

## LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD

Don José, después de haberse separado judicialmente de su esposa, se enteró de que sus hijos, esos a los que había criado con tanta dedicación y cariño, parece que en realidad no habían sido engendrados por él. Ante este hecho posiblemente se planteó dejar las cosas como estaban y mantener la duda ya que ese amor que se desplegaba mutuamente entre padre e hijos estaba por encima de todo, o bien poner fin a la falsa paternidad mediante el ejercicio de la acción de impugnación.

Después de haberse constituido tantas adopciones, en las que al adoptante poco le importa quién pudo ser el padre biológico de los hijos, ya que lo importante es la relación que día a día se mantiene con el hijo adoptado, uno siempre debe aconsejar la primera de las opciones: ¡Se es padre porque se ejercitan todas las funciones de la patria potestad, no porque en un determinado día se mantuviesen relaciones sexuales con la madre! Pero claro, es fácil dar consejos cuando las consecuencias las sufre otra persona, y humanamente hay que comprender que resulta muy difícil que a D. José se le dijese que no era el padre de sus hijos, y éste no le diese ninguna importancia a este hecho.

Ni que decir tiene que D. José hizo lo que posiblemente el 90% de los maridos harían y, con paso decidido y firme, se encaminó hacia un despacho de abogados para que con su ayuda la verdad resplandeciese por encima del engaño en el que había estado sumido durante tanto tiempo. Con esta decisión, daba por hecho que quería romper todo vínculo jurídico con los que hasta ahora habían sido sus hijos.

Ante estas situaciones, lo normal es que el matrimonio se rompa y bien por medio de la separación o del divorcio, los cónyuges ya hayan iniciado vidas independientes, aunque, como en todo procedimiento matrimonial, y mientras tanto no se modifique la inscripción del nacimiento de los hijos, D. José deberá pagar la pensión alimenticia de los hijos.

Pues bien, iniciado el procedimiento de impugnación y después de numerosos avatares a la hora de practicar la prueba biológica, llegan sus resultados al juzgado y por fin D. José puede decir abiertamente que no es el padre de sus hijos. Las descalificaciones a la esposa no se hacen esperar. Pero luego, cuando recibe la sentencia y después de leerla en dos ocasiones y preguntar al abogado si hay algún error, D. José se queda atónito cuando se le informa de que aunque

biológicamente no es el padre, legalmente va a seguir siéndolo porque la acción de impugnación se había ejercitado fuera de plazo, estaba caducada. ¿Cómo puede ser esto...? El abogado hace todos los esfuerzos posibles para explicarle qué es la caducidad, pero ni D. José ni sus amigos lo entiende ni nunca lo van a entender.

Como suele ser normal, en estos casos se quiere llegar hasta el final, y se interpone recurso de apelación y después de casación, y luego se intenta algún recurso de amparo. Desgraciadamente ninguno de dichos remedios dan resultado, y D. José sigue siendo el padre de sus hijos, y como tal tiene que seguir abonando las pensiones alimenticias que la madre de los niños se ha ido encargando de reclamar en el juzgado de familia. La resignación embarga a D. José, al mismo tiempo que lo hace la comisión judicial y va contando su increíble historia por todos los lugares y todos coinciden en que no hay derecho a lo que le ha pasado.

¿Por qué pasan estas cosas? La impugnación de la filiación siempre ha sido un tema tabú en nuestro derecho, y la verdad es que desde hace mucho tiempo no se han visto con agrado los procedimientos en los que se pretendía dejar de ser padre. Por eso el legislador le puso un límite temporal a este tipo de acción y conforme a lo establecido en el art. 136 del CC, el padre dispone de un año para impugnar la paternidad, año que empieza a contar desde que se inscribe el nacimiento en el Registro Civil, aunque dicho el plazo no correrá mientras el marido ignore el nacimiento. Pero en un plazo tan corto ¿cómo D. José va a dudar si ese pequeño es o no hijo suyo? Salvo que la criatura sea de una raza distinta, lo cual es fácilmente comprobable, a nadie se le ocurre hacerse unas pruebas de paternidad... vamos, casi sería ofensivo para la madre. Pero como la vida da tantas vueltas, al cabo de los años, cuando el amor se convierte en odio y a esa persona por la que en un momento determinado daríamos nuestra vida ahora se la quiere aniquilar, entre otras, surgen estas cuestiones relativas a la paternidad.

Los juzgados y tribunales de apelación vienen aplicando con rigor el plazo del art. 136 del CC, y sin solución de continuidad se desestiman las demandas de impugnación de paternidad porque la acción está caducada, y ello a pesar de que en el procedimiento se haya practicado la prueba biológica y su resultado no pueda ser más concluyente en cuanto a la exclusión de la paternidad.

En el mes de diciembre del pasado año, los diarios jurídicos se hacían eco de una sorprendente noticia y con grandes titulares se resaltaba que el Tribunal Supremo había dictado una sentencia, en un caso similar al de D. José, y estimaba la demanda de impugnación de paternidad, porque el padre se enteró de que no era el padre después de firmar el convenio regulador de la separación. La base jurídica de dicha sentencia no es otra que el recordatorio de lo que ya se dijo en otra sentencia del Tribunal Supremo del año 1993: el artículo 136 del CC ofrece serios visos de contradicción a los principios informadores de la Ley de 13 de mayo de 1981, en su patente tendencia a que en materia de estado civil

prevalezca la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, como proclama la misma Ley de Reforma y deja constancia el artículo 127 del Código, al admitir toda clase de prueba en los juicios sobre filiación que puedan desvanecer las situaciones presuntas. ¿Mantendrá este criterio el Tribunal Supremo en todos los casos de impugnación de paternidad que se dicten a partir de esta fecha? Tendremos que estar atentos.... Y si eso es así ¿qué hacemos con D. José? Más vale dejarlo tranquilo, el tema de su paternidad es cosa juzgada y no puede volver a plantearse.

# ÍNDICE

Página

## ESTUDIOS DOCTRINALES

- La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales. *Francisco Javier Pastor Vita* ..... 25
- Violencia doméstica: algunas respuestas desde el derecho civil (I). *José Manuel Busto Lago* ..... 57

## JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ..... 85
  - 1. *Sentencia 151/2002, de 15 de julio* ..... 85
  - 2. *Sentencia 174/2002, de 9 de octubre* ..... 89
- TRIBUNAL SUPREMO ..... 99
- I. **Filiación** ..... 99
  - 1. Procedencia de la acumulación de la acción de reclamación de paternidad y la de petición de alimentos, y rechazo de la tesis mantenida por el demandado de que no puede solicitarse la prestación alimenticia con anterioridad a la firmeza de una sentencia que establezca la paternidad del demandado. (*S. de 11 de diciembre de 2001*) ..... 99

	Página
2. Declaración de la paternidad con base en la negativa a la práctica de la prueba y a la prueba testifical que permite afirmar la verosimilitud de la existencia de relaciones sexuales entre los litigantes en tiempo hábil para la concepción, no existiendo prueba alguna aportada por el demandado en sentido contrario. (S. de 27 de diciembre de 2001) .....	102
3. Para la admisión a trámite de la demanda basta con que en la misma conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado. (S. de 28 de diciembre de 2001) ....	104
4. Falta de legitimación del padre matrimonial para reclamar la filiación paterna respecto de un tercero, al existir intereses contrapuestos entre el hijo y el padre. Respecto a la acción de impugnación también ejercitada por el padre, procede su desestimación al estar caducada por el transcurso de un año desde que tuvo lugar el nacimiento del menor. (S. de 31 de diciembre de 2001) .....	106
5. Sobreseimiento del procedimiento de reclamación de paternidad al no aportarse con la demanda un principio de prueba, ya que ni se aportan datos precisos, correspondencia, fotografías, ni se ofertan determinadas pruebas que acrediten la razonabilidad de la pretensión, y por otro lado, la constante remisión al resultado de las pruebas biológicas no supone el cumplimiento de la exigencia de lo ordenado en el art. 127.2 del Código Civil, pues ella es genérica y utilizable para cualquier persona, pero no acredita la exigencia de este principio de prueba que es la relación con la madre del menor en el tiempo de su concepción y dentro de las coordenadas de tiempo y espacio. (S. de 1 de febrero de 2002) .....	109
6. Necesidad de que el marido de la madre sea parte demandada en el procedimiento que aquella interpuso contra un tercero reclamando la filiación extramatrimonial. (S. de 7 de febrero de 2002) .....	114
<b>II. Patria potestad</b> .....	<b>115</b>
1. Confirmación de la declaración de desamparo cuando queda acreditado que la madre no cumplió con las obligaciones que constituyen el contenido de la patria potestad dejando a los hijos en una situación de desatención durante unos días. (S. de 31 de diciembre de 2001) .....	115

	Página
2. Admisibilidad de que el régimen de visitas fijado en la sentencia pueda ser alterado en fase de ejecución, y concretamente ampliado en lo que a pernocta se refiere, a la vista de la evolución de la relación entre ambos y el deseo que al respecto pueda ir expresando el hijo. ( <i>S. de 11 de febrero de 2002</i> ) .	117
<b>III. Regímenes económico matrimoniales</b> . . . . .	120
1. Responsabilidad de los bienes gananciales . . . . .	120
1.1. Teniendo en cuenta que la deuda relativa a liquidaciones de despachos de importación, realizadas con anterioridad a la fecha de las capitulaciones matrimoniales surgió antes de modificar el régimen matrimonial, no puede considerarse a la esposa legitimada para ejercer una tercería de dominio. ( <i>S. de 13 de noviembre de 2001</i> ) . . . . .	120
2. Liquidación de la sociedad de gananciales . . . . .	123
2.1. Carácter ganancial de la indemnización percibida por el esposo, por desistir del contrato de arrendamiento en el que se subrogó constante la sociedad de gananciales, siendo indiferente que los derechos a la subrogación del contrato fuesen exclusivamente a favor del esposo que traía causa de su padre. ( <i>S. de 11 de diciembre de 2001</i> ) . . . . .	123
<b>IV. Procesal</b> . . . . .	126
1. Siendo desconocido el último domicilio del matrimonio, será competente para conocer de la demanda de separación el juzgado correspondiente al domicilio del demandado. ( <i>Auto de 10 de noviembre de 2001</i> ) . . . . .	126
<b>V. Uniones de hecho</b> . . . . .	128
1. Reconocimiento de indemnización a la conviviente de hecho cuando el otro, de profesión soldado, falleció en accidente cuando se lanzaba en paracaídas. ( <i>S. de 5 de noviembre de 2001</i> ) . . . . .	128

	Página
<b>VI. Responsabilidad civil</b> .....	130
1. Exoneración de responsabilidad civil de los padres y del centro escolar por las lesiones causadas a una menor por una compañera de colegio ya que las mismas se debieron a un fatal accidente, pues los juegos de las menores estaban vigilados por una profesora y el juego que realizaban era totalmente inocuo. ( <i>S. de 28 de diciembre de 2001</i> ) .....	130
<b>VII. Sucesiones</b> .....	133
1. No procede considerar como bien ganancial a un inmueble respecto al cual los herederos de la esposa renunciaron expresamente, siendo indiferente que se hubiese otorgado escritura pública de partición de herencia y que dicha renuncia se formalizase en documento privado, ya que esta circunstancia no altera en absoluto la unidad negocial y la validez y licitud de los pactos celebrados, tanto más si se ve que el documento privado se formalizó inmediatamente después del público. ( <i>S. de 21 de diciembre de 2001</i> ) .....	133
2. Validez de la donación de inmueble encubierta en un contrato de compraventa formalizado en escritura pública, ya que respondió a la gratitud por los cuidados físicos, atenciones y cariño recibidos por la donante, valores que en la sociedad moderna tienen un alto grado de estima y consideración, y a través de la liberalidad se persiguió recompensar los servicios y beneficios recibidos y encargados. ( <i>S. de 1 de febrero de 2002</i> ) .	138
<b>VIII. Penal</b> .....	142
1. Apropiación indebida .....	142
1.1. Condena por un delito de apropiación indebida, a la conviviente de hecho que, constante dicha convivencia, adquirió un cupón de la ONCE que resultó premiado, negándole toda participación en el dinero obtenido al otro conviviente. ( <i>S. de 29 de octubre de 2002</i> ) .	142
2. Alzamiento de bienes .....	151

	Página
2.1. Existencia de un delito de alzamiento de bienes dada la ausencia de motivación racional para traspasar los bienes inmuebles a los hijos cuando los padres tienen un pasivo del que deben jurídicamente responder, consiguiendo con esta operación sustraer los bienes inmuebles a la responsabilidad frente a terceros, lo que pone suficientemente de manifiesto la concurrencia del ánimo de actuar “en perjuicio de los acreedores”. (S. de 27 de noviembre de 2001) .....	151
<b>TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA .....</b>	<b>157</b>
<b>I. Pensión alimenticia .....</b>	<b>157</b>
1. No se puede fijar <i>a priori</i> una limitación temporal a la pensión alimenticia ya que no hay por qué prever ese cambio de circunstancias a períodos o fechas concretos sino, cuando éstas se den, será el momento de variar su alcance nuevo, o su limitación, suspensión o supresión (TSJ NAVARRA, S. de 24 de abril de 2002) .....	157
<b>II. Uniones de hecho .....</b>	<b>160</b>
1. Concesión de una indemnización y de una pensión compensatoria a una conviviente de hecho por su dedicación, mientras duró la convivencia, a la casa común y durante un tiempo al negocio de su pareja, lo que redundó en el sostenimiento y la mejora de la situación económica de éste (TSJ CATALUÑA, S. de 1 de julio de 2002) .....	160
<b>III. Cuestiones fiscales .....</b>	<b>165</b>
1. Aun cuando los rendimientos fuesen comunes a ambos cónyuges de acuerdo con la legislación civil, la norma fiscal impone que dichos rendimientos se imputen exclusivamente al titular del bien o derecho, razón por la que si las rentas provienen de bienes o derechos privativos lo procedente es imputarlos al cónyuge titular (TSJ BALEARES, S. de 29 de mayo de 2002) .	165

	Página
2. Dedución en el IRPF de las cantidades abonadas en concepto de contribución a las cargas del matrimonio ( <i>TSJ ASTURIAS, S. de 24 de mayo de 2002</i> ) .....	166
AUDIENCIAS PROVINCIALES .....	169
<b>I. Causas de separación, divorcio y nulidad</b> .....	169
1. Concurrencia de la causa de divorcio prevista en el art. 86.3 del CC ya que cuando se inició la separación de hecho el esposo estaba incurso en causa de separación pues queda acreditado que desatendió sus obligaciones tanto respecto a la esposa como a los hijos. <i>AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 3 de mayo de 2002</i> .....	169
2. No se estima necesario hacer un pronunciamiento imputando la culpa de la separación cuando de las actuaciones se desprende una radical desaparición del afecto entre los esposos. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 16 mayo de 2002</i> .....	170
3. Aunque en un principio pudiera darse el desafecto sólo en la esposa, lo cierto es que el mismo se ha extendido a la pareja, tal y como se desprende del escrito de contestación a la demanda del esposo, imposibilitando un proyecto armónico de convivencia conyugal, y por ello debe decretarse la separación. <i>AP LAS PALMAS, Sec. 4.ª, S. de 24 de mayo de 2002</i> .....	170
<b>II. Patria potestad</b> .....	172
1. La relación entre los progenitores es difícil, habiendo dado lugar a diversos episodios que no podríamos calificar de edificantes, provocando incluso alguno de ellos incoación de diligencias penales; mas de la evidente tensión que existe entre quienes fueran cónyuges, aunque resulten víctimas los hijos, no cabe inferir que uno y otro progenitor sean inadecuados para ejercer la patria potestad. <i>AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 3 de mayo de 2002</i> .....	172
2. No procede privar al padre de la patria potestad dada la existencia de circunstancias ajenas a su propia voluntad que le han impedido una normal y fluida relación con su hija menor. <i>AP TENERIFE, Sec. 1.ª, S. de 13 de mayo de 2002</i> .....	173

	Página
<b>III. Guarda y custodia</b> .....	174
1. Mantenimiento de la atribución de la guarda y custodia de la hija a la madre, aun cuando entre ambas hayan existido ciertas controversias respecto a la relación sentimental que la madre inició con un tercero y que actualmente ya no existe, habiéndose constatado igualmente en el informe psicosocial que el interés de la hija no puede confundirse con el deseo temporal o capricho de convivir con su padre. <i>AP TOLEDO, Sec. 1.ª, S. de 3 de mayo de 2002</i> .....	174
2. Atribución de la guarda y custodia a la hermana de la menor, siendo procedente para tal decisión acudir al art. 158 del CC. <i>AP LUGO, A. de 6 de mayo de 2002</i> .....	175
3. Aun cuando los menores permanecen en ocasiones con los abuelos maternos, no se considera adecuado atribuir la guarda y custodia al padre. <i>AP ASTURIAS, Sec. 6.ª, S. de 6 de mayo de 2002</i> .....	177
4. Respeto a la voluntad de la menor adolescente para decidir el progenitor con el que quiere convivir, por más que la madre alega que prefiere convivir con el padre porque él le da más libertad. <i>AP CIUDAD REAL, Sec. 1.ª, S. de 9 de mayo de 2002</i> .....	178
5. Atribución de la guarda y custodia de la menor a su tía materna, quien desde un principio asumió la responsabilidad de la menor ante la dejación de los progenitores. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 14 de mayo de 2002</i> .....	180
<b>IV. Régimen de visitas</b> .....	182
1. No fijación de régimen de visitas cuando el padre padece trastornos de la personalidad de tipo antisocial unidos a un consumo reiterado de tóxicos que le llevaron a estar sometido a tratamiento psiquiátrico. <i>AP CÁDIZ, Sec. 3.ª, S. de 6 de mayo de 2002</i> .....	182
2. Teniendo en cuenta que el padre se encuentra en situación de paro, se acuerda que sean los hijos los que se desplacen a la ciudad donde reside corriendo a cargo del progenitor custodio los gastos de desplazamiento. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 6 de mayo de 2002</i> .....	184

	Página
3. El hecho de que la menor se encuentre próxima a alcanzar la mayoría de edad aconseja no imponer a la hija común un régimen de vistas y comunicaciones que podría resultar contraproducente desde la perspectiva de la mejora de las relaciones paternofiliales. <i>AP SORIA, S. de 6 de mayo de 2002</i> . . . .	184
4. Aun cuando el hijo haya expresado en la exploración judicial su deseo de no ver al padre, procede aprobar el régimen de visitas pactado por los padres en el convenio regulador. <i>AP VALLADOLID, Sec. 1.ª, S. de 6 de mayo de 2002</i> . . . . .	186
<b>V. Vivienda familiar</b> . . . . .	187
1. Inexistencia de comodato en la cesión que la esposa, tras la separación, hizo a favor del esposo de una vivienda propiedad de aquella, debido a las penosas circunstancias por las que atravesaba el esposo. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 2.ª, S. de 7 de mayo de 2002</i> . . . . .	187
2. La ocupación que la esposa e hijos realizan de la vivienda propiedad de la madre del esposo se califica como precario, y por tanto procede estimar la demanda de desahucio instada por la propietaria de la vivienda. <i>AP BALEARES, Sec. 3.ª, S. de 9 de mayo de 2002</i> . . . . .	188
3. Admisibilidad de que en el procedimiento matrimonial pueda atribuirse el uso de segunda vivienda a los cónyuges. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 27 de mayo de 2002</i> . . . . .	190
4. Concesión alternativa del uso de la vivienda cuando el matrimonio ha sido de escasa duración y no existen hijos. <i>AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 9 de mayo de 2002</i> . . . . .	190
<b>VI. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio</b>	191
1. El bajo rendimiento académico durante el período de escolarización obligatoria no es equiparable al supuesto de hecho del art. 152.3 y 5 del CC ni determina automáticamente la extinción de la pensión alimenticia, incluso aunque se hubiese alcanzado la mayoría de edad por el alimentista. <i>AP SORIA, S. de 6 de mayo de 2002</i> . . . . .	191

	Página
2. Reclamados por el colegio donde el hijo cursa sus estudios los honorarios de enseñanza, ambos padres deben responder frente a dicha reclamación con independencia de lo resuelto en el procedimiento matrimonial. <i>AP BALEARES, Sec. 4.ª, S. de 14 de mayo de 2002</i> .....	193
3. No tienen la consideración de gastos extraordinarios los generados por la matrícula y la enseñanza en academia. <i>AP MADRID, Sec. 24.ª, A. de 30 de mayo de 2002</i> .....	195
4. No puede afirmarse de forma genérica y taxativa que las necesidades económicas de los hijos se incrementan necesariamente por el solo hecho de su crecimiento. <i>AP CUENCA, S. de 15 de mayo de 2002</i> .....	196
5. Reducción de la pensión alimenticia del hijo por la reducción de ingresos del padre. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª, S. de 27 de mayo de 2002</i> .....	197
<b>VII. Pensión compensatoria</b> .....	198
1. Concesión de una pensión compensatoria aunque la esposa obtenga algún tipo de ingresos, ya que la dedicación a la familia compuesta por cuatro hijos le ha impedido prepararse para acceder en condiciones favorables al mercado de trabajo. <i>AP STA. CRUZ DE TENERIFE, Sec. 1.ª, S. de 6 de mayo de 2002</i> .	198
2. Fijación de una pensión compensatoria a pesar de que la esposa ha comenzado a trabajar después de iniciarse el procedimiento de separación. <i>AP NAVARRA, Sec. 2.ª, S. de 7 de mayo de 2002</i> .....	199
3. Fijación de un límite temporal de tres años a la pensión compensatoria que se fijó en el procedimiento de separación, ya que durante todo este tiempo transcurrido la esposa no ha dado muestras de querer promocionarse laboralmente instando demandas de empleo, desarrollando cursos de capacitación o ampliando sus conocimientos académicos. <i>AP LAS PALMAS, Sec. 5.ª, S. de 7 de mayo de 2002</i> .....	200

	Página
4. Puede fijarse pensión compensatoria aun cuando la parte haya solicitado alimentos, máxime cuando el Código Civil no habla expresamente de “pensión compensatoria”, sino de pensión únicamente, la parte fundamenta tal petición en las causas enumeradas en el artículo 97 del Código Civil, por lo que implícitamente basa su solicitud en dicho precepto, e, incluso, aunque no lo hiciera, podría el Tribunal hacerlo en base al principio <i>da mihi factum, dabo tibi ius</i> . AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 27 de mayo de 2002 .....	202
5. La circunstancia de que la esposa haya finalizado los estudios que había iniciado no es causa de extinción de la pensión compensatoria. AP CÁDIZ, Sec. 5.ª, S. de 9 de mayo de 2002 .	203
6. No extinción de la pensión compensatoria aunque la esposa haya incrementado su patrimonio por vía de sucesión hereditaria. AP GRANADA, Sec. 4.ª, S. de 10 de mayo de 2002 ..	204
<b>VIII. Cuestiones procesales .....</b>	<b>205</b>
1. Condena en costas al demandado al haberse estimado íntegramente la demanda de divorcio en la que se solicitaba la modificación de medidas. AP MURCIA, Sec. 1.ª, S. de 6 de mayo de 2002 .....	205
2. Procedencia de la condena en costas en los procedimientos de modificación de medidas. AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 28 de mayo de 2002 .....	206
3. El cauce procesal adecuado para tramitar la modificación de medidas es el establecido en el art. 775 de la LEC que a su vez remite al 771 del mismo cuerpo legal, si bien dicha remisión al cauce procedimental, y por tanto el procedimiento, finalizará mediante sentencia y se admitirá la posibilidad de interponer recurso de apelación. AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 28 de mayo de 2002 .....	207
4. El reconocimiento del beneficio de justicia gratuita no es óbice para practicar la tasación de costas. AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 29 de mayo de 2002 .....	208
5. No es necesario demandar a los hijos mayores de edad en el procedimiento de modificación de medidas en el que se pretende la extinción de la pensión alimenticia de aquellos. AP ALMERÍA, Sec. 2.ª, S. de 10 de mayo de 2002 .....	209

	Página
<b>IX. Ejecución de sentencias</b> .....	210
1. Imposibilidad de reclamar las pensiones alimenticias correspondientes a los períodos en los que se ha producido una pacífica y continuada convivencia, que se ha llevado a cabo según las reglas ordinarias que rigen la vida en común de un grupo familiar, debiendo entenderse que el esposo ha contribuido de modo directo a todas las prestaciones que la familia necesitaba. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 14 de mayo de 2002</i> .....	210
2. Ineficacia de las cantidades entregadas por el padre directamente a los hijos para oponerse a la demanda ejecutiva por impago de pensiones. <i>AP BURGOS, Sec. 3.ª, A. de 16 de mayo de 2002</i> .....	212
3. La falta de rigor formal en la concreción temporal de lo adeudado en concepto de pensiones alimenticias y actualización motiva la desestimación de la demanda de ejecución, sin perjuicio de que, una vez supla este defecto, pueda reconocerse a su favor la deuda que proceda. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, A. de 21 de mayo de 2002</i> .....	213
4. Si el ejecutado dejó transcurrir el plazo concedido sin oponerse, la oposición que presenta después no puede ser atendida por extemporánea. <i>AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 29 de mayo de 2002</i> .....	214
5. Desestimación de la demanda de ejecución planteada por la esposa con base en un convenio extrajudicial en el que los cónyuges fijaron una pensión compensatoria cuando con posterioridad fue aprobado judicialmente otro convenio regulador. <i>AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, A. de 17 de mayo de 2002</i> .....	215
<b>X. Regímenes económicos</b> .....	216
1. Posibilidad de ejercitar la acción de adición a la partición aun cuando los cónyuges hiciesen formal renuncia a cualquier acción o reclamación derivada de las operaciones efectuadas y en especial a la acción de rescisión por lesión establecida en el artículo 1074 del Código Civil. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 6 de mayo de 2002</i> .....	216

	Página
2. Reconocimiento como deuda del esposo, y a los efectos del art. 1405 del CC, del importe de las pensiones alimenticias de los hijos que no abonó en su momento. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 8 de mayo de 2002</i> .....	218
3. Si los cónyuges se separaron y firmaron un convenio regulador en el que no se reconocía derecho a pensión compensatoria, extinguiéndose el régimen económico con la sentencia de separación, no procede conceder la pensión establecida en el art. 1438 del CC. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 10 de mayo de 2002</i> .....	218
4. La indemnización que percibe un cónyuge por despido tiene carácter privativo al ser un bien inherente a la persona y no susceptible de transmisión <i>inter vivos</i> . <i>AP LUGO, S. de 24 de mayo de 2002</i> .....	219
5. No puede admitirse la pretensión de la esposa en cuanto a que en el activo de la sociedad se incluya un crédito frente al esposo equivalente al valor del uso de la vivienda durante el período en el que estuvieron separados de hecho. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 29 de mayo de 2002</i> .....	220
6. Inclusión en el activo de la sociedad de gananciales de la cantidad entregada por la esposa a la hija antes de que se disolviera la sociedad. <i>AP JAÉN, Sec. 3.ª, S. de 16 de mayo de 2002</i> .	221
<b>XI. Filiación</b> .....	222
1. No hay vicio de voluntad y por tanto el reconocimiento efectuado por el demandado ante el Encargado del Registro Civil y consentido por la madre de la menor fue a sabiendas de que ésta no era hija biológica de aquél. <i>AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 29 de mayo de 2002</i> .....	222
2. Estimación de la demanda de impugnación de paternidad matrimonial interpuesta por el esposo aun cuando había transcurrido el plazo de caducidad de un año desde la fecha de inscripción en el Registro Civil. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 7 de mayo de 2002</i> .....	223
<b>XII. Procedimientos de menores</b> .....	227

	Página
1. El momento concreto en que debe tenerse en cuenta si los padres biológicos están o no incurso en la privación de la patria potestad es aquél en el que se decreta el desamparo y no cualquier otro posterior carente de trascendencia a los oportunos efectos debatidos al quedar el menor fuera del ámbito protector del padre natural. <i>AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, S. de 30 de mayo de 2002</i> .....	227
2. Desestimación de la oposición al acogimiento familiar realizada por los abuelos del menor, ya que en la vivienda de estos conviven otros miembros familiares drogadictos, con sida y actividades como mínimo marginales, y no puede ignorarse que los abuelos no han sido capaces de evitar los riesgos de la caída de sus propios hijos en la droga, la marginación y la delincuencia. <i>AP A CORUÑA, Sec. 4.ª, S. de 16 de mayo de 2002</i> .....	229
3. Nulidad de lo actuado en el procedimiento de adopción, ya que cuando la madre biológica se opuso a la misma se encontraba declarada incapaz, por lo que será necesario nombrarle un defensor judicial. <i>AP TOLEDO, Sec. 2.ª, A. de 13 de mayo de 2002</i> .....	230
<b>XIII. Uniones de hecho</b> .....	231
1. Fijación de una indemnización de 12.020 euros a la conviviente por el desequilibrio que le provoca la ruptura teniendo en cuenta que carece de cualificación profesional, la convivencia se desarrolló durante doce años, nacieron dos hijas todavía de corta edad, y que el conviviente tiene una situación patrimonial relativamente desahogada. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 5.ª, S. de 2 de mayo de 2002</i> .....	231
<b>XIV. Temas penales</b> .....	236
1. La alegación de que compró ropa a la menor y cosas que necesitaba, llevándola a su casa a comer con bastante frecuencia, no impide que pueda ser condenado por el delito de impago de pensiones. <i>AP ASTURIAS, Sec. 8.ª, S. de 7 de mayo de 2002</i> .	236

	Página
2. Condena por una falta de desobediencia ante el incumplimiento del régimen de visitas. <i>AP TOLEDO, Sec. 2.ª, S. de 7 de mayo de 2002</i> .....	237
3. Condena por un delito de alzamiento de bienes cuando con ocasión de declararse que el acusado era el padre biológico de un menor, transfiere un inmueble de su propiedad a su esposa, transmisión que igualmente es declarada nula. <i>AP CIUDAD REAL, Sec. 1.ª, S. de 13 de mayo de 2002</i> .....	238
4. Condena por una falta de amenazas e injurias, que quedaron acreditadas con la declaración de un familiar de la esposa que las escuchó en otro terminal del teléfono. <i>AP JAÉN, Sec. 3.ª, S. de 29 de mayo de 2002</i> .....	240

## RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Filiación .....	245
1.1. Se aprueba el expediente para destruir la presunción de paternidad del marido, porque el nacimiento del hijo ha acaecido en los primeros 180 días de matrimonio y la declaración auténtica de desconocimiento de la paternidad por el marido cumple todas las condiciones del artículo 117 del Código Civil. <i>R. de 9 de noviembre de 2001</i> .....	245
1.2. No es inscribible la adopción simple guatemalteca cuyos efectos no se corresponden con la adopción española, sin que pueda calificarse ahora la nueva adopción holandesa presentada con el recurso. <i>R. de 3 de abril de 2002</i> .....	248
1.3. No es inscribible el reconocimiento de filiación paterna no matrimonial cuando la madre y representante legal del menor reconocido no da su consentimiento, sin perjuicio de que ese reconocimiento reciba la aprobación judicial. <i>R. de 18 de abril de 2002</i> .....	250
2. Nombre y apellidos .....	251

	<u>Página</u>
2.1. La anteposición del apellido materno ha de solicitarse de común acuerdo por los padres antes de la inscripción del nacimiento. <i>R. de 30 de marzo de 2002</i> .....	251
2.2. La inversión de los apellidos por los hijos mayores de edad es una facultad que se concede por una sola vez y no cabe con posterioridad solicitar la desinversión. <i>R. de 13 de junio de 2002</i> .....	252
3. Matrimonio .....	253
3.1. Denegación de la inscripción de un matrimonio al concurrir el impedimento de ligamen ya que el interesado estaba ligado por un vínculo anterior, cuyo divorcio en Marruecos no ha obtenido el exequátur y que no se divorció en España hasta después de celebrado el segundo matrimonio. <i>R. de 15 de junio de 2002</i> .....	253
4. Régimen económico matrimonial .....	255
4.1. Habiéndose otorgado capitulaciones matrimoniales antes del inicio del procedimiento ejecutivo seguido contra el esposo, no procede anotar el embargo respecto a bienes que en la actualidad pertenecen exclusivamente a la esposa. <i>R. de 18 de febrero de 2002</i> .....	255
4.2. Inscrito el bien con carácter ganancial y constando la disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, el principio de tracto sucesivo impide inscribir la adjudicación de dicho bien alcanzada en procedimiento seguido exclusivamente contra uno de los esposos cotitulares. <i>R. de 16 de marzo de 2002</i> .....	258

## DERECHO CANÓNICO

— ¿Incompatibilidad de caracteres - incapacidad relativa? <i>María Victoria Díaz Santa-Olalla</i> .....	263
---	-----

## **TRIBUNA ABIERTA**

- Los olvidados derechos de los progenitores no custodios . . . . . 289
- Menores, víctimas de violencia psicológica en situaciones de crisis familiares . . . . . 299

## **CRÓNICA LEGISLATIVA**

- Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía . 313

## **PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS**

- Publicaciones y Noticias . . . . . 323

## **AVANCES JURISPRUDENCIALES**

- Avances jurisprudenciales . . . . . 333

---

# **ESTUDIOS DOCTRINALES**

---

# **LA RENUNCIA ANTICIPADA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES**

FRANCISCO JAVIER PASTOR VITA

*Profesor Asociado de Derecho Civil  
de la Universidad de Málaga*

---

## **SUMARIO**

- 1. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA CUESTIÓN.**
- 2. FUNDAMENTO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.**
- 3. EL CARÁCTER RENUNCIABLE DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA Y PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA.**
- 4. VIABILIDAD DE LA RENUNCIA ANTICIPADA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA REALIZADA EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES.**

---

### **1. PLANTEAMIENTO GENERAL DE LA CUESTIÓN**

Un tema polémico se puede plantear en torno a la denominada pensión compensatoria, introducida en nuestro Ordenamiento por la reforma parcial del Código civil de 7 de julio de 1981, que vino a modificar y dar nueva redacción al capítulo IX del título IV del libro I (artículos 90 a 101), y es el relativo a la

posible disponibilidad y renunciabilidad a la percepción de dicha pensión en capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges o futuros cónyuges, previamente a que tenga lugar entre ellos la quiebra en su convivencia que les conduzca a la separación o el divorcio. Partimos de la base, desde una perspectiva práctica, de que será poco habitual en la realidad social que una pareja que pretende contraer futuro matrimonio pueda plantearse incluir en sus capitulaciones matrimoniales un pacto de renuncia a una posible pensión compensatoria que pudiera derivarse de una crisis matrimonial futura. Tal anticipación podría denotar un excesivo interés económico de alguno de los futuros cónyuges, que impondría así al otro una condición para contraer matrimonio respecto a las posibles consecuencias económicas derivadas de una eventual crisis conyugal que pudiera plantearse entre ellos en un futuro, por lo que, en principio, podría resultar contrario a determinados convencionalismos sociales (moral social) esa previsión evidentemente interesada. Lo mismo cabría inferir en el caso de que ese pacto de renuncia se incluyese en unas capitulaciones otorgadas por los esposos ya vigente el matrimonio, lo que podría interpretarse, a primera vista, como una imposición de uno sobre el más débil.

Pero si analizamos con cierto detenimiento la cuestión, observaremos que ese pacto de renuncia a una eventual pensión compensatoria puede responder perfectamente a la realidad sociológica del tiempo presente y ser, en definitiva, lógica y razonable. Nuestra sociedad ha ido evolucionando de tal manera que presenta sustanciales diferencias con la sociedad de los primeros años ochenta del pasado siglo <sup>(1)</sup>, hasta el punto de que pueden estar perfectamente justificados y ser incluso aconsejables pactos de ese tenor. En efecto, hoy en día son cada vez más frecuentes los matrimonios celebrados entre personas ya maduras, que trabajan y cuentan con sus propias fuentes de ingresos, y que conocen de experiencias de familiares y conocidos que han pasado por el penoso trance de una separación o divorcio (si es que no han sido ellas mismas las que han pasado por esa experiencia), que ha dado origen al pago de estas pensiones que han acabado por convertirse en una pesada carga para el obligado a pagarlas,

---

(1) Parece indudable que el legislador de 1981, apegado a la realidad social de su tiempo, no pudo desprenderse del todo de una idea protectora del matrimonio, hasta ese momento enraizado en la idea de la indisolubilidad del vínculo. De ahí que, a la hora de configurar la pensión compensatoria en aquel contexto social, la concibiese desde una perspectiva excesivamente tuitiva o proteccionista, tendente a evitar abusos y situaciones injustas que, sin duda, podían darse en ese contexto. Pero, tras más de veinte años de rodaje de la Reforma, son numerosos los matrimonios fracasados que han acabado divorciados, por lo que la frecuencia y generalización del divorcio, unido a una serie de cambios y factores sociológicos (proliferación de las llamadas uniones libres o de hecho, la generalización del trabajo femenino, la paulatina desaparición o pérdida de importancia del patrimonio familiar frente a las prestaciones del Estado o de la seguridad social, etc.), han dejado obsoleta la actual regulación de la pensión compensatoria.

hasta el punto de impedirle incluso la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio. Una persona que se encuentre en esta situación o que conozca la experiencia negativa de un amigo o familiar cercano, o la suya propia, difícilmente va a plantearse la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio si no es excluyendo previamente y de manera preventiva el pago de una futura y eventual pensión compensatoria<sup>(2)</sup>.

Por lo demás, como se ha puesto de relieve<sup>(3)</sup>, el posible y aparente perjuicio que pueda derivarse para uno de los cónyuges de la renuncia a la percepción eventual y futura de la pensión compensatoria responde a la libre voluntad de éstos, de tal modo que nadie podría oponerse a tal determinación adoptada de manera libre, meditada y deliberada, dado que cada uno de ellos es titular y dueño de su propio patrimonio, pudiendo disponer de él libremente, conforme convenga a sus propios intereses o a su propia voluntad, siempre y cuando no concurra, en la emisión del consentimiento, ningún vicio de la voluntad, de manera que esa renuncia sea obtenida a través de coacciones y engaños, o que esa renuncia fuese consecuencia de un chantaje planteado por uno de los cónyuges al otro para consentir una separación o divorcio de común acuerdo que evitase un largo y doloroso procedimiento contencioso, prevaleciendo del anhelo del renunciante para imponerle unas cláusulas leoninas a cambio de su consentimiento. Por tanto, como desarrollaremos en las próximas páginas, consideramos que, en previsión de una posible crisis matrimonial, no existe ni debe existir ningún impedimento para que los cónyuges regulen, en el ámbito de su propia autonomía privada, sus propios intereses patrimoniales<sup>(4)</sup>.

Pero lo cierto es que no existe una regulación expresa en el Código civil en torno a la libre disponibilidad de la pensión compensatoria, lo que hace necesario una nueva regulación, más detallada y minuciosa de esta figura, al objeto de adaptarla a la nueva realidad social, así como una delimitación precisa de su naturaleza jurídica y de su fundamento, debiéndose desligar esta figura abiertamente de la pensión alimenticia, asignándole un tiempo de duración limitado,

---

(2) Vid., en tal sentido, las interesantes reflexiones que sobre el particular lleva a cabo DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, "En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil", en *Estudios Jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, pág. 123, nota 15.

(3) Vid. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen jurídico de la disolución del matrimonio*, Madrid, 1981, pág. 433.

(4) TORRES LANA, "Comentario del artículo 101 C.c.", en *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV, Libro I del Código civil*, Madrid, 1982, pág. 787, destaca que "la patrimonialización de este tipo de situaciones conduce a una mayor disponibilidad privada".

evitando configurarla como una especie de renta vitalicia, que grave a uno de los ex cónyuges de modo permanente como una condena a perpetuidad<sup>(5)</sup>.

Pero el aspecto que me interesa destacar, en relación a la pensión compensatoria, es el relativo a su posible renunciabilidad por las partes en capitulaciones matrimoniales otorgadas antes o con posterioridad a la celebración del matrimonio, y siempre con anterioridad a una eventual separación o divorcio, cuestión ésta que se nos plantea problemática. Por un lado, porque es prácticamente inexistente la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en torno a la cuestión concreta de la posible renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales, lo que nos conducirá a abordar, como necesario punto de partida, el fundamento y naturaleza jurídica de la pensión compensatoria, pues de ello dependerá que se pueda defender la posible disponibilidad de la pensión compensatoria, cuestión ésta en la que nos encontramos con importantes divergencias doctrinales y jurisprudenciales. Una vez analizado su fundamento, abordaremos otra serie de problemas que pueden plantearse en relación a esta renuncia, entre los que destaca el de sus límites y el de su eficacia en un ulterior procedimiento de separación o divorcio en el supuesto de que el cónyuge perjudicado por la quiebra matrimonial, pese a la previa renuncia, la reclame. Nos planteamos igualmente el papel que desempeña el juez en este proceso frente a un pacto de renuncia que pueda considerarse perjudicial o lesivo para el cónyuge interesado en la concesión de la pensión. En definitiva, se trata de determinar el papel que juega la autonomía de la voluntad y sus límites en lo atinente a la pensión compensatoria y el juego de esta autonomía en el ámbito de las capitulaciones matrimoniales y de los límites legales que establece nuestro Código civil al contenido de los acuerdos entre cónyuges, en particular en su artículo 1328.

## 2. FUNDAMENTO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

La pensión compensatoria o por desequilibrio ha dado origen a una diversidad de opiniones doctrinales y jurisprudenciales, consecuencia, sin duda, de la defectuosa redacción del artículo 97 del Código civil. Esta pensión se inspira en una institución similar, la *prestation compensatoire* prevista en la Ley francesa de 7 de julio de 1975, como un efecto de un determinado tipo de divorcio. Se hace necesario precisar su naturaleza jurídica, pues ello, además de su interés doctrinal, tiene importantes repercusiones prácticas, ya que según sea esa fundamentación deberán cumplirse distintos requisitos para determinar si la misma

---

<sup>(5)</sup> Vid., al respecto, las interesantes observaciones de carácter sociológico efectuadas, en relación a esta pensión, por CAÑETE QUESADA, "La pensión compensatoria. Una visión de futuro", en *Revista de Derecho de Familia*, n.º 13, octubre de 2001, págs. 45 y ss.

es o no exigible y, en el aspecto que a nosotros nos interesa, en qué medida es o no renunciable en un negocio jurídico anterior a la crisis matrimonial.

