ante el nuevo campo judicial en el que nos movemos, la presencia de los letrados, no de las partes dado que pueden influir en el menor, es más que aconsejable. Recuerdo cómo un veterano Juez de Familia de Sevilla nos explicaba en unas jornadas que él sí que permitía la presencia de los letrados, y que los menores no se sentían por ello ni cohibidos ni amedrentados, y además nos aseguró que ningún letrado se comió a ningún menor.

Otra fuente de conflictividad, precisamente por una defectuosa técnica procesal empleada por el legislador, es en *materia de parejas de hecho y su regulación legal*.

El artículo 748 de la LEC establece de forma taxativa el ámbito de aplicación de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores enumerando siete ámbitos de aplicación. Precisamente el más criticado y analizado ha sido el apartado cuarto relativo a *“Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra otro en nombre los hijos menores”*, y que al estar regulado seguidamente de los procesos matrimoniales, parece está pensado para las uniones extramatrimoniales.

(9) Informe del Defensor del Pueblo al Ministro de Justicia: *“Sería deseable, pues, que cuando los cónyuges han hecho el esfuerzo del acuerdo, que incluye la decisión sobre la custodia y el régimen de visitas de los hijos, pueda el Juez, si lo considera oportuno, ahorrar a los hijos la obligación de comparecer a su presencia, que de lege data es inexcusable para los mayores de 12 años, de modo que lo que hoy es obligación del menor, pueda ser en el futuro facultad del juez. Se vería así favorecido el interés del menor”*.

Con ello parece que se han regulado todas las materias referidas a la pareja de hecho, pero no es así. Tanto el artículo indicado como el artículo 770.6 de la LEC introducen el adverbio “exclusivamente”, es decir, el legislador de forma consciente está limitando la materia objeto de este proceso a dos aspectos únicos de la pareja de hecho: Guarda y custodia y alimentos.

Pero no podemos olvidar que las uniones extramatrimoniales no sólo quieren que se le regulen los alimentos y la guarda y custodia, quieren además regular el uso del domicilio, el régimen de visitas o el pago de la hipoteca que grava la vivienda de ambos, o cualquier otro aspecto de su relación. Haciendo una interpretación gramatical es evidente que todos esos aspectos quedan excluidos y por tanto serán objeto de un juicio ordinario.

No obstante y con respecto al uso del domicilio conyugal o el régimen de visitas, haciendo una interpretación del artículo 158 del Código Civil hay quien opina que puede adoptarse en el proceso especial una decisión sobre el mismo.

Como vemos seguimos con los mismos problemas que teníamos y el mismo vacío legal respecto de las parejas de hecho, si bien actualmente se ha incrementado aún más la litigiosidad entre ellas, incluso teniendo una ley andaluza de parejas de hecho que nada establece sobre quién será competente para los pactos que se acuerden, por lo que para su exigibilidad habremos de acudir al juicio ordinario.

Sin embargo toda esta regulación autonómica no va a significar que se acabe con los conflictos judiciales de las parejas de hecho, puesto que la jurisprudencia que el Tribunal Supremo está dictando en los últimos años viene a equiparar a las parejas de hecho con el matrimonio, declarando la atribución de vivienda familiar a la conviviente más débil (sentencia de 10 de marzo de 1998), concediendo pensiones compensatorias (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002) e indemnizaciones basadas en el enriquecimiento injusto (11 de diciembre de 1992, sentencias de 10 de marzo de 1998, 27 de marzo de 2001 y 7 de enero de 2003). Todas estas resoluciones tienden, como nos indica la Sentencia de 7 enero de 2003, a **“evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica”**, y en consecuencia con ello, surge el interrogante de si a una unión estable no inscrita se le seguirá aplicando esta doctrina, o si por el contrario se les respetará su decisión libre y voluntaria de no contraer matrimonio y de no querer inscribirse en el registro de parejas estables o se seguirá protegiendo al más perjudicado.

Para finalizar y calificándolo como el mayor error del legislador tenemos el proceso de modificación de medidas regulado en el artículo 775 de la LEC y que remite para el proceso contencioso a los trámites del artículo 771.