Así pues, son varias las opiniones doctrinales y jurisprudenciales acerca de la naturaleza jurídica de la pensión del artículo 97 del Código civil. Para un sector, ésta tendrá un carácter compensatorio, tratándose de evitar con ella que, una vez producida la ruptura del matrimonio, el cónyuge situado en una peor posición económica se vea gravemente afectado por la ruptura al colocarse en una situación manifiestamente desnivelada en relación con el otro<sup>(6)</sup>. Otros autores entienden que su carácter es indemnizatorio, configurando la pensión como un resarcimiento tendente a paliar un desequilibrio provocado por la ruptura del matrimonio para uno de los cónyuges<sup>(7)</sup>. Finalmente, un amplio sector de la doctrina aproxima tal pensión a la otra modalidad de pensión, la

---

<sup>(6)</sup> En tal sentido, DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, ob. cit., págs. 117-118. La doctrina francesa se decanta abiertamente por esta concepción de la *prestation compensatoire*, de la que algunos autores españoles han querido ver una continuación. Vid., por todos, MALAURIE y AYNES, *Cours de Droit Civil*, T. II (*La Famille*), 5.ª ed., París, 1995, págs. 197 y 198. Por otra parte, un importante sector jurisprudencial ha mantenido esta posición, entre otras la SAP (Sección 18.ª) de Barcelona de 1-10-1998 (Pte. García Esquiús) (RJC, I 99, pág. 263): “La pensión compensatoria, recogida en el art. 97 del Código civil, es una medida no de índole o carácter alimenticio, sino de naturaleza compensatoria, tendente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan ocasionar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el que conserve el otro, por lo que habrá de partirse como momento inicial para la constatación de si se produce o no desequilibrio económico y consecuentemente si nace derecho a pensión, de la situación instaurada en el matrimonio”. En similares términos, SAP de Toledo (Sec. 1.ª), de 8-7-1997.

<sup>(7)</sup> Postura defendida, entre otros, por ROCA I TRIAS, en AA.VV., *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia*, vol. 1.º, Madrid, 1984, págs. 223-227; Idem, *Familia y cambio social (de la casa a la persona)*, Madrid, 1999, págs. 144 y ss.; CAÑETE QUE-SADA, ob. cit., págs. 47-54. En tal sentido, entre otras, las SSAP de Barcelona (Sec. 13.ª), de 13-5-1993 (*AC Aud. n.º 18, 16/30-9-1993*); SAP Cádiz, de 30 de enero 1995 (*Ar. Civ. 166*); SAP de Valencia de 3 de diciembre 1997 (*Ar. Civ. 2237*), y SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 23-3-1998 (*AC Aud. n.º 14, 16/31-7-1998*), según la cual “No puede perderse de vista, por lo demás, que esta pensión no es de naturaleza alimenticia, sino de carácter indemnizatorio de modo que su devengo no tiene razón de ser en una situación de necesidad del cónyuge acreedor, sino en la constatación de un efectivo desequilibrio económico, que ha de producirse con motivo de la separación o divorcio, y que implique un empeoramiento en relación con la situación existente constante el matrimonio. Precisamente por ese carácter indemnizatorio, que sirve para reparar el perjuicio que un cónyuge sufre a consecuencia de la ruptura matrimonial en relación a su situación anterior en el matrimonio y en la posición económica en que queda el otro tras esa ruptura, tal pensión sólo puede estimarse procedente cuando se da un efectivo desequilibrio entre la situación económica de ambos cónyuges, tras la ruptura matrimonial y cuando éste encuentre su causa en la misma”.

alimenticia, en atención a los criterios que se confieren al juez para su determinación en el propio artículo 97 del Código civil, destacando así el carácter eminentemente asistencial de la misma<sup>(8)</sup>. Estas posiciones han sido matizadas por quienes propugnan una naturaleza mixta de esta pensión, es decir, resarcitoria o reparadora con función alimenticia, admitiendo que se trata de algo distinto de la obligación de alimentos, pero participando de su contenido o como una pensión que engloba e incorpora los alimentos<sup>(9)</sup>.

En consecuencia, nos encontramos ante un panorama de división doctrinal y jurisprudencial en el que los precedentes de Derecho comparado tampoco nos ayudan a determinar de manera concluyente cuál sea el fundamento último de esta pensión, dado que se trata de una institución conocida en pocos Ordenamientos y que responde, en ellos, a distintos criterios e, incluso, a diversas modalidades de crisis conyugales. El artículo 97 consagra una modalidad de pensión que carece de precedentes en el Derecho español, inspirándose en el artículo 270 del Code civil francés (tras la reforma operada en este país con la Ley de 11 de julio de 1975), en el artículo 5.º de la Ley italiana sobre divorcio de 1 de diciembre de 1970 y, en menor medida, en los párrafos 1569 y siguientes del BGB, tal y como han quedado redactados por la Ley de 14 de junio de 1976. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la doctrina<sup>(10)</sup>, el valor de estos precedentes es relativo. El italiano, por no ser fácil adscribir el sistema instaurado por la Ley de 1970 a alguno de los tres sistemas clásicos de divorcio (consensual, por culpa o divorcio-sanción y divorcio remedio), teniendo el *assegno di divorzio* como finalidad cancelar obligaciones alimenticias futuras con una última y definitiva obligación asistencial que cubra las probables necesidades futuras de los cónyuges carentes de alimen-

---

<sup>(8)</sup> Lo que es defendido, entre otros, por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, págs. 127 y ss.; LASARTE ÁLVAREZ-VALPUESTA FERNÁNDEZ, “Comentario al artículo 97 C.c.”, en *Matrimonio y Divorcio*, Madrid, 1982, págs. 746 y ss.; APARICIO HACKETT, “Alimentos, indemnizaciones y compensaciones entre divorciados”, en *Revista de Derecho de Familia*, n.º 5, octubre 1999, pág. 284. También las sentencias de la AT de Palma de Mallorca de 27-10-1984 y AT de Barcelona de 10-4-1987.

<sup>(9)</sup> En tal sentido, la SAT de Oviedo de 11-3-1986 (en *RGD*, 1987-2, pág. 2095); la SAT de La Coruña de 6-10-1986 (en *RGD*, 1987-2, pág. 2095). En idénticos términos se pronuncia MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Valencia, 1995, págs. 27 y ss., que, partiendo del carácter eminentemente indemnizatorio de esta pensión, no pierde de vista un pretendido carácter asistencial de la misma.

<sup>(10)</sup> Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, ob. cit., págs. 112 y ss.

tos<sup>(11)</sup>. El sistema francés, por su parte, se fija más bien en que, en ciertos supuestos de divorcio, desaparece el deber de los cónyuges de prestarse alimentos. La pérdida de esta expectativa de derecho es la que se intenta compensar con las prestaciones reguladas en los artículos 270 y siguientes<sup>(12)</sup>. Finalmente, el sistema alemán es que los divorciados, además de igualar sus adquisiciones habidas durante el matrimonio, compartan también sus expectativas de pensiones, de manera que la pensión compensatoria alemana viene a corregir la concreta desigualdad entre los cónyuges en relación a esas expectativas de pensiones, teniendo, pues, una naturaleza marcadamente compensatoria<sup>(13)</sup>.

En este punto, hemos de plantearnos cuál sea la naturaleza de la pensión compensatoria desde la perspectiva de nuestro Ordenamiento. La pensión del artículo 97 del Código civil precisa, para que nazca el derecho a percibirla, la previa existencia de un matrimonio y que en el momento de acaecer la ruptura matrimonial se produzca una situación de desequilibrio en un doble sentido: subjetivo (de un cónyuge respecto del otro) y objetivo (estableciendo una comparación de la situación económica de los cónyuges en el momento de acaecer la ruptura matrimonial con la que tenían con anterioridad a la crisis de su matrimonio). En definitiva, ha de acreditarse una situación de desequilibrio perjudicial para uno de los cónyuges, el beneficiario del derecho a la pensión compensatoria, en relación al otro cónyuge y al *status* de vida que tenía con anterioridad a la ruptura matrimonial, de lo que se desprende que ésta da origen a un daño o perjuicio, de la que es causa directa e inmediata, ya que ese daño es consecuencia directa de esa crisis convivencial. Lógicamente se trata de un daño de carácter objetivo, originado en una relación causa-efecto, por la separa-

---

(11) Cfr. SANTUOSSO, “Delle persone e della famiglia. Il matrimonio”, en *Commentario del Codice civile*, Libro 1, tomo I (2.ª parte), 2.ª ed., Turín, 1981, destacando el interesante análisis que el autor lleva a cabo de la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 10 de julio de 1975 (*Giur. ital.*, 1976, I, 1, 9), para la que el *assegno di divorzio* participa de múltiples aspectos (asistenciales, indemnizatorios y compensatorios) que lo diferencian claramente del *assegno* de separación, que cumple una función exclusivamente alimenticia y de mantenimiento.

(12) La idea es que el cónyuge divorciado pierde, como consecuencia del divorcio, la posibilidad de ser auxiliado, en caso de necesidad, por el otro cónyuge, por lo que debe ser compensado, en la medida de lo posible (“*autant qu’il est possible*”) de la pérdida de esta expectativa, mediante un último y definitivo pago, para cuya determinación es preciso hacer un cálculo prospectivo de las necesidades y medios de cada cónyuge en el futuro inmediato (“*dans un avenir prévisible*”) y capitalizar estas necesidades relativas futuras a valor actual. En definitiva, la pensión del artículo 270 tiene una naturaleza compensatoria, si bien en estrecho contacto con la obligación alimenticia que desaparece con el divorcio.

(13) APARICIO HACKETT, ob. cit., págs. 281 y 282.

ción o el divorcio, dejando de lado toda consideración de culpa de uno de los cónyuges, ya que nuestro Código contempla un modelo de divorcio-remedio, totalmente alejado del sistema de divorcio-culpa o divorcio-sanción, contemplado en otros Ordenamientos de nuestro entorno, como el francés. Ese daño o perjuicio sólo podrá reclamarse por esa vía, no cabiendo otras para resarcirlo, correspondiendo al cónyuge perjudicado reclamarla en vía judicial, en la forma de un devengo periódico, actualizable y sustituible por los cónyuges, previo acuerdo, por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo sobre determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (cfr. artículo 99 del Código civil). Dicha pensión deberá ser reconocida necesariamente por el juez en las resoluciones de separación o divorcio<sup>(14)</sup>.

En consecuencia, de lo dicho se desprende que la pensión compensatoria tiene un carácter marcadamente resarcitorio, debiendo descartarse en ella un pretendido carácter alimenticio o asistencial. Se tratará de un resarcimiento de carácter objetivo, tendente a corregir, en la medida de lo posible, el desequilibrio patrimonial y económico que la crisis matrimonial genere entre los esposos y que, generalmente, provoca una pérdida de *status* o posición económica de uno de ellos respecto al otro, empeoramiento que ha de medirse en relación a la situación que tenía con anterioridad a la crisis del matrimonio, desequilibrio que, como hemos dicho, deberá ser apreciado objetivamente, desligado de toda idea de culpa. No se trata, pues, de una indemnización en el sentido del artículo 1902, puesto que se trata de un daño objetivado, que es el desequilibrio ocasionado por la crisis matrimonial<sup>(15)</sup>. El carácter indemnizatorio de esta pensión viene claramente determinado por el artículo 99 del Código civil cuando permite sustituir el pago de una prestación periódica por la entrega de un capital en bienes o dinero, lo que no sería posible en el caso de tratarse de una pensión alimenticia.

Ahora bien, a mi juicio, no debemos limitar exclusivamente la naturaleza de la pensión compensatoria a ese carácter indemnizatorio, pues ello chocaría con la posibilidad, contemplada por el artículo 100 del Código civil, de su modificación a consecuencia de una alteración sustancial de las circunstancias que repercuta en la fortuna y capacidad económica y patrimonial de los cónyuges, lo que, en principio, no sería un factor relevante en el caso de atribuir a esta pensión un carácter exclusivamente resarcitorio. Lo mismo cabe aducir respecto a la previsión legal de la extinción de la pensión como consecuencia de haber contraído su acreedor nuevo matrimonio o convivir maritalmente con otra persona, contemplado en el artículo 101.1.º del mismo cuerpo legal. Es más, puede

---

(14) Así se expresa CAÑETE QUESADA, ob. cit., pág. 48.

(15) Vid. ROCA Y TRIAS, *Familia...*, cit., pág. 147.

igualmente objetarse que toda indemnización, independientemente de que se pague a lo largo de un lapso de tiempo más o menos amplio, mediante el abono de rentas periódicas, ha de estar cuantificada y tener un inicio y un final, ya que compensa de un daño o perjuicio evaluable económicamente, lo que colisiona con la falta de regulación legal de la temporalidad de esta pensión. Ello me lleva a admitir que la pensión compensatoria, pese a poseer un carácter marcadamente indemnizatorio, trasciende los límites de la mera indemnización para pasar a tener, simultáneamente, un carácter compensatorio tendente a equilibrar, en la medida de lo posible, y en orden a razones de equidad, la desnivelación económica generada por la ruptura matrimonial, primando a aquél de los esposos que se encuentre colocado en peor posición como consecuencia de la separación o divorcio, partiendo, eso sí, de la base de que la pensión compensatoria no tiene por objeto igualar patrimonios ni hacer frente a estados de necesidad, pero sí compensar, en la medida de lo posible, la situación de desequilibrio generada por la crisis matrimonial. En definitiva, y seguimos en este punto el criterio mantenido por la Sentencia de la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Córdoba de 25 de marzo de 1999<sup>(16)</sup>, la naturaleza jurídica de esta pensión es híbrida o mixta, no participando de manera exclusiva de un carácter concreto, poseyendo, por un lado, un carácter compensatorio, ya que su nota fundamental y punto de partida es el desequilibrio, según dispone el párrafo 1.<sup>o</sup> del artículo 97, dado que ese desequilibrio es “*condictio iuris*” para que nazca esa pensión, y teniendo igualmente, por otro lado, un carácter indemnizatorio, que es matizado por el anterior, pues, en caso contrario, la mera celebración del matrimonio daría derecho a los cónyuges a solicitar, en caso de ruptura, la nivelación de sus patrimonios, lo que daría lugar a matrimonios de mera conveniencia guiados por el puro interés económico. En consecuencia, y como dice la citada Sentencia, “la naturaleza compensatoria o indemnizatoria no son caracteres excluyentes o antagónicos, sino complementarios, pues para la viabilidad de la pensión que estudiamos será preciso en primer lugar una descompensación entre los cónyuges a causa de la separación o el divorcio y en segundo lugar que el cónyuge en peor posición tenga derecho a un resarcimiento por el juego de las circunstancias que enumera el precepto en cuestión”.

Por último, hay que hacer notar que un importante sector doctrinal reconoce a la pensión compensatoria un carácter alimenticio o asistencial, consecuencia del principio de solidaridad postconyugal, lo que resta sentido a la clara separación que el legislador establece entre la pensión alimenticia y la compensatoria. Hemos de reconocer que en favor del carácter alimenticio de esta pensión se han alegado argumentos de peso. Así se ha destacado que uno de los módulos tenidos en cuenta por el legislador para determinar su cuantía, en

---

(16) Aranzadi, 1999, Rf. 597. Ponente: Baena Ruiz.

concreto en el artículo 97.1.8.<sup>a</sup>, se refiere a “las necesidades de uno y otro cónyuge”, pero ello sólo a los efectos de cuantificar una pensión ya de por sí reconocida, sin que, necesariamente, comporte que sólo pueda reconocerse derecho a pensión en caso de necesidad de uno de los cónyuges, siendo evidente que la pensión compensatoria podrá reconocerse a favor de aquel cónyuge al que la separación o divorcio ocasione un evidente desequilibrio o perjuicio económico que no tiene que significar estado de necesidad. No olvidemos que, en caso de necesidad, ambas pensiones (alimenticia y compensatoria) son perfectamente compatibles entre sí mientras no se haya producido la disolución del vínculo conyugal por divorcio<sup>(17)</sup>. Es más, podría también argumentarse en favor de la naturaleza no alimenticia de la pensión compensatoria su carácter no personalísimo respecto al obligado, dado que, en el caso de la pensión alimenticia, la obligación de suministrar alimentos cesa con la muerte de éste, aunque los prestase en cumplimiento de sentencia judicial firme (cfr. artículo 150 del Código civil), a diferencia de lo que ocurre con la pensión compensatoria, al disponer el artículo 101.2.<sup>o</sup> del Código civil que el derecho a esta pensión no se extingue con el fallecimiento del obligado, transmitiéndose a sus herederos, con independencia de que éstos puedan solicitar judicialmente su reducción o supresión, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima, lo que pone de manifiesto el carácter indemnizatorio de esta prestación, como ocurre en cualquier tipo de indemnización, transmitiéndose el deber de indemnizar a los herederos, precisamente por no tener carácter personalísimo, a diferencia de lo que ocurre con la alimenticia. La doctrina y la jurisprudencia han aportado otros argumentos diferenciadores que evidencian la clara diferenciación entre ambas<sup>(18)</sup>.

---

(17) De hecho, el artículo 90 del Código civil separa en dos párrafos diferenciados (C y E) los pactos sobre alimentos y sobre pensiones, como extremos diferenciados a los que deberá referirse el convenio regulador de la separación o divorcio, si bien, en este último caso, la alimenticia estaría referida sólo a los hijos.

(18) ROCA I TRIAS, *Comentarios...*, cit., págs. 225 y 226; Idem, *Familia...*, cit., págs. 147 y 148, ha señalado una serie de diferencias entre ambos tipos de pensión que, por su interés, reproducimos: A) Los alimentos se otorgan para cubrir todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista (artículo 142 del Código civil), mientras que la compensatoria sólo se reconoce en los casos en que la separación o divorcio provoquen un desequilibrio económico en perjuicio de uno de los cónyuges, comparando su situación tras la ruptura con la anterior. B) Los alimentos serán proporcionados a las necesidades del alimentista y al caudal y fortuna del obligado (artículo 147 del Código civil), mientras que la pensión compensatoria, si bien se fijará en atención a la situación económica del obligado, sólo podrá modificarse en los casos excepcionales que determina el artículo 100. C) La deuda alimenticia puede pagarse, a elección del deudor, abonando la pensión acordada judicialmente, “o recibiendo y manteniendo en su propia casa a quien tiene derecho a ellos” (artículo 149 del Código civil), lo que no cabe en el caso de la pensión compensatoria, con independencia de que

En conclusión, la pensión compensatoria, tal cual la configura nuestro legislador, tiene un carácter eminentemente indemnizatorio de un daño objetivo que es consecuencia de la propia ruptura matrimonial, daño injusto que trae como consecuencia un desequilibrio económico en perjuicio de uno de los cónyuges, lo que no es incompatible con un carácter también compensatorio de dicha pensión. La función de esta pensión no es, por tanto, igualar los patrimonios de los cónyuges ni evitar el estado de necesidad en que pueda quedar alguno de ellos, dado que no es consecuencia del principio de solidaridad conyugal, que finaliza al disolverse el vínculo matrimonial con el divorcio, lo cual es preciso resaltarlo ya que existe una cierta tendencia judicial a ver ese carácter asistencial o alimenticio en la pensión compensatoria, especialmente cuando, tras la ruptura vincular, uno de los cónyuges se queda en una situación económica difícil, siendo harto frecuente en la práctica de nuestros tribunales que el juez familiar acuda a algún resquicio legal que le permita establecer en favor de ese cónyuge necesitado una pensión que cubra sus necesidades, confiriendo a la pensión compensatoria un pretendido carácter asistencial que no tiene ni le corresponde en realidad, al haberse disuelto el vínculo, lo que hace cesar la obligación de alimentos entre cónyuges. Admitir que la pensión compensatoria responde a ese principio de solidaridad postconyugal supondría querer mantener a ambos cónyuges en un nivel de vida idéntico al que tenían durante la vigencia del matrimonio, olvidando que la ruptura matrimonial conlleva normalmente un grave empeoramiento en la situación económica de ambos cónyuges, especialmente si se procede a la liquidación del régimen económico matrimonial, lo que nos llevaría a sancionar a aquél de los cónyuges que se encuentra en mejor posición económica.

Por lo demás, su carácter claramente diferenciado de la pensión alimenticia tiene una consecuencia fundamental en orden al tema que estudiamos: con independencia de los argumentos que expondremos a continuación acerca de la disponibilidad y renunciabilidad de la pensión compensatoria, no cabría afirmar

---

ésta se pueda sustituir por la entrega de un capital (artículo 99 del Código civil), lo que no cabría hacer con la pensión alimenticia, dado que el artículo 1814 del Código civil prohíbe expresamente la transacción sobre alimentos futuros.

En el ámbito jurisprudencial, válganos de ejemplo la SAP de Ciudad Real de 26 de marzo 1998 (*La Ley*, 1998, 10541): “Entre el concepto de alimentos y la pensión regulada *ex novo* por el art. 97 C.c., además de existir una diferencia no sólo terminológica sino jurídica y finalista, existe una diferencia observable también en el ámbito subjetivo, porque la pensión se concede exclusivamente en beneficio del cónyuge perjudicado por la separación o divorcio, mientras que los alimentos pueden otorgarse en la más amplia extensión que establece el art. 143 C.c., tanto en un plano objetivo y de propósitos, dado que los alimentos presuponen la existencia de un vínculo de derechos y obligaciones, y no cabe su subsistencia con posterioridad a la ruptura del vínculo, al tener su base en los dictados de los artículos 67 y 68, en cuanto a los deberes de ayuda mutua y socorro a que están obligados los cónyuges, y por ello presupuesto en que descansa el deber dicho de alimentos”.

lo mismo respecto a la pensión alimenticia, dado que el artículo 151 del Código civil es taxativo al declarar expresamente la irrenunciabilidad del derecho de alimentos, aunque admita la posibilidad de renuncia a pensiones ya devengadas y atrasadas. Atribuir un carácter alimenticio o asistencial a la pensión compensatoria supondría vedar la posibilidad de su renuncia, dado el carácter imperativo de la norma contenida en el artículo 151 del Código civil.

Puede apreciarse que la discusión, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, en torno a la naturaleza de esta modalidad de pensión tiene su origen, en nuestro caso, en una deficiente regulación jurídica de esta modalidad de pensión, lo que ha dado lugar a soluciones diversas entre los tratadistas en torno a su naturaleza, con lo que ello implica de inseguridad jurídica. Por ello asumo la observación realizada por algún autor<sup>(19)</sup> acerca de la necesidad de aprovechar el cauce casacional que brinda la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000) para aclarar la controvertida naturaleza jurídica de esta figura a través del Recurso Extraordinario de Casación por infracción de norma jurídica, que puede interponerse en interés casacional en una serie de supuestos, en nuestro caso, para resolver puntos o cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Con ello se lograría la necesaria unidad interpretativa de esta figura, lo que indudablemente acabará con la inestabilidad judicial y doctrinal sobre la pensión compensatoria.

### **3. EL CARÁCTER RENUNCIABLE DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA Y PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA**

Una vez que hemos manifestado nuestra posición en torno a la polémica naturaleza jurídica de la pensión por desequilibrio, hemos de centrar nuestro estudio en torno al carácter disponible y renunciable de esta figura jurídica, atendiendo básicamente a la vinculación del juez a la renuncia realizada por los cónyuges.

La pensión compensatoria, dado su carácter eminentemente resarcitorio, es una prestación pecuniaria claramente diferenciada en sus fines de la pensión alimenticia, de marcado carácter asistencial. El artículo 90 del Código civil hace referencia en su apartado E), y en relación al contenido del convenio regulador de la separación o divorcio, a la pensión compensatoria como uno de los extremos a los que podrá referirse el convenio “en su caso”. De ello se deduce que en materia de pensión compensatoria confluyen la autonomía de la voluntad y la intervención del juez, que habrá de aprobar el convenio libremente convenido por los cónyuges. Lo que sí es cierto es que la pensión compensa-

---

(19) CAÑETE QUESADA, ob. cit., págs. 78 y 79.

toria se registrá por la propia voluntad de la partes en el sentido de quedar sometida al poder dispositivo de éstas y, en especial, a la autonomía de la voluntad del perjudicado por la ruptura matrimonial, de manera que el juez no podrá acordarla de oficio si los cónyuges no la pactan expresamente en su convenio regulador o si el cónyuge perjudicado renuncia expresamente a ella en el convenio (o en capitulaciones otorgadas ante notario previamente a la ruptura convivencial) o, indirectamente, no solicitándola en el escrito de demanda de separación o divorcio contenciosos<sup>(20)</sup>.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la que han seguido diversas sentencias de Audiencias Territoriales y Provinciales, ha configurado a la pensión compensatoria como un derecho de carácter privado, disponible y renunciabile, que queda al arbitrio de la parte que puede hacerlo valer o no, sin que pueda intervenir el poder público para imponerlo coactivamente<sup>(21)</sup>.

---

(20) En contra, NAVARRO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “La pensión en caso de separación o divorcio”, *Poder Judicial*, n.º 2, 1986, pág. 72, defiende que la pensión compensatoria es de carácter irrenunciabile al basarse en un estado de necesidad. En similar sentido, GARCÍA CANTERO, “Comentario al artículo 97 C.c.”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, Madrid, 1982, págs. 433 y 438, para quien cabe deducir el carácter necesario de la pensión compensatoria y, en consecuencia, de su no renunciabilidad previa a la sentencia de divorcio.

(21) Así se ha pronunciado la importante STS de 2 de diciembre 1987 (Ponente: Fernández Cid de Temes. Aranzadi, Rf. 9174), en cuyo Fundamento de Derecho 2.º dispone: “...La llamada pensión compensatoria, regulada en el artículo 97 del Código civil, no puede acordarse por el Juez de oficio y sí, sólo, en el caso de que el cónyuge que la pida pruebe que la separación o divorcio le ha producido un desequilibrio económico, en relación con la posición del otro, que implique empeoramiento de su situación durante el matrimonio (...). B) Ni en las medidas provisionalísimas anteriores a la demanda de separación o divorcio (art. 104 del Código civil), ni en las coetáneas al procedimiento, cuando no existe convenio regulador entre las partes (arts. 102 y 103), ni en las medidas definitivas a adoptar por el juez, a que se refiere el art. 91, figura la pensión compensatoria; si, pues, la ley no autoriza al juez a que señale tal pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirla en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el art. 97 del Código civil (desequilibrio en relación con la posición del otro; empeoramiento respecto a su situación anterior en el matrimonio), es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva, todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos, si se cumplen los requisitos legales como derecho concurrente (arts. 142 y ss.). C) Hay, pues, un derecho subjetivo, una situación de poder concreto, entregada al arbitrio de la parte, que puede hacer valer o no, sin que deba intervenir en tal aspecto y de modo coactivo el poder público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la alimentación y educación de los hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio, salvaguardadas por otros preceptos; se pretende sólo mantener el equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda continuar con el nivel económico que tenía en el matrimonio...”. En el mismo sentido se han pronunciado

Además de ese carácter renunciabile, es indudable que si el cónyuge demandante de la separación o el divorcio no solicita la pensión compensatoria (ni el demandado reconviene reclamándola), no cabe que la Sentencia se pronuncie concediéndola de oficio, por lo que, en consecuencia, rige el principio de rogación<sup>(22)</sup>.

Ahora bien, una vez sentado el planteamiento fundamental de la cuestión, esto es, el carácter disponible y renunciabile de la pensión compensatoria, se plantean a continuación una serie de cuestiones que son claves para determinar si es o no viable la renuncia anticipada a la pensión compensatoria llevada a cabo por los cónyuges o futuros cónyuges en capitulaciones matrimoniales. Así, la primera cuestión a resolver es si es factible tal renuncia en un momento anterior a que surja el derecho a la pensión, esto es, con anterioridad al proceso de separación o divorcio y, en su caso, con qué límites, lo que hacemos extensivo igualmente al pacto de renuncia previo a la sentencia de separación o divorcio, cuando ya se ha producido la separación física o de hecho entre los cónyuges. También cabe plantearse el papel del juez y si es necesaria su aprobación u homologación del acuerdo, pudiendo denegar el pacto de renuncia si la estima lesiva para el cónyuge situado en peor posición como consecuencia de la ruptura conyugal.

Se puede, pues, afirmar que el derecho a la pensión es renunciabile por aplicación de las normas generales del artículo 6.º 2 del Código civil, lo que, a nuestro juicio, no plantea problemas especiales, teniendo en cuenta que se trata de un derecho de naturaleza patrimonial, lo que faculta su disponibilidad y, en consecuencia, su renunciabilidad<sup>(23)</sup>. Doctrinal y jurisprudencialmente está ampliamente admitido que, una vez nacido el derecho a pensión, éste es renunciabile, lo que ocurrirá en el supuesto de que, siendo acreditable tal derecho, no se solicite su efectividad en la demanda de separación o divorcio (o en fase procesal de ejecución de sentencia), o bien cuando las partes, en el propio convenio regulador de su separación o divorcio, renuncian expresamente a la misma, estipulando que no procede su reclamación, al no haberse producido el desequilibrio económico en perjuicio de uno de ellos que da origen al nacimiento de este derecho.

---

diversas sentencias de Audiencias Provinciales, entre ellas, la SAP de Bilbao de 7 de julio 1989 (*RGD* 1990-7, pág. 7051); la SAP de Las Palmas (Sec. 2.ª), de 23 de noviembre 1998 (*AC Aud.*, n.º 14, 16/31-7-1998; pág. 1081).

(22) Así se manifiesta DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, ob. cit., pág. 122. En idéntico sentido, son muy numerosas las sentencias que señalan la necesidad de petición expresa: SAP de Barcelona de 9 diciembre 1989 (*RGD* 1990-5, pág. 4847); SAP Madrid de 25 marzo 1992 (*RGD*, septiembre 1992, pág. 8819); SAP Sevilla de 5 abril 1993 (*RGD* mayo 1994, pág. 9021).

(23) En tal sentido, TORRES LANA, ob. cit., pág. 787.

La cuestión se plantea problemática, en cambio, respecto a la renuncia anticipada o preventiva a la pensión compensatoria efectuada por los cónyuges o futuros cónyuges en un convenio anterior a la crisis matrimonial, ya se formalice éste en un simple documento privado o, en el caso que contemplamos, en capitulaciones matrimoniales. Esta renuncia resulta problemática porque ninguno de los cónyuges tiene derecho a la pensión en el momento del pacto, sino que prevén que éste pueda surgir en un futuro, por ser posible o previsible una futura separación o divorcio. En este caso, la duda que se plantea es la relativa a si nos hallamos ante un supuesto de renuncia a un derecho subjetivo o, más bien, ante un supuesto de exclusión voluntaria a la ley aplicable, dado que el derecho a la pensión no ha llegado a nacer, al no haberse producido aún la crisis conyugal que da lugar a su nacimiento. La SAP de Asturias de 12 de diciembre de 2000 se ha aproximado al problema, de manera poco afortunada a mi parecer, al confundir la renuncia anticipada de un derecho con la renuncia a la ley aplicable prevista en el artículo 6.º 2 del Código civil, descartando la posibilidad de renunciar anticipadamente a la pensión compensatoria en escritura pública de liquidación de la sociedad de gananciales en base al argumento de que no cabe la renuncia a derechos o beneficios otorgados por las leyes, cuando éstos aún no han surgido ni se han integrado, en consecuencia, en el patrimonio del renunciante, no siendo posible, por tanto, renunciar a un derecho que todavía no ha nacido, que, en el caso de la pensión compensatoria, nace en el momento de la separación, a condición de que se produzca un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación a la posición del otro, de tal manera que la renuncia “a un futuro, hipotético e incierto derecho” ha de reputarse nula de pleno derecho.

En definitiva, se objeta que, en este caso, se está renunciando no a un derecho sino a una expectativa de derecho, cuando las expectativas no admiten renuncia. Pero esta objeción parte de una premisa equivocada, puesto que no estamos aquí ante un supuesto de renuncia anticipada a un derecho, sino más bien ante una renuncia a la ley, renuncia a la que se refiere el artículo 6.º 2 del Código civil al hablar de “la exclusión a la ley aplicable”. Aunque no vamos a entrar en disquisiciones doctrinales referentes a la distinción entre renuncia al derecho y renuncia a la ley<sup>(24)</sup>, simplificando, se puede afirmar que la renuncia a la ley aplicable supone excluir voluntariamente, mediante un negocio jurídi-

---

(24) Vid. GULLÓN BALLESTEROS, “Comentario al artículo 6.º del Código civil”, en *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 33 a 37, que distingue entre exclusión voluntaria de la ley, que supone una declaración de voluntad, y un supuesto dado al que resultaría aplicable la ley si aquella declaración no se hubiera producido. Hay, pues que distinguir entre la renuncia a los derechos ya adquiridos y la renuncia entendida como voluntad de no llegar a adquirir aquéllos, que se hubiera producido si la ley aplicable no se hubiese excluido. *Stricto sensu*, sólo hay renuncia en el primer caso,

co, el régimen jurídico regulador de un determinado derecho, lo que, indirectamente, supone una renuncia eventual y previa de los derechos aún no ingresados en el patrimonio de su eventual titular, por haberlo dispuesto así voluntariamente los destinatarios de la norma dispositiva, que han sustituido la regulación de una determinada institución, la pensión compensatoria en nuestro caso, por otra distinta.

A tenor del artículo 6.º 2 del Código civil, la renuncia a la ley aplicable está sujeta a idénticos límites que la renuncia a los derechos, esto es, que no sea contraria al orden público ni perjudique a derechos de terceros. Por tanto, cuando se ha renunciado a un derecho o excluido una ley de forma que se ha verificado contra el interés o el orden público o en perjuicio de tercero, la solución que aporta el artículo 6.º 2, cuando establece que “sólo serán válidas...”, es que se deben tener por no realizadas, de manera que, en caso de exclusión de la ley aplicable, deberá entenderse que la norma dispositiva excluida voluntariamente conserva vigencia para el supuesto en que se pretendió excluir. Es decir, el agente ha intentado impedir la eficacia de las normas aplicables, en este caso, la ley excluida, que por haber vulnerado algún límite tiene por sanción su invalidez, lo que conlleva la eficacia plena de la norma aplicable al supuesto que se pretendió modificar con la exclusión de la ley. En consecuencia, el pacto de exclusión de la ley será nulo de pleno derecho, al vulnerar los límites a la autonomía de la voluntad, que el artículo 6.º 2 hace coincidir con los generales del artículo 1255 del Código civil<sup>(25)</sup>.

El límite de orden público, en el orden familiar, debe circunscribirse, en nuestro criterio, a aquellas materias en las que el Código exige expresamente la preceptiva intervención judicial, como es la determinación de la guarda y custodia de los hijos o la atribución del domicilio conyugal o la determinación de la cuantía de la pensión alimenticia. No así la fijación de la pensión compensatoria, dado su carácter disponible. En definitiva, la renuncia a la pensión no va en contra del orden público familiar porque no afecta a las normas del Derecho de Familia puro (no patrimonial) ni al “interés de la familia”<sup>(26)</sup>. Otra cosa, discu-

---

porque existe algo concreto de lo que se dispone, mientras que la exclusión de la ley realmente es un acto de determinación del contenido de la relación jurídica de modo distinto a la regulación que le da la norma dispositiva, en la que se halla regulado el derecho que habría nacido en caso de no haberse excluido la norma.

(25) Vid., en tal sentido, PÉREZ VALLEJO, *El juego de la autonomía de la voluntad en las relaciones personales de los cónyuges*, Granada, 2000, págs. 92 y 93.

(26) Y es que, como ha puesto de relieve PÉREZ VALLEJO, ob. cit., págs. 96 y ss., en el negocio de familia hay en juego dos tipos de intereses: por una parte, el interés personal o particular de los integrantes de la unidad familiar, y, por otra, el interés general de la familia, superior al de los miembros que integran la relación familiar, interés que afecta al conjunto formado por los cónyuges y los hijos. Ese aludido “interés familiar”, efectivamen-

tible sin duda, es que tal renuncia pueda ser considerada, si se da el caso, como gravemente perjudicial, como estima alguna sentencia<sup>(27)</sup>. La pensión compensatoria tiene un evidente carácter indemnizatorio y patrimonial, reduciéndose, en definitiva, a un mero resarcimiento económico y, en tal sentido, nada impide que pueda renunciarse<sup>(28)</sup>.

Por lo que se refiere al otro límite del artículo 6.º 2 del Código civil, esto es, el perjuicio de terceros, no parece que pueda predicarse, en abstracto, en relación a la renuncia anticipada de la pensión compensatoria, con independencia de que, en algún caso concreto, y en atención a las circunstancias específicas del renunciante, los terceros perjudicados puedan impugnar tal renuncia por afectar a sus intereses, siempre y cuando acrediten que ésta se efectuó en fraude de sus derechos, lo que estimo francamente improbable en el caso de que la renuncia de los futuros cónyuges tenga lugar con anterioridad a la celebración del matri-

---

te, limita el ámbito de la autonomía de la voluntad en el Derecho de familia, subordinando todos los intereses particulares de los miembros de la unidad familiar. De ahí que debamos integrar en ese "interés familiar" todos aquellos derechos de naturaleza personal de los cónyuges que quedan fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, de manera que constituye el principal límite a la renuncia de esos derechos. Se tratará de derechos que afectan a la esfera personal de los miembros de la unidad familiar, siendo pacífica la doctrina en admitir que los derechos que concede nuestro Ordenamiento, no sólo para satisfacer el interés particular de un miembro de la familia (que sería derecho subjetivo), sino para cumplir un deber, estaremos ante lo que, en Derecho de familia, se denomina "función", de manera que el carácter de función de estos derechos (así los de los padres sobre los hijos o los de los cónyuges entre sí, etc.) hace que éstos se presenten como inalienables, irrenunciables e imprescriptibles. Por tanto, el "interés familiar", en cuanto límite de la renuncia del derecho subjetivo de familia, sería la expresión de ese orden público, límite general a la exclusión voluntaria de la ley aplicable. En cambio, el derecho a la pensión compensatoria queda fuera del ámbito de ese "interés familiar", en cuanto que afecta exclusivamente al interés particular de uno de los miembros del núcleo familiar, dado su carácter exclusivamente resarcitorio y compensatorio y no asistencial, no repercutiendo su renuncia, en consecuencia, en la estabilidad del conjunto de la familia, sino sólo en aquél de los cónyuges que fuese titular de ese derecho, de contenido exclusivamente patrimonial.

(27) La SAP de Barcelona de 15 de junio 1987 (*RJC* 1988, págs. 262 y 263), especifica que los acuerdos de los cónyuges serán aprobados por el juez tras la verificación de que los pactos establecidos no resultan gravemente perjudiciales.

(28) Un sector doctrinal (ROCA I TRIAS, *Comentarios...*, cit., pág. 257; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, ob. cit., pág. 55) ha argumentado, de manera algo forzada a mi parecer, que el artículo 1102 del Código civil declara irrenunciable la responsabilidad por dolo del deudor que incumpliera su obligación, de lo que se deduce, *a contrario*, que es válida la exoneración de responsabilidad por culpa, de lo que cabe inferir que la pensión compensatoria es renunciable, siempre que tal renuncia no responda a un vicio del consentimiento del titular del derecho. En efecto, es evidente que si es indudable que la indemnización derivada de culpa es renunciable, también lo será el resarcimiento que se derive del perjuicio, de carácter objetivo, que sea consecuencia, para uno de los cónyuges, de la crisis matrimonial.

monio, en un momento en que la previsión de una futura separación o divorcio es una mera eventualidad, salvo en casos muy específicos como sería el de un matrimonio celebrado en fraude de ley. Otra cosa sería la renuncia a la pensión, efectuada por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales otorgadas por ellos como paso previo a una proyectada y acordada separación matrimonial, con la intención de eludir a los acreedores del cónyuge con derecho a ella. Se tratará de un acto en fraude de acreedores que podrá ser rescindido por los perjudicados que se hayan visto afectados por esa renuncia concreta, sin que en ningún caso, repito, pueda predicarse, con carácter general, que la renuncia al derecho a la pensión compensatoria conlleve, necesariamente, un perjuicio para terceros.

Finalmente abordamos uno de los problemas más candentes que se derivan de la renuncia al derecho a la pensión por desequilibrio, o si se prefiere, de la exclusión voluntaria del artículo 97 y siguientes del Código civil, y es aquí donde surge la cuestión, a mi juicio, más delicada que plantea dicha renuncia. Esta no es otra que si, una vez estipulada la renuncia a la pensión compensatoria, bien porque así lo acordaron los cónyuges o futuros cónyuges en capitulaciones matrimoniales, bien porque así lo hayan pactado expresamente en el convenio regulador de su separación, o bien, incluso, porque el cónyuge con derecho a tal pensión no la solicite en la demanda de separación (renuncia tácita), es posible en tales hipótesis que el renunciante se replantee su renuncia y solicite, *a posteriori*, su concesión o reconocimiento por la autoridad judicial. Entiendo que aquí hay que distinguir varias posibilidades. Una de ellas será la referida a la existencia de un nuevo acuerdo entre los cónyuges en el sentido de dejar sin efecto el anterior acuerdo de renuncia<sup>(29)</sup>. Realmente, en este caso, las partes han dejado ineficaz la exclusión de la ley acordada en su día, a través de un nuevo acuerdo que modifica o deja sin efecto el anterior. Se trataría de un supuesto de mutuo disenso, en el que el juez se limitará a aprobar el convenio regulador acordado entre los cónyuges, sin que el cónyuge obligado pueda oponerse al pago de la pensión alegando la previa renuncia o exclusión efectuada en su momento, pues ello supondría, por parte del demandante, una actuación contraria a la buena fe y a la prohibición de ir contra los actos propios. Es más, entiendo que, aun no existiendo convenio regulador en tal sentido, si la pensión es reclamada por el cónyuge perjudicado en la demanda contenciosa de separación o divorcio, sin que el demandado se oponga alegando la previa renuncia al derecho acordada en su día por los esposos en capitulaciones matrimoniales, ello supondrá que, tácitamente, el demandado está desistiendo unila-

---

(29) Nos estamos refiriendo al supuesto siguiente: tras haber acordado los cónyuges (o futuros cónyuges) en capitulaciones matrimoniales la exclusión voluntaria de la normativa reguladora de la pensión compensatoria, posteriormente, al producirse su ruptura matrimonial, acuerdan en el convenio regulador de su separación o divorcio su concesión al cónyuge perjudicado económicamente por la ruptura convivencial.

teralmente de aquella renuncia anticipada, surgiendo *ex novo* en favor del cónyuge perjudicado el derecho a percibir la pensión compensatoria.

El problema se plantea, en cambio, con toda su intensidad en el supuesto que, renunciada la pensión compensatoria, uno de los cónyuges la solicite en vía judicial con la oposición del otro. ¿Prevalece entonces el poder de intervención del juez? Algunas sentencias de Audiencias Territoriales y Provinciales, consideran que, demandada por uno de los cónyuges la pensión por desequilibrio, ésta deberá ser satisfecha en ejecución de sentencia, no teniendo aquí el juez que pasar y quedar sujeto por lo acordado en su momento por los cónyuges, ya que los acuerdos de éstos no son otra cosa que un dato más a tener en cuenta entre los diversos parámetros que enumera el artículo 97 del Código civil, dato importante pero no necesariamente vinculante para el juez, dado que éste dispone de otros medios para valorar si el acuerdo citado es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges<sup>(30)</sup>. En definitiva, se parte por este sector jurisprudencial de la idea del carácter irrenunciable de la pensión compensatoria, pues aunque los cónyuges, en acuerdo concertado con anterioridad a su separación o divorcio, hayan estimado que no habría de producirse desequilibrio económico entre ellos, renunciando a reclamarla, ello no significa que tal pacto comporte necesariamente que haya desaparecido todo derecho a la misma, puesto que el artículo 97 del Código civil es norma imperativa y, por tanto, irrenunciable por anticipado, hasta el punto que el artículo 90, en su apartado c), impide homologar el pacto de renuncia si éste fuera “gravemente perjudicial para uno de los cónyuges”.

No comparto este criterio, que parte de la base del carácter imperativo del artículo 97 del Código civil, en el que se ha basado cierta jurisprudencia y alguna doctrina para negar la disponibilidad y renunciabilidad de la pensión por desequilibrio. El planteamiento me parece artificioso. Primero, porque se parte de una pretendida función asistencial o alimenticia de la pensión compensatoria

---

(30) Vid., por todas, la SAT de Barcelona de 2 de abril de 1987: “...por lo que atañe a la pensión compensatoria, hay que decir que no basta para denegarla con la existencia de un pacto anterior en el que la esposa haya renunciado a la misma, sino que debe estimarse y valorarse también otros factores, porque si bien es verdad que las partes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que estimen convenientes siempre que no sean contrarias a la ley o a la moral; sin embargo, este principio de aplicación indudable a la materia de los contratos, no ha de estimarse con la misma amplitud en materia de matrimonio y filiación en el que la libertad y autonomía de las partes se restringe con base a otros principios superiores y esto lo demuestra, entre otros, el art. 90, apartado c) CC, que permite que el juez modifique los acuerdos de los cónyuges cuando lo estime gravemente perjudicial para uno de ellos y esto es lo que la Sala estima que sucede aquí, habida cuenta de todas las circunstancias que concurren en este matrimonio...”. En similares términos, la SAP de Almería de 11 de marzo de 1992 (*Rev. Jur. de Andalucía*, pág. 202).

que no responde a la realidad de la institución, cuya naturaleza es, como ya hemos puesto de manifiesto, eminentemente resarcitoria y compensatoria. En segundo lugar, porque la seguridad jurídica y el principio de prohibición de ir contra los propios actos exige que el juez quede vinculado a la renuncia, que tendría así para él valor de cosa juzgada. En tal sentido se pronuncia la jurisprudencia más avanzada, si bien haciendo referencia siempre a supuestos en los que la pensión es demandada en un procedimiento de divorcio sin previa petición en el procedimiento de separación, argumentos que son trasladables a mi juicio, *mutatis mutandis*, a la renuncia anticipada efectuada en capitulaciones matrimoniales previas a la ruptura conyugal<sup>(31)</sup>.

Entiendo, pues, que el juez debe abstenerse, en todo caso, de pronunciarse acerca de la validez de esa renuncia anticipada realizada por los cónyuges en un acuerdo previo a su separación o divorcio, ya sea en capitulaciones matrimoniales, o en el propio convenio regulador. Cuestión distinta sería que apreciase la concurrencia de un vicio del consentimiento en alguno de los cónyuges, lo que le facultaría a declarar la nulidad del acuerdo. Pero, en circunstancias normales, esto es, sin la concurrencia de vicio alguno, el juez no podrá oponerse a lo convenido por los cónyuges en pacto de renuncia previo a la separación o divorcio. Se podría objetar que el artículo 90.2.º del Código civil establece que tales acuerdos (en referencia al convenio regulador) “serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”. Ahora bien, esa intervención judicial deberá limitarse a comprobar que los acuerdos de los cónyuges no contrarían el interés u orden público, lo que no afecta a la pensión compensatoria por las razones ya aludidas, salvo que el juez pretenda buscar artificiosamente cualquier resquicio para atribuir a esta pensión una función alimenticia o asistencial que, evidentemente, no concurre en la *ratio* del artículo 97 del Código civil. Igualmente deberá comprobar que esa renuncia no produce perjuicios a terceros.

En consecuencia, la intervención judicial, en los supuestos de renuncia a la pensión compensatoria, quedaría limitada exclusivamente a aquellos supuestos en que ésta sea consecuencia de una transacción tendente a evitar la conflictividad de un previsible procedimiento de separación o divorcio. De esta forma,

---

(31) En tal sentido, la SAP de Asturias (Sección 5.ª) de 4 de junio de 1991, referida a un supuesto de petición de pensión en demanda de divorcio que no fue solicitada en separación, considera que el nacimiento de este derecho tiene lugar en el momento de producirse la ruptura en la convivencia matrimonial, por lo que hay que acudir a ese momento para pedir la pensión, de modo que ulteriores acontecimientos que modifiquen la situación económica de los cónyuges serán irrelevantes para crear *ex novo* el derecho de pensión, que debe considerarse extinguido. En igual sentido la SAP de Granada de 25 de noviembre de 1993.

aun admitiendo el carácter renunciante de la pensión, hay que admitir que cuando tal renuncia suponga un grave perjuicio para el cónyuge que habría tenido derecho a ella, por haberse realizado, por ejemplo, con la mera finalidad de facilitar un procedimiento judicial menos traumático, o imponiéndose a manera de chantaje para evitar una discusión acerca del régimen de guarda y custodia de los menores hijos comunes del matrimonio (y aquí concurriría un vicio del consentimiento y, por tanto, razón para reclamar la pensión), sólo en ese caso es admisible que el juez pueda rechazar esa renuncia. Pero aquí la intervención judicial se limita, en definitiva, a comprobar que en ese pacto de renuncia anticipada ninguno de los renunciantes ha emitido un consentimiento viciado. Sólo la concurrencia de un vicio del consentimiento en alguno de los cónyuges facultará al juez para no homologar la renuncia efectuada, lo que difícilmente ocurrirá en el caso de que la renuncia se realice en capitulaciones matrimoniales, dada la preceptiva intervención del notario que, razonablemente, velará por la emisión de un consentimiento libre y meditado. La existencia de un vicio del consentimiento en capitulaciones matrimoniales deberá considerarse desde la perspectiva de la capacidad general para contratar, no debiendo olvidarse que las capitulaciones matrimoniales son un negocio jurídico cuyo régimen de validez se rige por la normativa general de la contratación, de manera que si en la emisión del consentimiento de uno de los otorgantes concurre violencia, intimidación, error o dolo, serán de aplicación los artículos 1265 y siguientes del Código civil, así como el artículo 1301 del mismo cuerpo legal, que faculta para solicitar la nulidad de la estipulación capitular en la que se haya acordado la renuncia, lo que no afectará al matrimonio ni al resto de los capítulos. A mi juicio, el plazo de cuatro años para poder solicitar la nulidad de esa estipulación comenzará a contar desde el mismo momento del otorgamiento de las capitulaciones. Dicha nulidad podrá ser solicitada en un procedimiento independiente del procedimiento de separación o divorcio. No obstante, entiendo que si la separación o el divorcio se plantean con anterioridad a que caduque el plazo de ejercicio de la acción de nulidad, nada debe impedir que, por razones de economía procesal y previa petición de parte, el juez declare expresamente en ese mismo procedimiento de separación o divorcio la nulidad del pacto capitular por concurrencia de un vicio del consentimiento, declarando haber lugar a la pensión solicitada por el cónyuge que sufrió el vicio, sin que sea imprescindible que tal nulidad tenga que plantearse necesariamente en un procedimiento específico ajeno al de separación. Fuera de estos casos, el juez no podrá basar, en consecuencia, su negativa a homologar el pacto de renuncia en un pretendido estado de necesidad del cónyuge renunciante.

Y en cuanto al interés de los hijos, entiendo que no se ve afectado por la renuncia a la pensión por sus progenitores, dado que la pensión alimenticia que pacten éstos en convenio regulador o que fije el juez en las medidas definitivas deberá cubrir debidamente sus necesidades básicas, de tal manera que éstas

serán atendidas con dicha pensión. Si las capitulaciones matrimoniales se otorgan durante la vigencia del matrimonio, en un momento en que ya han nacido todos o algunos de los hijos del matrimonio, lo normal, o al menos lo aconsejable, es que los cónyuges pacten simultáneamente una pensión alimenticia de cuantía más elevada que la que pueda corresponder a éstos en vía judicial, del mismo modo que nada impide, por otra parte, que en las capitulaciones matrimoniales, o en el convenio regulador de los efectos de la separación o divorcio, los cónyuges pacten unos alimentos en favor del renunciante a la pensión compensatoria, aunque no sean debidos, con lo que nos hallaremos ante la categoría de los alimentos convencionales contemplada en el artículo 153 del Código civil. En consecuencia, el juez, a mi juicio, no puede entrar a cuestionar la legitimidad del pacto de renuncia a la pensión por parte de los cónyuges, pues ello supondría poner en duda la libertad que nuestras normas civiles confieren a los esposos para regular sus propios intereses patrimoniales y económicos, si bien estará facultado a negarse a homologar tal pacto si se acredita que éste es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos comunes del matrimonio, con las matizaciones que acabamos de realizar.

Por tanto, el derecho a la pensión por desequilibrio económico queda extinguido, sin que pueda reproducirse su petición en un ulterior juicio de separación o divorcio, cuando los cónyuges pactan expresamente entre sí no hacerlo valer en un momento posterior, no debiendo olvidarse que la norma que consagra este derecho es dispositiva, por lo que la exclusión de la norma llevada a cabo por los cónyuges, antes o vigente el matrimonio, impide al juez pronunciarse sobre la pensión. Las circunstancias sobrevenidas no darán lugar por tanto al nacimiento, *a posteriori*, del derecho a la pensión, con independencia de que acaezca con posterioridad un desequilibrio económico para uno de los cónyuges, ya que éstos acordaron válidamente en su momento no hacer valer ese derecho, cuya naturaleza es, insisto, exclusivamente resarcitoria, no alimenticia o asistencial. Por tanto, si los cónyuges adoptaron la decisión de no reclamar tal pensión en un futuro es porque preveían que tal desequilibrio económico no llegaría a producirse. Hay que tener en cuenta que, normalmente, en el caso de que la renuncia se efectúe en capitulaciones matrimoniales, los cónyuges renunciantes habrán convenido simultáneamente una liquidación de su régimen económico matrimonial, porque hayan previsto con cierta anticipación una cercana ruptura convivencial, por lo que tal pacto de renuncia irá acompañado de una dotación de bienes patrimoniales en favor del cónyuge que, previsiblemente, pueda quedar en una peor situación económica de producirse la ruptura.

Asimismo, podría alegarse a favor de la reclamabilidad de la pensión compensatoria que el artículo 100 del Código civil prevé la posibilidad de que se modifique judicialmente la pensión por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge una vez que aquella haya sido fijada, argumento que podría hacerse valer para justificar que el juez pueda excluir el pacto de renun-

cia a la pensión compensatoria acordado preventivamente por los cónyuges. Pero este argumento cae por su propio peso, ya que, en el caso de renuncia previa a la pensión efectuada en capitulaciones matrimoniales, al no haberse fijado una pensión compensatoria (o no haberse fijado), no es posible su modificación pues nada se puede modificar.

Todo ello nos conduce a rechazar toda tendencia judicial y doctrinal<sup>(32)</sup>, relativamente frecuente, consistente en sustituir la pensión alimenticia, acordada en favor de uno de los cónyuges en la sentencia de separación, por otra compensatoria, al producirse el divorcio, por el hecho de la pérdida de los derechos asistenciales que para ese cónyuge suponga el divorcio, y ello pese a existir una renuncia expresa de los cónyuges a la pensión compensatoria. Como se ha señalado acertadamente<sup>(33)</sup>, esa tendencia desnaturaliza la institución comentada, como consecuencia de la tendencia existente en numerosos jueces de pretender desempeñar una labor benefactora y tuitiva, tratando de extender más allá de lo razonable el deber de socorro mutuo entre los cónyuges. El divorcio extingue el vínculo conyugal y, en consecuencia, ese deber de socorro. El juez deberá evitar toda tentación de ahorrarle al Estado unos gastos asistenciales que pudieran derivarse del posible estado de necesidad del cónyuge desfavorecido, desviando esa obligación hacia el otro cónyuge que, tras el divorcio, sólo estará obligado legalmente a alimentar a sus hijos. No hay que olvidar, por otra parte, que el pacto de renuncia a la pensión compensatoria será, en los supuestos de divorcio, un pacto transaccional, acordado conjuntamente con una liquidación del régimen económico matrimonial, excluyéndose por los cónyuges toda pretensión a dicha pensión normalmente a cambio de la atribución de la propiedad de ciertos bienes, como sería el propio domicilio conyugal, o a cambio del compromiso por el cónyuge en mejor posición económica de continuar proporcionándole alimentos, incluso tras el divorcio, en cuyo caso estaríamos ante los alimentos convencionales contemplados en el artículo 153 del Código civil.

---

(32) Vid., por todos, DE LA HAZA DÍAZ, *La pensión de separación y divorcio*, Madrid, 1989, págs. 24 a 27.

(33) CAÑETE QUESADA, ob. cit., págs. 77 y 78, denuncia que la razón de ser de que algunas sentencias judiciales tiendan a confundir ambas modalidades de pensión responde a una “deficiente regulación legal que siempre ha dejado un amplio margen de discrecionalidad al juez, que, en alguna ocasión, se torna en arbitrariedad al ir unida a una variedad de conceptos e incluso a cierta mezcolanza de las medidas económicas que en un proceso matrimonial pueden ser decretables”, citando el autor, entre ellas, alimentos a favor de los hijos menores de edad, de los hijos mayores de edad, del cónyuge, a cuenta del haber ganancial, alimentos convencionales, contribución al levantamiento de las cargas familiares y *litis expensas*, compensaciones en razón del trabajo realizado para la casa en régimen de separación de bienes, etc.

En conclusión, la pensión compensatoria es una prestación de contenido patrimonial, válidamente disponible y renunciable por los interesados dada su naturaleza resarcitoria y compensatoria, de manera que el juez sólo podrá declarar ineficaz tal pacto cuando el mismo sea manifiestamente contrario al interés de uno de los cónyuges por haber concurrido un vicio en la emisión de su consentimiento, o por derivarse para terceros un grave perjuicio que sea consecuencia de ese pacto de renuncia, no pudiendo el juez familiar sobrepasar esos límites.

#### **4. VIABILIDAD DE LA RENUNCIA ANTICIPADA A LA PENSIÓN COMPENSATORIA REALIZADA EN CAPITULACIONES MATRIMONIALES** <sup>(34)</sup>

Un último obstáculo se nos presenta en relación a la posibilidad de renunciar a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges o futuros cónyuges con carácter preventivo y con anterioridad a que se plantee una crisis en la convivencia de la pareja. Bien es sabido que nuestro Código civil establece en el artículo 1328 unos límites estrictos a la libertad de pactos en capitulaciones, lo que podría cuestionar la viabilidad de tal pacto de renuncia, y más teniendo en cuenta que la doctrina no es del todo pacífica a la hora de abordar y delimitar con precisión el alcance de esos límites. Es más, una vez admitida su validez, surgen una serie de interrogantes en torno a las consecuencias futuras que tendrá ese pacto, ya que puede ocurrir que el mismo no sea perjudicial para los cónyuges en el momento del otorgamiento de las capitulaciones, pero sí lo sea para uno de ellos en el momento de plantearse su ruptura convivencial.

---

<sup>(34)</sup> Aunque centramos nuestro estudio en la renuncia anticipada a la pensión compensatoria llevada a cabo en capitulaciones matrimoniales, entendemos, siguiendo las acertadas apreciaciones de la profesora MARÍN GARCÍA DE LEONARDO (ob. cit., págs. 82 a 87), que tal renuncia puede realizarse perfectamente mediante un simple acuerdo privado entre los cónyuges, sin que sea precisa su formalización en escritura pública ni la intervención notarial. Así lo avala la STS de 25 de junio de 1987, ya contemplada. Lo que ocurre es que tales pactos privados (piénsese, por ejemplo, en los pactos derivados de una separación de hecho), en la práctica, se incorporarán al convenio regulador de la separación o divorcio, debiendo ser homologado por el juez. Sólo en caso de conflicto y de inexistencia de mutuo acuerdo en el proceso, dado que tal acuerdo no tiene el valor de convenio regulador, el juez podrá no tener en cuenta dicho pacto, ya que éste no tiene fuerza vinculante. No obstante, el juez deberá tener en cuenta su contenido como expresión de la voluntad de las partes, en cuanto que éstas son las más perfectas conocedoras de su situación patrimonial real, por lo que el juez, sin duda, deberá valorar esa voluntad. En definitiva, estos acuerdos privados tendrán un importante valor como elemento probatorio, según han destacado diversas sentencias de Audiencias Provinciales, como es el caso de la SAP de Pamplona de 25 de junio de 1987.

En relación a la posibilidad de renuncia en capitulaciones, ésta me parece fuera de toda duda. Las capitulaciones matrimoniales han de considerarse como un contrato de bienes por razón del matrimonio, por lo que hay que predicar la vigencia del principio de autonomía de la voluntad en este negocio jurídico, que viene recogido en los artículos 1315 y 1325 del Código civil. Este último establece que en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico matrimonial “o cualesquiera otras disposiciones por razón del matrimonio”. Dentro de estos pactos podrían incluirse los de separación de hecho, así como todos aquellos pactos o convenios que incidan en la futura configuración del convenio regulador, no sólo en el ámbito patrimonial sino, incluso, personal. Así lo ha venido a admitir la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1985<sup>(35)</sup>, que declara la plena libertad de pactos en materias atinentes a la situación patrimonial del matrimonio. En efecto, el recurrente aducía la nulidad de unas capitulaciones matrimoniales y del documento privado de separación de hecho otorgadas en su día por los cónyuges, en las que se liquidaba el régimen de gananciales y se estipulaban una serie de cuestiones atinentes a su futura separación conyugal. La petición de nulidad se basaba en el carácter transaccional de tales pactos por afectar a cuestiones matrimoniales en contra de lo dispuesto en el artículo 1814 del Código civil que prohíbe tales pactos. Para el Alto Tribunal, “...no puede afirmarse que tales convenios impliquen una transacción, contrato que tiene por fin según esta Sala poner fin a la incertidumbre sobre una relación jurídica derivada de la contradicción de juicio de las partes, presuponiendo la existencia de opuestas e inconciliables pretensiones, la existencia de una incertidumbre jurídica creada en torno a las posiciones y pretensiones de las partes; en el caso debatido, sin incertidumbre en torno al matrimonio de los litigantes ni de cuestión alguna que hubieran de regular, otorgaron una escritura de capitulaciones y un documento privado sobre separación de hecho y sobre atribución de hijos; pero aunque hubiera habido esa incertidumbre, no cabe incluir lo acordado en la prohibición del artículo 1814 del Código civil, cuando ello se refirió a la situación económica del matrimonio y no afectó para nada a la sustancia del vínculo, ni a los derechos de filiación que son indisponibles, consideraciones que llevan a la desestimación de este motivo”.

En tal sentido podría afirmarse que la libertad de pacto en materia de capitulaciones es especialmente amplia y viene a ser la traslación al ámbito del régimen económico conyugal y demás pactos nupciales del propio principio de igualdad entre los cónyuges consagrado en los artículos 14 y 32 de la Constitu-

---

(35) Ponente: Santos Briz. Aranzadi, Rf. 210.

ción española<sup>(36)</sup>. Esta libertad de estipulación en materia económica responde a la idea de dar adecuada protección a los intereses individuales en juego, ya que, por el hecho de contraer matrimonio, no debe cambiar la situación jurídica de cada uno de los cónyuges en cuanto a su aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Así, pueden pactar libremente un régimen de separación de bienes, que traduce fielmente el principio de igualdad conyugal y de la respectiva autonomía patrimonial. Del mismo modo nada impide que puedan estipular, en previsión de una futura separación o divorcio, la exclusión de la norma contenida en el artículo 97 del Código civil en materia de pensión compensatoria.

Ahora bien, esa libertad de pacto no es absoluta, sino sometida a ciertas limitaciones, lo cual es lógico si tenemos en cuenta que las capitulaciones matrimoniales están sujetas a las reglas generales de los contratos y, entre ellas, al artículo 1255 del Código civil, que establece los límites de la libertad contractual general, que excepciona los pactos y estipulaciones que sean contrarios “a las leyes, a la moral y al orden público”. Esta excepción que con carácter general consagra el artículo 1255 viene a ser desarrollada en el actual artículo 1328, en virtud del cual “será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa a la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge”.

Los pactos contra las leyes constituyen, pues, el primer límite a la libertad de estipulación capitular, considerando la doctrina que habrá que tener en cuenta la naturaleza de la norma con la que entra en colisión la estipulación, ya que tal limitación sólo opera frente a las normas imperativas<sup>(37)</sup>. Lo cierto es que esta limitación debe ser interpretada con un criterio restrictivo, pues, en caso contrario, desaparecería la libertad de pacto en materia matrimonial. Es evidente que existen normas de carácter imperativo que excluyen todo pacto en contrario (como sería el caso de un pacto de exoneración a los cónyuges de la obligación recíproca de prestarse alimentos), frente a normas dispositivas, como la contenida en el artículo 97 del Código civil en materia de pensión compensatoria. En este punto se podrá argumentar en contra de su renuncia anticipada que ésta requiere la necesaria aprobación judicial, ya que la misma habrá de formar parte de un convenio regulador que deberá ser homologado por el juez familiar, aprobación que sólo podrá ser solicitada una vez iniciado el proceso de separación o divorcio, argumento éste que parece poco fundado, ya que tal pacto tiene, no lo olvidemos, un carácter meramente preventivo, de manera

---

(36) Vid. HERRERO GARCÍA, “Comentario al artículo 1325 del Código civil”, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991, pág. 572.

(37) CABANILLAS SÁNCHEZ, “Comentario al artículo 1328 del Código civil”, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991, pág. 605.

que sólo surtirá efectos en el caso de producirse la separación o divorcio. Pero si se produce la crisis convivencial, nada impide que tal pacto capitular tenga fuerza vinculante para el juez, que sólo podrá denegar su aprobación en el caso de ser claramente lesivo para el cónyuge con derecho a pensión, lo que ocurrirá únicamente en el supuesto de que su consentimiento, al pactar la renuncia, hubiere estado viciado en el momento de su emisión, lo que, como dijimos en su momento, difícilmente ocurrirá en la práctica, dada la preceptiva intervención notarial, que velará por la validez del consentimiento, no sólo comprobando que éste es emitido de manera libre y voluntaria, sino además haciendo ver a las partes, en especial a aquella que pueda verse desfavorecida por esa renuncia anticipada, las consecuencias de su decisión.

En cuanto a los pactos contrarios a las buenas costumbres, nos encontramos ante un concepto indeterminado, de difícil precisión, y que, en todo caso, sólo se referirá a los aspectos personales del matrimonio, no así a los patrimoniales, dentro de los cuales hay que incluir el pacto de renuncia anticipada a la pensión compensatoria. El carácter indemnizatorio de ésta, y en consecuencia simplemente patrimonial, permite admitir la plena conformidad de tal renuncia con las buenas costumbres, al no ser contraria tal renuncia a la moral y ética social, al menos en un sistema económico como el nuestro que da prevalencia al principio de autonomía de la voluntad en orden a la autorregulación de los propios intereses económicos<sup>(38)</sup>.

Finalmente, el artículo 1328 del Código civil establece un último límite a la libertad de pactos al prohibir las estipulaciones que limitan la igualdad de derechos que correspondan a cada cónyuge. En esta limitación podría encontrarse el mayor obstáculo a la renuncia anticipada a la pensión compensatoria efectuada en capitulaciones matrimoniales. Podría pensarse que la renuncia a la pensión supone que el cónyuge renunciante, a quien perjudica el desequilibrio económico derivado de la separación o divorcio, queda en una situación de inferioridad o, mejor, de desigualdad frente al otro. No comparto ese criterio, ya que, como ha destacado la doctrina<sup>(39)</sup>, esta limitación es una aplicación concreta del principio constitucional de igualdad y de no discriminación (artículos 14 y 32 de la Constitución española), lo que implica un reconocimiento legal al marido y a la mujer de los mismos derechos y deberes, en todos los ámbitos de la vida familiar, pero referidos a la dirección de la familia. Es en tal sentido que se está prohibiendo toda estipulación capitular que no respete la plena igualdad de los

---

(38) Así lo viene a reconocer la ya citada STS de 31 de enero de 1985, que considera plenamente lícito y moral pactar la separación (la no continuación de la convivencia conyugal) y establecer acuerdos sobre los hijos y cuestiones de orden económico.

(39) Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit., pág. 606.

derechos entre los cónyuges<sup>(40)</sup>. En consecuencia, la nulidad del pacto afectará a toda estipulación capitular limitativa de la igualdad de los acuerdos patrimoniales entre los cónyuges. Ahora bien, ello no debe llevarnos al extremo de negar la posibilidad de los otorgantes de renunciar por anticipado a ciertas facultades de contenido económico que en nada afectan al contenido esencial o estatutario de las capitulaciones matrimoniales. Esa igualdad no debe limitar la necesaria libertad y autonomía de los cónyuges a la hora de configurar sus relaciones económicas.

Por lo demás, no hay que olvidar que, normalmente, esa renuncia anticipada a la pensión compensatoria no será una estipulación aislada en las capitulaciones matrimoniales, sino que, en la mayor parte de los casos, por no decir en todos, los cónyuges acompañarán esa renuncia con la estipulación de un régimen económico adecuado a sus intereses y que compense a los renunciantes. Lógicamente, la determinación del régimen económico tendrá una especial repercusión en el posible desequilibrio económico que la separación o divorcio puedan provocar en alguno de los cónyuges. De hecho, una parte importante de los Ordenamientos extranjeros han intentado evitar el pago de pensiones de larga duración, mediante la imposición de un régimen de comunidad de bienes, cuya liquidación evitaría el desequilibrio o, al menos, atenuaría su alcance, ya que, al repartir por mitad los bienes adquiridos por los cónyuges durante el matrimonio, las posiciones económicas de éstos quedan niveladas, no debiendo producirse desequilibrio. En efecto, un régimen de sociedad legal de ganancias (o de participación en ganancias) puede comportar la corrección de cualquier posible desequilibrio entre los esposos, como consecuencia del reparto entre ellos de las ganancias obtenidas durante el matrimonio al procederse a su liquidación, sin que ello suponga necesariamente prescindir de la posibilidad de la pensión por desequilibrio<sup>(41)</sup>. En cambio, el régimen de separación de bienes sí puede provocar tal desequilibrio al producirse la liquidación, al ser más evidente el empeoramiento que se produciría en la situación económica del

---

(40) La doctrina ha destacado ciertos pactos capitulares que chocan con la idea de igualdad de derechos entre los cónyuges. CABANILLAS SÁNCHEZ (ob. cit., pág. 606) ha señalado los siguientes: la constitución de un régimen dotal, que implica la dejación en manos de un cónyuge de todos los poderes económicos; la administración de los bienes comunes por uno sólo de los cónyuges; la disposición de los bienes comunes por uno solo de los cónyuges; la administración y disposición por un cónyuge de los bienes privativos del otro, lo que no impide la concesión de un poder de representación revocable para administrar y disponer de esos bienes.

(41) En tal sentido, ROCA I TRIAS, *Familia...*, cit., pág. 149; LASARTE ÁLVAREZ/VALPUESTA FERNÁNDEZ, ob. cit., pág. 752.

cónyuge que no haya tenido, durante el matrimonio y tras la separación o divorcio, ninguna fuente propia de ingresos<sup>(42)</sup>.

Ello significa, como ha señalado la doctrina y la jurisprudencia, que la pensión compensatoria constituye un *posterius* al régimen económico matrimonial, ya que su liquidación sirve como criterio para saber si existe o no desequilibrio<sup>(43)</sup>. Así pues, en definitiva, para determinar la existencia o no de un derecho a pensión, será necesario que se produzca un desequilibrio económico entre los esposos, al producirse la separación o divorcio, siendo determinante en la concurrencia de ese desequilibrio el régimen de bienes que haya regido las relaciones económicas entre los cónyuges durante el matrimonio. De ello cabe deducir que el pacto de renuncia anticipada a la pensión compensatoria, estipulado en capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad a la celebración del matrimonio o durante su vigencia, no atentará contra la necesaria igualdad entre los cónyuges, y más si se tiene en cuenta que lo habitual es que tal pacto vaya acompañado de la estipulación de un régimen económico matrimonial que garantice esa igualdad, lo que, sin duda, refuerza el equilibrio económico entre los cónyuges. Dicho en otros términos, pese a la renuncia a la pensión por desequilibrio, nuestro Ordenamiento ofrece otras vías que refuerzan la necesaria efectividad del principio de igualdad, por lo que no puede considerarse dicho pacto como atentatorio a la igualdad de derechos entre los cónyuges.

---

(42) Ello no obstante, este desequilibrio se ve compensado con un precepto, el artículo 1438, que facilita la renuncia anticipada de la pensión compensatoria en el régimen de separación de bienes, al disponer que “los cónyuges contribuirán al levantamiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”. En consecuencia, cabe la posibilidad, a tenor de este precepto, que a la extinción del régimen de separación, se compense a aquel de los cónyuges que, mediante su trabajo doméstico, haya contribuido al levantamiento de las cargas familiares, de lo que se deduce que nuestro Ordenamiento otorga otras vías de compensación, diferentes de la pensión por desequilibrio, en favor de aquél de los cónyuges a quien la crisis convivencial pueda provocar un perjuicio económico, al haberse dedicado en exclusiva a los trabajos domésticos y al cuidado de los hijos, con el consiguiente abandono de toda actividad profesional remunerada. Estas otras vías resarcitorias permiten que los cónyuges puedan excluir voluntariamente, al estipular este régimen económico, la aplicación del artículo 97 del Código civil.

(43) Vid. ROCA I TRIAS, *Familia...*, cit., pág. 150. También existen diversos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales. Así, la SAP de Murcia de 8 de marzo de 1995 (*Ar. Civ.* 823) declaraba que los pactos entre cónyuges implican que “no puede aceptarse que haya una situación de desequilibrio o empeoramiento económico, máxime cuando se produce la liquidación de la sociedad de gananciales”. En un caso inverso, pero en el mismo sentido, la SAP de Murcia de 2 de julio de 1997 (*Ar. Civ.* 1280) acuerda la concesión de una pensión compensatoria al no haberse producido la liquidación de la sociedad de gananciales.

Otra cosa es que, tras haberse estipulado la renuncia anticipada a la pensión compensatoria, sobrevengan con posterioridad ciertas alteraciones sustanciales que afecten de forma grave al equilibrio de la posición económica de alguno de los cónyuges, como ocurriría, por ejemplo, en el caso de haberse pactado la renuncia en el marco de un régimen económico de separación de bienes, en un matrimonio sin hijos en el que ambos esposos desempeñan actividades laborales o profesionales remuneradas, por lo que la pérdida posterior del puesto de trabajo por alguno de ellos o, sencillamente, la sobrevenida de hijos no previstos inicialmente, con el consiguiente abandono de su actividad profesional o laboral por la esposa para dedicarse en exclusiva a las tareas domésticas y al cuidado y atención de éstos, puede dar origen a la quiebra de la igualdad en la posición de los cónyuges, lo que plantea la duda de si, en tales circunstancias, podría alegarse por el cónyuge desfavorecido una pretendida cláusula *rebus sic stantibus* que le facultase para instar judicialmente la ineficacia de ese pacto de renuncia.

Aunque algún autor se muestra favorable a esta posibilidad<sup>(44)</sup>, estimo que no es una solución correcta, al faltar uno de los requisitos exigidos jurisprudencialmente para admitir la concurrencia de esta cláusula, cual es el de la imprevisibilidad de esa alteración sustancial sobrevenida. Cuando los cónyuges o futuros cónyuges estipulan anticipadamente la renuncia a la pensión, ignorando la duración y estabilidad futura de su matrimonio, es razonable prever que puedan producirse con el transcurso del tiempo cambios o alteraciones en su situación personal, laboral o familiar que no tuvieron en cuenta al pactar la renuncia. Ello no tendrá por qué afectar a la validez de las capitulaciones otorgadas, pues la prohibición de los pactos limitativos de la igualdad entre los cónyuges sólo irá referida al momento del otorgamiento de las capitulaciones, lo que implica la plena validez de la estipulación si, en el momento del otorgamiento de éstas, el pacto no limita la referida igualdad conyugal, con independencia de que, en un momento posterior, pueda romperse el equilibrio económico entre los cónyuges por razón de ciertas circunstancias sobrevenidas. A ello hay que añadir que, al tiempo de pactarse la renuncia a la pensión compensatoria, cualquier alteración sustancial de las circunstancias, por grave que ésta sea, siempre es previsible o podría haberse previsto razonablemente. De ahí que considere que el juez no deberá tener en cuenta la sobrevenida alteración de las circunstancias para acordar una pensión compensatoria en favor del cónyuge perjudicado, sin perjuicio de que la tenga en consideración a la hora de fijar la cuantía de la pensión alimenticia o la atribución del uso y disfrute de la vivienda conyugal.

---

(44) MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, ob. cit., págs. 70 y 71.

Otra cosa es que el juez, en la práctica, revistiéndose de unas funciones tuitivas que legalmente no le corresponden, argumente con base en el artículo 91 del Código civil que tales acuerdos no tendrán fuerza vinculante y acuerde la concesión de la pensión, lo que puede ser considerado como una decisión comprensible, pero atentatoria contra la necesaria seguridad jurídica. Creemos, pues, que el juez, siendo como es la materia de pensión de derecho dispositivo o voluntario, deberá respetar los acuerdos a que hayan llegado los interesados, limitándose a controlar que los pactos alcanzados no sean fruto de presiones, engaños o coacciones, debiendo abstenerse de inmiscuirse en los acuerdos alcanzados por los cónyuges de manera libre y meditada, dado que ellos son quienes mejor conocen sus necesidades y posibilidades. Lógicamente, se requiere para que el juez tenga en cuenta la renuncia de las partes que ésta se alegue y se acredite debidamente la existencia del pacto previo de renuncia, con aportación de la correspondiente copia de las capitulaciones matrimoniales. Por lo demás, no vemos que exista ningún obstáculo de orden procesal que justifique la negativa del juez familiar a aceptar el pacto previo de renuncia, pues si bien es cierto que el artículo 751.1.º de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil declara que no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción en los procesos a los que se refiere el título I del libro IV de dicha Ley riuaria (relativos a capacidad, filiación, matrimonio y menores), ello no obstante, el apartado 3.º de dicho artículo dispone que las pretensiones formuladas en tales procesos y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable, como sería el caso de la pensión compensatoria, sí podrán ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento, conforme a lo dispuesto en el capítulo IV del título I del libro I de esta Ley, relativo al poder de disposición de las partes sobre el proceso y sobre sus pretensiones, cuyo artículo 19.2.º dispone que el tribunal deberá homologar todo acuerdo o convenio suscrito por las partes, cuando verse sobre materias en las que la ley no prohíba expresamente tal posibilidad o establezca limitaciones por razones de interés general o perjuicio de terceros, lo que no acaece en el caso de la pensión compensatoria, plenamente disponible por las partes.

# VIOLENCIA DOMÉSTICA: ALGUNAS RESPUESTAS DESDE EL DERECHO CIVIL (I) (\*)

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO

*Profesor Titular de Derecho civil. Universidad de A Coruña  
Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de A Coruña*

---

## SUMARIO

### I. PRELIMINAR.

### II. LAS RESPUESTAS DEL LEGISLADOR ESPAÑOL.

### III. MEDIDAS PROVISIONALES QUE PUEDEN SER ADOPTADAS ANTES DEL INICIO DE UN PROCESO MATRIMONIAL.

#### 1. Previo: Las conductas agresivas y vejatorias constituyen causa de separación y, en determinadas circunstancias, de nulidad, pero no de divorcio.

- A. *La causa de separación contemplada en el art. 82.1 CC y las agresiones, físicas o psicológicas, al cónyuge.*
- B. *La ausencia de consideración de los malos tratos como causa de divorcio.*
- C. *La violencia conyugal como expresión de la alteración sobrevenida del carácter del agresor constituye causa de nulidad matrimonial.*

#### 2. Régimen jurídico de las medidas provisionales previas.

- A. *Naturaleza y finalidad de las medidas provisionales previas.*
- B. *Legitimación activa.*

---

(\*) Los apartados 2.F, 2.G y 2.H del epígrafe III serán publicados en el siguiente número de la Revista de Derecho de Familia.

- C. *Requisitos de la solicitud de medidas previas y postulación procesal.*
- D. *Competencia judicial.*
- E. *Aspectos procedimentales de la adopción de las medidas provisionales previas.*
  - a) En el caso de concurrencia de razones que justifiquen la urgencia en su adopción: El ejemplo paradigmático de los malos tratos.
  - b) En el caso de que no concurren razones que aconsejen la urgente adopción de medidas previas.
  - c) Cuestiones comunes a ambos supuestos.
- F. *Tipología de las medidas provisionales previas que puede adoptar el Juez civil.*
  - a) Anticipación de los efectos que el artículo 102 del CC previene para el caso de admisión de la demanda matrimonial.
  - b) Medidas adoptadas al amparo de las previsiones del artículo 103 del CC.
  - c) Otras medidas que pueden ser adoptadas por el Juez civil a título cautelar. En especial la infructuosamente reiterada posibilidad de adoptar la medida de alejamiento.
  - d) Propuestas de reforma de la legislación vigente y posibles importaciones del Derecho comparado. En particular, el “alejamiento coactivo” y el aseguramiento del pago de las contribuciones al sostenimiento de la familia. Los modelos austriaco, alemán e italiano.
- G. *Plazo de vigencia de las medidas provisionales previas.*
- H. *Ejecución del auto de adopción de medidas provisionales previas.*

#### IV. LAS UNIONES DE HECHO.

1. **Cuestiones generales acerca del procedimiento a seguir para dilucidar las cuestiones litigiosas que se susciten como consecuencia de la ruptura.**
2. **Adopción de medidas provisionales en el caso de existencia de menores (o incapaces).**
3. **Medidas cautelares en el caso de que no existan menores (ni incapaces).**

#### V. ASPECTOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

#### VI. LA MEDIACIÓN FAMILIAR Y LA INTERVENCIÓN DE LOS SERVICIOS SOCIALES. LA EXPERIENCIA FRANCESA DE LA “MEDIACIÓN PENAL FAMILIAR”.

**VII. EL INTERNAMIENTO NO VOLUNTARIO DEL AGRESOR AQUEJADO DE UN TRASTORNO PSÍQUICO. EL TRATAMIENTO MÉDICO OBLIGATORIO DEL MALTRATADOR.****VIII. ALGUNAS RESPUESTAS PARCIALES A LA APARENTE CONTRADICCIÓN ENTRE LA EXISTENCIA DE MECANISMOS LEGALES HÁBILES Y EFICACES DE RESPUESTA A LA VIOLENCIA DOMÉSTICA Y LAS DUDAS SOBRE SU EFICACIA.****I. PRELIMINAR**

La violencia en el seno del hogar, de la que históricamente han sido víctimas especialmente las mujeres —a veces, y el ejemplo es tomado de nuestro entorno jurídico-cultural, con el respaldo de la propia ley, como sucedía con las previsiones del “*Codex Maximilianeus Bavaricus civiles*”, aplicable en Baviera hasta la fecha de entrada en vigor del BGB, estableciendo el sometimiento de la mujer al marido y la obligación expresa de ésta de realizar las labores domésticas, de manera que si las incumplía, el marido podía castigarla “con mesura”—, ha sido una cuestión conscientemente ignorada —se presentaba como un asunto que era recomendable mantener y sufrir exclusivamente intramuros del hogar<sup>(1)</sup>, evitando la “vergüenza” de su denuncia pública y ello aderezado con la resignación predicada por la moral católica, propia de la buena esposa y madre—, cuando no banal, hasta hace apenas un par de lustros, constituyendo la expresión máxima de la desigualdad del orden social consagrada en los propios Códigos civiles decimonónicos. A partir de aquel momento, fundamentalmente debido al empuje de los movimientos de liberalización de la mujer, se ha empezado a presentar progresivamente como uno de los graves problemas a resolver en nuestras autocomplacientes sociedades occidentales. El problema sociológico, denunciado públicamente de manera creciente<sup>(2)</sup>, representado por los supuestos de violencia doméstica o intrafamiliar —no resulta demasiado acerta-

(1) En una obra que, pese a lo que pueda derivarse de la simple lectura del fragmento que se transcribe a continuación, venía a denunciar, con envidiable ironía, la situación de la mujer en el Derecho civil en la primera mitad del siglo XX, el autor recomendaba a la “señorita” —Carmencita—, que pretendía contraer matrimonio, a la que la epístola se dirigía, entre otras cosas: “*Tú misma, que en tu pregunta asomas una orejita rebelde, cuando te cases y seas madre disimularás los defectos de tu marido y —si tu desventura llega a tanto— ocultarás hasta sus felonías y tus martirios, con tal de hacer a tus hijos dichosos*” (OSSORIO, Á., *Cartas a una muchacha sobre temas de Derecho civil*, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1925 [2.ª ed., s.f.], pág. 35).

(2) Resulta revelador que en la encuesta realizada por el C.I.S. entre los días 9 de octubre y 9 de noviembre de 2002 (estudio 2455), los españoles hayan situado la violencia contra la mujer en noveno lugar (con un 3,7% de respuestas en este sentido) cuando son preguntados por los tres principales problemas que existen en España en este momento.

do, tanto por su origen etimológico, como por su evidente reduccionismo, pues no necesariamente es la mujer la víctima de la violencia ejercida por el hombre, el ya generalizado término de “violencia de género”— ha generado en la sociedad española —y en la de los países de nuestro entorno jurídico-cultural— la sensación de que los instrumentos que contempla nuestro Ordenamiento jurídico, tanto en la fase de prevención —también de prevención de la reiteración de aquellos sucesos—, como en las fases de protección de la víctima y de sanción del agresor, o bien resultan insuficientes o, de no ser esto así, se utilizan de manera inadecuada o, cuando menos, infructuosa<sup>(3)</sup>. Por otra parte, y ésta es ya una opinión no sociológica, sino exclusiva de los foros jurídicos, el carácter de última *ratio* que es propio del Derecho penal, así como la virulencia con la que rigen en este sector del Ordenamiento jurídico determinados principios garantistas de los derechos fundamentales de los presuntos delincuentes, son factores que determinan la necesidad de que el Derecho civil y el Juez encargado de su aplicación —el del orden jurisdiccional civil— estén provistos de instrumentos adecuados para reaccionar en los supuestos que nos ocupan, permitiendo adoptar medidas eficaces de protección de las víctimas, sin perjuicio de que los instrumentos propios del Derecho penal funcionen especialmente como mecanismos de prevención general y especial y de sanción de aquellas conductas tipificadas como delito o falta. Estos factores han sido los tomados en consideración para reformar recientemente las legislaciones civiles en países de nuestro entorno jurídico continental —Austria, Italia y Alemania—, siguiendo los precedentes de algunos países del “*Common law*” —Inglaterra y EE.UU.—.