El propio Fiscal General del Estado, en la Memoria elevada al Gobierno en septiembre de 2002, ha calificado la remisión al artículo 771 de “*errónea, contradictoria y de imposible cumplimiento en la práctica*” (página 441). La remisión debiera producirse al procedimiento del artículo 770, que es el del pleito principal en el que se establecen las medidas definitivas, pues no es lógico que las medidas definitivas se establezcan en un procedimiento con determinadas garantías y estas mismas medidas se modifiquen en un procedimiento distinto y con menores garantías, tratándose de la misma cosa. Además, el artículo 775.2 tiene una clara errata, pues donde dice, *in fine*, “en el artículo siguiente” (que trata sobre la ejecución forzosa), debe decir “en el artículo 777” (que trata sobre la separación o divorcio consensuales). El Fiscal General del Estado ha calificado esta remisión en la Memoria citada de “*error material claro*” (página 441).

Sin embargo, el Tribunal Supremo, en toda una serie de Autos⁽¹⁰⁾, viene a mantener que sea o no un error, la remisión al proceso del 771 es correcta y que ha de finalizar por medio de Auto, considerando este proceso además, *como*

(10) Autos 1 de octubre de 2002, 18 de septiembre de 2002, 31 de julio de 2001 y 2 de octubre de 2001. El último, de fecha 4 de febrero de 2003, dice:

“...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 lo que se está examinando ahora el reiterado art. 775.2 LEC 2000, inciso primero, por esta Sala”.

“cuestión incidental” a resolver mediante Auto y, por ende, excluida al acceso a la casación”.

A pesar de los reiterados autos dictados por el Supremo en el sentido expuesto, hemos de destacar el Auto del mismo tribunal y de la misma sala de 24 de octubre de 2002, donde parece separarse de este criterio, si bien el supuesto es muy peculiar, indicando que

“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”.

Igualmente hemos de destacar los problemas que se vienen planteando en relación con la **modificación de medidas y los antiguos procesos de alimentos provisionales** seguidos por las uniones no matrimoniales, entendiéndose algunos juzgados que la modificación de los alimentos puede hacerse a través de éste cauce procesal, algo que entiendo no es procesalmente adecuado, entendiéndose que lo correcto sería acudir al proceso del juicio verbal de alimentos definitivos regulado en el artículo 250.8.^a de la LEC.

Del mismo modo surge en este tipo de procedimientos el problema sobre si es o no admisible **la reconversión en la vista del juicio**, resolviéndose por algunos juzgados en sentido positivo siempre que exista nexo de conexión con la demanda principal o sobre hechos nuevos alegados que exijan un pronunciamiento de oficio, siendo factible en todo caso la acumulación de dos procesos de modificación.

Otro problema no resuelto por el legislador al modificar la Ley procesal que tiene la mayor conexión precisamente con las modificaciones de medidas, y que indudablemente plantea una gran conflictividad en las crisis matrimoniales, es **el problema de los hijos mayores de edad, y su intervención en el proceso**. Entiendo que el progenitor custodio posee legitimación activa para reclamar un aumento de la pensión amparándonos en el artículo 93.2 del Código Civil. Sin embargo, en caso de solicitarse la modificación a la baja o la extinción de la pensión de alimentos, al considerarse que es un derecho personal del hijo, éste

debe ser codemandado junto al otro cónyuge, pudiendo ser subsanado tal defecto procesal de oficio por el juzgador al amparo del artículo 753 de la LEC. No obstante este asunto aún no es pacífico en nuestra jurisprudencia.

En relación con los problemas de violencia doméstica, la práctica ha podido constatar que las reglas de competencia que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece son inadecuadas. Sabemos que se establecen en la ley procesal normas de competencia distintas para el conocimiento de los asuntos matrimoniales según se trate de medidas provisionales o del pleito principal⁽¹¹⁾.

Esta situación es manifiestamente injusta, pues a una mujer maltratada, que ha debido abandonar el domicilio conyugal y cambiar de ciudad, no se le debe obligar a pedir la separación en aquella ciudad de la que, literalmente, ha debido huir. Debiera permitirse que lo hiciera en el lugar de su nuevo domicilio, como ya ocurre para la petición de medidas provisionales. Este hecho ha sido denunciado por el propio Defensor del Pueblo en el informe al que hemos venido haciendo referencia.