En estas reflexiones, fruto de la participación del autor en unas “*Jornadas de formación del programa de asistencia jurídica a mujeres*” organizadas en abril de 2002 por la “Asociación de Mulleres Xuristas de Galicia”, se pretenden analizar, desde la perspectiva del Derecho civil, aquellos instrumentos, así como las recientes propuestas de reforma de los mismos. Se trata, en definitiva, de precisar si la afirmación de que la legislación civil —substantiva y procesal— vigente otorga al Juez del orden jurisdiccional civil amplias facultades para adoptar en los procesos de separación, nulidad y divorcio medidas cautelares y protectoras que, si se coordinan adecuadamente con las adoptadas

---

<sup>(3)</sup> Entre otros estudios interdisciplinares sobre esta materia, *vid.* ALBERDI, I./MATAS, N., *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*, Fundación “la Caixa”, Barcelona, 2002. Entre los planes de actuación de prevención llevados a cabo por las distintas Administraciones Públicas, puede destacarse el “Pla integral de prevenció de la violencia de gènere i d’atenció a les done que la pateixen 2002-2004” elaborado por el “Institut Català de la Dona” a iniciativa del *Parlament de Catalunya* (BOPC núm. 57, de 15 de mayo de 2002), aprobado por el *Govern de la Generalitat* el día 30 de abril de 2002 (el texto puede verse íntegro en <http://www.gencat.es/icdona/>).

por los Jueces del orden jurisdiccional penal, pueden resultar altamente eficaces, vertida por el CGPJ en su “*Informe sobre la violencia doméstica*”, encargado a la Comisión de estudios de aquel órgano de gobierno judicial y aprobado por su pleno en reunión celebrada el día 21 de marzo de 2001<sup>(4)</sup>, resulta, o no, fundada.

## II. LAS RESPUESTAS DEL LEGISLADOR ESPAÑOL

Hasta el momento presente el legislador español ha dado respuesta al problema de la violencia doméstica únicamente a través de instrumentos propios del Derecho penal —al igual que el francés, pongo por significativo ejemplo extraído de entre los países próximos al nuestro, tanto desde la perspectiva cultural, como desde la estrictamente jurídica<sup>(5)</sup>— y ello pese a haber sido contemplados, éstos, en el *Plan de acción contra la violencia doméstica* aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del día 30 de abril de 1998, como una más de las acciones previstas para intentar atajar el fenómeno de los malos tratos en el hogar, tanto en el aspecto sustantivo —tipificando el delito de violencia doméstica y las faltas de malos tratos familiares, extendiendo el ámbito de protección a las uniones matrimoniales, no matrimoniales y a las víctimas que hayan estado en el pasado relacionadas con el agresor por alguno de estos vínculos (arts. 153, 617.2.II y 620.III del CP)<sup>(6)</sup>— y procesal —permitiendo su enjuiciamiento a través del *procedimiento especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos* [art. 795.2.a) de la LECrim., en la redacción que le ha dado la Ley 38/2002, de 24 de octubre], pudiendo acaso criticarse que se haya supeditado, en todo caso, la posibilidad de incoación a la previa

---

(4) Puede verse íntegro en <http://www.cgpj.es/actualidad.html>.

(5) En efecto, el nuevo Código penal francés de 1992 con carácter general sanciona únicamente como *contravención* los actos de violencia que provoquen a la víctima una incapacidad laboral no superior a ocho días, de acuerdo con el art. R. 625-1; convirtiéndose estos mismos actos en el delito tipificado en el art. 222-13 en el caso de que el autor sea el cónyuge o el conviviente de la víctima. *Vid.* CASALIS, M.<sup>ª</sup>-F./CHAPALAIN, M./GUYOT, F., “Une femme sur dix victime de violences conjugales en France”, en *Actualité Juridique Famille*, núm. 7/2002, págs. 249 y ss.

(6) *Vid.*, entre otros, MORILLAS CUEVA, L. (Coord.): *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, Madrid, 2002, *in totum*; DE LAMO RUBIO, J./GANZENMÜLLER ROIG, C./FRIGOLA VALLINA, J., *Tratamiento penal y procesal de la violencia en el ámbito familiar (Análisis jurídico de las últimas reformas y de las propuestas de reforma)*, Bosch, Barcelona, 2002; NUÑEZ CASTAÑO, E., *El delito de malos tratos en el ámbito familiar (Aspectos fundamentales de la tipicidad)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, especialmente las págs. 64 y ss.

existencia de una atestado policial<sup>(7)</sup>—. Sin embargo, frente a esta respuesta expresa en el Derecho penal, en otros sectores del Ordenamiento en los que acaso resultase conveniente la previsión de medidas complementarias que pudiesen adoptarse como necesario complemento de las penales o con independencia de la posible respuesta penal por no resultar esta adecuada o por tratarse de acontecimientos que, por la razón que fuese, no tengan relevancia penal o la víctima no considere oportuno que lleguen a conocimiento de un órgano jurisdiccional de esta naturaleza, no se ha adoptado previsión alguna ni substantiva ni procesal, lo que, como regla de principio, no puede ser objeto de crítica si es que los jueces, especialmente los del orden jurisdiccional civil, disponen de los instrumentos adecuados para hacer frente a los supuestos que nos ocupan, pudiendo adoptar medidas adecuadas y tempestivas. Por ello se procederá a analizar cuáles son los instrumentos que, *de lege data*, están a disposición de los jueces civiles y si las propuestas de reforma formuladas aportan alguna novedad interesante, así como si estas propuestas pueden mejorarse con algunos instrumentos contemplados en el Derecho comparado.

Cuestión diversa, y esta sí que parece criticable *ab initio*, es que no se hayan previsto tempestivamente medidas sociales (sin perjuicio de que las mujeres maltratadas obligadas, por miedo a que su marido o compañero reincida, a abandonar su domicilio habitual puedan acceder a la Renta Activa de Inserción, y que la *Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para 2003* prevé que las empresas que contraten a mujeres víctimas de *violencia de género* recibirán una bonificación del 65 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes durante los 24 meses siguientes a la contratación, así como la posibilidad de que accedan al subsidio de desempleo con independencia de que hayan trabajado y cotizado a la Seguridad Social) y administrativas (*v.gr.*, estableciendo la posibilidad de acceso a viviendas de protección oficial) de protección de las víctimas, así como medidas educativas<sup>(8)</sup>, sin perjuicio de que se hayan llevado a cabo campañas publi-

---

(7) Sobre esta reforma de la LECrim. *vid.*, entre otros, MAGRO SERVET, V., “El nuevo juicio de faltas rápido de violencia doméstica”, *La Ley*, núm. 5628, 8 de octubre de 2002; GIMENO SENDRA, V., “Filosofía y principios de los ‘juicios rápidos’”, *La Ley*, núm. 5667, 2 de diciembre de 2002.

(8) En este ámbito, el ya citado “Pla integral de prevenció de la violencia de gènere i d’atenció a les done que la pateixen 2002-2004” elaborado por el “Institut Català de la Dona”, prevé la adopción de medidas en materia de educación que habrán de ser desarrolladas por el Departamento de Enseñanza de la *Generalitat* con los objetivos de incluir en los *curricula* educativos conceptos, procedimientos y actitudes favorables al diálogo y a la convivencia y absolutamente contrarios a la violencia, así como de formar de manera adecuada a todas las personas que intervienen profesionalmente en la atención y orientación de la mujer víctima de la violencia, en orden a que tengan los conocimientos necesarios y la actitud adecuada.

citarias, más o menos afortunadas, de sensibilización e información; si bien esta es una cuestión que resulta ajena a nuestro ámbito. En este último sentido, alguna asociación judicial —JpD— ha puesto de manifiesto la necesidad de tratar el problema suscitado por la violencia doméstica no sólo desde una perspectiva judicial, sino involucrando a todas las Administraciones Públicas en orden a la adopción de políticas educativas y preventivas, sin recurrir exclusivamente a la intervención del Derecho penal para afrontar un problema que califica como endémico<sup>(9)</sup>.

En el Derecho civil las medidas que se prevén están vinculadas, en el caso de que la violencia tenga lugar en el seno de una familia matrimonial, a los procesos de separación, nulidad y divorcio y, en el caso de que existan menores o incapaces, a las previstas para los supuestos de incumplimiento de los deberes que puedan existir respecto de éstos, pudiendo ser adoptadas tanto las primeras como las segundas en el caso de las uniones no matrimoniales. En aquellos casos en que la violencia utilizada sea consecuencia de un trastorno psíquico que requiera tratamiento especializado puede considerarse la posibilidad de someter al agresor a esta terapia a través del internamiento no voluntario, de acuerdo con las previsiones del art. 763 de la LEC (*infra*, § VII)<sup>(10)</sup>.

---

<sup>(9)</sup> Así se pronunciaba, en octubre de 2002, “Jueces para la Democracia” en un comunicado hecho público a través de su secretariado (vid. *AJA* núm. 548, 10 de octubre de 2002, pág. 14), pronunciándose sobre el “Observatorio sobre violencia doméstica” constituido el día 26 de septiembre de 2002 en virtud de un acuerdo suscrito por el CGPJ y los Ministerios de Justicia y de Trabajo y Asuntos Sociales, cuya única finalidad parece ser la de efectuar un seguimiento de los procesos judiciales iniciados por malos tratos y las sentencias dictadas por los tribunales en estos asuntos, permitiendo así un conocimiento estadístico de los mismos, desde el que poder extraer conclusiones acerca de la posible necesidad de reformas legislativas (*Notic.JA* de 24 de septiembre de 2002).

Curiosamente, además de las previsiones normativas de algunos Ordenamientos continentales europeos —Austria, Holanda e Italia—, del norteamericano y del inglés, en la mayor parte de los países hispanoamericanos se han promulgado, a lo largo de los últimos años, leyes integrales en la materia. vid. cita relacional en DURÁN FEBRER, M.<sup>ª</sup>, “Violencia doméstica. Medidas de protección a la víctima”, en *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer*, Universidad de Cádiz, Cádiz, 2000, pág. 125.

<sup>(10)</sup> En este sentido, GANZENMÜLLER ROIG, C./ESCUADERO MORATALLA, J.F./FRIGOLA VALLINA, J., “La violencia doméstica. Respuestas jurídicas desde una perspectiva sociológica”, *RGD*, núms. 664-665, 2000, pág. 34, nota núm. 32; RIBOT IGUALADA, J., “Prevención de malos tratos familiares, ¿un papel para el Derecho civil?”, *La Ley*, 2001-6, pág. 1489.

### III. MEDIDAS PROVISIONALES QUE PUEDEN SER ADOPTADAS ANTES DEL INICIO DE UN PROCESO MATRIMONIAL

#### 1. Previo: Las conductas agresivas y vejatorias constituyen causa de separación y, en determinadas circunstancias, de nulidad, pero no de divorcio.

##### A. La causa de separación contemplada en el art. 82.1 del CC y las agresiones, físicas o psicológicas, al cónyuge.

En efecto, aun cuando se trata de una conocida premisa previa, ha de recordarse que entre las causas cuya concurrencia habilita la declaración de la separación matrimonial, el art. 82.1 del CC contempla expresamente la “*conducta injuriosa o vejatoria*”. Respecto de esta causa de separación suele señalarse últimamente y con acierto que su apreciación exige, de acuerdo con las previsiones contenidas en el art. 10 de la CE —la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden público y de la paz social—, poner el acento en el resultado de la violación de la dignidad del cónyuge vejado o injuriado y no en la intencionalidad del agresor. Por otra parte, esta causa de separación ha de ponerse en relación con los deberes de colaboración, auxilio y respecto recíproco que el art. 67 del CC impone a los cónyuges. El incumplimiento de estos deberes determina que el cónyuge incumplidor se encuentre incurso en la antecitada causa de separación, pues el art. 82.1 del CC, al lado de la conducta injuriosa o vejatoria, prevé la violación “*grave o reiterada de los deberes conyugales*”. Así las cosas, la violencia respecto del otro cónyuge representa una violación grave del deber de respeto recíproco, mientras que la mera desafección marital puede incluirse en la reiteración del incumplimiento de aquellos deberes conyugales.

De acuerdo con el tenor literal del art. 82.1 del CC, la jurisprudencia se inclina por estimar que las *discusiones* entre los esposos no graves y esporádicas no evidencian una violación grave de los deberes conyugales susceptible de ser considerada causa de separación (SAP Toledo 6 de mayo de 1993 [AC 1993\1052]; *contra* el parecer de la SAP Álava 14 de mayo de 1999 [AC 1999\5109]). No es suficiente la mera invocación de tensiones o desavenencias entre el matrimonio o que no reine la mejor armonía en el hogar conyugal, llegando a señalar la SAP Granada 29 de noviembre de 1994 [AC 1994\1962], recogiendo jurisprudencia anterior a la reforma de 1981, que no basta alguna leve agresión que responda a momentáneos arrebatos surgidos por incidentes vulgares de la vida matrimonial o como simple maltrato de obra no reiterado. Por su parte, la SAP Madrid 27 de octubre de 1995 [AC 1995\2098] consideró que los indicios de ciertas anomalías en el comportamiento del marido y el sometimiento de éste a tratamiento médico psiquiátrico que no deriva en una

enfermedad mental que haga inviable la convivencia, así como las tensas relaciones existentes entre los cónyuges, culminadas con episodios de violencia que originaron actuaciones judiciales (no concluidas al dictarse la sentencia civil) no resulta suficiente para acreditar la concurrencia de causa de separación<sup>(11)</sup>.

Pero si bien no es bastante que la armonía conyugal no sea óptima, pues la conducta que exige el art. 82.1.<sup>ª</sup> CC ha de ser grave o reiterada si es leve, ha de ir acompañada de un elemento psicológico consistente en el rencor o en la aversión, de manera que si provoca una persistente situación de agravio y de vulneración del deber de respeto que haga razonablemente intolerable la cohabitación y el cumplimiento de los fines del matrimonio, o un estado continuo de tirantez y desafecto que, en muchos casos, puede llevar a la violencia, sí ha de considerarse que integra la causa de separación que nos ocupa (STS 11 de febrero de 1985 [RJ 1985\542] y SAP Valencia 16 de octubre de 1992 [AC 1992\1344]).

Para apreciar como causa de separación la violación grave o reiterada de los deberes conyugales **es suficiente una sola violación si es grave y lo es, obviamente, la agresión física, como también la violencia psíquica grave, aunque puede resultar que ésta requiera una mayor continuidad en el tiempo.** Así lo razona fundadamente la STS 21 de octubre de 1994 [RJ 1994\8123], señalando que las normas jurídicas han de interpretarse según el criterio sociológico, en el que influye el derecho a la dignidad. Así lo considera también la SAP Valencia 14 de septiembre de 1993 [AC 1993\1661], ante la situación de contienda y desavenencia verbal y física entre los esposos materializada en actos de agresión de él a ella, averdados por testigos, cabe hallar, de conformidad con el parecer de aquel órgano jurisdiccional, una conducta que encaja de lleno en el núm. 1 del art. 82: violación grave de los deberes conyugales.

Frente a la posible alegación por vía de reconvencción de la pérdida de la *affectio maritalis* como causa de la separación, si el otro cónyuge ha alegado y probado que existe otra causa de separación —v.gr., agresión física tras la ingesta de alcohol, acreditada mediante atestado policial e informe médico—, no resulta relevante ni admisible la alegación hecha en reconvencción, como acertadamente ha declarado la SAP Barcelona 10 de mayo de 1999 [AC 1999\988]. Esta precisión resulta especialmente relevante y así ha de ponerse de manifiesto frente a la tendencia jurisprudencial a minimizar la trascendencia de la causa de la separación, por cuanto, si bien no repercute en las medidas inherentes a la

---

(11) Vid. un detallado análisis de la evolución jurisprudencial en ROMERO COLOMA, A.M.<sup>ª</sup>, *La separación matrimonial por causa de trasgresión de los deberes conyugales y paternofiliales (Estudio de los apartados 1 y 2 del artículo 82 del CC)*, Dijusa, Madrid, 2001, especialmente las págs. 53 y ss.

separación, no resulta indiferente, a otros efectos jurídicos, cuál de los cónyuges resulta estar incurso en la causa de separación, y ello fundamentalmente en relación con los derechos sucesorios, tanto en la sucesión testada (art. 834 del CC), como en la intestada (art. 945 del CC)<sup>(12)</sup>.

Si la violencia no tiene lugar en relación con el cónyuge, pero sí con otros integrantes de la unidad familiar —especialmente con los hijos—, el agresor se encontrará incurso en la causa de separación prevista en el art. 82.2.ª del CC: “*violación de los deberes familiares*”. El Código menciona cualquier violación grave y reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar. Cabe precisar que integran los requisitos exigidos para la apreciación de esta causa de separación, entre otras conductas, la reclusión permanente de los hijos, comunes o no, en el propio domicilio, los insultos y vejaciones a ellos dirigidos, los malos tratos que excedan del adecuado uso de la facultad de corrección *ex art. 154*, párrafo 4.º, inciso final, del CC, así como la ausencia de cariño y apoyo efectivo (SAP Santa Cruz de Tenerife 8 de julio de 1985)<sup>(13)</sup>.

*B. La ausencia de consideración de los malos tratos como causa de divorcio.*

Entre las causas de divorcio, enunciadas de manera consecutiva en los cinco números que integran el contenido del art. 86 del CC, en el que se recogen aquéllas, es denominador común expreso de las cuatro primeras el concepto de “cese efectivo de la convivencia conyugal”, prolongado durante un período de tiempo determinado en función de diversas circunstancias concurrentes, y aun éste aparece de forma implícita en la última de ellas, si bien parece prevalecer en ella la idea del comportamiento culpable. En ésta, enunciada bajo el ordinal 5.º del art. 86 del CC, se contempla como causa de disolución del vínculo matrimonial la condena a un cónyuge en sentencia firme por atentar contra la vida del otro, de sus ascendientes o de sus descendientes. Así las cosas, los simples malos tratos que integran los supuestos de violencia doméstica, incluido el supuesto de existencia de una condena penal en atención al tipo del delito de malos tratos en el ámbito familiar o el atentado contra la integridad personal del cónyuge, no son causa de divorcio en el Ordenamiento

---

(12) *Vid.* ARCOS VIEIRA, M.ª L., *La desaparición de la affectio maritalis como causa de separación y divorcio*, Aranzadi, Pamplona, 2000, especialmente las págs. 51 y ss.

(13) MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al art. 82 del CC”, en *Comentarios al Código Civil* (R. Bercovitz, coord.), Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 182.

jurídico español<sup>(14)</sup>. A esta situación difícilmente justificable, cuando menos desde parámetros extrajurídicos, pretendidamente se ha querido poner remedio a través de sendas Proposiciones de Ley presentadas por los Grupos Parlamentarios Popular y Federal de Izquierda Unida en la VI Legislatura<sup>(15)</sup>, de reforma de los arts. 86 y 103 del CC. Ambas, una vez aprobada su toma en consideración por el Pleno del Congreso de los Diputados en febrero de 1999<sup>(16)</sup>, caducaron, sin que fuesen retomadas por los grupos mayoritarios en la Cámara legislativa en ningún momento posterior. En las precitadas proposiciones de reforma se pretendían ampliar los tipos delictivos en virtud de los que, una vez hubiese recaído sentencia firme de condena de uno de los cónyuges, pudiese ampararse causalmente la demanda de divorcio, de manera que se proponía la siguiente redacción del núm. 5.º del art. 86 del CC: “5.º *La condena por sentencia firme por la comisión de cualesquiera de los siguientes delitos: a) Atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes. b) Producir a su cónyuge o a sus descendientes, con violencia o intimidación, amenaza o engaño, un aborto o lesiones al feto. c) Atentar contra la integridad física de su cónyuge, ascendientes o descendientes, produciéndole lesiones calificadas como delito. d) Ejercer habitualmente violencia sobre su cónyuge, o sobre sus ascendientes o descendientes o convivientes en la unidad familiar. e) Realizar en la persona de su cónyuge, o de sus ascendientes o descendientes, un delito de detención ilegal, secuestro o coacciones*”.

Sin prejuicio acerca de la bondad intrínseca de esta reforma, que supondría objetivamente la ampliación de las causas de divorcio, la representante del Grupo Parlamentario Socialista, ALBERDI ALONSO, en su intervención en el trámite de toma en consideración de las Proposiciones de Ley que nos ocupan, puso de manifiesto su escasa utilidad práctica para paliar las situaciones que surgen como consecuencia de la violencia doméstica, en tanto que no contemplaban una nueva causa de divorcio alegable de manera directa, sino que el cónyuge que pretendiese invocarlas habría de esperar la existencia de

---

(14) MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de Derecho comparado*, Comares, Granada, 2001, págs. 70 y 71.

(15) Proposición de Ley de reforma del CC en materia de proceso de separación y divorcio, cuando se deriven o tengan como precedentes malos tratos entre los cónyuges, presentada por el GP Popular del Congreso (122/000208) (BOCG, serie B, núm. 236-1, 16 de noviembre de 1998); Proposición de Ley de reforma del CC en materia del proceso de separación y divorcio, cuando tengan como precedentes malos tratos entre los cónyuges, presentada por el GP Federal de Izquierda Unida (122/000233) (BOCG, serie A, núm. 262-1, 14 de diciembre de 1998).

(16) *Vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, núm. 215 (Sesión plenaria núm. 207, 23 de febrero de 1999), págs. 11506 a 11517.

una sentencia penal firme de condena por alguno de los delitos enunciados, demostrando la realidad que el período de tiempo necesario para que se pronuncie tal sentencia es mucho más dilatado que el que es necesario esperar en virtud de las causas de divorcio asentadas exclusivamente en el cese efectivo de la convivencia conyugal<sup>(17)</sup>. Por esta razón, recordaba la representante del GP Socialista la propuesta de reforma de las causas de divorcio formulada en el Informe del Defensor del Pueblo, consistente en acortar los plazos de cese de la convivencia conyugal actualmente exigidos para poder solicitar el divorcio e, incluso, el establecimiento de la posibilidad de acudir directamente al divorcio, sin esperar período de tiempo alguno, lo que, a mi juicio, resultaría especialmente idóneo, aunque se previese la necesidad de acreditar ante el Juez civil los malos tratos de palabra o de obra, sin necesidad de condena penal alguna.

En efecto, en el Informe del Defensor del Pueblo sobre “*La violencia doméstica contra las mujeres*”, se ponía especialmente de manifiesto, siguiendo las ideas expresadas por algunas asociaciones de mujeres, la oportunidad de modificar la normativa reguladora del divorcio con la finalidad de evitar la necesidad de una previa separación conyugal, posibilitando acudir directamente al procedimiento de divorcio sin necesidad de esperar plazo alguno, pues con ello se evitaría a la víctima tener que acudir a dos procedimientos judiciales consecutivos —uno de separación y otro de divorcio— obligándola a mantener relaciones, aunque sean en el ámbito estrictamente judicial, con su cónyuge agresor, prolongando su sufrimiento y encareciendo el coste de la solución final<sup>(18)</sup>.

*C. La violencia conyugal como expresión de la alteración sobrevenida del carácter del agresor constituye causa de nulidad matrimonial.*

El art. 73 del CC, prevé, en el inciso 2.º de su núm. 4.º, como causa de la nulidad del matrimonio, el error en las cualidades personales del otro contratante que, por su entidad, hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento por el contratante que incurrió en el error. La jurisprudencia se ha esforzado en precisar que el precepto no alude al error en cualquier cualidad individual o personal equivocada, sino en aquéllas que, por su singular impor-

---

<sup>(17)</sup> *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, núm. 215 (Sesión plenaria núm. 207, 23 de febrero de 1999), pág. 11510.

<sup>(18)</sup> Informe del Defensor del Pueblo, “*La violencia doméstica contra las mujeres*”, en *Informes, estudios y documentos*, Publicaciones del Defensor del Pueblo, Madrid, diciembre de 1998, pág. 32 (puede verse también en <http://www.defensordelpueblo.es/Docs/domes.pdf>).

tancia, hubiesen viciado plenamente el consentimiento prestado por el contrayente. A efectos de valorar la existencia del error han de valorarse las cualidades del contrayente en el momento previo a la celebración del matrimonio y el hecho de que éstas, esenciales para la vida en común y para que el contrayente que padeció el error pueda hacer frente a la vida en común y a la asunción de los deberes que resultan del vínculo matrimonial, permanezcan ocultas o no se manifiesten al otro contrayente (STS de 11 de julio de 1987 [RJ 1987\5459]). De esta manera, parece razonable pensar que si uno de los contrayentes durante la relación prematrimonial tuvo un comportamiento afectuoso con el otro, revelándose posteriormente su carácter violento y agresivo, manifestándose en episodios de violencia doméstica física, verbal o psicológica, siendo éste impredecible desde la perspectiva del contrayente que incurrió en el error acerca de tan trascendente cualidad para la convivencia matrimonial, se estará ante un supuesto en el que proceda la declaración de la nulidad del matrimonio por error en cualidad esencial de la persona que ha inducido a la otra a prestar el consentimiento matrimonial.

De acuerdo con la doctrina expuesta, la SAP Málaga (Sec. 6.<sup>a</sup>) de 15 de febrero de 2001 [AC 2001\2573] ha declarado la nulidad matrimonial en un supuesto en el que *“ha quedado suficientemente acreditado a nuestro juicio la existencia y constatación del error padecido en la esposa con anterioridad a la celebración del matrimonio, siendo las características del carácter, precisamente la cualidad personal fundamental que deben ostentar los contrayentes, no apreciándose sin embargo la mala fe de ninguno de los cónyuges. Siendo cierto, no obstante, como señala el juez a quo, que no ha de olvidarse que la vida en común de los cónyuges permite llegar a observar matices en el modo de ser que no se pueden descubrir durante el noviazgo y que podrían ser innumerables los casos de nulidad, tampoco debe olvidarse que el carácter no es una cuestión de matiz y por otra debe señalarse que serán nulos los matrimonios que padezcan alguna de las causas de nulidad que en la interpretación conjunta de la normativa matrimonial den lugar a la nulidad del matrimonio civil”* (FD 4.<sup>o</sup>). Esta tesis, de acuerdo con la cual la malos tratos de palabra y obra sobrevenidos de manera insospechada tras la celebración del matrimonio han de reputarse causa de nulidad matrimonial que puede subsumirse en el art 73.4.<sup>o</sup> del CC, es asumida también en la SJPI núm. 18 de Valencia de 10 de septiembre de 2002 [La Ley, § 7711], si bien en esta concurrían, además del maltrato de palabra y obra por la joven esposa al anciano marido, otras connotaciones que no son del caso y que acaso influyeran también en la decisión del Juez. En todo caso, a mi juicio, el comportamiento violento de un cónyuge que se manifiesta tras el inicio de la convivencia matrimonial no puede ser equiparado a *“los errores relativos a la conducta, comportamiento, afectividad, dedicación a la familia, generosidad, gustos, aficiones, en definitiva, al carácter y forma de ser y actuar de cualquiera de los cónyuges [que] no pueden ser nunca invocados*

*como de cualidad esencial, pues los que ampara el art. 73-4.º del CC” (FD 3.º de la SAP, Sec. 5.ª, Sevilla, de 21 de julio de 2000 [AC 2000\4715]).*

## 2. Régimen jurídico de las medidas provisionales previas.

De acuerdo con lo ya apuntado, las medidas que el Juez civil puede adoptar en un caso de violencia doméstica se vinculan al inicio de un proceso matrimonial de separación, de divorcio o de nulidad, de manera que la víctima, que tenga el estado civil de casado/a y que pretenda la imposición judicial de determinadas medidas de protección frente al agresor, si éste es su cónyuge, está compelida a formalizar, de acuerdo con las circunstancias del caso, alguno de estos procesos de crisis matrimonial, aun cuando la posibilidad de presentar la solicitud de la adopción de medidas previas y posteriormente, en el plazo de treinta días —plazo que no casualmente coincide con el previsto en el art. 105 del CC para el caso de que el cónyuge que abandone el domicilio conyugal mediando una *causa razonable* (sin duda lo es la situación de violencia generada por el otro cónyuge), pueda presentar la demanda o la solicitud que permite el art. 104 del CC, sin que pueda reputarse aquel hecho como incumplimiento del deber de convivencia—, si es que se quiere que se siga manteniendo la eficacia de las medidas adoptadas, la demanda matrimonial (art. 771.5 de la LEC) concede tanto a la víctima como al agresor un período de tiempo razonable para reflexionar sobre los orígenes y la solución del episodio de violencia sin que necesariamente se vean compelidos a la formalización jurídica de su crisis matrimonial.

### A. Naturaleza y finalidad de las medidas provisionales previas.

La finalidad perseguida por el legislador al prever la posibilidad de la adopción de medidas provisionales previas incluso antes de haberse formalizado la demanda matrimonial es la constituida por el hecho de que es un instrumento adecuado que permite otorgar una **protección sumarísima al cónyuge que se proponga iniciar un proceso matrimonial, facilitándole el acceso a la tutela jurisdiccional**, de manera que se presentan como especialmente indicadas en los supuestos de violencia doméstica. En consecuencia, su sentido y finalidad no es el constituido por la necesidad de asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte en el proceso principal, sino que con su previsión se pretende garantizar una situación de libertad psicológica y anímica del cónyuge que pretende ejercitar sus derechos procesales con plenas garantías y sin coacciones, constituyendo la expresión de un poder material del cónyuge instante que sujeta a los miembros de la familia a una nueva situación provisional. Siendo esto así, y como consecuencia, ha de precisarse que no tienen la natura-

leza de las medidas cautelares de los arts. 726 y 728 de la LEC<sup>(19)</sup>, aunque también éstas cabe que sean adoptadas con carácter previo a la interposición de la demanda, de acuerdo con lo indicado también en el ya citado Informe del CGPJ de 21 de marzo de 2001. Congruente con aquella naturaleza resulta la doctrina jurisprudencial mantenida hasta la promulgación de la LEC/2000, de acuerdo con la cual la generalidad de los Juzgados y Tribunales permitían la solicitud de estas medidas previas sólo en los casos de urgencia, aunque esta limitación no figuraba en el texto legal<sup>(20)</sup>. En el resto de los casos, su adopción requería la presentación de la correspondiente demanda matrimonial y la solicitud de las medidas provisionales. Así las cosas, parece razonable pensar que, aunque, como norma general, el Juez de Primera Instancia o de Familia puede estimar o no la demanda de medidas previas provisionales, en el caso de que se acredite que el cónyuge que presenta la solicitud es víctima de la violencia física, psíquica o sexual de la que es responsable el cónyuge del que pretende separarse o divorciarse, la estimará, resultando conveniente, a efectos de prueba de aquellos hechos, aportar la correspondiente denuncia penal y, en su caso, el parte médico de lesiones.

El tenor literal del art. 771 de la LEC no permite dar una respuesta unívoca a las cuestiones atinentes a sí, después de haberse dictado la sentencia de separación, uno de los cónyuges, que pretende interponer una demanda de divorcio (o de nulidad), puede solicitar en este momento la adopción de medidas previas. En este sentido, PÉREZ MARTÍN ha puesto de manifiesto que la lógica de la tramitación parlamentaria del precepto lleva a la solución afirmativa, pues se rechazó la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista —la núm. 668— en la que se pretendía aclarar esta cuestión, estableciendo expresamente la imposibilidad de solicitar medidas previas cuando ya con anterioridad se hubiesen adoptado otras<sup>(21)</sup>. Sin embargo, es cierto que si nos guiamos por lo que consideraba la jurisprudencia bajo la vigencia de la derogada LEC/1881, la práctica judicial va a determinar la inadmisión a trámite de esta solicitud cuando ya exista un auto o una sentencia anterior fijando las medidas. Pese a ello, la

---

(19) Entre otros, en este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Los procesos especiales y los ordinarios con especialidades”, en *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (V. CORTÉS y V. MORENO, Coords.), tomo V, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 107; ILLÁN FERNÁNDEZ, J.M.<sup>3</sup>, *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Aranzadi, Pamplona, 2002 (2.<sup>3</sup> ed.), pág. 153.

(20) *Vid.*, entre otros, PONS GONZÁLEZ, M./DEL ARCO TORRES, M.Á., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial: Régimen jurídico* (5.<sup>3</sup> ed.), Comares, Granada, 2002, pág. 420.

(21) PÉREZ MARTÍN, A. J., *El Derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 142.

respuesta afirmativa, que resulta ser especialmente coherente con la naturaleza de las medidas previas que nos ocupan, resultaría un expediente adecuado para que el Juez pudiese reaccionar adecuadamente cuando los episodios de violencia doméstica sobrevienen precisamente al momento de la tramitación judicial de las demandas matrimoniales.

B. *Legitimación activa.*

Suele afirmarse que únicamente están legitimados para solicitar la adopción de las medidas previas, a las que venimos aludiendo, los cónyuges, sin que lo esté el Ministerio Fiscal, aun cuando éste es siempre parte, *ex art.* 749.1 de la LEC, en los procesos de nulidad matrimonial y aun estando legitimado activamente, *ex art.* 74 del CC, para ejercitar la acción de nulidad. El hecho de que las medidas que nos ocupan se configuren como accesorias de un proceso matrimonial parece determinar su carácter dispositivo y que, por lo tanto, no puedan ser adoptadas *ex officio*. En todo caso, ha de diferenciarse, respecto de este régimen, el supuesto en que alguno de los cónyuges sea menor o incapaz, en cuyo caso, de conformidad, con el art. 75 del CC, tanto el Ministerio Fiscal, como sus padres, tutores o guardadores, integrarán su capacidad procesal, pudiendo solicitar en nombre de aquél las medidas previas ordenadas a la regulación de sus relaciones personales y patrimoniales (STC 311/2000, de 18 de diciembre). También es parte en los procesos matrimoniales el Ministerio Fiscal si existen menores o incapaces interesados en el resultado del pleito (art. 749.2 de la LEC), ejercitando en estos casos una legitimación propia y no sustitutiva, justificada en la defensa del interés público. En el caso de que existan menores, si el Ministerio Fiscal cree necesario que se tutelen de forma urgente los derechos de éstos, habrá de solicitarlo al amparo del art. 158 del CC<sup>(22)</sup>.

En principio cabe la solicitud de las medidas previas también en los casos en los que no existan hijos menores, ya que en los supuestos de violencia entre los cónyuges la víctima necesita de la misma protección que podrían necesitar sus hijos menores y, por lo tanto, podría acordarse a su favor, pongo por caso, la atribución del uso de la vivienda familiar. No ha de olvidarse que, en el caso de que los incidentes producidos hayan dado lugar a una denuncia penal, en ella

---

(22) PÉREZ MARTÍN, A. J., *El Derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, pág. 143; CALDERÓN CUADRADO, M.<sup>ª</sup> P., “Medidas provisionales previas a la demanda... (Art. 771 LEC)”, en *Separación, divorcio y nulidad matrimonial* (MONTERO AROCA/BARONA VILAR/ESPLUGUES MOTA/CALDERÓN CUADRADO/FLORS MATÍES), tomo IV (arts. 769 a 778 de la LEC), Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pág. 3400.

podrá solicitarse al Juzgado de Instrucción la adopción de las medidas previstas en el art. 544 *bis* de la LECrim. que contempla, entre las medidas que pueden imponerse cautelarmente —el hecho de que como presupuesto el precepto contemple la investigación de uno de los delitos mencionados en el art. 57 del CP, pero no el tipificado en el art. 153 del CP, aunque éste se encuentre sistemáticamente ubicado en el Título genéricamente reservado a las lesiones, ha sido razonablemente criticado por el Informe del CGPJ de 19 de junio de 1998, recibiendo también fundadas críticas doctrinales el hecho de que no proceda su adopción en las faltas<sup>(23)</sup>— y que, en su caso, habrán de ser coordinadas con las adoptadas por el Juez civil con fundamento en el art. 103 del CC, entre otras, la prohibición del agresor de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, con determinadas personas —la víctima, pero también con aquellos de sus familiares o terceros que determine el Juez—, lo que puede llevar aparejado, como consecuencias, la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local o CA, así como la interdicción de toda comunicación postal o telefónica, incluidas las realizadas a través de procedimientos permitidos por las nuevas tecnologías —como es señaladamente el *e-mail*—<sup>(24)</sup>.

Cuando el otro cónyuge ha presentado ya la demanda de separación con solicitud de medidas provisionales, ¿puede admitirse a trámite la solicitud de medidas previas solicitada por el otro? El texto legal no contempla el supuesto. Si se presentó antes el escrito de medidas previas parece evidente que ha de sustanciarse dicha petición y no convocar a las partes para la celebración de la comparecencia de medidas provisionales. Sin embargo, si se solicitaron con anterioridad las medidas previas, teniendo en cuenta que los requisitos procesales de ambas peticiones son idénticos, no se admitirá a trámite la segunda petición. Eso sí, el tribunal podrá adoptar el auto fijando las **medidas urgentes que considere necesarias**, manteniendo el señalamiento para las medidas provisionales.

Si la parte que solicitó las medidas previas desiste de su pretensión, surge la pregunta de si necesita o no la conformidad del Ministerio Fiscal. Es sabido que el art. 751.4.º de la LEC exceptúa del régimen general a los procesos de separación y divorcio, respecto de los que no surte efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción. Sin embargo, en puridad, no estamos ante uno de estos procedimientos, sino ante unas medidas previas a la presentación de la demanda. Si

---

(23) MAGRO SERVET, V., “El nuevo juicio de faltas rápido de violencia doméstica”, *La Ley*, núm. 5628, 8 de octubre de 2002, § III.2.

(24) *Vid.* MAGRO SERVET, V., “Hacia la optimización de las órdenes de protección a las víctimas de la violencia doméstica”, *La Ley*, núm. 5562, 10 de junio de 2002.

no existe descendencia o, si la hay, los hijos son mayores de edad, no será necesaria la conformidad del Ministerio Fiscal. Si existen hijos menores de edad, como es posible que el desistimiento pueda ser inducido o provocado por las amenazas del otro cónyuge, la cuestión podría resultar dudosa. Sin embargo, como no es posible continuar el procedimiento de separación o divorcio sin la voluntad del cónyuge, careciendo el Ministerio Fiscal de toda legitimación, lo razonable es entender que éste no ha de intervenir en el desistimiento. Otra cosa es que a la vista de la situación existente quiera solicitar la adopción de alguna o algunas de las medidas del art. 158 del CC (elenco abierto de medidas que pueden adoptarse para proteger al menor o al mayor incapacitado).

*C. Requisitos de la solicitud de medidas previas y postulación procesal.*

La presentación de la solicitud de medidas previas no precisa la intervención de procurador ni de abogado, aunque esta intervención sí es requerida para toda actuación o escrito posterior (art. 771.1 de la LEC). Basta una mera solicitud en la que se identifiquen los cónyuges —y la representación procesal si la hubiese— y en la que se haga constar la petición de la adopción de unas determinadas medidas, no siendo descartable la posibilidad de formular la solicitud mediante comparecencia personal ante el órgano jurisdiccional recogida en la correspondiente acta o, incluso, la utilización de modelos formalizados.

Las medidas solicitadas pueden serlo en relación con la custodia de los hijos —en función de la existencia de motivos de riesgo o peligro para la integridad, física o moral, del menor—, el uso de la vivienda familiar, alimentos y las del art. 102 del CC. Para estos efectos es conveniente hacer constar un relato de los hechos acaecidos. Pueden solicitarse las medidas de los arts. 102 y 103 del CC, pero no otras como la pensión compensatoria. En principio no se exige aportación de prueba documental alguna, aunque pudiera entenderse aplicable analógicamente el art. 728.2 de la LEC para las medidas cautelares, exigiéndose así el aporte de los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan al tribunal a fundar un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, sin prejuzgar el fondo del asunto. En todo caso resulta posible la presentación de tales medios probatorios de los hechos que avalan la solicitud de las medidas y será conveniente su presentación si es posible (por ejemplo, si existen, denuncias de malos tratos, informes médicos o de atenciones recibidas por los servicios médicos de urgencias, así como los documentos relativos al trabajo del cónyuge agresor) de manera que al Juez le resulte verosímil el alegato realizado y la adecuación a las circunstancias del caso de las medidas previas provisionales solicitadas. Si no se presentan documentos justificativos acompañando la solicitud de estas medidas, ello no precluye en absoluto que puedan presentarse en el acto de comparecencia. En todo

caso, en la vista de las medidas, si la solicitud se presentó sin asistencia letrada, ha de posibilitarse que se pueda ratificar el demandado, completar o modificar su petición originaria y ello para posibilitar la igualdad de demandado y demandante, de conformidad con la conocida exigencia dimanante de la doctrina constitucional de igualdad de armas procesales.

#### D. Competencia judicial.

El art. 771.1 de la LEC prevé que las medidas provisionales previas se soliciten ante el tribunal del *domicilio* del cónyuge que se proponga demandar la separación, el divorcio o la nulidad, de manera que se permite la petición ante el tribunal en el que se encuentre el cónyuge solicitante si es que ha cambiado de domicilio —no hace mención el precepto al domicilio conyugal—. Aunque el término *domicilio* remite al art. 40 del CC, si se tiene en cuenta que el procedimiento principal ha de suscitarse ante el Tribunal competente *ex art.* 769 de la LEC, dada la urgencia de la adopción de las medidas solicitadas, ha de considerarse competente también el tribunal del lugar en el que resida el solicitante, aun cuando sea una residencia provisional, sin que pueda el demandado alegar la falta de competencia del tribunal —resulta de aplicación la previsión contenida en el art. 725 de la LEC para las medidas cautelares en general— para que pueda suscitarse una cuestión de competencia<sup>(25)</sup>. Será competente funcionalmente el Juez de Primera Instancia o el Juez de Familia, en el caso en que lo haya en el lugar en el que se formule la solicitud de la adopción de las medidas previas, sin perjuicio de la posible competencia a prevención de los Jueces decanos *ex art.* 70 de la LEC.