Para terminar haré más las consideraciones que en su día remitiera el Defensor del Pueblo al Ministerio de Justicia a tener en cuenta en una eventual reforma procesal, y en las que de algún modo ha participado la Asociación Española de Abogados de Familia:

“Primero, que todos los ciudadanos afectados por crisis de convivencia sean tutelados por juzgados de familia, con independencia de su lugar de residencia;

Segundo, que los juzgados de familia sean servidos por jueces especializados y debidamente asistidos de equipos profesionales;

Tercero, simplificación procesal en este campo y tutela penal rápida en los casos de violencia doméstica;

Cuarto, tratamiento procesal específico de las crisis de las ‘parejas de hecho’, necesidad creciente dada la proliferación de leyes autonómicas sobre la materia;

(11) En efecto, el artículo 771 establece, en el número 1, párrafo primero, que “el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil ante el tribunal de su domicilio”. Por su parte, el artículo 769.1, para el pleito principal contencioso de nulidad, separación o divorcio, establece, en su párrafo primero, que “salvo que expresamente se disponga otra cosa, será tribunal competente para conocer de los procedimientos a que se refiere este capítulo el Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante o de los cónyuges que soliciten la separación o el divorcio de mutuo acuerdo, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado”.

Quinto, superación de la distinción de órdenes jurisdiccionales para el tratamiento jurisdiccional unificado de estas cuestiones por un solo juzgado con atribuciones tanto civiles como penales (lo que no es insólito en nuestro derecho procesal, pues los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, en la base del sistema judicial, son precisamente juzgados mixtos)”.

Las últimas recomendaciones efectuadas al amparo del artículo 28.2 y del 30 de la LO 3/1981, de 6 de abril, de Defensor del Pueblo son:

“1.º) Que se estudie la conveniencia y necesidad de modificar el artículo 753 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el sentido de que el tipo procesal aplicable a los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores sea el ordinario, y no el tipo híbrido ordinario-verbal que se establece actualmente, por los problemas interpretativos que conlleva un proceso mixto en materias tan delicadas para los derechos de las personas, y en aras de lograr una mayor seguridad jurídica para todos, principio consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución Española.

2.º) Que se estudie la conveniencia y necesidad de reformar el artículo 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la comparecencia en sede judicial de menores afectados por procesos matrimoniales consensuales, en el sentido de que la comparecencia sea facultativa y no obligatoria, en orden a evitar, en la medida de lo posible, situaciones desagradables para los menores afectados, en consideración a que existe acuerdo de los progenitores sobre las medidas relativas a sus hijos, y en aras de favorecer la protección integral de los mismos, principio consagrado en el artículo 39 de la Constitución Española.

3.º) Que se estudie la conveniencia y necesidad de corregir el manifiesto error del artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativo a la modificación de las medidas definitivas en los procesos matrimoniales, pues la ley remite al artículo 771, que es el de las medidas llamadas provisionalísimas, y no al artículo 770, que es el del pleito principal en el que se establecen las medidas definitivas, y que se corrija también el error del artículo 775.2 para que donde dice, *in fine*, “en el artículo siguiente” (que trata sobre la ejecución forzosa), diga “en el artículo 777” (que trata sobre la separación o divorcio consensuales). Todo ello en coincidencia con lo también pedido en la Memoria elevada al Gobierno por el Fiscal General del Estado en septiembre de 2002.

4.º) Que se estudie la conveniencia y necesidad de reformar el artículo 769.1, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de modo que se establezca como fuero electivo en las acciones de nulidad matrimonial, separación y divorcio, el domicilio del actor, de modo que las personas que han cambiado de ciudad como consecuencia de una “crisis de convivencia”, a veces habiendo sufrido malos tratos, puedan demandar en el lugar de su nuevo domi-

cilio, en aras de una justicia sensible a la posición de la parte más débil, cuando no de la víctima de un delito, lo que sería más conforme al proceso con todas las garantías que la Constitución Española (artículo 24.2) promueve.

5.º) Que se estudie la conveniencia y necesidad de abordar las reformas procesales necesarias para que las “crisis de convivencia”, con independencia de la forma que adopte la convivencia (matrimonial o uniones de hecho), sean resueltas en la misma jurisdicción y en un solo juzgado cuando hay identidad de partes, con las más amplias atribuciones civiles y penales, en aras de coadyuvar a la eficacia y celeridad de la justicia (artículos 24.1 y 24.2 de la Constitución Española)”.

Como vemos, la sociedad demanda una reforma en profundidad de las normas que regulan el matrimonio, su crisis y su regulación procesal, lo que permitirá de alguna manera que el derecho sea realmente una fuente de solución de conflictos.

CRÓNICA LEGISLATIVA

LEY 5/2003, DE 20 DE MARZO, DE PAREJAS DE HECHO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE EXTREMADURA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Desde que en 1982, y auspiciado por el Consejo de Europa, se celebró el primer y único Congreso sobre parejas no casadas, son muchos los países de la Unión Europea que, de una forma u otra, han ido adaptando sus respectivas legislaciones a este fenómeno convivencial, tendiendo a equiparar, total o parcialmente, a estas parejas con los matrimonios.

En España, la convivencia estable en pareja se ha ido normalizando en diversos textos legislativos, como el nuevo Código Penal, la Ley de Arrendamientos Urbanos, la Ley Orgánica del Poder Judicial o la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y la Condición de Refugiado, en consonancia con la realidad sociológica que representan y su aceptación social generalizada en un sistema político, social y democrático.

El art. 39 de la Constitución Española contiene la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. En este artículo no existe referencia a un modelo de familia determinado y predominante, lo que hace necesaria una interpretación amplia de lo que debe entenderse por familia, consecuentemente con la realidad social actual y con el resto del articulado constitucional referido a la persona.

En este sentido, los principios de libertad e igualdad (que la Constitución Española reconoce como valores superiores del ordenamiento jurídico —art. 1.1—, principios de actuación —art. 14—, derechos fundamentales —arts. 14 y siguientes—), así como el

principio de seguridad jurídica del art. 9.3 y el derecho a la intimidad del art. 18 hacen preciso, en materia de relaciones personales, respetar y amparar todas las situaciones.

Con base en estos principios, las leyes 11/1981, de 13 de mayo; 30/1981, de 7 de julio y 21/1987, de 11 de noviembre, llevaron a cabo las reformas del Código Civil en materia de filiación, relaciones conyugales y adopción; delineando un nuevo modelo de familia no fundado exclusivamente en el vínculo matrimonial, sino en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptados, con la finalidad de llevar a efecto una convivencia estable.

Por otra parte, junto a la pareja estable heterosexual, otro fenómeno similar, aunque de naturaleza y consecuencias bien diferentes, el de la pareja homosexual en convivencia marital estable, está dejando de ser también algo extraño y marginal. Se impone la adecuación de la normativa a la realidad de la sociedad en este momento histórico. En este sentido deben respetarse y cumplirse la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo a los Consejos de Ministros de los Estados miembros, ratificada el 11 de junio de 1985 por nuestro Congreso de los Diputados, sobre no discriminación a los homosexuales, y la Resolución adoptada el 8 de febrero de 1994 por el Pleno del Parlamento Europeo, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea que, desde la convicción de que todos los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a un trato idéntico, con independencia de su orientación sexual, pide a los Estados de la

Comunidad que supriman todas las disposiciones jurídicas que criminalicen o discriminen las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo.

La marginación legislativa, en ambos casos, no hace sino generar problemas de muy difícil solución. Por ello desconocer el fenómeno desde un punto de vista legislativo no hace sino agravar esas situaciones de desamparo e injusticia que hoy tratan de atajar los Tribunales de Justicia.

Con estas premisas, para la Comunidad Autónoma de Extremadura la convivencia duradera y estable con independencia de la orientación sexual de sus miembros, debe considerarse una realidad cotidiana de nuestra sociedad, por lo que no puede permanecer al margen del derecho positivo. Así, con esta Ley se daría cumplimiento a las previsiones del art. 6.2.b) del Estatuto de Autonomía de Extremadura, que establece que las instituciones de la Comunidad Autónoma de Extremadura, dentro del marco de su competencia, ejercerán sus poderes con el objetivo básico de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los extremeños sean reales y efectivas.