#### E. Aspectos procedimentales de la adopción de las medidas provisionales previas.

- a) En el caso de concurrencia de razones que justifiquen la urgencia en su adopción: El ejemplo paradigmático de los malos tratos.

La primera consecuencia procesal que puede derivarse de la concurrencia de factores que determinan la necesidad de la urgente adopción de las medidas previas consiste en la posibilidad de habilitar, de oficio o a instancia de parte, los días y las horas en principio inhábiles para la realización de actuaciones procesales y ello de conformidad con las previsiones del ar. 131.1 de la LEC,

---

<sup>(25)</sup> Entre otros, CALDERÓN CUADRADO, M.<sup>º</sup> P., “Medidas provisionales previas a la demanda... (Art. 771 de la LEC)”, *op. cit.*, pág. 3407.

que viene a constituir la requerida precisión del art. 184.2 de la LOPJ<sup>(26)</sup>. El núm. 2 del precitado art. 131 de la LEC viene a precisar que el presupuesto de la quiebra de la regla general de que las actuaciones procesales sean realizadas en tiempo hábil es el constituido por el hecho de que la demora en su adopción pueda causar un grave perjuicio a los interesados o provocar la ineficacia de la resolución judicial que se dicte. En este sentido parece evidente que, si se quiere poner coto tempestivamente a las actuaciones violentas realizadas por uno de los integrantes de la pareja es preciso considerar que aquellas integran el presupuesto requerido por el último de los preceptos citados.

En todo caso, “*a la vista de la solicitud*”, el Juez mandará citar a los cónyuges y, si hubiese hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia que se celebrará en los diez días siguientes (art. 771.2 de la LEC). El precepto dice que la convocatoria de esta comparecencia se hará a la vista de la solicitud, de manera que parece que el Juez está obligado a admitir todas las peticiones de medidas previas que se le presenten sin que tenga que valorar si existe o no urgencia para su adopción (hasta la LEC/2000 sólo lo estaba en los supuestos de urgencia, exigiendo los tribunales, como interpretación jurisprudencial consolidada, sin fundamento normativo alguno, la aportación por la parte que solicitaba la adopción de las medidas previas un principio de prueba de los hechos en los que se fundamentaba la necesidad de su adopción)<sup>(27)</sup>. Sin embargo, en el caso de que concurren razones de urgencia, el art. 771 de la LEC permite que en el auto —el art. 771.2, *in fine*, de la LEC no precisa la naturaleza de la resolución judicial, si bien ésta habrá de adoptar la forma de auto si se adoptan ya medidas previas, o la de providencia si se limita a citar a las partes a la comparecencia— de admisión a trámite de la solicitud de medidas se adopten éstas *inaudita parte* y sin necesidad de ratificación del solicitante, siempre que el Juez considere la concurrencia de motivos que lo aconsejen<sup>(28)</sup>, de manera que, tanto en los supuestos de estado de necesidad de la familia (se requiera obtener de manera inmediata la guarda de los hijos, la pensión alimenticia para los hijos o para alguno de los cónyuges, etc.), como en el de malos tratos —físicos o psíquicos—, parece razonable estimar que así

---

(26) En este sentido, a propósito precisamente de la urgencia en la adopción de las medidas previas, CALDERÓN CUADRADO, M.<sup>º</sup> P., *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio (La aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 a 773 de la LEC)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, págs. 293 y 294.

(27) PÉREZ MARTÍN, A.J., *El Derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, pág. 146.

(28) CALDERÓN CUADRADO, M.<sup>º</sup> P., *Medidas provisionales en nulidad, separación y divorcio (La aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 a 773 de la LEC)*, *op. cit.*, pág. 293.

habrá de hacerlo, debiendo aportar la parte solicitante de las medidas, al menos, un principio de prueba que permita al Juez fundar su decisión. La razón, en el caso de que la solicitud de medidas se ampare en los malos tratos familiares<sup>(29)</sup>, estriba precisamente, además de en la razón derivada de posibilitar que sean adoptadas las medidas previas para no obligar al cónyuge a presentar la demanda de separación o de divorcio mientras esté conviviendo con el/la demandado/a, pues las estadísticas revelan que es en el momento en el que se suscita judicialmente la crisis matrimonial cuando acontecen con mayor frecuencia y virulencia los episodios de violencia<sup>(30)</sup>, en poner los medios necesarios, de manera ágil y eficaz, en orden a que cese la violencia y la víctima se encuentre más amparada. Como no hay restricción alguna en el precepto, la posibilidad ha de admitirse también en relación con cónyuges separados de hecho que no convivan en el mismo domicilio. En el caso de que haya mediado una previa denuncia de malos tratos y se haya incoado el correspondiente proceso penal, si el Juez penal ya ha adoptado alguna de las medidas cautelares previstas en el art. 544 *bis* de la LECrim. —en particular la prohibición de aproximación a la víctima— el Juez civil que recibe la solicitud de medidas previas provisionales —a la que debe acompañarse, a los efectos que siguen, la resolución judicial penal en la que se adoptan aquellas medidas cautelares— podrá adoptarlas *inaudita parte* —se trata, éste, de uno de aquellos casos en los que la eliminación de la contradicción que exige el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva acogido en el art. 24 de la CE se justifica por la necesidad de no perjudicar la efectividad de la medida cautelar y la previsión de que inmediatamente después de adoptada se oirá a la parte afectada— mediante auto en el que se cite a las partes a la posterior comparecencia, debiendo adecuarlas en todo caso a las ya adoptadas por el Juez penal<sup>(31)</sup>. Es en este momento especialmente delicado en el que se aprecia con toda virulencia la necesidad de la coordina-

---

(29) *Vid.*, sobre el fundamento de las medidas previas en los malos tratos y en el peligro de agresión a uno de los cónyuges, entre otros, ILLÁN FERNÁNDEZ, J. M.<sup>a</sup>, *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.* (2.<sup>a</sup> ed.), págs. 154 y 155, y SOLETO, H., *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pág. 237.

(30) *Vid.* ALBERDI, I./MATAS, N., *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*, *op. cit.*, pág. 195. En el citado Informe del Defensor del Pueblo sobre la violencia doméstica contra las mujeres del año 1998, se señalaba que más de la mitad de las mujeres asesinadas por sus esposos habían iniciado ya los trámites de separación.

(31) Sobre los presupuestos y la constitucionalidad de la adopción de medidas cautelares *inaudita parte* en aquellos supuestos en los que concurren especiales razones de urgencia, entre otros, *vid.* PICÓ I JUNOY, J., *Las garantías constitucionales del proceso*,

ción entre los órganos jurisdiccionales penales y civiles, habiendo sido esta una medida demandada en todos los informes que se han elaborado sobre la materia —en especial en el del CGPJ de marzo de 2001—. Esta necesaria coordinación puede articularse a través de la correspondiente Oficina de Atención a la Víctima, a través del Registro de Violencia Doméstica que puede llevarse en el Decanato de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción o a través del Ministerio Fiscal <sup>(32)</sup> (sobre la necesidad de establecer mecanismos de coordinación *ad hoc*, *vid. infra* § VIII).

El hecho de que los órganos jurisdiccionales penales no hayan adoptado previamente ninguna medida cautelar de protección de la víctima de la violencia doméstica, porque no se haya presentado la denuncia penal o por cualquier otra razón, no impide, en absoluto, que el Juez de Primera Instancia o, en su caso, de Familia, adopte de manera urgente las que estime oportunas (especialmente los efectos del art. 102 del CC y las medidas enunciadas en el art. 103, también del CC), verificando únicamente la concurrencia de los presupuestos prevenidos en el art. 728 y concordantes de la LEC, sin necesidad de audiencia del otro cónyuge, aunque también puede realizar las correspondientes diligencias sumarias para poder oír tanto al solicitante como al demandado, sin necesidad de que se encuentren asistidos por abogado ni representados por procurador, pues las medidas adoptadas serán, en su caso, confirmadas, modificadas o levantadas en la comparecencia inmediatamente posterior a que se refiere el art. 771.3 de la LEC <sup>(33)</sup>. Contra el auto de adopción de medidas previas en casos de urgencia no procede recurso alguno, lo que resulta razonable pues en la necesaria e inmediata comparecencia posterior se ha de volver sobre el asunto y el Juez podrá adoptar una resolución objetivamente más fundada.

- b) En el caso de que no concurren razones que aconsejen la urgente adopción de medidas previas.

Si el Juez estima que no se hace preciso adoptar las medidas de urgencia, porque no concurren circunstancias que lo justifiquen —o no se ha aportado siquiera principio de prueba de las mismas—, la resolución que dicte el tribunal

---

J.M.<sup>3</sup> Bosch, Barcelona, 1997, pág. 103; PÉREZ MARTÍN, A.J., *El derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.*, pág. 144; DELGADO MARTÍN, J., *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico: problemas penales y procesales; la jurisdicción civil*, Colex, Madrid, 2001, pág. 177.

<sup>(32)</sup> DELGADO MARTÍN, J., *La violencia doméstica*, *op. cit.*, pág. 176.

<sup>(33)</sup> CORDÓN MORENO, F., “Comentario al artículo 771 de la LEC”, en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (CORDÓN/ARMENTA/MUERZA/TAPIA coords.), vol. II (arts. 517 al final), Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 800.

tendrá la forma de *providencia* y en ella mandará citar a los cónyuges y, en su caso, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia que deberá celebrarse en los diez días siguientes. Salvo que se establezca un trámite ágil para el nombramiento de abogado y procurador del turno de oficio, será muy difícil poder cumplir este plazo cuando el cónyuge que pide las medidas solicita el nombramiento de estos profesionales. En el trámite de comparecencia, ambos cónyuges, o uno de ellos, pueden manifestar que carecen de bienes y que desean el nombramiento de procurador y abogado del turno de oficio. El tribunal habrá de acceder a la petición y suspender la comparecencia hasta tanto no se hayan producido dichas designaciones<sup>(34)</sup>. En todo caso, la vigente LEC pone fin a la exigencia de la concurrencia del requisito de la urgencia para que puedan ser adoptadas medidas previas a la fecha de la interposición de la demanda con la que se incoa el proceso matrimonial, identificándolas con las que pueden ser adoptadas de manera coetánea a la tramitación de éste<sup>(35)</sup>.

c) Cuestiones comunes a ambos supuestos.

En la citación se hará constar que ambos cónyuges deben comparecer personalmente y, además, acompañados de procurador y abogado, apercibiendo a los cónyuges que la falta de asistencia, sin causa justificada, podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial. Este apercibimiento no significa que, si el demandado no comparece, el Juez adoptará las medidas, única y exclusivamente con base en las alegaciones de la parte solicitante —no es una *ficta confessio*—, sino que la incomparecencia unida al resto de pruebas puede determinar el pronunciamiento de las medidas de carácter económico<sup>(36)</sup>.

Si el cónyuge solicitante no asistiese a la vista y el demandado no alegare interés legítimo en la continuación de la comparecencia para que se dicte el auto

---

(34) PÉREZ MARTÍN, A.J., *El Derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., pág. 147.

(35) Entre otros, vid. SOLETO, H., *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, op. cit., pág. 239.

(36) En contra, CORDÓN MORENO entiende que la incomparecencia del cónyuge demandado sí es una *ficta confessio* del art. 450.2 de la LEC, por tratarse de una materia dispositiva —cfr. art. 705.4 LEC— (CORDÓN MORENO, F., “Comentario al artículo 771 de la LEC”, op. cit., pág. 800). En este mismo sentido, GAVILÁN LÓPEZ, J., “Medidas previas y provisionales en los procesos de nulidad, separación y divorcio”, en *Matrimonio: Nulidad canónica y civil, separación y divorcio* (X. O’CALLAGHAN, Coord.), CEURA, Madrid, 2001, pág. 444.

de medidas previas, se le tendrá en el acto por desistido, se le impondrán las costas causadas y se le condenará a indemnizar al demandado que haya comparecido, si éste lo solicitase y acreditase los daños y perjuicios sufridos. Si es el demandado el que no comparece, se continuará la misma. Si no comparece ninguna de las partes, se dictará auto teniendo al actor por desistido de la solicitud de las medidas previas. Si no comparece el abogado, los actos procesales son nulos a tenor del art. 225.4.º de la LEC. Respecto del procurador, aunque el texto legal exige su intervención, siendo éste un representante procesal, no se ve la necesidad si la parte comparece personalmente al acto<sup>(37)</sup>.

La finalidad de la comparecencia es la de sentar las bases para la decisión sobre las medidas solicitadas del art. 103 del CC, pues los efectos prevenidos en el art. 102 del CC se producen *ope legis* y, en el caso de medidas previas adoptadas en los casos de urgencia, la de decidir, con mayores elementos de juicio, acerca de lo acertado de aquéllas y, en función de este juicio, de su mantenimiento o de su modificación —por esta razón algún autor gráficamente ha denominado a las medidas previas adoptadas de manera urgente como “*medidas previas a las previas*”<sup>(38)</sup>—. Es posible que en la comparecencia se llegue a un acuerdo entre las partes, que no vincula al tribunal, que habrá de aprobarlo, previa audiencia del Ministerio Fiscal si hay hijos menores o incapacitados. Si no hay acuerdo (o este no fuese aprobado en todo o en parte) se abre un incidente contradictorio en el que se oirá a las partes y al Ministerio Fiscal, en su caso.

En la comparecencia se dará la palabra a cada una de las partes para que formulen las alegaciones que estimen convenientes en relación con la adopción de las medidas solicitadas. Se propondrán, a continuación, las pruebas de las que intenten valerse y, admitidas éstas, se practicarán en la vista. Si alguna prueba no pudiese practicarse en la comparecencia, se señalará fecha para su práctica, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes. Si la prueba solicitada es la psicosocial difícilmente en tan corto espacio de tiempo será factible la emisión de dicho informe, a no ser que se aumente el número de profesionales. En el art. 771 no se prevé que durante este plazo las partes puedan proponer nuevas pruebas, de manera que no podrán admitirse, salvo que se trate de un supuesto que encaje en las previsiones del art. 426 de la LEC: hechos acaecidos con posterioridad a la solicitud.

El Juez puede acordar de oficio la práctica de cualquier prueba que considere necesaria para un mejor conocimiento de las circunstancias que deben

---

(37) PÉREZ MARTÍN, A.J., *El Derecho de familia y sucesiones en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op. cit., págs. 148 y 149.

(38) BAYO DELGADO, J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, CGPJ (Manuales de Formación Continuada, núm. 6), pág. 677.

tenerse en cuenta para dictar las medidas. En todo caso, acaso haya de recordarse que, pese a que la LEC no establece expresamente la necesidad de que el Juez escuche a los menores, en el caso en que los haya, si los hay y, especialmente, si son mayores de doce años, parece razonable que así lo haga.

Finalizada la comparecencia o, en su caso, terminado el acto que se hubiere señalado para la práctica de la prueba que no hubiera podido efectuarse en aquélla, el Juez resolverá, en el plazo de 3 días, mediante *auto*, contra el que no cabe recurso alguno (se recoge expresamente la que era la mejor doctrina de las Audiencias Provinciales bajo la vigencia de la Ley derogada, dada la eficacia temporal de las medidas previas y que admitir recurso sería hacerlas de mejor condición que las provisionales o coetáneas). Así, *v.gr.*, la SAP Barcelona (Sección 12.<sup>a</sup>) de 15 de marzo de 2000 [AC 2000\907] declaró la nulidad de actuaciones en un caso en el que se había admitido a trámite indebidamente el incidente de oposición al auto de medidas provisionalísimas de separación matrimonial dictado. Sin embargo, en algunos casos, las exigencias dimanantes del derecho a obtener la tutela judicial efectiva pueden imponer excepcionalmente la admisión del recurso de apelación, como ocurrió en el supuesto planteado por el Auto de la AP de Ciudad Real de 2 de marzo de 1998 [AC 1998\637]: presentada la reclamación de medidas provisionalísimas y opuesto a las mismas el demandado alegando incompetencia del órgano de instancia y el hecho de haber interpuesto demanda de separación ante otro Juzgado, se rechaza la cuestión de competencia propuesta de acuerdo con el tenor del derogado art. 1884 de la LEC/1881 y se acuerda la tramitación del procedimiento celebrando la oportuna comparecencia, si bien ante la presentación de la demanda de separación por parte del demandado se declara no haber lugar a dictar auto de medidas provisionalísimas. Planteada por la actora cuestión de competencia por inhibitoria en el procedimiento principal, dice la AP que *“no cabe duda de que se está ante una situación de hecho que necesita ser regulada so pena de afectar al derecho a la tutela judicial efectiva de la parte apelante, pues es lo cierto que desde que se presentó la solicitud y hasta la fecha se carece, por la decisión judicial aquí apelada, de unas medidas que puedan regir de forma cautelar los intereses de los cónyuges ante la situación de separación de los mismos. Si la imposibilidad de interponer en este procedimiento cuestiones de competencia resulta de la propia naturaleza y finalidad de la institución tendente a poner pronto e interino remedio a situaciones matrimoniales deterioradas y con necesidades urgentes que atender que no pueden por ello esperar a la mayor demora que conlleva el ulterior procedimiento de separación, no cabe duda que si no se quiere gravar aún más la posición de la actora deben establecerse aquellas medidas que siendo urgentes tiendan a paliar la grave situación que la separación genera entre los cónyuges”*.

---

# JURISPRUDENCIA

---

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**Tribunal Constitucional, Sala 2.<sup>a</sup>, Sentencia 151/2002, de 15 de julio.**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás Vives Antón.**

*Admisibilidad del comiso de un vehículo propiedad de la sociedad de gananciales aun cuando solamente fuese condenado el esposo por un delito contra la salud pública, todo ello sin perjuicio, claro está, de que la esposa solicite limitar la ejecución a la cuota de su cónyuge, evitando así cualquier efecto reflejo de la condena penal sobre su propio patrimonio.*

### ANÁLISIS DEL CASO

- El 10 de diciembre de 1995 los integrantes de una patrulla de la Ertzainza vasca detuvieron en la provincia de Álava, en la carretera N-I, un vehículo que les resultó sospechoso. En su registro se encontraron 47.536 gramos de hachís.
- Como consecuencia de las investigaciones practicadas Joseba fue acusado y condenado como autor de un delito contra la salud pública en su calidad de organizador de la adquisición y traslado de la droga intervenida. El relato de hechos probados de la Sentencia condenatoria afirmó que, con la finalidad de controlar el transporte de la droga, el vehículo interceptado iba precedido de otro, con matrícula SS-...-AM, que conducía el cónyuge de la recurrente.
- El 16 de diciembre de 1995, en la fase de investigación del proceso penal iniciado en averiguación de aquellos hechos, el Juez de Instrucción acordó la intervención cautelar de un teléfono portátil y del vehículo matrícula SS-...-AM, que en el Registro de la Jefatura Provincial de Tráfico aparecía inscrito a nombre de Amaia, esposa de Joseba. Ésta presentó ese mismo día ante el Juzgado un escrito en el que solicitaba la devolución del teléfono y del mencionado vehículo, afirmando ser su propietaria.
- El Juzgado de Instrucción dictó providencia, el 23 de enero de 1996, por la que denegó la petición de devolución y mantuvo la intervención del vehículo “a resultas de las responsabilidades civiles y pecuniarias” que pudieran

derivarse para su marido (sobre el cual pesaba en ese momento una orden de detención), concluyendo: “todo ello a salvo de que Amaia pruebe que los citados bienes no pertenecen a la sociedad de gananciales”. Al mismo tiempo rechazó su petición de personación en la causa.

- El 31 de enero de 1996 Amaia solicitó, de nuevo, la devolución del vehículo, alegando, entre otras cosas, que dicho vehículo era de su propiedad por habersele adjudicado en capitulaciones matrimoniales otorgadas diez días después del hallazgo de la droga, el 19 de diciembre de 1995. En dichas capitulaciones los cónyuges liquidaron el régimen económico matrimonial de gananciales y adoptaron el de separación de bienes. La solicitud fue desestimada por Auto de fecha 18 de marzo de 1996, que justificó el mantenimiento de la intervención cautelar en los arts. 334 y 338 de la LECrim. y el art. 344 bis, letra e) del Código penal.
- Contra dicho Auto, que también acordó recibirle declaración en calidad de imputada, la recurrente, por medio de su representación procesal, formuló recurso de reforma insistiendo en el carácter privativo de dicho vehículo. El recurso fue desestimado (Auto de 25 de abril de 1996) y la intervención mantenida. El 17 de mayo siguiente la recurrente prestó declaración en calidad de imputada y solicitó del Juez de Instrucción que se le entregara el vehículo en calidad de depósito, a lo que éste accedió mediante Auto de 28 de mayo de 1996 que, sin alzar la intervención, acordó designarla depositaria del mismo, con el expreso apercibimiento de cumplir las obligaciones inherentes a tal condición.
- El 30 de mayo de 1996 el Juez de Instrucción dictó Auto por el que se fijaba en 25 millones de pesetas el importe de fianza que la recurrente y su cónyuge debían prestar para hacer frente a las eventuales responsabilidades pecuniaras que se pudieran derivar de su participación en los hechos, si se llegara a aprobar. Al no ser prestada la fianza el Juez acordó, por providencia de 4 de diciembre de 1996, el embargo de bienes para hacer frente a la misma, acordando expresamente el embargo del vehículo matrícula SS-...-AM, que se llevó a efecto el 18 de febrero de 1997, según consta en diligencia unida a las actuaciones, en la que, de nuevo, se designó a la recurrente depositaria del bien.
- El 20 de mayo de 1997 el Juez dio por terminadas las diligencias de investigación. El Ministerio Fiscal formuló escrito de acusación el 17 de junio siguiente, no incluyendo entre los acusados a la recurrente. Por Auto de fecha 17 de septiembre de 1997 el Juez de Instrucción decretó la apertura del juicio oral, por delito contra la salud pública, únicamente respecto al marido de la recurrente y otros tres más, quedando tácitamente sobreseído el proceso respecto a la esposa.

- En el acto del juicio oral, al concretar definitivamente su acusación, el Ministerio Fiscal solicitó que se decretara el comiso del vehículo de la marca “Volvo” y matrícula SS-...-AM. En su Sentencia de fecha 10 de marzo de 1998 la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava condenó al cónyuge de la recurrente y a dos acusados más a sendas penas privativas de libertad, y decretó, asimismo, el comiso del vehículo intervenido antes reseñado. La Sentencia de instancia fue confirmada por el Tribunal Supremo, al desestimar el recurso de casación formulado por los tres condenados, mediante Sentencia de 28 de septiembre de 1999. En ninguno de los recursos se planteó cuestión alguna relativa al comiso del vehículo.
- D.<sup>a</sup> Amaia interpuso recurso de amparo, que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

## COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

### 1. Fundamentación del recurso.

Afirma la recurrente que era totalmente ajena a la participación de su esposo en los hechos que dieron lugar a su condena penal, por lo que, en su opinión, al ser la titular del vehículo no era posible decretar el comiso judicial del mismo, conforme a lo previsto en los arts. 27, 48 y 344, bis, letra e) del Código penal vigente en el momento de cometerse el delito. En la demanda se aduce que el comiso es una pena que, por un imperativo de legalidad y seguridad jurídica, no puede recaer sobre personas no responsables del delito. Y sin embargo, en este caso, según alega, a la recurrente se le habría impuesto una pena accesoria sin que hubiera tenido oportunidad de defenderse, causándosele por ello absoluta indefensión, sin que exista razonamiento alguno que justifique tal medida ni cuestione su actuación de buena fe. Se concluye afirmando la vulneración del art. 24 de la CE por falta de motivación de la medida, por no existir una declaración de hechos probados que la justifique y por vulneración del principio acusatorio al haber sido condenada a la pena accesoria de comiso sin haber sido acusada, ni tan siquiera mencionada, en la resolución condenato-

ria. Por estas razones solicita que se declare la nulidad parcial de la Sentencia recurrida.

### 2. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

Entiende el Ministerio Fiscal que debe ser estimado el recurso por violación del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, en los mismos términos que se expresaron en la STC 92/1997, de 8 de mayo, de este Tribunal.

Aduce el representante del Ministerio Fiscal que no cabe duda de que el vehículo decomisado es un bien privativo de la recurrente, pues fue adquirido por ella antes de haber contraído matrimonio y de haberse constituido el régimen legal de gananciales, por ello, en la medida en que D.<sup>a</sup> Amaia no fue acusada ni condenada en el proceso penal previo, no podía ser penada en el mismo, por lo que tenía, a los efectos que ahora interesan, la condición de tercero no responsable de dicho delito. Concluye señalando que se le impuso *de facto* una pena sin previa acusación, sin sometimiento al principio de contradicción y sin que la Sentencia condenatoria haya declarado nada sobre su participación en los hechos, lo que era presupuesto necesario para el comiso de los instrumentos del delito.

Por ello solicita que se otorgue el amparo solicitado, se reconozca a la recurrente su derecho a un proceso con todas las garantías y se anule parcialmente la Sentencia impugnada en el único particular relativo al pronunciamiento sobre el comiso del vehículo matrícula SS-...-AM.

### 3. Razonamiento jurídico del Tribunal Constitucional.

Advierte previamente el Tribunal Constitucional que la cuestión de si la recurrente era o no titular privativa del automóvil es de pura legalidad por lo que este Tribunal no puede entrar a revisar lo decidido al respecto por la jurisdicción ordinaria.

El problema planteado queda así reducido a determinar la conformidad con el art. 24 de la Constitución de la decisión jurisdiccional impugnada, por medio de la cual, tras declarar la responsabilidad penal del cónyuge de la recurrente, se acordó el comiso de bienes o instrumentos que se estimó habían servido para su comisión —*ex arts. 27, 48 y 344, bis, letra e*), del Código penal vigente en el momento de cometerse los hechos (texto refundido de 1973)—, pese a que sobre los mismos ostentaban una titularidad compartida el responsable de la infracción y la recurrente (su esposa), considerada por los órganos judiciales, en este caso, tercero de buena fe no responsable del hecho delictivo.

Desde luego, en el caso presente, hemos de descartar cualquier tipo de vulneración constitucional que pretendiera anudarse al hecho de no haber tenido conocimiento de la actuación judicial. Basta la lectura de los antecedentes de esta Sentencia para constatar que la recurrente, desde el momento mismo de su intervención (y sin duda a través de la relación con su cónyuge), conoció la intervención del vehículo, pues se le privó de su uso. Además, como se ha dicho ya, en tres ocasiones solicitó expresamente al Juzgado su devolución, lo que le fue motivadamente denegado, aunque finalmente fuera designada depositaria del mismo. Es más,

dado que durante algún tiempo la recurrente estuvo judicialmente imputada en la fase de investigación de los hechos, se le exigió el afianzamiento de eventuales responsabilidades pecuniarias (Auto de 30 de mayo de 1996), y, al no ser prestada fianza, se trabó embargo sobre el automóvil reseñado (diligencia de 18 de febrero de 1997), lo cual le fue personalmente notificado, pues, de nuevo, fue designada depositaria del mismo. Por ello, a diferencia del supuesto analizado en la STC 92/1997, ha de descartarse cualquier atisbo de indefensión por desconocimiento de la actuación judicial.

A idéntica conclusión ha de llegarse en cuanto a las alegaciones que denuncian que, de hecho, a través de la pena accesoria de comiso del automóvil impuesta a su cónyuge se le ha impuesto la pena a ella misma, sin que haya sido acusada ni condenada por su participación en los hechos delictivos. La realidad es que, ni le ha sido impuesta una pena a la recurrente, ni tan siquiera, en el momento de interponerse la demanda de amparo, la pena impuesta a su marido había supuesto, de hecho, una afectación definitiva a su derecho de copropiedad.

Al igual que en un caso similar tuvimos ocasión de señalar en la STC 36/2000, de 14 de febrero de 2000, FJ 5 (en aquel supuesto se trabó embargo sobre bienes gananciales para hacer frente a sanciones tributarias impuestas exclusivamente a uno de los cónyuges), hemos de poner de relieve que, si la sanción de comiso impuesta a su marido se extendió al vehículo matrícula SS-...-AM, fue por su condición de bien ganancial, que, como tal, de acuerdo con la normativa civil (art. 1373 Código civil), está afecto a la satisfacción de las “deudas” propias de cada uno de los esposos, pues tal es el carácter de las sanciones de contenido económico, de acuerdo con el art. 1366 del CC. Por ello, una cosa es que, en virtud del principio de personalidad de la pena o sanción establecido en el art. 25 de la CE (al que tácitamente hace referencia la demanda), no se pueda imponer una sanción a quien no aparece como responsable de la misma, y otra muy dis-

tinta que, como aquí ha sucedido, no se pueda decretar la intervención judicial de un bien ganancial por el hecho de que sobre el mismo ostente el cónyuge no responsable del delito una cuota ideal liquidable mediante la ejecución del bien.

Y precisamente esta última reflexión refuerza la conclusión desestimatoria que aquí se acuerda. Como se ha señalado antes, en el momento de interponer la demanda de amparo la Sentencia condenatoria no había sido ejecutada, es decir, no se había procedido a la adjudicación al Estado del bien decomi-

sado, de conformidad con las prescripciones de la Ley 36/1995, de 11 de diciembre, sobre la creación de un fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas y otros delitos relacionados. Por ello la recurrente aún podía, como de hecho hizo después (folios 914 y siguientes de las actuaciones), poner de relieve su titularidad ante el órgano judicial para limitar la ejecución a la cuota de su cónyuge, evitando así cualquier efecto reflejo de la condena penal sobre su propio patrimonio. Razones todas ellas que tienen como conclusión inevitable la desestimación del amparo.

**Tribunal Constitucional, Sala 2.<sup>a</sup>, Sentencia 174/2002, de 9 de octubre.**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás Vives Antón.**

*Nulidad del procedimiento de incapacitación por haberse prescindido de la audiencia del padre del incapaz.*

## ANÁLISIS DEL CASO

- Don Florencio contrajo matrimonio con doña Pilar el 18 de mayo de 1968, de cuya unión nació el 14 de febrero de 1971 un hijo llamado Florencio-Valentín.
- Por Sentencia de 12 de julio de 1995 del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona se declaró la separación matrimonial de ambos cónyuges, y se aprobó el convenio regulador pactado por las partes, que en su parte dispositiva estableció expresamente que “el hijo común Florencio-Valentín, mayor de edad, pero con disminución sensorial, quedará bajo la guarda y custodia de la madre, si bien ambos progenitores ejercerán conjuntamente la patria potestad, quienes deberán consultarse en cuantos asuntos de interés o gravedad se presenten”.
- Con fecha de 11 de marzo de 1999 doña Pilar formuló demanda de juicio de menor cuantía en solicitud de declaración de incapacidad del hijo don Florencio F.C. y de rehabilitación de la patria potestad a favor de la madre, alegando que el hijo padecía una importante disminución psíquica desde su nacimiento (síndrome *Lennox*), que le impide el gobierno de su persona en

los actos más elementales de la vida, habiendo sido declarada su incapacidad con carácter permanente por la Generalitat de Catalunya, interesando la rehabilitación de la patria potestad sólo respecto de la madre, ya que el padre, desde la separación matrimonial, tiene escasísima relación con el hijo.

- Admitida a trámite la demanda por providencia de 16 de marzo de 1999 se siguió el procedimiento con el Ministerio Fiscal, practicándose la prueba de exploración judicial del demandado, informe del Médico Forense y audiencia de los parientes más próximos, sin incluir entre ellos al ahora demandante del amparo, tras lo cual el Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Barcelona (Autos 622/99) dictó Sentencia el 30 de julio de 1999 en la que estimó la demanda y declaró que el demandado don Florencio es totalmente incapaz para gobernarse por sí mismo y para administrar sus bienes, rehabilitando la potestad de la madre, privando al demandado del derecho de sufragio activo y pasivo, tanto para las elecciones generales como autonómicas y locales, sin hacer expreso pronunciamiento respecto de las costas.
- Con fecha de 31 de diciembre de 1999 el ahora recurrente, debidamente representado por Procurador y asistido por Letrado, instó el incidente de nulidad de actuaciones del art. 240.3 de la LOPJ, alegando, en síntesis, que la Sentencia dictada en el juicio de menor cuantía en la que se declaró la incapacitación de su hijo y la rehabilitación de la patria potestad a favor de la madre se ha dictado con defectos de forma que causan indefensión, ya que se ha prescindido del trámite establecido en el art. 208 del CC (audiencia de los parientes más próximos) al no haberse citado al padre del presunto incapaz, y además la patria potestad debió rehabilitarse a favor de ambos progenitores.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Barcelona (Autos 622/99), por Auto de 9 de febrero de 2000, notificado el 17 de febrero, declaró no haber lugar a admitir el incidente de nulidad de actuaciones formulado, por considerar que era inadmisibile conforme al art. 742, párrafo segundo de la LEC.
- Don Florencio interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que reconoció que se ha vulnerado el derecho de don Florencio a ser oído en el referido juicio a fin de poder intervenir en él haciendo las alegaciones que tenga por conveniente, declarando la nulidad del juicio retro trayendo las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la providencia de 20 de mayo de 1999, por la que se admitió la prueba de audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz propuesta por el Ministerio Fiscal, a fin de que en ejecución de esta resolución se cite al ahora recurrente en amparo a los efectos de ser oído en el procedimiento. Igualmente se declara la nulidad del Auto de 9 de febrero de 2000 dictado por el referido Juzgado que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones planteado por el demandante del amparo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

**1. Fundamentación jurídica del recurso de amparo formulado por el padre del incapaz.**

La demanda denuncia una doble vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la CE.

Se alega, en primer lugar, la vulneración del derecho del presunto incapaz a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE), vulneración que, a juicio del recurrente, se habría producido porque su hijo tenía derecho a que en el procedimiento en el que fue declarado incapacitado se hubiera oído a los parientes más próximos, entre los que se incluye el recurrente, en su condición de padre.

En segundo término se aduce la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 de la CE) por la indefensión sufrida por el recurrente al no haber sido oído en el procedimiento en el que, tras declararse la incapacitación de su hijo, se rehabilita la patria potestad exclusivamente de la madre, y no la de ambos progenitores, contravieniéndose lo dispuesto en el art. 161 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia, sin que se haya dado oportunidad al recurrente de intervenir en el proceso, cuando hubiera sido fácil su citación por constar su domicilio en el convenio regulador de la separación aportada en los autos.

Alega el recurrente que el testimonio de lo actuado en el juicio de menor cuantía revela que con la demanda de incapacitación se aportó el convenio regulador de la separación de los padres de don Florencio-Valentín, así como la Sentencia que lo aprobaba, constando en el convenio regulador el domicilio del ahora recurrente, en el cual pudo haber sido citado puesto que siempre ha estado localizable en él. A pesar de ello, ni la actora interesó la citación del padre, ni el Juzgado la acordó, pese a ser un pariente próximo del presunto incapaz, máxime

cuando se le privó de la patria potestad al acordarse la rehabilitación exclusivamente a favor de la madre. Todo ello pese a que se dio audiencia a otros parientes como la hermana de la actora, la hija de ésta y otros parientes menos próximos que el ahora recurrente.

En cuanto a la privación de la rehabilitación de la patria potestad, en el convenio regulador de la separación se especificaba que la patria potestad sobre el hijo era compartida entre los dos progenitores, y ello a sabiendas de la importante discriminación psíquica que padecía el hijo, estableciéndose expresamente en la Sentencia de separación que, si bien el hijo quedará bajo la guarda y custodia de la madre, “ambos progenitores ejercerán conjuntamente la patria potestad, quienes deberán consultarse en cuantos asuntos de interés o gravedad se presenten”.

En suma, el Juzgado vulneró los trámites esenciales y previos a toda declaración de incapacidad al no oír, entre otros parientes más próximos del presunto incapaz, al padre, lo que supone la lesión del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la CE. Asimismo se vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, pues se rehabilitó la patria potestad sobre el hijo incapacitado sólo a favor de la madre, lo que implica una privación de la patria potestad sin que exista causa legal para ello (art. 170 del CC y 136 del Código de familia catalán) y sin darle la oportunidad de alegar y contraargumentar las afirmaciones gratuitas e inciertas de la madre de que el padre incumplía sus deberes paternales, ya que, en interés del incapaz, se debió rehabilitar la patria potestad a favor de ambos progenitores.

**2. Alegaciones de la madre del incapaz.**

Mediante escrito registrado el 3 de diciembre de 2001, la representación de doña

Pilar formula sus alegaciones interesando la denegación del amparo. Manifiesta que nunca pretendió actuar de mala fe a la hora de mantener informado al padre de todo el proceso de incapacitación del hijo, y si actuó como lo hizo fue por la propia conducta del padre, que se desentendió del hijo, estando cuidado exclusivamente por la madre, habiendo estado el padre desaparecido durante largas temporadas. No existe, por consiguiente, indefensión ya que según la jurisprudencia constitucional, no puede alegar indefensión quien con su propio comportamiento la ha originado. La madre inició el proceso de incapacitación del hijo al ser necesario para poderle internar en un centro de disminuidos donde la Generalitat le había concedido una plaza, lo que se precisaba con urgencia, dado el estado del hijo que necesitaba una medida de internamiento en dicho centro especializado.

Por lo que se refiere a la falta de audiencia, la Constitución exige que ello haya comportado una indefensión para el interesado. En el presente caso la condición de minusvalía psíquica del hijo, con un retraso mental del 99 por 100, quedó acreditada en el proceso, por lo que la falta de audiencia del padre no ha causado ninguna indefensión, ya que nada podría haber aportado para desvirtuar esa realidad.

En cuanto a la rehabilitación de la patria potestad, los arts. 160, 161 y 162 de la Ley del Parlamento de Cataluña 9/1998 permiten que la rehabilitación se haga a favor de uno solo de los padres. Siendo la declaración de ausencia del padre una causa de extinción de la patria potestad.

### 3. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

Mediante escrito registrado el 5 de diciembre de 2001 el Fiscal formula sus alegaciones interesando el otorgamiento del amparo. Tras exponer los antecedentes del caso entiende que, respecto de la primera queja en la que se denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las ga-

rantías (art. 24.2 de la CE) por haberse declarado la incapacidad del hijo del recurrente sin oírle como uno de los parientes más próximos, lo dispuesto en los arts. 208 del Código civil y 161 del Código catalán de familia, que obligan al Juez a oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, entre otras diligencias, para poder decretar la incapacidad, y la conducta observada en el presente caso, omitiendo la audiencia del padre, determina la lesión del art. 24.2 de la CE. La audiencia de los parientes más cercanos resulta esencial a fin de que el Juez tenga a su disposición todos los datos relevantes para fundar su Sentencia, la omisión de la audiencia de alguno de los parientes cercanos, y el padre del presunto incapaz lo es, provoca que la Sentencia dictada no haya respetado todas las garantías constitucionales, vulnerando así el derecho del presunto incapaz a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE) así como el derecho del padre que se ve afectado en su esfera jurídica por no haber sido oído en un proceso trascendental en la vida de su hijo. Por tal trascendencia constitucional el Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la inexcusabilidad de observar escrupulosamente lo preceptuado en el art. 208 del CC (STS Sala Primera de 30 de diciembre de 1995).

Se alega como segundo motivo la relevancia constitucional de la privación de la rehabilitación de la patria potestad —“potestad” en el derecho civil catalán— del hijo incapacitado. El art. 161 del Código de familia catalán establece: “La declaración judicial de incapacidad de los hijos mayores de edad o emancipados, si no existiese designación de tutor realizada por los mismos, de acuerdo con lo que establece el artículo 172, o bien si no corresponde la constitución de la tutela a favor del cónyuge o de la persona de sexo diferente con quien convive en relación establece de pareja, o de los descendientes, y aún viven el padre o la madre que eran los titulares de la potestad, comporta la rehabilitación de esta potestad, que debe ejercerse, conforme con las ex-

cepciones que pueda establecer la resolución judicial, como si de un menor se tratase”.

Tal precepto es de aplicación al caso de autos, dado que el hijo del demandante es de vecindad civil catalana. La norma es clara: de un lado la declaración judicial de incapacidad del hijo mayor de edad comporta la rehabilitación de la patria potestad; y de otro tal rehabilitación será ejercida por quien correspondiese si el hijo fuese menor de edad, y en este caso siempre han sido los dos progenitores quienes conjuntamente han ejercido tal potestad y así está acordado en la Sentencia de su separación. También cabe destacar que ni la norma catalana ni el Código civil (art. 171) permiten que en el procedimiento de incapacitación se discutan posibles motivos de privación de la potestad paterna o materna. La utilización de la expresión “comporta” no deja lugar a dudas. Lo que es lógico, pues en el procedimiento de incapacitación sólo son parte el promotor, el presunto incapaz y el Ministerio Fiscal, pero no los otros parientes (aunque debe oírseles obligatoriamente), y por ello no caben discusiones al margen del único objeto del procedimiento de incapacitación; la capacidad del sujeto pasivo.

Por otra parte el art. 136.1 del Código de familia establece: “El padre y la madre pueden ser privados de la titularidad de la potestad sólo por Sentencia firme, fundamentada en el incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, o por Sentencia dictada en causa penal o matrimonial. La privación no afecta a la obligación de realizar lo necesario para asistir a los hijos menores ni a la de prestar alimentos en el sentido más amplio”.

Norma pareja a la del art. 170 del CC, introduciendo la Ley catalana la posibilidad de dictarse Sentencia de privación en algún otro procedimiento, pero siempre fundada en el incumplimiento grave o reiterado de los deberes paternos. En consecuencia, la privación (o su no rehabilitación) ha de revestir un carácter excepcional, debiéndose basar en causas graves y extremas que seriamente pongan en peligro la seguridad, for-

mación, educación y desarrollo del hijo, cabalmente justificadas, interpretadas restrictivamente y que incidan perjudicialmente en los hijos. Tratándose pues de una norma sancionadora se impone que la Sentencia en la que se prive de la potestad o de su rehabilitación debe dictarse en un procedimiento contradictorio, dando la posibilidad a todas las partes, y especialmente a aquel a quien se pretende privar de ese derecho-deber, de poder realizar alegaciones y practicar pruebas, en definitiva, debe velarse por el más escrupuloso respeto al derecho a la tutela judicial efectiva.

Aunque la parte sólo dirige su demanda contra la Sentencia dictada en el proceso de incapacitación, y ninguna vulneración imputa al auto de 9 de febrero de 2000 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de Barcelona, que acordó la inadmisión del incidente de nulidad, es claro que tal resolución es vulneradora del derecho a la tutela del recurrente, porque la inadmisión se funda en una causa inexistente en la ley habida cuenta de lo dispuesto en el art. 240.3 de la LOPJ (STC 181/2001).