En este sentido, la Comunidad Autónoma de Extremadura, mediante el Decreto 35/1997, de 18 de marzo, creó el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, decreto que fue desarrollado mediante la Orden de 14 de mayo de 1997 de la Consejería de Bienestar Social, suponiendo ahora la presente Ley una respuesta clara, desde esta Comunidad Autónoma, a una demanda realizada por amplios sectores sociales e institucionales, con el fin de reconocer esta fórmula de convivencia en el marco del derecho común que evite cualquier tipo de discriminación para la persona.

Siendo de obligado cumplimiento que el tratamiento legislativo de estas uniones en convivencia se ajuste al marco de las competencias autonómicas en la materia, se han excluido las cuestiones propias del derecho

penal, las de carácter laboral y las relativas a la Seguridad Social.

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales

Artículo 1.º Objeto: principio de no discriminación.—En la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico extremeño, nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas constituidas en pareja de hecho, con independencia de su sexo.

Art. 2.º Ámbito de aplicación.—
1. A los efectos de la aplicación de la presente Ley, se considera pareja de hecho la unión estable, libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la pareja en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

2. Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido, como mínimo, un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público.

En el caso de que un miembro de la pareja o ambos estén ligados por vínculo matrimonial a otra persona al tiempo de iniciar la relación, el tiempo de convivencia transcurrido hasta el momento en que el último de ellos obtenga la disolución o, en su caso, la nulidad, se tendrá en cuenta en el cómputo del período indicado de un año.

3. La inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura tendrá carácter constitutivo.

4. Las disposiciones de la presente Ley serán de aplicación a aquellas parejas de hecho en las que al menos uno de los miembros de la pareja se halle empadronado y tenga su residencia en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Art. 3.º Requisitos personales.—

1. No pueden constituir una pareja de hecho de acuerdo con la presente Ley:

- a) Los menores de edad no emancipados.
- b) Las personas ligadas por vínculo matrimonial no separadas judicialmente.
- c) Las personas que formen una pareja de hecho debidamente inscrita con otra persona.
- d) Los parientes por consanguinidad o adopción en línea recta.
- e) Los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del tercer grado.

2. No podrá pactarse la constitución de una pareja de hecho con carácter temporal ni someterse a condición.

Art. 4.º Acreditación.—1. Las parejas de hecho a que se refiere la presente Ley se constituirán a través de la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, previa acreditación de los requisitos a que se refiere el art. 2 en expediente contradictorio ante el encargado del registro.

2. Reglamentariamente se regulará tal expediente contradictorio. En todo caso, la previa convivencia libre, pública, notoria e ininterrumpida en relación de afectividad, habrá de acreditarse mediante cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

3. La existencia de la pareja de hecho se acreditará mediante Certificación del encargado del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Art. 5.º Disolución de la pareja de hecho.—1. Se considerará disuelta la pareja de hecho en los siguientes casos:

- a) Por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus miembros.
- b) Por matrimonio de uno de sus miembros.
- c) Por mutuo acuerdo.
- d) Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, que deberá ser notificada fehacientemente al otro.
- e) Por cese efectivo de la convivencia por un período superior a un año.

2. Ambos miembros de la pareja están obligados en caso de disolución, aunque sea de forma separada, a dejar sin efecto el documento público que, en su caso, hubieren otorgado e instar la cancelación de la inscripción en el registro correspondiente. Si la voluntad de cancelación se presenta por uno sólo de los miembros de la pareja, se dará traslado de su escrito al otro miembro de la pareja a efectos de su conocimiento.

3. Los miembros de una pareja de hecho no podrán establecer otra pareja estable con tercera persona mientras no se haya producido su disolución mediante alguno de los supuestos descritos en el primer apartado.

4. La disolución de la pareja de hecho implica la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros haya otorgado a favor del otro.

CAPÍTULO II

La relación de pareja

Art. 6.º Régimen de convivencia.—

1. Los miembros de la pareja de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese.

2. En defecto de pacto se presumirá, salvo prueba en contrario, que los miembros de la pareja de hecho contribuyen al sostenimiento de las cargas de ésta en proporción a sus recursos.