En el presente supuesto, en la demanda rectora del proceso de incapacitación del hijo del ahora demandante, interpuesta por su esposa separada de él judicialmente, se contenía una doble pretensión: de un lado, que se declarara la incapacidad del hijo por padecer importante disminución psíquica; y, de otro, que se rehabilitase la potestad a favor de la madre, por no mantener prácticamente el hijo relación alguna con su padre que incumplía tanto el régimen de visitas, al no adecuarse las que mantenía al régimen contemplado en la Sentencia de separación, como el pago de las pensiones compensatoria y alimenticia a que estaba obligado, al no actualizarlas con los incrementos del IPC. Es claro, por tanto, que en la demanda se solicitaba un pronunciamiento que afectaba al ahora demandante y que era de importante trascendencia: que no se rehabilitase su patria potestad, lo que comportaba una alteración del régimen existente a estos efectos y que se contenía en la Sentencia de separa-

ción de los padres, dictada siendo ya el hijo mayor de edad y en la que se contemplaba la disminución por éste padecida y se otorgaba la patria potestad a ambos cónyuges, Sentencia que se aportaba como documento incorporado a la demanda. Y tal alteración del régimen existente se fundamentaba en la demanda en el incumplimiento, por parte del ahora demandante, de las obligaciones que para con el hijo se le habían establecido en la Sentencia de separación. Todo el proceso de incapacidad se llevó a cabo a espaldas del ahora demandante, al que, como si de un mero proceso de incapacidad se tratase, no se le tuvo por parte, por lo que no fue citado, admitiéndose *de contrario* la prueba de la madre del incapaz, que se dirigía a acreditar la base fáctica de su doble *petitum*, sin siquiera oír al ahora demandante en su calidad de pariente próximo del incapaz, dictándose Sentencia de conformidad al suplico de la demanda. Es claro que tal pronunciamiento no vino precedido de un debate pleno y contradictorio sobre el aspecto de la demanda atinente a la rehabilitación de la potestad sólo de la madre, y que se ha fundado en pruebas respecto de las que no se ha producido la debida contradicción, sin que el ahora demandante haya podido alegar, probar o contradecir, lo que constituye una vulneración del derecho de tutela del demandante. Por lo expuesto el Fiscal interesa una Sentencia en la que se reconozca que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión y se restablezca su derecho, y a tal fin anule las actuaciones y decisiones dictadas y practicadas en el procedimiento de menor cuantía y el Auto que acordó la inadmisión a trámite del incidente de nulidad de actuaciones suscitado por el ahora recurrente y retrotraiga las actuaciones al momento inmediatamente anterior al emplazamiento para que el demandante sea emplazado con las debidas garantías.

#### 4. Resolución del Tribunal Constitucional.

- a) Análisis del auto que inadmitió el incidente de nulidad de actuaciones.

Como señala certeramente el Ministerio Fiscal, es claro que tal Auto lesionó el derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que la causa en la que fundó la inadmisión del incidente planteado (que el párrafo segundo del art. 742 de la LEC declara inadmisibles el incidente de nulidad de resoluciones judiciales) carece absolutamente de base legal, ya que desconoce la reforma operada por las Leyes Orgánicas 5/1997, de 4 de diciembre, y 13/1999, de 14 de mayo, que modificaron el art. 240 de la LOPJ, añadiendo los números 3 y 4 que regulan el incidente de nulidad de actuaciones fundado en defectos de forma que hubieran causado indefensión cuando no haya sido posible denunciarlos antes de recaer la Sentencia o resolución que ponga fin al proceso y éstas no sean susceptibles de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida. Que es lo que cabalmente ocurrió en el presente caso, en el que el ahora solicitante del amparo planteó el incidente de nulidad de actuaciones invocando expresamente el art. 240.3 y 4 de la LOPJ y denunciando las lesiones del art. 24 de la CE que entendía se habían producido en la tramitación del juicio de menor cuantía, que concluyó por Sentencia en la que se declaró la incapacitación de su hijo y la rehabilitación de la potestad exclusivamente de la madre, al no haber sido oído en el mismo.

Para fundar la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente imputable al referido Auto de 9 de febrero de 2000 basta con recordar que este Tribunal ha declarado reiteradamente que el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución razonada y fundada en Derecho sobre

el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes se erige en un elemento esencial del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 de la CE que, no obstante, también se satisface con la obtención de una resolución de inadmisión, que impide entrar en el fondo de la cuestión planteada, si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifique aplicada razonablemente por el órgano judicial (SSTC 19/1981, de 8 de junio; 69/1984, de 11 de junio; 6/1986, de 21 de enero; 118/1987, de 8 de julio; 57/1988, de 5 de abril; 124/1988, de 23 de junio; 216/1989, de 21 de diciembre; 154/1992, de 19 de octubre; 55/1995, de 6 de marzo; 104/1997, de 2 de junio; 108/2000, de 5 de mayo, entre otras muchas), pues, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y prestación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, que no puede, sin embargo, fijar obstáculos o trabas arbitrarios o caprichosos que impidan la tutela judicial garantizada constitucionalmente (STC 185/1987, de 18 de noviembre).

En el presente caso, como hemos señalado, el Auto de 9 de febrero de 2000 fundó la inadmisión en una causa legal inexistente que desconoció la redacción actual del art. 240.3 y 4 de la LOPJ.

- b) Análisis del procedimiento de incapacitación y de la sentencia que la declara.

Entrando ya en el examen de las quejas planteadas en la demanda de amparo se alega, en primer lugar, la vulneración del derecho del presunto incapaz a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la CE) por haberse realizado irregularmente el trámite de audiencia de los parientes más próximos en el proceso de incapacitación seguido contra el hijo del demandante del amparo, al haberse omitido su audiencia como padre del presunto incapaz.

Lo primero que destaca en la formulación de esta queja es que el recurrente denuncia la lesión de un derecho fundamental ajeno: la violación del derecho a un proceso con todas las garantías que le correspondía a su hijo, en cuanto que era la persona frente a la que se pretendía la declaración de incapacitación.

Debemos, por tanto, examinar, en primer lugar, la legitimación del recurrente para plantear una queja como la que formula.

Este Tribunal ha declarado que, aunque en principio, sólo están legitimados activamente para interponer el recurso de amparo quienes sean titulares del derecho fundamental presuntamente vulnerado por el acto o resolución de los poderes públicos objeto de impugnación, y en tal condición hayan sido parte en el proceso judicial antecedente [art. 46.1.b) de la LOTC; SSTC 141/1985, de 22 de octubre; 11/1992, de 27 de enero], el art. 162.1.b) de la CE no reduce dicha legitimación exclusivamente a los titulares del derecho fundamental infringido, reconociendo también la legitimación a quien, no siendo el titular del derecho fundamental presuntamente lesionado, se halla respecto del mismo en una determinada situación jurídico-material que le confiere un “interés legítimo” para solicitar la tutela de este Tribunal (SSTC 214/1991, de 11 de noviembre; 12/1994, de 17 de enero), lo que, entre otros supuestos, ocurre cuando se trata de una persona que, aun no siendo parte necesaria en un proceso judicial, debió recibir la oportunidad de intervenir en él, por ostentar un derecho o interés legítimo que podría resultar afectado por la resolución que se dictase (SSTC 123/1989, de 6 de julio; 235/1997, de 19 de diciembre).

Sin perjuicio de lo que luego se diga sobre el fondo de la queja planteada, es indudable que en el presente caso el recurrente está legitimado para demandar el amparo por la eventual lesión del derecho a un proceso con todas las garantías que corresponde a su hijo. En su cualidad de progenitor, y dada la situación de minusvalía mental del hijo, y con independencia de que legalmente

podiera o no corresponderle la patria potestad, resulta evidente que el recurrente está legitimado para hacer valer todos aquellos derechos e intereses que pudieran corresponder a su hijo y que, por su situación de minusvalía, éste se halla inhabilitado para hacer valer, y entre ellos, el de formular el presente recurso de amparo si consideraba que su hijo había sufrido lesión en sus derechos fundamentales.

Despejado el problema de legitimación analizado, y abordando ya el fondo de la queja planteada, el examen de las actuaciones revela que en el proceso de incapacitación no fue oído el ahora recurrente, pese a ser el padre del presunto incapaz, y que su domicilio, en la calle Cartagena de Barcelona, constaba en las actuaciones, al ser el que se señaló en el convenio regulador de la separación matrimonial que fue aportado por la madre con la demanda instando la incapacitación del hijo común. Esta circunstancia evidencia una falta de diligencia por parte del Juzgado, que podía fácilmente haber citado al demandante del amparo a fin de que pudiera ser oído en el procedimiento, dándole así la posibilidad de conocer su existencia y de alegar todo lo que hubiera tenido por conveniente en relación con la incapacitación pretendida.

Pero no sólo existe la citada falta de diligencia procesal por parte del órgano judicial, sino, lo que es más grave, un patente incumplimiento del mandato establecido en el entonces vigente art. 208 del Código civil, que le imponía, antes de pronunciarse sobre la incapacitación de una persona (sin perjuicio de las demás pruebas que pudieran practicarse), la realización de tres trámites ineludibles: la audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz, el examen personal de éste y el dictamen de un facultativo sobre el mismo. Habiendo declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo que la norma del art. 208 del CC tiene carácter imperativo y su cumplimiento constituye un requisito de fondo de la Sentencia de incapacitación, por lo que la omisión de algu-

no de los trámites previstos en dicho precepto legal es causa de nulidad del procedimiento que puede ser apreciada incluso de oficio (SSTS 20 de febrero de 1989, 12 de junio de 1989, 20 de marzo de 1991, 19 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997).

En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la CE). En consecuencia, la declaración de incapacitación de una persona sólo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley (art. 199 del CC), mediante un procedimiento en el que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el art. 208 del CC (y que en la actualidad se imponen en el vigente art. 759 de la LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 del CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación, por lo que su omisión, en cuanto puede menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contrario al art. 24.2 de la CE.

Las consideraciones anteriores conducen a la estimación de la queja de amparo que nos ocupa, pues resulta evidente que la exigencia que entonces establecía el art. 208 del Código civil y que ahora se regula en el

art. 759 de la vigente Ley de enjuiciamiento civil de dar audiencia a los “parientes más próximos del presunto incapaz” imponía la citación del ahora recurrente a fin de que pudiera ser oído por el Juzgado, lo que no sólo constituye un derecho del ahora recurrente, en su condición de progenitor del presunto incapaz, sino una garantía esencial de éste que, por su singular enfermedad mental, no estaba posibilitado de ejercer personalmente su derecho de defensa. En este sentido debe destacarse que en los procesos de incapacitación, al margen de la defensa prestada al presunto incapaz por el Ministerio Fiscal, por el defensor judicial nombrado al efecto o, en su caso, por el Letrado designado por el mismo incapaz (arts. 206 y 207 del CC y 758 de la LEC), la audiencia de los parientes más próximos —en nuestro caso, del padre— constituye *per se* una garantía objetiva de los derechos del presunto incapaz, en la medida en que facilita la aportación de alegaciones y hechos que permiten obtener una mejor convicción sobre la situación de la persona que se pretende incapacitar y sobre las circunstancias que la rodean, lo que resulta decisivo, tanto para la propia declaración de incapacitación, su extensión y límites, como para el establecimiento del régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (arts. 210 del CC y 760 de la LEC).

Alega también el recurrente la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE por la indefensión sufrida al no haber sido oído en el procedimiento (en el que, tras la declaración de incapacitación de su hijo mayor de edad, se rehabilita la potestad exclusivamente de la madre, y no la de ambos progenitores) con lo que se le privó de la oportunidad de intervenir en el proceso.

No corresponde a este Tribunal revisar la aplicación de la legalidad ordinaria efectuada por los órganos judiciales; sin embargo, a los solos efectos de examinar la queja planteada hemos de señalar que en la legislación

foral catalana la potestad del padre y de la madre (“patria potestad” en la regulación del Código civil) corresponde a ambos progenitores (art. 132 del Código de familia), quienes la ejercerán de forma conjunta (art. 137 Código de familia), por lo que la declaración de incapacitación del hijo mayor de edad determina, en principio, la rehabilitación de la potestad de ambos progenitores, como si el incapacitado se tratase de un menor (art. 161 Código de familia). Por su parte “el padre y la madre pueden ser privados de la titularidad de la potestad sólo por Sentencia firme, fundamentada en el incumplimiento grave o reiterado de sus deberes, o por Sentencia dictada en causa penal o matrimonial” (art. 136.1 Código de familia).

En el presente caso la Sentencia recurrida, tras declarar la incapacitación del hijo del recurrente en amparo, en atención a la vecindad civil catalana del incapacitado, con fundamento en el art. 161 del Código de familia, acordó la rehabilitación de la potestad exclusivamente de la madre, fundando esta decisión en “ser ella quien se ha hecho cargo del cuidado y atención del incapaz” (FJ 5).

Esta forma de proceder, si bien se ajusta a lo que ordenaba el entonces vigente art. 210 del CC, según el cual la Sentencia que declare la incapacitación establecerá “el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado”, al disponer como régimen de tutela o guarda del incapacitado la rehabilitación de la potestad exclusivamente de la madre, supone de hecho la privación de la potestad del padre ahora recurrente, lo que exigía que éste hubiera sido parte en el procedimiento, pues la Sentencia recurrida funda su decisión de rehabilitar exclusivamente la potestad de la madre en un hecho: “ser ella quien se ha hecho cargo del cuidado y atención del incapaz” (FJ 5), con lo que da por ciertas las alegaciones de la demandante de la incapacitación de que el padre, desde la separación matrimonial de los progenitores, mantiene una escasísima relación con el hijo, incumpliendo el régi-

men de visitas establecido en la Sentencia de separación y el pago de las pensiones compensatoria y alimenticia a las que estaba obligado por la Sentencia de separación, extremos sobre los que ninguna prueba existe en los autos.

En este sentido la Sentencia recurrida, al rehabilitar exclusivamente la potestad de la madre, obviando la potestad que igualmente le correspondía al padre, ha tomado una decisión que exigía la traída al proceso del ahora recurrente, a fin de que éste hubiera podido ejercer su derecho de defensa y hubiera tenido oportunidad de contraargumentar y contradecir las alegaciones de la demandante en orden a la conducta observada en relación con sus deberes para con su hijo, pues el simple hecho de que desde la separación matrimonial la madre tuviera conferida la guarda y custodia del hijo no podía ser causa suficiente para excluir la potestad del padre tras la incapacitación del hijo mayor de edad, máxime cuando la Sentencia de separación matrimonial, pese a ser el hijo ya mayor de edad en la fecha en que se dictó (17 de julio de 1995), tras establecer que el hijo quedaba bajo la guarda y custodia de la madre, expresamente dispuso que “ambos progenitores ejercitarán conjuntamente la patria potestad, quienes deberán consultarse en cuantos asuntos de interés o gravedad se presenten”.

En suma, la Sentencia recurrida ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del ahora recurrente, causándole indefensión contraria al art. 24.1 de la CE, ya que este precepto constitucional, como ha declarado reiteradamente este Tribunal, garantiza

el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos dentro de un procedimiento en el cual se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, lo que, sin duda, impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa y de evitar la indefensión (SSTC 167/1992, de 26 de octubre; 103/1993, de 22 de marzo; 316/1993, de 25 de octubre; 317/1993, de 25 de octubre; 334/1993, de 15 de noviembre; 108/1994, de 11 de abril; 186/1997, de 10 de noviembre; 153/2001, de 2 de julio).

Para lograr esta plena efectividad del derecho de defensa hemos afirmado también que el art. 24.1 de la CE contiene un mandato implícito de excluir la indefensión, propiciando la posibilidad de un juicio contradictorio en el cual las partes puedan intervenir y hacer valer sus derechos e intereses legítimos, lo que obliga a los órganos judiciales a procurar el emplazamiento, la citación o la notificación personal de los demandados, o de aquellas personas que puedan resultar afectadas directamente por la resolución que se dicte, siempre que ello sea factible, asegurando de este modo que puedan comparecer en el proceso y defender sus posiciones frente a la parte demandante (SSTC 9/1981, de 31 de marzo; 37/1984, de 14 de marzo; 186/1997, de 10 de noviembre; 153/2001, de 2 de julio).

# TRIBUNAL SUPREMO

## I. FILIACIÓN

1. *Procedencia de la acumulación de la acción de reclamación de paternidad y la de petición de alimentos, y rechazo de la tesis mantenida por el demandado de que no puede solicitarse la prestación alimenticia con anterioridad a la firmeza de una sentencia que establezca la paternidad del demandado.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 11 de diciembre de 2001.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.**

## ANÁLISIS DEL CASO

- D.<sup>a</sup> Carmen, en representación de la menor D.<sup>a</sup> Mercedes, interpuso demanda de menor cuantía contra D. Manuel, solicitando se dicte sentencia por la que se declare: 1.<sup>o</sup> Que la menor D.<sup>a</sup> Mercedes es hija no matrimonial del demandado D. Manuel, fruto de las relaciones que mantuvo con D.<sup>a</sup> Carmen. 2.<sup>o</sup> Que, como consecuencia de lo anterior, se inscriba en el Registro Civil de Sevilla que D. Manuel es el padre de la hasta ahora conocida como D.<sup>a</sup> Mercedes, que en lo sucesivo y tras el consiguiente cambio de apellidos, pasará a llamarse D.<sup>a</sup> Mercedes R. 3.<sup>o</sup> Que, a pesar de la anterior declaración de filiación, D. Manuel quede privado del ejercicio de la patria potestad y demás funciones tuitivas sobre su hija, no ostentando derecho por ministerio de la Ley respecto de ella o de sus descendientes, o en sus herencias. Igualmente que la patria potestad, en toda su extensión, sea ejercida de forma exclusiva por la madre D.<sup>a</sup> Carmen, y 4.<sup>o</sup> Que D. Manuel venga obligado

a satisfacer, en concepto de alimentos para su hija, la cantidad mensual de cincuenta mil pesetas, en atención a los ingresos del demandado y en razón de las necesidades de la menor. Dicha cantidad será revisada anualmente, todo ello con expresa condena en costas al demandado.

- El Juzgado de Primera Instancia número Uno de los de Sevilla dictó sentencia el 11 de septiembre de 1995, estimando parcialmente la demanda declarando la paternidad no matrimonial del demandado en relación con la menor representada con todas las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, y, en particular, el derecho de la menor a ostentar los apellidos del demandado, excluyendo al demandado del ejercicio de la patria potestad sobre la menor así como de los derechos respecto de la hija o de los descendientes de ésta o en sus herencias que pudieran corresponderle, absolviéndole de los restantes pedimentos contenidos en la demanda, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.
- En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Sevilla dictó sentencia desestimando el recurso interpuesto por D. Manuel y acogiendo en parte el también formulado por D.ª Carmen, declarando la obligación que tiene D. Antonio, el padre de la menor D.ª Mercedes, de satisfacer mensualmente a la misma por el concepto de alimentos la cantidad de 50.000 pesetas, desde la fecha de la interposición de la demanda y en los sucesivos, cantidad que a partir de entonces deberá ser revalorizada anualmente con arreglo al IPC. Se imponen al recurrente, D. Manuel, las costas originadas en ambas instancias.
- D. Manuel interpone recurso de casación que es desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Cuestiona el recurrente en primer lugar la prueba biológica practicada, alegando que la misma adolece de graves defectos, pues solo consta en autos su resultado, pero no se aclaran los datos biológicos y técnicos que posibilitarían el control del trabajo realizado, tanto respecto a la identificación de las personas a las que se extrajo sangre, como al tratamiento de las muestras obtenidas, al objeto de evitar toda la serie de errores en que según la literatura especializada puede incurrirse en la práctica de los análisis y en la elaboración del informe que integran un medio de prueba que por su trascendencia debe hallarse rodeado de las mayores garantías.

Señala el Tribunal Supremo, que ha de resaltarse que el Tribunal de instancia tras la valoración de la totalidad de las pruebas practicadas a lo largo del proceso ha llegado a la conclusión de que está acreditado que el demandado, hoy recurrente, es el padre biológico de la menor D.ª Mercedes. Tal determinación, basada en el análisis realizado por el Servicio Andaluz de Salud, pero también en las declaraciones testificales y demás elementos probatorios obrantes en los autos, a las que la sentencia recurrida expresamente se refiere no puede ser sometida a revisión en el momento actual porque ello significaría convertir la casación en una ter-

cera instancia, lo que resulta absolutamente improcedente, dado que la apreciación del Tribunal de instancia en modo alguno puede considerarse absurda o ilógica, sino que ciertamente responde a una correcta y prudente ponderación de la actividad probatoria realizada por las partes y por la propia Juzgadora de Primera Instancia, que hizo uso de las facultades que le confería el artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En lo que a las diligencias para mejor proveer atañe, ha de recordarse que como señala el Ministerio Fiscal en su impugnación del recurso, esta Sala ha tenido ocasión de declarar que las mismas constituían actos de instrucción realizados por iniciativa del órgano jurisdiccional al objeto de formar su propia convicción sobre el material del proceso, siendo, por tanto, totalmente ajenas al impulso procesal de parte y al principio positivo, por lo que el hecho de no haber dado oportunidad a los litigantes para formular a los peritos las observaciones previstas en el artículo 626 LEC no implica indefensión (Sentencias de 26 de enero y 17 de junio de 1996, 1 de junio de 1995 y 26 de febrero de 1993, entre otras). El motivo, por todo lo expuesto, ha de ser rechazado.

En el segundo motivo del recurso sostiene que para solicitar alimentos se hace preciso justificar el título en cuya virtud se piden y hasta que exista sentencia firme que declare la paternidad tal título no existe. Por la misma razón se añade que no es posible acumular las dos acciones ya que la demanda de alimentos no puede ser admitida a trámite, al faltar los presupuestos del artículo 1609 LEC.

El Tribunal Supremo rechaza esta de que no pueda solicitarse la prestación alimenticia con anterioridad a la firmeza de una sentencia que establezca la paternidad del demandado. La aplicación de tal idea im-

plicaría la práctica exoneración de la obligación alimenticia durante un prolongado período de tiempo, para el padre que se opone sin razón a asumir sus responsabilidades, dado que los alimentos, según dispone el artículo 148 del Código Civil, en ningún caso se abonarán sino desde la fecha de la demanda, aunque con anterioridad se necesiten para subsistir.

Por otra parte, no es ese, evidentemente el principio que informa esta materia en nuestro ordenamiento jurídico, según se desprende de lo establecido en el artículo 103.3.º del Código Civil (para los supuestos de crisis matrimoniales) y más específicamente en el artículo 158 y sobre todo en el párrafo segundo del artículo 128 del mismo texto legal, vigente en la fecha de autos y hoy derogado, si bien la norma que establecía se contiene en el artículo 768.2 de la LEC 2000.

Descartada totalmente la primera de las objeciones que el recurrente formula en el presente motivo, ha de llegarse a similar conclusión respecto a la pretendida imposibilidad de acumular la acción de reclamación de paternidad y la de petición de alimentos. Como ha tenido ocasión de declarar esta Sala en Sentencia de 23 de octubre de 1990, ambas acciones no son incompatibles entre sí y ninguna razón contenida en el artículo 153 y siguientes de la LEC 1881 impedía su acumulación. Aparte de ello, aunque la Ley Procesal preveía cauces provisionales como el del artículo 1609 para obtener una satisfacción perentoria del problema a que nos referimos, nada impedía al interesado acudir a la vía declarativa bien para reclamar los alimentos como derecho autónomo, bien como parte del contenido de una pretensión de mayor entidad, relativa a temas de patria potestad, paternidad o matrimoniales. Por todo lo expuesto, el motivo se desestima.

2. *Declaración de la paternidad con base en la negativa a la práctica de la prueba y a la prueba testifical que permite afirmar la verosimilitud de la existencia de relaciones sexuales entre los litigantes en tiempo hábil para la concepción, no existiendo prueba alguna aportada por el demandado en sentido contrario.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2001.**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.**

## ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Cristina interpuso demanda de menor cuantía contra D. José y contra el Ministerio Fiscal solicitando que se dictase sentencia declarando la paternidad del demandado sobre el hijo de la actora, con imposición de costas al demandado.
- Admitida a trámite la demanda, por la representación del demandado se contestó a la misma, con arreglo a las prescripciones legales, y terminaba suplicando al Juzgado se dictara sentencia desestimando la demanda. Dado traslado al Ministerio Fiscal, emitió dictamen en el sentido que obra en autos.
- El Juzgado de Primera Instancia número Dos de Majadahonda dictó sentencia en fecha 13 de marzo de 1995 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 18 de junio de 1996 desestimando el recurso interpuesto.
- D.ª Cristina interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Dice la sentencia 95/1999, de 21 de mayo, del Tribunal Constitucional que: “Hemos declarado igualmente que, dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que

respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el art. 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del he-

cho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la Constitución Española), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, 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 de la Constitución Española, 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 de la Constitución Española (Sentencia del Tribunal Constitucional (7/1994, Fundamento Jurídico 6.º y resoluciones en ella citadas)).

Por tales razones, El Tribunal Supremo ha declarado ya en ocasiones anteriores que cuando un órgano judicial valorando la negativa 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 penada 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 de la Constitución (Autos del Tribunal Constitucional 103/1990 y 221/1990).

La jurisprudencia de la Sala 1.ª (sentencias de 28 de marzo, 22 de mayo y 26 de septiembre de 2000 entre otras) tiene declarado que sin atribuir a la falta de colaboración del demandado a la práctica de la prueba biológica 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.

La sentencia de 26 de septiembre de 2000 recoge: “Las reglas jurisprudenciales determinantes de la valoración de la prueba, en este tipo de asuntos —huérfanos de una regulación más precisa—, que pueden estimarse mas acreditadas y, por tanto, como guías para la valoración de los hechos probados se resumen en dos:

a) La negativa a la práctica de las pruebas de paternidad, sin causa justificada, constituye una obstrucción para la recta administración de justicia y tal conducta representa un valioso indicio al que cabe anudar la atribución de paternidad.

b) Tal atribución debe producirse siempre que por otros indicios, se revele la razonable posibilidad de la unión carnal al tiempo de la concepción”.

La doctrina expuesta lleva a la estimación del único motivo del recurso puesto que las pruebas aportadas a los autos, singularmente la prueba testifical practicada, permiten afirmar la verosimilitud de la existencia de relaciones sexuales entre los litigantes en tiempo hábil para la concepción, no existiendo prueba alguna aportada por el demandado en sentido contrario; lo que unido a la injustificada negativa del demandado al sometimiento a las pruebas biológicas que, caso de haber sido practicada con resultado negativo, excluirían sin lugar a dudas la paternidad reclamada, lleva a esta Sala a afirmar la paternidad del demandado respecto al hijo de la actora y a la estimación de la demanda, previa casación de la sentencia recurrida y la revocación de la primera instancia.

3. *Para la admisión a trámite de la demanda basta con que en la misma conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2001.**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.**

#### ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª María José formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reconocimiento de filiación no matrimonial contra D. Pedro, en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se dictase sentencia por la que: Se declare la filiación del menor Alejandro como hijo extramatrimonial de la actora D.ª María José y del demandado D. Pedro, con todas las consecuencias inherentes a dicha filiación. A tenor de lo previsto en los artículos 143 y concordantes del C. Civil establecer una pensión alimenticia en favor del menor por importe de treinta mil pesetas mensuales, pagaderas por anticipado en la cuenta o libreta que designe la madre.
- Admitida la demanda y emplazado el demandado, compareció y contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes y terminó suplicando se dictase sentencia desestimando totalmente la misma, absolviendo a su representado con expresa imposición al demandante de las costas causadas.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de los de Barakaldo dictó sentencia el 15 de noviembre de 1993 estimando íntegramente la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Vizcaya dictó sentencia el 28 de mayo de 1996 desestimando el recurso.
- D. Pedro interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

#### COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo por el que se sostiene el presente recurso, formulado al amparo del art. 1692.4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia que “el fallo de las sentencias que se recurren aplica erróneamente el art. 127.2, 135 y 1214 del Código civil e

inaplica el art. 18 de la Constitución”, ignorando la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional en supuestos análogos.

Aun cuando el planteamiento de ese único motivo de recurso no deja de ofrecer ciertas dificultades en la determinación de su amplitud y corrección, dado que se refiere a un plural de sentencias que se recurren, plural que se singulariza al señalar la inaplicación del precepto constitucional, habrá de entenderse que la referencia se limita a lo resuelto por la sentencia dictada en alzada por la Audiencia y aun cuando, además, se hace una mención de preceptos heterogéneos, por lo que se refiere a los dos del Código civil citados en primer lugar, que por contemplar supuestos independientes habrían de requerir planteamientos en motivos diversos, la determinación que de tales preceptos se hace como infringidos ha de llevarnos, aunque el cauce procesal señalado y elegido para hacer valer el recurso sea uno solo y no apropiado a la dispar cita, a su examen y decisión.

El particular citado del art. 127.2 no establece más que un requisito de procedibilidad, como medida preventiva e indicadora de prudencia, para admitir a trámite demandas en reclamación o impugnación de paternidad carentes de fundamento, sin que por ello haya de dejarse de asumir lo prevenido por el art. 39.2 de la Constitución tanto como lo dispuesto en su art. 24.1, siendo en este sentido y respeto que se ha mostrado, con la amplitud que requieren los especiales derechos a dilucidar en esta clase de procedimientos, la jurisprudencia —sentencias de 30 de octubre de 1998 y 26 de junio de 1999 con las demás que en ellas se citan— al señalar que “basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado”, procurándose así la seriedad de la demanda y la garantía inicial de seriedad que siempre se debe a aquel frente a quien se formula.

La norma confía y atribuye ese cuidado al juez de la instancia y su desatención no ofrece duda de que no puede abrir la casa-

ción por el cauce que, dada la invocación que aquí se hace, se ha elegido ya que el adecuado, en su caso, sería el establecido en el núm. 3.º del art. 1692 de la misma Ley procesal —para cuando se han quebrantado las normas reguladoras de los actos y garantías procesales— y tampoco así cabría que prosperase pues aún en el supuesto de haberse cometido la infracción que se denuncia no se ha producido indefensión para el demandado aquí recurrente quien, sin duda por tal razón, ni la invoca al formular su recurso.

El art. 18 de la Constitución —aunque deficientemente invocado habrá de suponerse que su cita por el recurrente se contrae a su núm. 1 de los cuatro que contiene— garantizando el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en modo alguno puede entender acertadamente el demandado que ese su derecho constitucional de garantía puede ser violado a causa del procedimiento seguido para investigar y probar la paternidad que por demanda se le atribuye en ejercicio de derecho, también constitucional, que proclama el ya citado art. 39 y han recogido, entre otras, las sentencias de 28 de abril y 18 de mayo de 1994 con las que en ellas se citan.

Del mismo modo ha de entenderse no infringido el art. 1214 del Código civil pues asumida la carga de la prueba por cada litigante, según corresponda a sus posiciones procesales, aportadas aquellas con las que se cuenta corresponde, a quien rechaza la atribución de paternidad que se le hace, aportar la prueba contradictoria, aparte de la mera negativa, cuya práctica únicamente de su prestación depende y en esas facilidad y posibilidad, únicas, la correspondiente exigencia y subsiguiente valoración del resultado obtenido, o impedido, no viola el precepto que se dice infringido y no lo ha sido desde el respeto guardado al principio de justicia eficaz sustentando principios de justicia distributiva en contribución a la consecución de aquélla.

No podía el legislador desconocer la dificultad que, a falta del oportuno reconoci-

miento, presenta la probanza de la paternidad y a efectos de su atribución con fundamento serio, arbitró en el art. 135 del Código civil diversos supuestos reveladores de aquella dejando abiertas posibilidades que pueden llevar a inferirla por analogía con los supuestos expresos de confirmación directa que expone y entre los cuales señala el de la generación y el de la posesión de estado determinada por actos que la aparenten.

En ese ámbito de posibles valoraciones se ha dejado acreditada en la instancia, a medio de prueba testifical muy significativa, la permanencia de demandantes y demandados juntos en soledad una noche del tiempo de la concepción del hijo atribuido, la visita del demandado, al pueblo de residencia de la demandante y casa en la que esta trabajaba, para conocer al niño gestado y dado a luz por ésta revelando así, como consigna la sentencia recurrida, “un interés inusual en quien carece de vinculación con el nacido” estableciendo, con ello y por

ejercicio de facultad que corresponde al juzgador de instancia sin vicio que pudiera invalidar su criterio, un principio de prueba que —con facilidad y con la seguridad que al respecto proporcionan las pruebas biológicas de paternidad— pudo ser invalidado por el aquí recurrente que, sin duda tratando de evitar un resultado definitivamente comprometedor por contrario a su actitud meramente negativa, rehusó, por dos veces en primera instancia y una vez más al requerimiento que para ello le hizo la Sala de instancia, someterse a una prueba de esa clase sin mayor razón que pudiera justificar esa negativa, para llevar, desde esa totalidad de datos probados y desde lo que supone esa negativa, a la acertada conclusión que sostiene la sentencia recurrida, perfectamente ajustada a lo que han establecido sentencias como las de 17 de marzo y 7 de diciembre de 1988, 14 de mayo de 1993, 8 de mayo y 28 de julio de 1995 y 2 de julio de 1996 entre otras muchas, y el recurso ha de ser desestimado.

4. *Falta de legitimación del padre matrimonial para reclamar la filiación paterna respecto de un tercero, al existir intereses contrapuestos entre el hijo y el padre. Respecto a la acción de impugnación también ejercitada por el padre, procede su desestimación al estar caducada por el transcurso de un año desde que tuvo lugar el nacimiento del menor.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 31 de diciembre de 2001.**  
**Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.**

#### ANÁLISIS DEL CASO

- D. Jaime interpuso demanda de menor cuantía contra D.<sup>a</sup> María Paz, D. Manuel y Ministerio Fiscal, solicitando que se dictase sentencia por la que “se declare que el menor Marco no es hijo biológico de mi mandante, sí

lo es del demandado D. Manuel; anulándose la constancia registral de la filiación paterna en el Registro Civil respecto de D. Jaime, y disponiendo que en lo sucesivo llevará el menor los apellidos de A. y L., y estará bajo la patria potestad de su padre referido y madre; con imposición del pago de las costas a quien se oponga a la demanda”.

- Admitida a trámite la demanda la representación procesal de los demandados contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia en la que con acogimiento de las excepciones procesales o de fondo argüidas en esta contestación, se acuerde desestimar íntegramente la demanda formulada por el actor, absolviendo de la misma a sus representados, con expresa imposición de las costas al demandante.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Gijón dictó sentencia el 18 de mayo de 1995 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 4.<sup>a</sup> de la AP de Oviedo dictó sentencia el 18 de junio de 1996, estimando parcialmente el recurso en el solo sentido de no hacer expresa imposición de las costas causadas en primera instancia.
- D. Jaime interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo que establece que la acción ejercitada ha prescrito pues ha transcurrido más de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil y el conocimiento por el marido del nacimiento.

#### COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El tema planteado en el presente recurso de casación es el relativo a la legitimación del padre biológico para impugnar su paternidad y al mismo tiempo reclamar la filiación paterna de un tercero.

En el motivo primero del recurso se denuncia la aplicación indebida del art. 133 C.c., en relación con el 134 y 129 del mismo Código, y los 163 del C.c. y 533.2 de la LEC. Y ello en relación con los art. 14, 24.1 y 2 y 39 de la CE, e infracción de la Jurisprudencia de la Sala sobre estas materias y, se concluye que, la legitimación del actor deviene como una verdadera legitimación *ad causam* y no *ad procesum*, pues no se puede negar la capacidad del padre para pedir que se reconozca la nueva paternidad natural del hijo si, efectivamente, es distinta de

la que ostenta, especulando sobre los posibles resultados de la práctica, si es que se hubiese realizado la misma, de la prueba biológica.

Antes de resolver la cuestión, el Tribunal Supremo hace las siguientes precisiones: Que sin entrar en la discusión de si la legitimación cuestionada lo sea *ad causam* o *ad procesum*, porque el problema se cierne en si el padre matrimonial está investido de representación legal para que, por la vía del art. 129, pueda representarle en reclamación de su verdadera progenie, y, sin perjuicio de que ese padre ha actuado, por sí mismo, al amparo del art. 134, sobre todo, al adosarle o preceder la correspondiente o previa de impugnación de su propia paternidad, y, desde luego, admitiendo la

prevalencia constitucional de la verdad biológica (*ex art. 139 CE*) para sin desconocer la tutela también prevalente del interés del propio hijo.

Ello es desestimado, porque, es claro, que la actuación del actor por la vía de la alternativa del art. 134 del C.c., no impide que esa acción también esté y, más exactamente, prevista en el preferente art. 129, como un derecho indiscutible que asiste al hijo y que puede en su nombre ejercitar su representante legal o el Ministerio Fiscal, por lo que *ab initio*, esa actuación del padre matrimonial al actuar, entonces, como representante legal de su citado hijo —acción que *in voce*, en el recurso se admitió, ejercitó el actor— cae de lleno en el óbice que declara, la Sala *a quo* y el Ministerio Fiscal ya que no puede, el citado padre/actor, por mor del art. 163, asumir esa representación por sostener interés opuesto al de su hijo —debiendo haber sido su representante legal el que accionara— en este caso, según su párrafo 2.º su propia madre, que en el litigio actúa como demandada, sin que, por lo demás, la Sala estime adecuado aplicar la tesis de la S. 5-6-1997, aludida en el acto de la vista por el recurrente, por entender que las circunstancias controvertidas en este litigio con respecto al de esa Sentencia difieren en sustancia para habilitar esa reiteración de la doctrina entonces sostenida.

En el segundo motivo, se denuncia la aplicación indebida del art. 141 del C.c., en relación con los 136 y 138 del mismo Código, asimismo y en relación con estos los 108, 109, 117 a 119, y los 1.301 y ss., del mismo Código. Y en ello, también en relación con los arts. 14, 24.1 y 2 y 39 de la CE, e infracción de la Jurisprudencia de la Sala sobre estas materias, aduciendo que, la impugnación de la paternidad debe ejercitarse frente a algún sujeto y su determinación o identificación acontece en una fase determinada del desarrollo procesal y extraprocesal del asunto. No está caducada la acción cuando en la formulación de la demanda y la sustanciación del litigio se sostiene, sin contradicción luego de parte durante la sustan-

ciación, que la determinación del sujeto es inmediatamente anterior a la fecha de formulación de la demanda... Y se ha infringido —continúa el motivo—, los preceptos citados en el encabezamiento de este Motivo, en particular el art. rector 141 C.c., que la Sentencia de la Audiencia relaciona con el 136 del mismo Código, pues la negativa de la madre a la práctica de las pruebas de determinación genética respecto de ella misma y de su hijo menor, es por sí a la vista de lo actuado y acreditado en el proceso, indicio suficiente que permite descartar la paternidad del actor sobre el menor. Ello, unido al hecho de que el otro codemandado se permitió rechazar la imputación de paternidad sin permitir o dar lugar a la averiguación científica biológica.

El motivo tampoco prospera, porque la acción de impugnación lo es para destruir la presunción de paternidad matrimonial, *ex art. 116 del C.c.*, y cuyo plazo de ejecución es de un año *ex art. 136 C.c.*, sin que sea posible acudir al citado art. 141 que está previsto para la impugnación de los reconocimientos de paternidad matrimonial —se decía al respecto en SS. de 20-6-96: “En relación con la ‘conjunción’ de los artículos 138 y 141 del Código Civil, de los que, a juicio del recurrente, parece deducirse la voluntad legislativa de ‘reconducir a un mismo régimen, el establecido en el artículo 141, la acción de impugnación del título de determinación legal de cualquier tipo de filiación matrimonial por vicios en el consentimiento’, conviene tener presente que el artículo 138 distingue dos supuestos impugnatorios de la paternidad, uno, el derivado del reconocimiento realizado con vicios en el consentimiento, y otro, el derivado de otras causas, lo que implica la remisión a los supuestos prevenidos en los artículos 117, 118, 119 y 120.1, a cuya acción de impugnación del reconocimiento se refiere el artículo 141. Ahora bien, esta acción difiere de la, asimismo, impugnatoria regulada en el artículo 136, la cual, se encuentra íntimamente vinculada a la presunción legal establecida en el artículo 116 —se presumen hijos del ma-

ruido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges siendo—, este el supuesto que concurre en autos puesto que la paternidad controvertida no es consecuencia de una situación de reconocimiento, sino de la presunción legal acabada de indicar, razón por la que no resulta aplicable el artículo 141, toda vez que la acción que otorga es la idónea para los casos de reconocimiento determinante de paternidad... Por lo que concierne a las pruebas biológicas en los juicios de filiación, es cierta la constancia en autos de que la demandada se negó a la práctica de tales pruebas, pero ello no permite extraer las consecuencias pretendidas por el recurrente, ni dichas consecuencias encuentran soporte incondicional en la doctrina jurisprudencial declarada por la Sala, dado que el sentido prácticamente unánime de la misma se pronuncia por la imposibilidad de suponer una *facta confessio* en los supuestos de negativa en punto a su realización pues sólo representa un indicio valioso que, conjuntamente con otros elementos probatorios, permite llegar a la existencia de la paternidad, particular que no concurre aquí, en el caso de que se trata, ya que no median de manera concluyente otras pruebas que pudieran avalar las

pretensiones del recurrente, pero es que, además, no es posible olvidar que el plazo del ejercicio de la acción de impugnación había ya caducado, lo que impediría, en todo caso, cualquier otro planteamiento, y esto así, descarta las alegadas infracciones acerca de una interpretación errónea del artículo 127 del Código Civil, en relación con los constitucionales artículos 39.2 y 53.3, y de una inaplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la negativa al sometimiento de pruebas biológicas”. En igual sentido las SS. 20-6-96 y 31-12-98. Y S. 21-7-2000: “...El remedio para desconocer la filiación así establecida por presunción legal está en lo dispuesto por el artículo 136 al conceder acción únicamente al marido, sin que la ley establezca causas específicas para ello, pero por el tiempo de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro civil —dato objetivo que determina legalmente la filiación según dispone el artículo 115 del Código— o desde que el marido conozca el nacimiento, tiempos que aquí coinciden, ya que rebasado aquel plazo se ha producido la caducidad de la acción, como invoca la demandada y se ha estimado en las instancias”; con lo que se desestima el Motivo y por ello el recurso con los demás efectos derivados.