3. Serán nulos y carecerán de validez los pactos contrarios a las leyes, limitativos

de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos, así como aquellos cuyo objeto sea exclusivamente personal o que afecten a la intimidad de los convivientes.

4. En todo caso los pactos a que se refiere este artículo, sólo surtirán efectos entre las partes firmantes y nunca podrán perjudicar a terceros. Podrán inscribirse en el Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, siempre que en ellos concurren los requisitos de validez antes expresados, a petición de ambos miembros de la pareja.

Art. 7.º Reclamación de compensación económica.—En el supuesto de que se produzca la extinción en vida de la pareja de hecho, si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por el conviviente perjudicado que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente.

Art. 8.º Acogimiento familiar de menores.—1. Teniendo en cuenta que es competencia de la Junta de Extremadura, la función tuitiva de los derechos de la infancia, así como todas las actuaciones en materia de tutela, acogimiento y adopción de menores, los miembros de la pareja de hecho podrán acoger de forma conjunta con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por matrimonio, siempre que la modalidad del acogimiento sea simple o permanente, de acuerdo con la legislación aplicable.

2. En los casos de disolución de una pareja de hecho, en vida de ambos miembros, que hubiere recibido en acogimiento familiar administrativo a un menor de edad, en lo relativo a la guarda y custodia de éste se estará a lo que disponga, en interés del menor, la Entidad pública competente en materia de protección de menores. En los supuestos de acogimientos familiares judiciales,

decidirá el Juez a propuesta de la Entidad pública.

Art. 9.º Guarda y régimen de visitas de los hijos.—En caso de disolución de la pareja de hecho, en vida de ambos miembros, la guarda y custodia de los hijos e hijas comunes y el régimen de visitas, comunicación y estancia se determinará en aplicación de la legislación civil vigente en materia de relaciones paterno-filiales.

CAPÍTULO III

Normas administrativas

Art. 10. Beneficios respecto a la función pública.—En todo lo que legalmente afecte al régimen del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, deberá entenderse equiparada la pareja de hecho al matrimonio y el conviviente al cónyuge, de tal manera que los convivientes mantendrán los mismos beneficios reconocidos a las parejas que hayan contraído matrimonio.

Art. 11. Régimen de prestaciones sociales.—Se entenderá equiparada la pareja de hecho al matrimonio y el conviviente al cónyuge en toda la normativa de servicios y prestaciones sociales de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Art. 12. Normativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura de derecho público.—Los derechos y obligaciones establecidos en la normativa extremeña de derecho público, serán de aplicación a los miembros de la pareja de hecho, en especial en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios.

Art. 13. Régimen Fiscal.—Los miembros de una pareja de hecho serán considerados como cónyuges a los efectos previstos en la legislación fiscal autonómica a los efectos de computar rendimientos y de aplicar deducciones o exenciones.

DISPOSICIÓN ADICIONAL

La Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura mantendrá las oportunas relaciones de cooperación con otras Administraciones Públicas que cuenten con Registros de Parejas de Hecho o similares, al objeto de evitar supuestos de doble inscripción.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—A efectos de la acreditación del período de convivencia mínimo de un año establecido en el párrafo segundo del art. 2, se tendrá en cuenta el período transcurrido antes de la entrada en vigor de la presente Ley.

Segunda.—Las inscripciones de parejas en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, regulado por el Decreto 35/1997, de 18 de marzo, y desarrollado por la Orden de 14 de mayo de 1997 de la Consejería de Bienestar Social, se integrarán de oficio y de modo

automático en el Registro de Parejas de Hecho contemplado en el articulado de esta Ley.

Tercera.—Si la legislación del Estado prevé la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por esta Ley, los efectos que ésta les otorga habrán de entenderse referidos a las parejas que en éste se inscriban.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo previsto en la presente Ley.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Se autoriza al Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura para dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de la presente Ley.

Segunda.—La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial de Extremadura.

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

TÍTULO: VIII PREMIO DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA.