5. *Sobreseimiento del procedimiento de reclamación de paternidad al no aportarse con la demanda un principio de prueba, ya que ni se aportan datos precisos, correspondencia, fotografías, ni se ofertan determinadas pruebas que acrediten la razonabilidad de la pretensión, y por otro lado, la constante remisión al resultado de las pruebas biológicas no supone el cumplimiento de la exigencia de lo ordenado en el art. 127.2 del Código Civil, pues ella es genérica y utilizable para cualquier persona, pero no acredita la exigencia de este principio de prueba que es la relación con la madre del menor en el tiempo de su concepción y dentro de las coordenadas de tiempo y espacio.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 1 de febrero de 2002.**  
**Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.**

#### ANÁLISIS DEL CASO

- D. Leoncio promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D.<sup>a</sup> Ana sobre reconocimiento de filiación en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: Se declare, si ello resulta de las pruebas biológicas, la paternidad de D. Leoncio con respecto a la menor Carmen. Alternativamente, para el supuesto de que las pruebas biológicas dieran resultado negativo, se declare que D. Leoncio no es el padre de la menor, Carmen.
- Con la demanda tan sólo se acompañaba el poder para pleitos y una certificación del Registro Civil relativa a la inscripción del nacimiento de la menor.
- Por la defensa y representación de la demandada se contestó el escrito inicial, oponiéndose a él y aduciendo las excepciones de defecto legal en el modo de plantear la demanda, con cita en el art. 127.2 del Código Civil, la falta de acción y asimismo la ausencia de legitimación activa. En cuanto al fondo se negaron todos los hechos relatados de adverso y cualquier tipo de relación con el actor.
- El Ministerio Fiscal se opuso frontalmente a las pretensiones deducidas en la demanda, porque sólo acreditó el nacimiento de una niña y la información aportada con la demanda apenas cumple el presupuesto de admisibilidad establecido en el art. 127.2 del Código Civil y en modo alguno ofrece base suficiente para afirmar que la citada menor haya sido procreada por el demandante.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Peñarroya Pueblonuevo dictó auto el 29 de enero de 1996 sobreseyendo el procedimiento al no haber subsanado el actor los defectos de falta de pruebas para la admisibilidad de la demanda, con imposición de las costas causadas al actor.
- Contra dicho auto se interpuso recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Córdoba dictó auto con fecha 12 de junio de 1996 desestimando el recurso.
- D. Leoncio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Sostiene el recurrente en su motivo que la Audiencia aplicó erróneamente la exigencia del art. 127.2 del Código civil, porque el Tribunal Supremo ha estimado suficiente la alegación en el escrito inicial de pruebas que pueden ser corroboradas en la fase probatoria, como ocurre con las pruebas biológicas.

Hay que comenzar, señala el Tribunal Supremo, consignando ahora, como hizo ya la resolución recurrida y el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación del recurso, que la demanda alegaba una serie de afirmaciones gratuitas que no encuentran ninguna constatación y se apoyan tan sólo en comentarios y rumores anónimos que corrieron en su tiempo en Hinojosa del Duque. Tan sólo la manifestación de haber mantenido “relaciones sentimentales y físicas con una joven de la localidad”, que designa y sin más especificaciones y sin hacer constar, si se trata de un acto aislado o de una relación más o menos duradera, sin constatar tampoco cuándo se inicia tal relación y cuándo concluye, de la que sólo se señala el año 1990. En ello apoya su demanda “la posibilidad de que la niña fuese hija suya...”, pero sin que tenga certeza absoluta pues los rumores dejaron de producirse con el tiempo.

Los hechos alegados en la demanda carecen en absoluto, no sólo de la mínima constatación, sino incluso de cualquier principio de prueba. Así, la resolución adoptada por el Juzgado y confirmada por la Audiencia está acorde con el ordenamiento jurídico y con la doctrina de este Tribunal, que ha recogido al respecto que la prueba que para la admisión de la demanda se exige en el párrafo segundo del art. 127 del Código Civil, no tiene otra finalidad que servir de filtro para impedir aquellas reclamaciones que sean absolutamente infundadas y caprichosas y tal exigencia probatoria no es confundible con la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión que habrá de realizarse en el proceso —sentencias de este Tribunal de 3 de junio

de 1988, 3 de diciembre de 1991, 6 de octubre de 1993, 28 de abril de 1994 y 1 de octubre de 1999, entre otras—. Ciertamente que esta Sala, en su citada sentencia de 3 de diciembre de 1991, ratificada por la de 4 de mayo de 1999, ha recogido al respecto que esta exigencia de un principio de prueba en la demanda, no es necesario que tenga que plasmarse en un determinado documento que se acompañe a la demanda, bastando en estas ofertas de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado. En definitiva, que según tal doctrina, este requisito del art. 127.2 del Código Civil “constituya un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca una restricción, ni un obstáculo y basta con que en el cuerpo de este escrito inicial existan referencias concretas a medios de prueba a prácticas que contribuyan a conferir al sustento fáctico de la petición, credibilidad y verosimilitud aunque luego no prospere la demanda”.

En definitiva, tal exigencia aparece incumplida, pues ni se aportan datos precisos, correspondencia, fotografías, ni se ofertan determinadas pruebas que acrediten la razonabilidad de la pretensión. La constante remisión de la recurrente al resultado de las pruebas biológicas no supone el cumplimiento de la exigencia de lo ordenado en el art. 127.2 del tantas veces citado Código Civil, pues ella es genérica y utilizable para cualquier persona, pero no acredita la exigencia de este principio de prueba que es la relación con la madre del menor en el tiempo de su concepción y dentro de las coordenadas de tiempo y espacio. Por ello, la pretensión del demandante de obtener certeza biológica de su paternidad para asumir sus obligaciones o tranquilizar su conciencia resulta insuficiente aunque se le adicionasen los rumores que desaparecen con el tiempo...

Pero desde el punto de vista procesal, la comparecencia fue introducida en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, por la reforma operada por la Ley 34/1984, que señala

en su artículo 693 que tiene entre otros fines, 3.º: “subsana o corrige, si fuese posible, los defectos que pudieran adolecer los escritos expositivos, o salvar la falta de algún presupuesto o requisito del proceso que se haya aducido por las partes o se aprecie de oficio por el Juez...”. Ante la falta de cumplimiento de lo ordenado en el art. 127.2, lo que ya fue denunciado por la demandada en su escrito de contestación a través de la excepción procesal de defecto en el modo de proponer la demanda, resulta que el Juez de primer grado actuó correctamente al acordar la suspensión de tal comparecencia, ante la petición de la parte demandada, porque el actor no aportó principio de prueba alguno referente a su pretensión e incumplió frontalmente lo prescrito en el citado art. 127.2 y por ello le concedió diez días más al demandante para subsanar tal defecto de su escrito inicial, que pese a lo mantenido de adverso en la contestación a la demanda, por el Juzgado y por la Audiencia Provincial mantuvo y sigue manteniendo en actitud contumaz, que estima cumple tal exigencia con remitirse a las pruebas biológicas a practicar en el proceso.

Resulta intrascendente el que no se convocara a las partes a una nueva comparecencia, que hubiera tenido que ser necesariamente suspendida porque la demanda no se rectificó y ello no conllevó indefensión alguna. El motivo tiene que parecer inexcusablemente.

En otro motivo del recurso alega el recurrente que se había infringido por indebida aplicación del art. 127 del Código Civil, “con la agravante de que trasladó la exigencia de la aportación de un principio de prueba por escrito, a una fase posterior a la admisión de la demanda, pues esta ya había sido admitida y contestada”. Cita el motivo las sentencias de esta Sala de 12 de noviembre de 1987 y 3 de junio de 1988, que recogen “basta la alegación en el escrito inicial (es decir en la demanda) de pruebas que puedan ser corroboradas en la fase probatoria”. Añade el motivo que si tal doctrina es

aplicable en la fase de admisión de la demanda, mucho más lo sería en la comparecencia y aduce que se ejercitan alternativamente dos acciones, una de reconocimiento y otra declarativa de la paternidad (en ambos casos a resultas de pruebas biológicas) y mal podría aplicarse a esta segunda acción la exigencia de un principio de prueba por escrito.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, porque el art. 127.2 del Código Civil, que reputa infringido, como ha recogido la sentencia de esta Sala de 28 de abril de 1994, sólo establece un filtro para impedir demandas absolutamente infundadas o caprichosas, filtro que no impide la admisión de las demandas en que exista un principio de prueba. Pues bien, la insólita demanda sólo señala que el actor ha estado residiendo hasta hace cuatro años en la localidad de Hinojosa del Duque, ejerciendo la profesión de taxista y que no obstante su situación de casado, “en 1990 mantuvo relaciones sentimentales y físicas con una joven de la localidad llamada Ana; dicha joven quedó en estado, y el 16 de diciembre de 1991 nació una niña a la que se puso por nombre Carmen”. Añade tan sólo que le llegaron rumores (sic) que la demandada comentaba que la hija podía ser del demandante, sin que se precisara en una imputación concreta.

Si como se afirma en el escrito inicial del proceso, ha existido una relación sentimental y física, en cumplimiento de la exigencia del art. 127.2 del Código Civil, ha debido señalar y precisar circunstancias de tiempo y lugar y aducir los oportunos corroborantes probatorios para acreditar la verosimilitud de lo reclamado, pero nada se ha cumplido por la recurrente, que con la remisión continua a las pruebas biológicas futuras cree satisfecha la exigencia legal, con lamentable olvido que al haberse negado la madre — como así lo ha expresado formalmente en el escrito de contestación a la demanda — a que la niña sea sometida a pruebas biológicas, la demanda está abocada a su total fra-

caso, al no poder deducirse su presunta paternidad en uno u otro sentido como solicita el suplico, sino en el mero alcance procesal, al no poder estimarse por faltar otras pruebas complementarias —sentencias de esta Sala de 25 de octubre y 24 de diciembre de 1996, 21 de julio de 1997 y 26 de marzo de 2001—.

Mas, con independencia de cuanto antecede y hace inviable el motivo, debe añadirse asimismo que si bien la Ley permite la investigación de la paternidad, como ha puesto de relieve la sentencia de esta Sala de 14 de marzo de 1994, no se ha llegado a introducir en nuestro sistema jurídico la investigación indiscriminada que resultaría perturbadora en el orden interno familiar y contraria al estado civil y posesión de hecho del mismo. Igualmente, se ha repetido en la más moderna sentencia de 28 de mayo de 1997, que la normativa sobre filiación, junto a la búsqueda de la verdad material a través de los medios de prueba, presenta como contrapunto la preservación de la paz familiar y de ahí derivan las limitaciones que la ley establece en orden a la legitimación activa en estos procesos, los plazos de caducidad para el ejercicio de las diversas acciones y, lo que ahora interesa, la exigencia de aportar un principio de prueba con la demanda, que recoge el art. 127.2 del Código Civil. A todo lo cual debe añadirse además la protección del interés del menor.

Pero el padre posible según la demanda, como aquí acontece, sólo puede ejercitar la reclamación de la filiación no matrimonial,

cuando goce de la posesión constante de estado, como se deduce del art. 133 del Código Civil, que sólo la atribuye al hijo y aunque no se desconoce la doctrina jurisprudencial que lo ha extendido también al padre o madre —sentencias de 19 de enero de 1990, 23 de febrero de 1990, 8 de julio de 1991, 16 de diciembre de 1994, 24 de junio de 1996, etc.— pero como recoge el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso, con cita de la sentencia de 28 de mayo de 1997, tal extensión no puede ampararse indiscriminadamente en generalizaciones que puedan dañar seriamente pacíficas situaciones personales constantes surgidas de la generosidad de quienes asumen los deberes inherentes a la paternidad en bien del menor.

En el caso traído ahora a la censura casacional, no sólo se ha producido una absoluta carencia de toda posesión de estado en el actor, sino en la propia insuficiencia de la demanda para sustentar una pretensión de declaración de paternidad.

Finalmente, el motivo incurre en la afirmación absolutamente inexacta de que si se admitió la demanda, no puede extemporáneamente rechazarse tras la comparecencia, porque no se admitió la demanda, se le dio traslado a la demandada —cosa distinta— que expuso su grave defecto y si se citó al acto de comparecencia es porque precisamente en tal trámite pueden rectificarse los defectos, como señaló el art. 693.3 de la LEC, remitiéndose esta Sala al ordinal segundo de estos fundamentos jurídicos.

6. *Necesidad de que el marido de la madre sea parte demandada en el procedimiento que aquella interpuso contra un tercero reclamando la filiación extramatrimonial.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 7 de febrero de 2002.**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Romero Lorenzo.**

#### ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Manuela formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía, sobre reclamación de filiación extramatrimonial contra D. Juan, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se dictase sentencia en la que estimando la demanda se declare la paternidad de Juan respecto del hijo de la demandante D. Juan Manuel, con todos los derechos y obligaciones inherentes a dicha declaración.
- Admitida la demanda y emplazado el demandado, contestó a la demanda, solicitando se dicte en su día sentencia por la que se desestime la demanda y se declare, en consecuencia, no haber lugar a estimar la paternidad que se solicita y, en definitiva, absuelva a su representación de la acción de reclamación de filiación que se ejercita, con expresa imposición de las costas.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Almería dictó sentencia el 24 de octubre de 1994 estimando la demanda interpuesta por D.ª Manuela contra D. Juan y declarando la paternidad de Juan respecto del hijo de la actora D. Juan Manuel al que le une una relación de filiación extramatrimonial.
- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la Audiencia Provincial de Almería dictó sentencia el 17 de mayo de 1996 desestimando el recurso.
- D. Juan interpuso recurso de casación, y el Tribunal Supremo, sin entrar en el fondo del asunto, revocó la sentencia al no haber intervenido en el procedimiento el marido de la actora.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Con carácter previo al examen de los cuatro motivos a través de los cuales el recurrente desarrolla el presente recurso de casación, el Tribunal Supremo, y basándose en razones de orden público, señala que debe tenerse en cuenta que según se desprende de la lectura del escrito de interposición de dicho recurso y se comprueba tras el examen de los autos, concurren en el presente supuesto las siguientes circunstancias: a) La actora afirma en el hecho segundo de su demanda que se hallaba casada en el año 1980 y precisa que su esposo se llama Francisco. b) En el poder para pleitos otorgado en 1992, en virtud del cual confiere su representación a la Procuradora se hace constar que la actora está casada con D. Francisco. c) En el asiento de inscripción de nacimiento de Juan Manuel no se menciona a su padre, pero figura que su madre, D.<sup>ª</sup> Manuela, es de estado casada.

De cuanto queda expuesto resulta que se está debatiendo en autos la posible paternidad extramatrimonial de D. Juan, sin que

figure en ellos ni como actor ni como demandado alguien —D. Francisco— cuya presencia es imprescindible, dado que el eventual acogimiento de la pretensión deducida vendría a desconocer la presunción legal (art. 116 del CC) que atribuye al marido de la madre la paternidad de los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

En consecuencia, debe entenderse que concurre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, apreciable de oficio, al no haber sido llamado a los autos D. Francisco, marido de la demandante, al que la resolución que pudiera dictarse afecta muy directamente.

En atención lo anterior, el Tribunal Supremo absuelve en la instancia a D. Juan, sin perjuicio de que el hijo de la actora, en la actualidad mayor de edad, adopte la decisión que considere oportuna, en cuanto a la determinación de su filiación se refiere.

## II. PATRIA POTESTAD

1. *Confirmación de la declaración de desamparo cuando queda acreditado que la madre no cumplió con las obligaciones que constituyen el contenido de la patria potestad dejando a los hijos en una situación de desatención durante unos días.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>ª</sup>, Sentencia de 31 de diciembre de 2001.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.**

## ANÁLISIS DEL CASO

- D.<sup>ª</sup> Inmaculada promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre impugnación de tutela contra la Consejería de Integración Social de la

Comunidad Autónoma de Madrid, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado: “dicte en su día sentencia estimatoria mediante la cual se declare no haber lugar a la tutela de los menores Raúl, David y Elena, por la Comisión de Tutela del Menor, y se declare extinguida la misma”.

- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada contestó oponiéndose a la misma, y suplicando al Juzgado: “Se sirva acordar que el procedimiento adecuado para la sustanciación de este pleito es el de jurisdicción voluntaria, y, en su caso, resolver confirmando y manteniendo la tutela y guarda acordadas por la Comunidad de Madrid sobre los menores”.
- El Juzgado de Primera Instancia número 29 de Madrid dictó sentencia con fecha 5 de julio de 1995, cuya parte dispositiva dice literalmente: “Que, sin admisión de la excepción planteada y desestimando la demanda de menor cuantía sobre impugnación de tutela a instancia de D.<sup>a</sup> Inmaculada contra la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, debo declarar y declaro mantener la tutela y guarda de los menores Raúl, David y Elena por la Comunidad de Madrid. No se hace expreso pronunciamiento en costas”.
- En grado de apelación, la Sec. 22.<sup>a</sup> de la AP de Madrid dictó sentencia el 21 de junio de 1996 desestimando el recurso de apelación.
- D.<sup>a</sup> Inmaculada interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El único motivo del recurso —al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aplicación incorrecta del artículo 172.1 del Código Civil e inaplicación del apartado 2 de este precepto, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta que la situación de desatención respecto a los hijos de la recurrente fue forzosa y temporal (apenas duró tres días), y se debió a problemas familiares graves, de manera que esta actitud no justificaba una constitución de tutela, sino sólo la de una mera guarda temporal— se desestima por las razones que se dicen seguidamente.

Corresponde sentar que no cabe en este recurso la revisión de los hechos que la sentencia de instancia declaró probados, sin

embargo es misión casacional la calificación jurídica de los mismos y la aplicación adecuada de las normas.

La sentencia recurrida considera como hechos probados que, en el mes de agosto de 1991, fue constituida la tutela de los menores Raúl, David y Elena por la Consejería de Integración Social de la Comunidad Autónoma de Madrid, en base a una detectada situación de abandono físico de los mismos, en cuanto carentes de persona adulta que asumiera su cuidado, no siendo ajenos a dicho estado determinados trastornos padecidos por D.<sup>a</sup> Inmaculada, madre de aquellos, quien, el 28 de agosto de 1991, en comparecencia ante la Comisión demandada, manifestó su conformidad en que la Comunidad Autónoma asumiera el cuidado de los me-

nores por carecer de medios económicos para hacerse cargo de ellos la misma madre y por existir una sospecha de drogadicción de los niños.

Desde la óptica apuntada en los dos párrafos precedentes, mantenemos la repulsa de la demanda, por efecto de que no ha habido la transgresión legal señalada en el motivo, pues para que entre en funcionamiento la institución de acogimiento se precisa la demostración de la existencia de un menor en situación de desamparo, tal como ésta es definida en el artículo 172.1, párrafo segundo, del Código Civil, que se determina por la falta de atenciones a aquél a consecuencia del incumplimiento de los deberes de asistencia y protección, y, en este caso, es indu-

dable el quebrantamiento por la actora de las obligaciones que constituyen el contenido de la patria potestad respecto a los hijos detallados en la demanda, lo que ha provocado la tutela del Estado a través de la institución pública correspondiente.

La particularidad de la actual modificación de las circunstancias familiares, según se informa en el escrito de impugnación del recurso, respecto a que los tres menores permanecen ahora en compañía de su madre y a la recuperación de ésta, no empece a la decisión desestimatoria adoptada, toda vez que el litigio versa únicamente sobre la situación de desamparo acaecida en el mes de agosto de 1991, cuando la tutela de los mismos fue asumida por la entidad demandada.

2. *Admisibilidad de que el régimen de visitas fijado en la sentencia pueda ser alterado en fase de ejecución, y concretamente ampliado en lo que a pernocta se refiere, a la vista de la evolución de la relación entre ambos y el deseo que al respecto pueda ir expresando el hijo.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 11 de febrero de 2002.**

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

#### ANÁLISIS DEL CASO

- D. Malcolm interpuso demanda contra D.<sup>a</sup> Mercedes sobre reclamación del derecho de visita solicitando se dictara sentencia en la que se reconociera al actor el derecho de visita, comunicación y estancia con su hijo, y en el modo, tiempo y lugar que proponía.
- El 17 de diciembre de 1993 se presentó escrito contestando la demanda y oponiéndose a la misma, al tiempo que formulaba reconvenición, en la que se solicitaba la privación de la patria potestad del actor respecto del hijo común. Asimismo se tuvo por contestada la demanda.
- El Juzgado de Primera Instancia número Uno de San Bartolomé de Tirajana dictó sentencia el 14 de marzo de 1995 estimando parcialmente la demanda

interpuesta estableciendo el siguiente régimen de visitas: A) El padre podrá visitar a su hijo el segundo fin de semana de cada mes. El viernes desde las 18 horas hasta las 21 horas; el sábado y domingo desde las 10 horas hasta las 20 horas, respectivamente. El menor pernoctará en todo caso en el domicilio materno, lugar donde, a falta de acuerdo, se efectuará la recogida y entrega del niño. B) Asimismo, D. Malcolm podrá tener al menor en su compañía un mes de las vacaciones escolares de verano, eligiendo los años pares el padre y los impares la madre; así como la semana inmediatamente anterior a aquella en que se encuentre el 25 de diciembre. En cualquier caso, durante estos períodos de tiempo el menor pernoctará en el domicilio materno, pudiendo el padre estar con el niño desde las 10,00 horas hasta las 20,00 horas de cada día, salvo que las partes de mutuo acuerdo, y en interés del menor, decidan otro régimen de visitas. C) Se prohíbe expresamente que el padre saque al menor de la Isla de Gran Canaria, salvo que exista acuerdo expreso con la madre. 2.º D. Malcolm abonará en concepto de pensión alimenticia en favor del hijo menor la cantidad de setenta mil pesetas (70.000 ptas.) mensuales. Tal pensión se abonará por meses anticipados, dentro de los cinco primeros días de cada mes, mediante ingreso en la cuenta corriente que la madre, a tal efecto, señale y experimentará las variaciones que correspondan según la modificación del Índice de Precios al Consumo fijado anualmente por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo Autónomo que lo sustituya.

- En grado de apelación, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia en fecha 14 de junio de 1996, estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Malcolm, revocando la misma en el sentido de diferir para el trámite de ejecución de sentencia la posibilidad de acordar que el régimen de visitas acordado sea extensivo a poder pernoctar el hijo con su padre el actor, a la vista de la evolución de la relación entre ambos y el deseo que al respecto pueda ir expresando el repetido hijo, así como fijar la pensión por alimentos en la cantidad de cincuenta y cinco mil pesetas (55.000 ptas.), con mantenimiento de todo lo demás resuelto.
- D.ª Mercedes interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La modificación establecida en la sentencia de apelación, consistió en que conservando el régimen de visitas establecido por la Juez de Primera Instancia, se facultaba,

en trámite de ejecución de la sentencia, la posibilidad de acordar que el menor pueda pernoctar con su padre, a la vista de la evolución de la relación entre ambos (padre e

hijo), y el deseo que al respecto pueda ir expresando el repetido hijo, contra cuya modificación se alza en casación la demandada madre del menor D.<sup>a</sup> Mercedes alegando dos motivos que se examinan a continuación.

En el primero, alega infracción del principio de la tutela judicial efectiva que ampara la Constitución y el art. 359 de la LEC, que establece que en la sentencia deberán ser resueltas todas las cuestiones planteadas por las partes en sus alegaciones, y aunque en algunos supuestos, se permite la delimitación de determinadas medidas en ejecución de sentencia, no se puede olvidar, viene a decir la parte recurrente, que en este procedimiento, la determinación del régimen de visitas ha sido el tema único que constituye el objeto del pleito, a diferencia de lo que ocurre generalmente, cuando la demanda que se ha planteado, es la de separación matrimonial o la de divorcio, juicio, en el que los alimentos, y las visitas, son medidas que se toman de una forma accesoria, y como consecuencia de lo que es objeto fundamental del pleito, la separación o el divorcio; aquí, estas cuestiones no se tratan, siendo por consiguiente la cuestión principal y prácticamente única de la demanda de juicio de Menor Cuantía, trámite por el que se han seguidos los autos del que dimana el presente recurso, el régimen de visitas, y al poder este, ser modificado en el transcurso de la ejecución de la sentencia, ha dejado, en tesis de la recurrente, sin dar respuesta a la demanda.

Entendemos que no es óbice a que sea la cuestión única del pleito, el establecimiento del régimen de visitas —al margen de los alimentos que fueron ofrecidos por el actor, y sobre los que no ha habido contienda—, para que varíe el carácter y naturaleza de las normas que rigen esta materia, cabe afirmar pues, que por la circunstancia de que se haya pedido, el régimen de visita, al margen de cualquier otra cuestión que tenga un carácter principal, como puede ser el juicio de separación de los progenitores o el divorcio, haya de variar la naturaleza de las medidas

acordadas, ya que el sistema legal que regula esta materia es el mismo, el comprendido en el párrafo segundo del art. 92 y el art. 94 del Código civil, estableciendo este, el derecho del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores, a visitarlos, comunicarse con ellos y tenerlos en su compañía, estableciendo que la determinación de cómo ha de hacerse es atribución del Juez, teniendo en cuenta siempre que el derecho de comunicación ha de llevarse a efecto en la forma que señala la disposición primeramente citada, a saber, en beneficio de los hijos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio, y siempre a los mayores de doce años, por eso en la sentencia de primera instancia se establecieron las medidas en “atención a la edad del menor”, y que la posibilidad de modificar las medidas cautelares al transcurrir el tiempo es una circunstancia inherente a ellas, lo que puede discutirse es que sea posible sin necesidad de un incidente de modificación de medidas, por lo que es indudable que guarda congruencia no solo con las pretensiones deducidas por las partes sino con la propia sentencia de primera instancia que en realidad no revoca, sino que prevé el mecanismo para la modificación de uno de los extremos de esa medida, el de la pernocta del menor, que entiende que ha de hacerse en trámite de ejecución de la propia sentencia, cuestión que puede ser discutida, pero en forma alguna por la vía de tachar de incongruente la sentencia.

En el segundo motivo, alega infracción del art. 92.2 del Código civil, pues aun reconociendo que las medidas en relación al régimen de visitas son susceptibles de ser modificadas ello ha de ocurrir cuando cambien esencialmente las circunstancias que se tuvieron en cuenta para adoptarlas y siempre ha de ser en interés de los menores. Motivo que es desestimado por el Tribunal Supremo porque es indudable que la única novedad de la sentencia de apelación respecto de la de primera instancia es señalar que el régimen de pernocta durante los días de visitas, puede ser modificado en el propio procedimiento de ejecución de sentencia, sin nece-

sidad de acudir a un nuevo pleito, cuando necesariamente haya cambiado una de las bases que se tuvieron en cuenta cuando se adoptaron, a saber, la edad del menor, además, si así lo aconseja “la relación entre ambos y el deseo que al respecto pueda ir expresando el hijo”, y por supuesto, se hará valer por la madre, en su caso la probanza de estas circunstancias, en el futuro incidente de ejecución, siempre en el interés del hijo, por lo que en la sentencia que se recurre no se infringe ninguno de los preceptos que se denuncian, que los refiere, además del citado, a los contenidos en los arts. 90 y

103 del Código civil, ni a la Declaración de los Derechos del Niño ni en la Constitución española —que invoca sin citar precepto alguno—, alegaciones estas que no es el momento de hacerlas ahora, sino en el caso de que por la parte recurrida pida su modificación en el sentido previsto en la sentencia recurrida, en cuyo supuesto, puede alegar la madre cuanto justifique la falta de concurrencia de las circunstancias que pudieran aconsejar esa modificación, y que la adopción de esa modificación, pueda perjudicar al menor, pero no antes de que se pretenda su variación.

### III. REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

#### 1. RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES

1.1. *Teniendo en cuenta que la deuda relativa a liquidaciones de despachos de importación, realizadas con anterioridad a la fecha de las capitulaciones matrimoniales, surgió antes de modificar el régimen matrimonial, no puede considerarse a la esposa legitimada para ejercitar una tercería de dominio.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 13 de noviembre de 2001.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.**

#### ANÁLISIS DEL CASO

- D.<sup>a</sup> María Teresa promovió demanda de tercería de dominio contra la “Tesorería de la Delegación de Hacienda de Madrid” y contra D. Carlos, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado que dicte sentencia declarando “que los bienes embargados, señalados en el hecho primero de esta demanda, pertenecen a la propiedad de mi representada, mandando se levante el embargo trabado con

oficio al Sr. Registrador de la Propiedad de Alcalá de Henares, con expresa imposición de costas”.

- Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, D. Carlos se allanó a la demanda mediante escrito de fecha 12 de noviembre de 1985, ratificado en comparecencia de 18 de junio de 1996.
- El Juzgado de Primera Instancia número 17 de Madrid dictó sentencia, en fecha 4 de noviembre de 1988, desestimando la demanda de tercería formulada por D.<sup>a</sup> María Teresa.
- En grado de apelación, la Sec. 23.<sup>a</sup> de la AP de Madrid dictó sentencia en fecha 10 de octubre de 1995, desestimando el recurso.
- D.<sup>a</sup> María Teresa interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión litigiosa se centraba principalmente en si, por consecuencia de la escritura de liquidación de sociedad conyugal y modificación del régimen económico conyugal, otorgada por los esposos D. Carlos y D.<sup>a</sup> María Teresa en 26 de septiembre de 1979, la titularidad de los bienes embargados por deudas pendientes con la Tesorería de la Delegación de Hacienda de Madrid y relativas a liquidaciones de despachos de importación efectuadas en los ejercicios de 1974, 1975 y 1976 a cargo de la sociedad conyugal, correspondía o no exclusivamente a la demandante y procedía o no el alzamiento de la traba.

El motivo primero del recurso —al amparo del artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por inaplicación de la Disposición Derogatoria de la Ley de 6 de agosto de 1984, que dio nueva redacción al artículo 306 de la Ley Rituaria, y de los artículos 1.7 y 2.2 del Código Civil, en relación con el artículo 55 del Reglamento Orgánico de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y del Cuerpo de Abogados del Estado, aprobado por Decreto de 27 de julio de 1943, y artículo 9.3 de la Constitución Española, por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada no ha valorado

que por el Juzgado se ha aplicado un precepto derogado, que determinó la prórroga del plazo para contestar la demanda, con indudable perjuicio para la recurrente— se desestima porque el contenido del referido artículo 55 del Reglamento Orgánico de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y del Cuerpo de los Abogados del Estado se integra en una de las llamadas especialidades procesales del Estado, derivada de la importancia de los fines e intereses a que sirve la Administración pública, la complejidad organizativa y estructural que asume el Estado y las estrictas pautas de actuación que el ordenamiento impone a las Administraciones públicas en garantía de la correcta satisfacción de los intereses generales, y tal precepto, que se ha venido aplicando ininterrumpidamente desde la aprobación del Reglamento Orgánico aludido, no estaba derogado en la fecha de la iniciación de este proceso e, incluso, el artículo 14.1 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, de 27 de noviembre de 1997, respecto a la suspensión del curso de los autos, persiste en idéntico posicionamiento y ratifica las líneas generales del mandato contenido en el mismo, al disponer lo siguiente: “En los procesos civi-

les que se dirijan contra el Estado, sus Organismos autónomos, entidades públicas dependientes de ambos o los órganos constitucionales, el Abogado del Estado recabará los antecedentes para la defensa de la Administración, Organismo o entidad representada, así como elevará, en su caso, consulta ante la Dirección del Servicio Jurídico del Estado. A tal fin, al recibir el primer traslado, citación o notificación del órgano jurisdiccional podrá pedir, y el Juez acordará la suspensión del curso de los autos, salvo que, excepcionalmente, y por auto motivado, se estime que ello produciría grave daño para el interés general. El plazo de suspensión será fijado discrecionalmente por el Juez, sin que pueda exceder de un mes ni ser inferior a quince días. Dicho plazo se contará desde el día siguiente al de la notificación de la providencia por la que se acuerde la suspensión, no cabiendo contra tal providencia recurso alguno”.

El motivo segundo del recurso —al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por trasgresión del artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación, por un lado, con los artículos 237, 280.2, 285, 288 del citado texto legal y 306, párrafo segundo, y 307 de la Ley Rituarial, y, por otro, con los artículos 245, 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que, según denuncia, en caso de considerar que el artículo 55 del Reglamento Orgánico de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y del Cuerpo de Abogados del Estado de 27 de julio de 1943 no estaba derogado, se permitiría la suspensión de los autos por un plazo de tres meses para elevar consulta a la Dirección General, esto es, se autorizaría una prórroga del plazo procesal, y, finalizado éste, como ocurrió en este caso, precluye la oportunidad de realizarlo y corresponde al Secretario judicial el impulso del proceso, con referencia aquí a la contestación de la demanda, y compete al Juzgador la declaración del decaimiento del derecho, sin embargo la sentencia de instancia aprecia que la recurrente no ha formulado el

pertinente recurso de apelación contra el auto resolutorio del recurso de reposición de fecha 26 de marzo de 1987, lo que no se produjo porque el Juzgado omitió, en su notificación a las partes, si la referida resolución era o no firme y, en su caso, los recursos procedentes, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello, cuya disfunción ha colocado a este litigante en situación de indefensión— se desestima porque, aunque es evidente que ha existido una irregularidad en la actuación del Juzgado al efectuar la notificación indicada, que debió ser evitada, ello no empece el deber de actuación diligente de la parte, que, en este caso, al obrar representada por Procurador y asistida por Letrado, tuvo ocasión de plantear el correspondiente recurso de apelación contra el auto a que se refiere, sin que, por ello, la omisión del órgano judicial le haya producido indefensión.

El motivo tercero del recurso —al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración de los artículos 1373, 1375 y 1365 del Código Civil, en relación con el artículo 6 del Código de Comercio, debido a que, según reprocha, en consideración a que el cónyuge no comerciante está excluido de las previsiones del Código de Comercio sobre la materia, es de aplicación al objeto del debate lo establecido en el artículo 1373 del Código Civil, y la traba del embargo no se ajusta a los requisitos dispuestos en el mismo, y, en consecuencia, los bienes deben entenderse libres de la anotación registral, y produce sus efectos el pacto de capitulaciones matrimoniales operado en virtud de la escritura pública notarial— se desestima porque el crédito en cuestión está expresamente reconocido en cuanto a su origen o causa, se refiere a liquidaciones de despachos de importación efectuados en los ejercicios de 1974, 1975 y 1976, sobre los que se siguió el correspondiente expediente administrativo en la Delegación de Hacienda, se contrae con cargo a la sociedad de gananciales y tiene fecha anterior a la escritura de capitulaciones matrimoniales de 26 de septiembre de 1979, de

manera que es de aplicación al caso del debate la posición jurisprudencial relativa a que, si las nuevas capitulaciones se otorgan después de haber surgido la deuda, la esposa no es tercerista a efectos de estar legitimada para ejercitar una tercería de dominio (SSTS de 21 de junio de 1994 y 23 de octubre de 2001).

## 2. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

2.1. *Carácter ganancial de la indemnización percibida por el esposo, por desistir del contrato de arrendamiento en el que se subrogó constante la sociedad de gananciales, siendo indiferente que los derechos a la subrogación del contrato fuesen exclusivamente a favor del esposo que traía causa de su padre.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 11 de diciembre de 2001.**  
**Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.**

### ANÁLISIS DEL CASO

- D.<sup>a</sup> Olga interpuso demanda de menor cuantía contra D. Jesús, solicitando se dictase sentencia por la que se acordase la liquidación de sociedad de gananciales, adjudicando a cada una de las partes los bienes que le correspondan, teniendo en cuenta las proposiciones hechas por esta parte, con expresa condena en costas a la parte demandada.
- Admitida a trámite la demanda el demandado contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se declarase: 1. Que el piso de Madrid, fue adquirido mediante precio en parte ganancial y en parte privativo y corresponde *pro indiviso* a la sociedad de gananciales en un siete enteros cuarenta y una centésimas (7,415) por ciento y a D. Jesús, compra privativa en un noventa y dos enteros cincuenta y nueve centésimas (92,59) por ciento, se decretara la cancelación de la inscripción en favor de la sociedad de gananciales, sustituyéndola por la resultante de esta declaración. 2. Acordando tras la exclusión e inclusiones previas, que se enumeran en el apartado Primero del hecho cuarto de esta contestación que el activo y pasivo de la sociedad de gananciales en liquidación vienen determinados por los bienes y derechos enumerados en el apartado II de mencionado hecho cuarto; cuyo inventario de bienes, que la integran, deberá servir de

base para la confección de operaciones divisorias en ejecución de sentencia, una vez efectuadas las valoraciones correspondientes de los bienes y derechos que se declarasen integrar los bienes partibles. 3. Se impusieron las costas a la actora.

- El Juzgado de Primera Instancia número veinticuatro de Madrid dictó sentencia el 7 de junio de 1995, estimando parcialmente la demanda, liquidando la sociedad legal de gananciales por los siguientes bienes: “1.º Piso de Madrid, que pertenece en un 96,29% al esposo y en un 3,71% a la esposa, del valor que se determina en ejecución de sentencia. 2.º Piso de San Rafael (Segovia), 3.º Vehículo automóvil Peugeot 405 M-...-MJ, a valorar en ejecución de sentencia. 4.º Saldo en metálico resultante del apartado B) del fundamento jurídico tercero, una vez hechas las deducciones correspondientes. 5.º Ajuar y enseres de las viviendas reseñadas. Una vez hechas las deducciones, liquidación y valoraciones correspondientes en ejecución de esta sentencia, los cónyuges harán suyos por mitad los saldos resultantes. En el caso de los inmuebles en el primero de ellos D. Jesús abonará a D.ª Olga el porcentaje correspondiente (3,715) salvo mejor acuerdo. La vivienda de San Rafael y el vehículo, ajuar y enseres, se lo adjudicarán cualquiera de los cónyuges indemnizando al otro en el 20% de la valoración o en su defecto serán vendidos en subasta pública, de acuerdo con las previsiones de los artículos 1.392 y siguientes del Código civil. Todo ello sin hacer especial condena en las costas procesales”.
- En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 25 de abril de 1996, desestimando el recurso interpuesto por D.ª Olga.
- D.ª Olga interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión controvertida en este asunto radica esencial y fundamentalmente en la determinación de la naturaleza privativa o de ganancialidad del derecho dimanante de la subrogación del contrato de arrendamiento en virtud del cual disfrutaban y vivían los litigantes, constante el matrimonio, del chalet calle M., concertado el 2 de abril de 1942 por el padre de D. Jesús que por muerte de aquél se subroga, por primera vez, su esposa y posteriormente el hijo de ambos D. Jesús. Conforme la legislación vigente en aquella época, concretamente los artículos 58 y 59

de la Ley de Arrendamientos Urbanos, al fallecimiento del inquilino titular del contrato de arrendamiento, su cónyuge, conforme el orden de prelación establecido, podía subrogarse en los derechos y obligaciones del arrendamiento; y al fallecimiento del subrogado en la vivienda por actos *intervivos* o *mortis causa*, solo podría continuar ocupándola, con el mismo carácter, su cónyuge y descendientes. Por aplicación de dicha normativa legal, únicamente podía subrogarse en el contrato de arrendamiento concertado en el año 1942, D. Jesús, como

descendiente del matrimonio formado por D. Jesús B. y D.<sup>a</sup> Manuela.

Sostiene, en consecuencia el recurrente, que, “los derechos dimanantes de tal subrogación, por imperativo legal, con independencia de su matrimonio, correspondían a aquel, pues era el único que podía continuar ocupando la vivienda siendo, por tanto, tales derechos de carácter privativo, y conservando tal naturaleza, la compensación económica por importe de dos millones quinientas cincuenta mil pesetas (2.550.000 ptas.) percibidas, conforme consta en el documento de fecha 10 de marzo de 1978, constante el matrimonio por el que las partes intervinientes dan por resuelto el contrato de inquilinato; cantidad que, por otra parte, según consta reconocida por las partes, invierten en la adquisición del piso de calle S. número ...; por aplicabilidad del artículo 1.346 número tercero del Código civil, al ser la compensación económica percibida por la resolución del inquilinato consecuencia de un derecho privativo, cual era el derecho de subrogación que, exclusivamente, pertenecía a D. Jesús y que únicamente estaba legitimada para resolver. No procede, dice, estimar la pretensión de la recurrente que pretende dar naturaleza de ganancial a la compensación económica indemnizatoria por la resolución del contrato de arrendamiento.

Señala el Tribunal Supremo que la facultad o el derecho de subrogación en cuestión, como puso de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1959, no es un derecho hereditario, sino un beneficio sucesorio a favor de determinadas personas por razones de interés social y en atención al difícil problema de la vivienda, móvil de la legislación especial sobre arrendamiento de fincas urbanas; y no es derecho hereditario porque en tal caso la Ley no podría disponer a favor de uno de los herederos, ni excluir de su derecho hereditario al cónyuge que no convivía, sino que habría de atenerse al régimen de herencia, y además, porque si fuera un derecho patrimonial, transmisible por herencia, tendría la facultad de disponibilidad el causante, atributo que no se le otorga, rei-

terando la sentencia de 6 de marzo de 1963, con cita de otras varias, que el contrato de arrendamiento es generador de un derecho de naturaleza esencialmente personal y que se extingue, por lo tanto, con la muerte. Consiguientemente, el derecho de subrogación en el contrato de inquilinato, por fallecimiento del titular o subrogado nace y se agota con su ejercicio, de modo que no es susceptible *per se* de valoración económica con independencia de las indirectas ventajas económicas que produzca la posibilidad de obtener un arrendamiento de vivienda con “renta baja” en relación con los precios de mercado. Una vez ejercitado el derecho de subrogación, por el marido que convivía con su cónyuge en la vivienda objeto del contrato arrendaticio, el contrato se sujetó, entre los cónyuges, a la disciplina del régimen de gananciales. El derecho de subrogación, al que nos atenemos, no puede calificarse, como una adquisición a título gratuito (artículo 1.346-2.º del Código civil), puesto que origina con su ejercicio, contraprestaciones onerosas. Ni una consideración extensiva del número quinto del precepto citado (bienes y derechos inherentes a la persona y los no transmisibles *intervivos*) permite la estimación de consecuencias, más allá, en el supuesto que se examina, de su propia consunción sin trascendencia económica. El derecho de arrendamiento —como recoge la doctrina— se adquiere en el momento en que se concierta, sea *ex novo*, sea por subrogación, de manera, que si se pacta, vigente la sociedad de gananciales se adquiere a costa de los bienes comunes tanto más cuanto que se trata de arrendamiento de vivienda cuyos gastos son imputables al sostenimiento de la familia, conforme el artículo 1362.1.º del Código civil.