La Asociación Española de Abogados de Familia ha acordado establecer un premio que llevará su nombre, y cuya concesión se establece en base a las siguientes condiciones:

1. Se convoca el premio anual denominado “Concurso de artículos de la Asociación Española de Abogados de Familia”.
2. El premio está dotado con la suma de 1.500 euros.
3. Podrán optar al mismo todos los Abogados en Ejercicio pertenecientes a cualquier Colegio de Abogados de España.
4. El tema del trabajo será libre, siempre que tenga relación con un problema relativo al Derecho de Familia de carácter práctico.
5. La extensión del trabajo será de 15/20 folios mecanografiados por una sola cara y a doble espacio.
6. Los trabajos redactados en lengua castellana serán presentados en tres ejemplares en el domicilio de la Asociación Española de Abogados de Familia, Princesa, 3 duplicado, apartamento 1225 (28008 Madrid), en sobre cerrado dirigido al “Presidente del Jurado-Premio Asociación Española de Abogados de Familia”, asestando en el sobre únicamente el nombre del trabajo y el seudónimo.
7. Los originales se presentarán con seudónimo y acompañados de plica cerrada dirigida al Presidente del Jurado, que contendrá fotocopia del DNI y una tarjeta o ficha con los siguientes datos: seudónimo, nombre y apellidos, domicilio, Colegio de residencia, número de Colegiado, teléfono y fax, en su caso.
8. El plazo de admisión de trabajos finalizará el día 31 de enero del año 2004.
9. El Jurado, Presidido por el Presidente de la Asociación, estará formado por él mismo, o persona en quien delegue, y dos vocales designados por la Junta Directiva de la Asociación entre juristas especialistas en Derecho de Familia, no pudiendo formar parte quienes hayan concurrido al concurso.

10. El fallo se hará público dentro de los tres meses siguientes a la conclusión del plazo de admisión.
11. El trabajo premiado podrá ser publicado por la Asociación, en cuyo caso quedarían cedidos los derechos de autor. En caso de no ser publicado en el plazo de seis meses a contar desde la concesión del premio, el autor quedará facultado para su publicación, haciendo constar que es Premio de la Asociación Española de Abogados de Familia.
12. Los trabajos no premiados deberán ser retirados durante el mes siguiente a la publicación del fallo, y transcurrido este plazo podrán ser destruidos.
13. La participación en el concurso supone la aceptación de estas bases.

Nota: Aclaración sobre las reseñas aparecidas en la sección de Publicaciones y Noticias de la revista n.º 20, julio 2003: La reseña del Título “Derecho de Familia Internacional”, de los autores A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, ha sido realizada por Sandra García Cano, de la Universidad de Córdoba.

Asimismo, la reseña del título “Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades”, de la autora Sandra García Cano, ha sido realizada por Javier Carrascosa González, de la Universidad de Murcia.

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 |

Salario Mínimo Interprofesional (SMI) para 2003

14,74 euros/día o 451,20 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 | | |

**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 CONSTITUCIONAL

- 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 julio, en su referencia a la concreta causa de extinción establecida en el artículo 101 del Código Civil de “vivir maritalmente con otra persona”. (T.C., Pleno, S. de 19 de junio de 2003).

TRIBUNAL SUPREMO

I. FILIACIÓN

- 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 este y su madre. (T.S., Sala 1.ª, S. de 7 de noviembre de 2002).
- 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 relativo a la filiación matrimonial, al constar el segundo matrimonio del padre antes del reconocimiento. (T.S., Sala 1.ª, S. de 28 de noviembre de 2002).
- 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. (T.S., Sala 1.ª, S. de 3 de diciembre de 2002).
- 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. (T.S., Sala 1.ª, S. de 19 de diciembre de 2002).

II. PATRIA POTESTAD

- 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. (T.S., Sala 1.ª, S. de 23 de septiembre de 2002).
- El régimen de visitas no puede condicionarse a que el progenitor no custodio abone la pensión alimenticia, ya que se trata de cuestiones no compensables y existen mecanismos legales para el aseguración del pago de la pensión. (T.S., Sala 1.ª, S. de 26 de diciembre de 2002).

III. REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

- 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. (T.S., Sala 1.ª, S. de 30 de octubre de 2002).
- Valoración de los inmuebles de protección oficial conforme al precio de mercado a la fecha en que quedó disuelta la sociedad de gananciales. (T.S., Sala 1.ª, S. de 14 de noviembre de 2002).
- 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. (T.S., Sala 1.ª, S. de 21 de noviembre de 2002).
- 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. (T.S., Sala 1.ª, S. de 4 de diciembre de 2002).
- 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. (T.S., Sala 1.ª, S. de 26 de diciembre de 2002).

IV. CONVENIO REGULADOR

- 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. (AP T.S., Sala 1.ª, S. de 21 de noviembre de 2002).

V. CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

- 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 necesario la insolvencia total de la deudora, incumbiendo al deudor señalar otros bienes para excluir la legitimidad de la acción revocatoria. (T.S., Sala 1.ª, S. de 31 de octubre de 2002).

VI. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

- 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. (T.S., Sala 1.ª, Auto de 24 de septiembre de 2002).

VII. PROCESAL

- 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 art. 771 de la LEC y que finalizará por medio de auto. (T.S., Sala 1.ª, Auto de 1 de octubre de 2002).
- 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 arts. 769 y 771 de la LEC. (T.S., Sala 1.ª, Auto de 24 de octubre de 2002).
- 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. (T.S., Sala 1.ª, S. de 13 de noviembre de 2002).

VIII. SUCESIONES

- 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. (T.S., Sala 1.ª, S. de 17 de octubre de 2002).
- 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. (T.S., Sala 1.^a, S. de 23 de octubre de 2002).

- Nulidad de la donación al no ser la donante propietaria de la mitad indivisa del inmueble habida cuenta de la existencia de una fiducia. (T.S., Sala 1.^a, S. de 28 de noviembre de 2002).

IX. PENAL

- 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. (T.S., Sala 2.^a, S. de 18 de octubre de 2002).
- 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. (T.S., Sala 2.^a, S. de 15 de noviembre de 2002).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. GUARDA Y CUSTODIA

- 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).
- 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).
- 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).

II. RÉGIMEN DE VISITAS

- 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 a esta situación familiar actual del padre. (AP ALICANTE, Sec. 7.ª, S. de 10 de marzo de 2003).

III. VIVIENDA FAMILIAR

- 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).

IV. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

- 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).
- 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).
- 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).

V. PENSIÓN COMPENSATORIA

- 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).
- 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).

VI. CUESTIONES PROCESALES

- 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).
- Nulidad de actuaciones por no haberse tramitado el procedimiento de modificación de medidas conforme a las normas previstas en el art. 770 de la LEC. (AP BALEARES, Sec. 5.ª, S. de 13 de enero de 2003).

- 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*).
- 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*).
- Dictado el auto de medias medidas, el cómputo del plazo de treinta días previsto en el art. 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*).
- 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*).
- Nulidad de actuaciones por haberse tramitado el procedimiento de modificación de medidas conforme a lo previsto en el art. 771 de la LEC, ya que el trámite correcto es el establecido en el art. 775 de la LEC. (*AP BALEARES, Sec. 4.ª, S. de 28 de abril de 2003*).

VII. CONVENIO REGULADOR

- 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*).

VIII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

- 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*).
- No habiendo abandonado la esposa el domicilio familiar en la fecha indicada en el convenio regulador, procede su desalojo inmediato sin que sea 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*).
- 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*).

- 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*).

IX. REGÍMENES ECONÓMICOS

- Desestimación de la tercería de domicilio 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*).
- 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*).
- 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 acredite que se empleó en negocios o usos individuales. (*AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 9 de enero de 2003*).
- La carga de la prueba para acreditar que las cantidades que uno de los cónyuges extrajo de las cuentas gananciales 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*).
- 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*).
- Las indemnizaciones por cese laboral no tienen carácter ganancial. (*AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 7 de febrero de 2003*).
- 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*).
- 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*).
- 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*).

X. FILIACIÓN

- 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 un testigo que aun de referencias, había trabajado como asistente 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 abril 2003*).

XI. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

- 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*).

XII. TEMAS PENALES

- 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*).
- 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 invertir las 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*).