En el caso, por tanto, no se puede considerar que la compensación económica recibida por renunciar al contrato dimanante de la subrogación en el precedente, realizada por el marido, tenga carácter de bien privativo del marido y no sea caracterizado como bien ganancial. Desde luego que, en ningún caso, la citada “renuncia” o “desistimiento”

del contrato y consiguiente desalojo de la vivienda puede calificarse como una derivación directa de la “subrogación”, ya que el derecho que la permitió se había agotado con su ejercicio y era un derecho personal no valorable económicamente e intransferible. Tal posición resulta, además, acorde con las disposiciones en vigor: así el artículo 12 de la Ley 29/94 (de 24 de noviembre), que claramente determina que el desistimiento “del contrato” es un derecho que corresponde a ambos cónyuges (“si el arrendatario manifiesta su voluntad de renovar el contrato o de desistir de él, sin el consentimiento del cónyuge que conviviera con dicho arrendatario, podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge”). Referida norma resulta de aplicación al caso, en virtud de lo dispuesto por la “disposición transitoria segunda de la misma Ley” (Contratos de arrendamiento de viviendas celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1986. Los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados antes del 9 de mayo de 1985 que subsistan en la fecha de entrada en vigor de la presente ley, continuarán ri-

giéndose por las normas relativas al contrato de inquilinato del texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, salvo las modificaciones contenidas en los apartados siguientes de esta disposición transitoria. Será aplicable a estos contratos lo dispuesto en los artículos 12, 15 y 24 de la presente Ley). Los razonamientos expuestos conducen derechamente a la estimación del motivo.

La acogida del precedente motivo y las consecuencias que determinan hacen innecesaria la consideración del otro motivo, y obligan, por la lógica declaración de haber lugar al recurso, a la recuperación de la instancia resolviendo sobre la cuestión presentada que, según los argumentos ya expuestos, conduce a que contra lo establecido por la sentencia impugnada, no puede entenderse aplicable a la adquisición del piso de la calle S. número ..., el número tercero del artículo 1346, en parte de precio correspondiente al importe de la indemnización recibida por lo que se declara que tal piso es un bien de naturaleza plenamente ganancial.

#### IV. PROCESAL

1. *Siendo desconocido el último domicilio del matrimonio, será competente para conocer de la demanda de separación el juzgado correspondiente al domicilio del demandado.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, Auto de 10 de noviembre de 2001.**

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

#### ANÁLISIS DEL CASO

- D.<sup>a</sup> María del Mar formuló demanda de separación matrimonial contra D. Gustavo y conferido traslado de la demanda al demandado, no compareció, dándose por precluido el trámite de contestación, declarándosele en rebeldía.

- D. Gustavo presentó escrito al solo efecto de promover cuestión de competencia por inhibitoria, y suplicaba, previa audiencia al Ministerio Fiscal, dictar Auto mandando librar oficio inhibitorio al Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de los de Badajoz, dando lugar al requerimiento.
- Por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de los de Torreveja, se dictó Auto en fecha 5 de marzo de 2001, cuya parte dispositiva declaraba haber lugar a la inhibitoria planteada por D. Gustavo, y ordenaba requerir de inhibición al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Badajoz, para que remita los autos a este Juzgado.
- Recibido el requerimiento de inhibitoria por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de los de Badajoz, se dictó Auto el 21 de abril de 2001, declarando no haber lugar a declinar la competencia para el conocimiento de estos autos a favor del Juzgado de igual clase n.º 4 de Torreveja.
- Al insistir ambos Juzgados en su respectiva competencia, se remitieron los autos a esta Sala, que acordó oír al Ministerio Fiscal, que evacuó el traslado en el sentido de decidir la presente cuestión de competencia a favor del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de los de Torreveja.
- El Tribunal Supremo confirmó la competencia del Juzgado de Torreveja.

#### COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se sigue procedimiento de separación matrimonial en el que D.ª M.ª del Mar, residente en Badajoz, demanda a su marido Gustavo residente en Guardamar de Segura (Alicante), ante los Juzgados de 1.ª Instancia de Badajoz invocando, al respecto, la disposición adicional 3.ª de la Ley 30/1981 de 7 de julio, que determina la competencia en el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que lo es, el de primera instancia del domicilio conyugal. En el caso de residir los cónyuges en distintos partidos judiciales, será Juez competente, a elección del demandante, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado. Al respecto sostiene el Letrado encargado de la defensa de D.ª M.ª del Mar que el último domicilio del matrimonio por ser el único que han tenido, es el de Badajoz, por el contrario sostiene la parte promotora de la cuestión por inhibitoria, que el domicilio familiar es el de Guardamar de Segura, Alicante, donde el deman-

dado ejerce su profesión de Agente de la Propiedad Inmobiliaria. De la prueba practicada en el incidente no se ha podido determinar cuál haya sido el domicilio familiar del matrimonio que pretende separarse, ya que ambos cónyuges aparecen empadronados en poblaciones pertenecientes a distintos partidos judiciales, no siendo decisivo a estos efectos que en la declaración de la renta para el pago del impuesto sobre la misma correspondiente al año 1998, fijara como domicilio del declarante Gustavo, el de su esposa en Badajoz, contra el dato de que el ejercicio de la profesión de Agente de propiedad inmobiliaria lo lleva a efecto en la provincia de Alicante, lugares ciertamente distantes, como para tener el domicilio familiar tan alejado de su lugar de trabajo, por lo que desconociendo ese dato esencial, para que la demandante tenga posibilidad de ejercitar la opción de elección que le ofrece el párrafo segundo de la disposición adicional tercera de la citada Ley 30/1981, el fuero que

determina la competencia territorial para la resolución del procedimiento de separación matrimonial es el del domicilio del demandado, que lo tiene en Guardamar del Segura, perteneciente a los Juzgados de Torreveja.

Las partes han hecho peticiones sobre determinados asuntos ajenas a la presente cuestión de competencia que han de ser resueltos por el Juez declarado competente, de acuerdo a las normas generales que rigen la

validez de las actuaciones judiciales, teniendo especialmente en cuenta lo previsto en el art. 115 de la LEC y jurisprudencia que lo interpreta.

Por lo expuesto procede declarar la competencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de Torreveja (Alicante), con los efectos que ordena el art. 109 de la LEC, sin que proceda hacer especial pronunciamiento en materia de costas.

## V. UNIONES DE HECHO

1. *Reconocimiento de indemnización a la conviviente de hecho cuando el otro, de profesión soldado, falleció en accidente cuando se lanzaba en paracaídas.*

**Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sec. 6.ª, Sentencia de 5 de noviembre de 2001.**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco González Navarro.**

## ANÁLISIS DEL CASO

- D. Juan Francisco I.B., alumno del curso 610 básico de paracaidismo para Tropa, fallecido en la Escuela militar M. de Alcantarilla (Murcia) al realizar un salto de tipo automático y no abrirse el paracaídas.
- El Ministerio de Defensa el 30 de marzo de 1995 concedió una indemnización a favor de Sara, hija del fallecido. En la fecha en que tuvo lugar el lamentable suceso, el fallecido tenía dieciocho años de edad y la madre de su hija quince.
- El recurso contra la resolución del Ministerio de Defensa, además de reducir el *quantum* de la indemnización solicitada para la hija, negaba la que se había pedido para los padres del fallecido así como para la madre de la menor, que la había tenido con el fallecido en relación extramatrimonial.
- D. Juan, D.ª Juliana y D.ª Isabel, padres y compañera sentimental del soldado fallecido, interpusieron recurso contencioso administrativo contra dicha resolución.

- La Audiencia Nacional dictó sentencia el 10 de junio de 1997 estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo, anulando parcialmente la sentencia de Instancia y, ratificando la cantidad otorgada en favor de Sara, concede además a cada uno de los tres recurrentes la cantidad de 5.000.000 de pesetas como indemnización de daños y perjuicios.
- La Administración del Estado interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación del abogado del Estado consta de un único motivo en el que considera infringido el art. 921 del CC, según el cual en las herencias el pariente de grado más próximo excluye al de grado más remoto, y el art. 44.1 de la Ley de Clases Pasivas del Estado, según el cual para que proceda pensión a favor de los padres se requiere conjuntamente que dependan económicamente del causante y que no existan cónyuge ni hijos del mismo.

La Sala no comparte la interpretación del grupo normativo aplicable que hace el abogado del Estado, o, para ser más exacto, la forma que tiene de entender esa unidad jurídica que es la responsabilidad extracontractual del Estado.

Constituye ésta, en efecto una unidad jurídica mediante la que se hace posible obtener una justa indemnización por los daños antijurídicos (esto es: daños que el perjudicado no tiene el deber de soportar) originados por el mal funcionamiento de un servicio público (tomando esta expresión, como es sabido, en sentido amplio, muy próximo, cuando no coincidente, al que tiene la expresión fines institucionales de una organización pública). Dicha unidad jurídica no tiene nada que ver con la herencia ni con el derecho a devengar pensión, porque la indemnización que proceda abonar no forma parte de la herencia y tampoco es un sustitutivo ni un complemento, en sentido verdadero y propio, de la pensión que la legislación de clases pasivas reconoce a los herederos del causante. Estamos, pues, ante tres

unidades jurídicas distintas —y hasta, si se quiere, distantes— cuya respectiva justificación y razón de ser mantiene entre sí una relación perfectamente heterogénea.

Añade luego el abogado del Estado una referencia —en el mejor de los casos inoportuna— a que “la madre de la hija del causante es una extraña a los efectos legales, amén de que no está acreditado que viviera a expensas del causante” y reitera que la indemnización de que se trata es “un bien patrimonial que debe seguir como todos los demás las reglas de la sucesión intestada”.

Si inaceptable resulta confundir la responsabilidad extracontractual con la sucesión *mortis causa* y con el derecho a pensión, no menos rechazable es este otro argumento que maneja el abogado del Estado.

Y por ello, la Sala recuerda que la Administración Pública, no sólo está sujeta a la ley sino también al derecho (art. 103 CE), porque el derecho es previo a la ley, a la que sirve de fundamento, y a la que justifica y vivifica. Y debemos añadir también, que se sabe muy poco de cosas profundas cuando, con olvido de ese precepto constitucional, se pretende que la relación entre un hombre y una mujer no debe producir efectos o consecuencias jurídicas respecto de la madre porque ésta, al no haber estado casada con el fallecido, es una extraña. No debe ser así cuando a la hija habida de esa relación se la ha indemnizado, y desde luego, las convicciones de nuestro tiempo (argumento *ex art. 3 CC*), parecen discurrir por derroteros menos formalistas, precisamente porque la ta-

rea del intérprete del derecho ha de llevarse a cabo descendiendo a los estratos profundos en que aquélla —la ley— hunde sus raíces, que es lo que quiere decir el art. 103 CE. Porque este precepto, cuando habla de sujeción de la Administración a la ley y al derecho, lejos de incurrir en redundancia, o de acogerse a un estéril recurso retórico, está incitando al operador jurídico de turno a buscar lo jurídico que se esconde bajo el ropaje o vestidura de la ley.

En el bien entendido de que, si se hace estas consideraciones no es por hacer gala de ningún “ismo” de última hora, ni por terciar en polémicas que son ajenas al caso que nos ocupa. Lo que queremos decir y decimos es que la aceptación de ese argumento que emplea la parte recurrente para tratar de justificar la negativa a que la madre de la menor perciba la indemnización que solicita, supone olvidar o no entender el art. 103 CE.

Y por eso cree la Sala necesario reproducir el último párrafo del fundamento segundo de la sentencia impugnada donde se razona, de forma jurídicamente correcta y mesurada, por qué hay que indemnizar no sólo

a la hija del fallecido, sino también a sus padres y a la madre de su hija.

La sentencia impugnada, después de rechazar el argumento —que allí se manejó entonces— de que siendo jovencísima la pareja —18 y 15 años respectivamente— nada podía predecirse acerca de la duración de la unión; añadía lo siguiente: “Sin ninguna duda debe concluirse que del fallecimiento del Sr. I. se derivaron daños y perjuicios susceptibles de indemnización, no sólo en favor de su hija —cuyo importe ha de confirmarse— sino también de la madre de ésta y compañera del fallecido, y de los Sres. I., padres del difunto, pareciendo ponderado, vistas las circunstancias concurrentes, fijar para cada uno de ellos la cantidad de cinco millones de pesetas, comprendiéndose en ésta la valoración, siempre difícil de cuantificar de los perjuicios de toda índole derivados de una muerte en accidente y más a tan temprana edad, de quien además del evidente soporte afectivo, proporciona a los actores el oportuno soporte económico”.

Es claro, por tanto, que el único motivo invocado por el abogado del Estado debe rechazarse y la Sala lo rechaza.

## VI. RESPONSABILIDAD CIVIL

1. *Exoneración de responsabilidad civil de los padres y del centro escolar por las lesiones causadas a una menor por una compañera de colegio ya que las mismas se debieron a un fatal accidente, pues los juegos de las menores estaban vigilados por una profesora y el juego que realizaban era totalmente inocuo.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de diciembre de 2001.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco de Asís Garrote.**

### ANÁLISIS DEL CASO

- Encontrándose en el recreo y estando unas menores jugando a saltar a la comba, una de las niñas soltó uno de los extremos de la misma, con tan mala

fortuna que dio en el ojo de Sara de cinco años, que pese a los cuidados prestados por los servicios médicos, le produjo, tras unas cataratas traumáticas, la pérdida de la visión del mismo.

- D. José Luis formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D. Antonio y su esposa D.<sup>a</sup> Isabel, “Colegio Religiosas C.” y la Compañía “Seguros C., S.A.”, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se dicte sentencia por la que estimando en todas sus partes la demanda, condene a los demandados, de forma conjunta y solidaria, a satisfacer a su representado, como padre y legal representante de su hija menor de edad Sara, la cantidad de veinte millones de pesetas, intereses legales desde la interpelación judicial hasta el completo pago y costas que deberán imponerse a dichos demandados.
- Admitida la demanda y emplazados los demandados, el “Colegio Religiosas C.” contestó a la demanda formulando la excepción de prescripción y suplicando se dicte sentencia por la que estimando la excepción de prescripción propuesta y, alternativamente, entrando en el fondo se desestime la demanda en todas sus partes, con expresa imposición de costas a la parte actora.
- D. Antonio y D.<sup>a</sup> Isabel alegaron igualmente la excepción de prescripción de la acción, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se dictase sentencia en la que se desestime la pretensión deducida de la demanda de la actora, declarando no haber lugar al pago de la cantidad reclamada, con expresa imposición de costas a dicha parte actora.
- La entidad de “Seguros C., S.A.” contestó a la demanda, proponiendo las excepciones de falta de legitimación pasiva y falta de litisconsorcio pasivo necesario, plus petición y prescripción, y después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se dictase sentencia por la que: a) Se estime la excepción de falta de legitimación pasiva de “Seguros C., S.A.” b) Alternativamente, se declare haber lugar a la excepción de prescripción de la acción ejercitada por el demandante. c) Alternativamente, se estime la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario propuesta por esta parte. d) Alternativamente, se admita la excepción de *plus petitio* formulada por esta representación. e) Alternativamente se desestime la demanda en todas sus partes. f) Alternativamente y para el supuesto de no haber lugar a cualquiera de las peticiones anteriores, se condene a “Seguros C., S.A.” hasta el límite de su cobertura, cifrada en cinco millones de pesetas.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 57 de los de Madrid dictó sentencia el 2 de febrero de 1994, desestimando la demanda al apreciar la excepción perentoria de prescripción.
- En grado de apelación, la Sec. 12.<sup>a</sup> de la AP de Madrid dictó sentencia el 3 de junio de 1996, estimando en parte el recurso revocando parcialmente la sentencia apelada y en su lugar, desestimando las excepciones opuestas y en especial la perentoria de prescripción, desestima la demanda inicial del procedimiento y absuelve de todos sus pedimentos a los demandados, sin hacer especial declaración de costas en ninguna de las instancias.
- D. José Luis interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

#### COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente D. José Luis sigue insistiendo en la existencia de culpa de los demandados y les reclama el pago solidario de veinte millones de pesetas, en concepto de indemnización por daño moral ocasionado por la pérdida del ojo derecho de su hija.

La Sala de instancia entendió que, pese a la tendencia de objetivar esta clase de responsabilidad, es decir la derivada por culpa extracontractual; manteniendo al respecto que la jurisprudencia de este Tribunal, no ha privado a la misma, del condicionamiento subjetivo, determinante ya en la *lex aquilia*, como elemento necesario para poder ser exigida esa responsabilidad, y del estudio y valoración de la prueba practicada, sostiene la Sala de instancia, que no había podido deducir, la existencia de ese componente subjetivo, para imputar culpabilidad alguna, entendiendo que la pérdida de la visión de un ojo de la menor, se debió a un fatal accidente, ya que los juegos de las menores, estaban vigilados por una de las personas encargada de ese menester, y el juego que realizaban era totalmente inocuo, de general práctica entre las niñas de esas edades, niñas además, normales carentes de cualquier carácter conflictivo.

No obstante a lo expuesto en el anterior fundamento de Derecho, la parte actora recurre la sentencia alegando como único mo-

tivo del recurso al amparo del núm. 4 del art. 1692 violación de los arts. 1902 y 1903 del CC y la jurisprudencia aplicable al caso, que en opinión de la parte recurrente, la culpa extracontractual, de acuerdo a la jurisprudencia que invoca, se ha convertido en la práctica en una responsabilidad por riesgo o cuasi-objetiva, y en los antecedentes que precedieron a la fundamentación del motivo del recurso la parte recurrente hace lo que se llama (S. 28 de julio de 1997) supuesto de la cuestión, relatando la forma diferente a lo establecido en la sentencia que se recurre, el acaecer de los hechos, inadmitiendo de plano el apartado B) del FJ 6.<sup>o</sup> de la sentencia recurrida, sin haber fundamentado en el correspondiente motivo, en el supuesto que procediere, previo cita de los preceptos legales infringidos, la valoración de la prueba realizada en instancia, por lo que ha de mantenerse el relato de hechos probados de la sentencia de la Audiencia y de acuerdo con ese *factum*, no puede prosperar el motivo respecto a los padres de la menor Patricia, que fue la niña que según el relato de la sentencia impugnada, la que dejó soltar el extremo de la comba, que impactó en el ojo de la compañera, porque la responsabilidad que establece el citado art. 1903, a los padres, por los daños que causen sus hijos que se encuentren bajo su guarda, se refiere a su

vez a los causados por el incumplimiento de las obligaciones que impone el artículo anterior, por lo que para que surja la responsabilidad por el hecho de tercero, es imprescindible, que ésta se sustente en una actuación o en una omisión culposa de ese tercero, sin que implique en ningún caso este precepto, la aceptación de una responsabilidad objetiva o por riesgo. Responsabilidad por consiguiente, que no puede exigirse con éxito en este supuesto, en el que no se aprecia culpa de las menores, en cuanto que las lesiones y su secuela se han producido, cuando la niña, la lesionada, y la que pudo ocasionar la lesión, junto a otras compañeras de la misma edad, jugaban a saltar a la comba, actividad lúdica inocua, y de general práctica entre las niñas de esa edad, y si se produjo ese resultado, fue por un fatal accidente como así se califica en la sentencia recurrida; juego que era practicado, en un recreo durante las horas lectivas con la vigilancia de una profesora, por lo que a los padres en forma alguna se les puede imputar una actitud omisiva culposa, exigible para que la acción prospere (SS. 18 de octubre de 1999 y 16 de mayo de 2000).

Respecto a la responsabilidad del Colegio, y a tenor de lo expuesto en relación con

la doctrina de esta Sala, hay que tener presente, que no se puede atribuir una responsabilidad culposa omisiva, ya que tenía el recreo vigilado por una profesora, que fue la que atendió en el primer momento a la menor lesionada, y que de acuerdo con la prueba practicada, el accidente se produjo cuando practicaban un juego sin riesgo y de general uso entre las niñas de esa edad, por lo que no se puede apreciar actitud omisiva de la vigilante del recreo de las niñas (SS. 10 de octubre de 1995, 10 de marzo de 1997, 8 de marzo de 1999 y 11 de marzo de 2000). Supuestos distintos serían cuando los juegos o actividades lúdicas fueran peligrosos y entrañaren algún riesgo, como es el caso contemplado en las sentencias de esta Sala de 18 de octubre de 1999 y 11 de marzo de 2000, supuestos en los que aplicando la doctrina progresiva consistente en recaer la carga de la prueba de la culpa, en vez de en los demandantes en los demandados, inversión de la carga de la prueba, que en este caso, los demandados han acreditado que obraron con la debida diligencia, y el accidente se debió a caso fortuito, por la falta de previsibilidad de un resultado como el que se produjo.

## VII. SUCESIONES

1. *No procede considerar como bien ganancial a un inmueble respecto al cual los herederos de la esposa renunciaron expresamente, siendo indiferente que se hubiese otorgado escritura pública de partición de herencia y que dicha renuncia se formalizase en documento privado, ya que esta circunstancia no altera en absoluto la unidad negocial y la validez y licitud de los pactos celebrados, tanto más si se ve que el documento privado se formalizó inmediatamente después del público.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 21 de diciembre de 2001.  
Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.**

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Luis y D.<sup>a</sup> Violeta son hijos de D.<sup>a</sup> Paulina que tenía una hija, llamada M.<sup>a</sup> Violeta, fruto de su primer matrimonio, y contrajo segundas nupcias con D. Rufino, de cuya unión nació D. José Luis.
- Durante el matrimonio de D. Rufino con D.<sup>a</sup> Paulina, los cónyuges adquirieron para la sociedad de gananciales en el año 1971, mediante documento privado, a los hermanos D. Pedro y D. Felipe, dos parcelas, en las que construyeron una vivienda unifamiliar.
- Fallecida intestada D.<sup>a</sup> Paulina fueron declarados únicos herederos sus dos hijos con reserva para D. Rufino de la cuota legal usufructuaria.
- El 5 de diciembre de 1975, mediante escritura pública, D. José Luis, D.<sup>a</sup> Violeta y D. Rufino acuerdan la liquidación de la sociedad de gananciales y partición correspondiente, siendo de significar que en el inventario no se incluyen las parcelas agrupadas y que D. Rufino manifiesta que “renuncia pura, simple y gratuitamente a todos los efectos y consecuencias de la sociedad conyugal que hubo con la causante, que estuvo sujeta al régimen legal de gananciales, por no haber otorgado capitulaciones matrimoniales, e igualmente y en la misma forma, renuncia a la cuota viudal usufructuaria”.
- Posteriormente D. Rufino contrae matrimonio con D.<sup>a</sup> Gabriela, en fecha 28 de octubre de 1977 lleva a efecto otorgamiento de escritura pública de las parcelas referidas, y el bien resulta inscrito como si fuera para el régimen de gananciales de su segundo matrimonio.
- D. José Luis y D.<sup>a</sup> Violeta (hijos de D. Rufino), interpusieron demanda de juicio de menor cuantía siendo parte demandada D.<sup>a</sup> Gabriela (segunda esposa de D. Rufino), D. Pedro y D. Felipe (titulares de la finca), solicitando se dicte sentencia por la que se acuerde: “a) Que la compraventa de las parcelas sitas en el término de Cercedilla fueron compradas por D. Rufino en el año 1971, a sus entonces propietarios y titulares registrales, D. Pedro y D. Felipe, como bien privativo de éstos. b) Que en el año 1971 D. Rufino se encontraba en estado de casado con D.<sup>a</sup> Paulina, y que el mencionado bien fue adquirido para su sociedad legal de gananciales. c) Que al fallecimiento de D.<sup>a</sup> Paulina se practicaron las operaciones particionales en liquidación de su sociedad legal de gananciales y en las que D. Rufino renunció pura, simple y gratuitamente a todos los efectos y consecuencias de esa sociedad conyugal. d) Que como consecuencia de tal renuncia los bienes gananciales que correspondían a D. Rufino en esa liquidación acrecieron a los hijos de D.<sup>a</sup> Paulina. e) Que los bienes acrecieron las adjudicaciones de D.<sup>a</sup> Violeta y D. José Luis, los actores, y no fueron inventariados en el cuaderno particional otorgado ante el Notario en fecha 5 de diciembre de 1975, y ese bien se corresponde con las dos parcelas y la vivienda construida en ellas, sitas en

el término de Cercedilla. f) Declare la nulidad de la escritura de compraventa otorgada en Collado Villalba en fecha 28 de octubre de 1977 al haberse otorgado en fraude de ley, según los hechos y fundamentos expresados en esta demanda. g) Ordena la cancelación de los asientos registrales que produjo dicho otorgamiento y acuerde la inscripción de los derechos hereditarios de D. José Luis y D.<sup>a</sup> Violeta en cuanto a las parcelas y vivienda objeto de esta litis. h) Que al tratarse de derechos hereditarios se acuerde que la resolución que recaiga sea título suficiente para tal inscripción. i) Acuerde la entrega de posesión de los bienes a los actores. j) Imponga las costas a quien se opusiere a esta demanda”.

- En su escrito de contestación, D.<sup>a</sup> Gabriela manifiesta estar conforme en lo sustancial con el contenido fáctico de la demanda, si bien discrepa en algunos aspectos que no resultan relevantes para la decisión de este recurso, y configura la oposición en un extremo fundamental: la omisión por los actores del contenido del documento privado de 5 de diciembre de 1975 celebrado entre D. Rufino, D.<sup>a</sup> Violeta y D. José Luis, rubricado como “contrato privado de adición de testamentaría”, y del que se afirma es complementario de la escritura pública de la misma fecha, y en el que consta, entre otras estipulaciones, que la parcela de Cercedilla (no incluida en la relación de bienes en la escritura pública) se adjudica a D. Rufino, y que los contratantes reconocen “no tener que formularse reclamación alguna con referencia a la herencia de D.<sup>a</sup> Paulina, que queda saldada con lo pactado en este documento”. Los demandados D. Pedro y D. Felipe fueron declarados en rebeldía.
- El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Collado Villalba dictó sentencia el 1 de febrero de 1994, desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 18.<sup>a</sup> de la AP de Madrid dictó sentencia el 3 de abril de 1996, desestimando el recurso.
- D. José Luis y D.<sup>a</sup> Violeta interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alegan los recurrentes como motivo casacional la incongruencia de la sentencia por “*extra petitum* o plus concesión” y que fundamentan en que no debía tomarse en consideración el documento privado del 5 de diciembre de 1975 para atribuirle un efecto desestimatorio de la demanda, pues

su valoración solo sería posible en el caso de haberse formulado reconvencción. Según la particular versión jurídica del motivo, dicho documento resulta utilizado arbitrariamente por la Sentencia recurrida como reivindicación de unos derechos que no han sido suplicados, y ello produce una alteración de la

*causa petendi* por fallar más de lo solicitado, produciendo un exceso de poder en la resolución y una clara indefensión.

El motivo, señala el Tribunal Supremo, carece del más mínimo soporte. Los demandantes apoyan su pretensión básica —de que se les reconozca la titularidad exclusiva de la finca litigiosa— en la condición de herederos de su madre D.<sup>a</sup> Paulina y el convenio celebrado el 5 de diciembre de 1975 en escritura pública con D. Rufino (marido de D.<sup>a</sup> Paulina, y padre del actor D. José Luis) por el que llevaron a cabo la liquidación de la sociedad de gananciales habida entre D.<sup>a</sup> Paulina y D. Rufino y la partición de la herencia de D.<sup>a</sup> Paulina. La demandada D.<sup>a</sup> Gabriela objetó la existencia de un documento privado de la misma fecha complementario de la escritura pública por cuya virtud la finca aquí objeto de litigio fue “adjudicada” a D. Rufino. Esta es la base fáctica del proceso, y en absoluto ha resultado alterada en la fundamentación determinante de la Sentencia absolutoria. Por otra parte, y aunque ello no tenga nada que ver con la congruencia, D.<sup>a</sup> Gabriela no tenía por qué formular ninguna pretensión reconvenzional, pues le basta para excluir la acción actora con la excepción planteada. La objeción o defensa formulada es suficiente para elidir o desvanecer el planteamiento de la demanda, y en la Sentencia recurrida no se hace ningún pronunciamiento relativo a reivindicación de derechos, sino únicamente de falta de fundamento de la pretensión actora con el lógico efecto absolutorio de la demandada.

En otro motivo se denuncia infracción por inaplicación del art. 6, número 4, del Código Civil en relación con los artículos 1316, 1344, 1347.3 (sobre el régimen económico matrimonial), 1445, 1450, 1462 (sobre contrato de compraventa) y 968 del Código Civil y 184 de la Ley Hipotecaria (sobre bienes sujetos a reserva). En el encabezamiento del motivo se acumulan preceptos heterogéneos que restan claridad y precisión al recurso, y hacen imposible dar una respuesta conjunta y unitaria, y sobre todo

se incurre en el defecto casacional de especial gravedad de suscitar cuestiones nuevas (*ad ex. reserva ordinaria*) lo que está vedado por contrariar los principios de contradicción y defensa, además de no respetar la naturaleza y función de la casación.

Por otra parte, y en lo que hace referencia al tema objeto de debate, la argumentación del motivo no tiene la más mínima consistencia. El contenido del documento privado de 5 de diciembre de 1975, complementario de la escritura pública de la misma fecha, revela claramente el consenso de D. Rufino y los aquí actores en la atribución al primero de la titularidad de la finca objeto ahora de litigio. Título que unido a la posesión material determina la adquisición por el mismo del dominio en exclusiva. Se trata de un acuerdo (contrato particional; transacción) mediante el que los titulares de derechos en una comunidad ganancial disuelta y en una herencia, todos ellos con plena capacidad, convienen libremente la liquidación de la comunidad y la satisfacción de sus respectivos derechos sucesorios, mediante los pactos y atribuciones de bienes que estimaron oportunos, por lo que quedaron plenamente vinculados por la obligatoriedad contractual, sin que obste la formalización en documento privado, pues rige en la materia la libertad de forma (arts. 1060, 1410, 1809 y disposiciones generales en materia de obligaciones y contratos).

Lo único que se ventila en el pleito son los derechos de los actores derivados de su cualidad de herederos de su madre y de la escritura pública de 5 de diciembre de 1975, y más concretamente de la renuncia que en la misma se realiza por D. Rufino (hecho quinto de la demanda). Es la única condición jurídica con la que litigaron; y como del convenio celebrado el propio día 5 de diciembre de 1975 resulta que renunciaron a todo derecho concreto sobre la finca litigiosa porque se la adjudicaron a D. Rufino, lo que haya hecho éste después con la misma les resulta ajeno, al menos en relación con la condición jurídica con que se actuó en el

presente pleito. Por ello, no cabe en este proceso entrar a examinar la validez, eficacia y alcance de la escritura pública de 28 de octubre de 1977 (en realidad de 25 de octubre) por la que se dio forma pública a la compraventa de la finca, y, por otra parte, resulta el carácter ganancial en relación con la sociedad conyugal de D. Rufino con su segunda esposa, la aquí demandada D.<sup>ª</sup> Gabriela, con el que se inscribió en el Registro de la Propiedad.

Por último, mal cabe hablar de reserva ordinaria cuando el título que legitima a D. Rufino no es ninguno de los del art. 968 CC, aparte de que, como se ha dicho, esta cuestión no fue planteada en el proceso en el momento procesal oportuno, y tampoco en apelación, lo que por sí solo ya sería suficiente para su rechazo por no haber la casación *per saltum* cuando el tema se pudo suscitar, y no se hizo, ante la Audiencia.

En otro de los motivos del recurso se denuncia aplicación indebida de los arts. 1275 y 1276 del Código Civil al considerar como contrato simulado la escritura pública de 5 de diciembre de 1975 y como contrato disimulado el documento privado suscrito entre las mismas partes en la misma fecha.

El motivo, nuevamente señala el Tribunal Supremo, carece de consistencia. Con independencia de que el recurso de casación no se da contra todas las argumentaciones de la Sentencia sino solo aquellas que son realmente determinantes del fallo, del examen conjunto de las dos resoluciones de instancia (la de la segunda asume los fundamentos jurídicos de la apelada en cuanto no se opongan a los suyos) y de las estipulaciones de los dos documentos, claramente se

deduce, en lo que al pleito interesa, que lo convenido por los interesados fue una renuncia por D. Rufino a sus derechos (en la comunidad ganancial y en la herencia de su esposa) y la atribución al mismo en exclusiva de la titularidad de la finca de Cercedilla; y el que aquella figure en la escritura pública y la atribución del bien inmueble en el documento privado no altera en absoluto la unidad negocial y la validez y licitud de los pactos (actos dispositivos), tanto más que el documento privado se formalizó inmediatamente después del público como resulta claramente de su propio tenor.

Termina el Tribunal Supremo, señalando lo siguiente:

1.<sup>º</sup> Que resulta indiscutida la renuncia de derechos —en la sociedad conyugal que hubo con la causante D.<sup>ª</sup> Paulina y a la cuota viudal usufructuaria— de D. Rufino que consta con el número primero de la escritura pública de 5 de diciembre de 1975.

2.<sup>º</sup> Que dicho documento se complementa con el privado de la misma fecha en el que se adjudica a D. Rufino la parcela sita en Cercedilla, y en el que los contratantes (D. Rufino y los actores en el proceso) “reconocen no tener que formularse reclamación alguna con referencia a la herencia de D.<sup>ª</sup> Paulina, que queda saldada con lo pactado en este documento”.

3.<sup>º</sup> Las voluntades anteriores constituyen una unidad negocial (partición contractual; partición transaccional) plenamente vinculante, y como consecuencia de ello el único titular de derechos (en virtud de dichos documentos) respecto de la finca litigiosa es D. Rufino.

2. *Validez de la donación de inmueble encubierta en un contrato de compraventa formalizado en escritura pública, ya que respondió a la gratitud por los cuidados físicos, atenciones y cariño recibidos por la donante, valores que en la sociedad moderna tienen un alto grado de estima y consideración, y a través de la liberalidad se persiguió recompensar los servicios y beneficios recibidos y encargados.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de febrero de 2002.**

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

#### ANÁLISIS DEL CASO

- El día 17 de enero de 1992 D.ª Carmen otorgó testamento en el que efectúa unos legados e instituye herederos por partes iguales a sus hermanos D. Josep y D.ª Montserrat.
- En la misma fecha se formalizó una escritura pública en la que D.ª Carmen, en concepto de vendedora, transmite a D. Ignacio, en concepto de comprador, la casa de la calle S. núm. ... de la población de Vilanova i la Geltrú (Barcelona) por un precio confesado de dos mil pesetas.
- Fallecida D.ª Carmen el 4 de febrero de 1992, en fecha 28 de mayo del propio año sus hermanos D. Josep y D.ª Montserrat, en concepto de herederos de la misma, formularon demanda contra D. Ignacio solicitando la declaración de nulidad de la compraventa referida por considerarla incurso en simulación absoluta, y subsidiariamente la rescisión por lesión *ultradimidium*.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Vilanova i la Geltrú dictó sentencia el 19 de octubre de 1994 desestimando la demanda por entender existente y válida una donación encubierta.
- En grado de apelación, la Sec. 16.ª de la AP de Barcelona dictó sentencia desestimando el recurso.
- D. Josep y D.ª Montserrat interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se alega la infracción de los artículos 618 y 633 del Código Civil aplicables en cuanto a los requisitos necesarios para la existencia de la donación y de la jurisprudencia que es de aplicación a dicha cuestión objeto de debate. En el cuerpo del motivo se hace un amplio examen de la jurisprudencia de esta Sala en relación las donaciones remuneratoria y pura y simple y la simulación, la necesidad del *animus donandi* y la aceptación, la imposibilidad de donación remuneratoria en relación con las deudas exigibles y la cuestión de la legitimación.

El problema básico que se suscita es el de la validez o no de la donación de inmueble encubierta en un contrato de compraventa formalizado en escritura pública. No se plantea ninguna discrepancia en relación con la inexistencia de precio que acarrea la falta de causa de la compraventa, por lo que resulta inamovible para la casación la concurrencia de un supuesto de simulación contractual en cuanto que la voluntad exteriorizada por las partes no es de una verdadera compraventa, lo que determina la inexistencia de dicho contrato (arts. 1261, 1262, p. Primero, 1274, 1275 y 1445 CC). Por las Sentencias de instancia se estima que se probó la existencia de una causa verdadera y lícita (art. 1276 CC), consistente en una donación, que para la resolución del Juzgado tiene el carácter de remuneratoria, en tanto para la de la Audiencia responde a la modalidad de ordinaria o simple. Para el recurso no cabe admitir la validez de la donación encubierta; y, con fundamento en la doctrina que supedita la validez de la simulación relativa a que el negocio disimulado reúna los requisitos estructurales (art. 1261 CC) y se cumplan todas las formalidades establecidas por la ley con carácter imperativo para la figura jurídica de que se trata, sostiene que con la escritura pública en que se aparenta la compraventa no se llena la forma exigida para las donaciones de inmuebles, la cual

exige una escritura pública en la que conste el *animus donandi*, así como, bien en la misma o bien en otra separada, la aceptación del donatario, de conformidad con los arts. 618, 630 y 633 del Código Civil.

La cuestión jurídica se reduce, por consiguiente, a si la escritura pública en que se exterioriza una compraventa es idónea para integrar la exigencia formal de que la ley prevé para la donación, siempre en la suposición de que ha resultado plenamente acreditado que la voluntad real de los intervinientes fue la de dar vida a una donación, porque, como dice la Sentencia de 7 de diciembre de 1948, y reitera la de 7 de enero de 1975, a la intención de beneficiar por parte del donante debe corresponder correlativamente en el donatario el *animus* de aceptar a título de liberalidad la atribución patrimonial puesto que el disenso en la causa impediría la perfección del contrato. Una poderosa corriente doctrinal es contraria a admitir la posibilidad que se examina. Se razona que no puede hacerse indirectamente lo que está prohibido hacer directamente y que resulta patente la inaptitud de la escritura de compraventa (simulada) para llenar la forma del art. 633 CC porque no expresa, ni puede expresar, las circunstancias que éste exige. En definitiva, que no refleja la causa de liberalidad, ánimo de donar y voluntad de aceptar la donación. En sentido opuesto se alega que las partes serían fingidos compradores y reales donatarios, que cuando el Notario estaba autorizando una compraventa en realidad estaba autorizando una donación, la verdadera voluntad y finalidad perseguida por los interesados, el principio de conservación del contrato, razones de equidad, y especialmente que la tesis negativa adolece de un excesivo rigor formal. La Jurisprudencia ha sido sensible a las dos posturas. En un sentido contrario a la donación encubierta se han manifestado, entre otras, las Sentencias de 3 de marzo de 1931, 22 de febrero de 1940, 23 de junio de 1953, 29 de

octubre y 5 de noviembre de 1956, 5 de octubre de 1957, 7 de octubre de 1958, 19 de octubre y 9 de diciembre de 1959, 10 y 20 de octubre de 1961, 1 de diciembre de 1964, 13 de mayo de 1965, 14 de mayo de 1966, 22 de abril de 1970, 4 de diciembre de 1975, 6 de octubre de 1977, 24 de febrero de 1986, 24 de junio de 1988, 7 de mayo y 23 de julio de 1993 y 10 de noviembre de 1994; y en sentido distinto se manifestaron las de 29 de enero de 1945, 19 de enero y 24 de marzo de 1950, 13 de febrero de 1951, 2 de junio y 16 de noviembre de 1956, 15 de enero de 1959, 22 de marzo y 26 de junio (se encubre en préstamo) de 1961, 16 de octubre de 1965, 20 de octubre de 1966, 10 de marzo de 1978, 7 de marzo de 1980, 31 de mayo de 1982, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988, 23 de septiembre de 1989, 21 de enero, 29 de marzo, 20 de julio y 13 de diciembre de 1993, 6 de octubre de 1994, 14 de marzo de 1995, 28 de mayo de 1996, 30 de diciembre de 1998, 2 de noviembre y 14 de diciembre 1999. En el seno de la Jurisprudencia, aparte de otras resoluciones que soslayaron el problema desde diversas perspectivas, se advierte una orientación intermedia en la que se contempla un régimen más permisivo para las donaciones remuneratorias que para las puras y simples. Sin embargo, aunque es cierto que las primeras sentencias defensoras del rigor formal se aludía especialmente a las donaciones puras y simples, y que la mayoría de las decisiones favorables se refieren a donaciones remuneratorias, si bien no siempre condicionando este carácter a la aplicación de la doctrina de la validez, lo cierto es que algunas Sentencias, incluso recientes (como la de 7 de diciembre de 1993), explícitamente se manifiestan contrarias en todo caso, sea la donación simple, modal, remuneratoria u onerosa, y otras no establecen diferencia de trato en materia de simulación, sea contrario o favorable, entre las remuneratorias y las ordinarias, lo que por lo demás parece tener cierto sentido porque, haciendo abstracción de factores históricos (las remuneratorias fueron objeto de un trato distinto) y de índo-

le probatorio (exteriorización de su existencia), no se advierte, en cuanto al momento de su formación, diferencia sustancial que lo explique, dado que la Jurisprudencia exige la forma del art. 633 CC para las donaciones remuneratorias (Sentencias de 24 de octubre de 1985, 27 de septiembre de 1989, 16 de febrero de 1990, 7 de mayo de 1993, entre otras), y a las mismas es también aplicable la exigencia del ánimo de liberalidad, con independencia del “plus” jurídico de la cualificación causal consistente en el beneficio o servicio que se remunera.

Expuesto lo anterior, que responde singularmente al propósito de dar satisfacción motivada al encomiable esfuerzo argumentativo sobre la Jurisprudencia de esta Sala efectuado en el motivo del recurso que se examina, la presente decisión se manifiesta en el sentido de no extremar el rigor formal del art. 633, en la línea de la jurisprudencia favorable a la donación encubierta, que es mayoritaria en las últimas Sentencias de la Sala, tomando en cuenta —como presupuesto básico y mecanismo de ponderación de las diversas soluciones adoptadas—, “las circunstancias del caso concreto”, como exigen entre otras las Sentencias de 19 de noviembre de 1987 y 30 de diciembre de 1998.

De la narración fáctica de la Sentencia recurrida, y circunstancias personales de los interesados en el negocio jurídico cuestionado, con “integración del *factum*” en aspectos complementarios de interés, se deduce claramente justificada la realidad de la donación, su razón de ser y necesidad de su protección jurídica, e incluso es preciso decir, como mero cambio de punto de vista jurídico ajustado al principio *iura novit curia* sin merma alguna para los principios y garantías procesales, y en el ámbito de la función calificadora contractual, que nos hallamos ante una donación remuneratoria. Se hace referencia en el relato fáctico de la resolución impugnada (el cual ha devenido incólume y vinculante en casación) a que entre D.<sup>a</sup> Carmen (donante) y la familia de

D. Ignacio (donatario) había una profunda relación de afectividad y familiaridad, reforzada por la convivencia continuada y manifestada en diversos acontecimientos (que se reseñan y resulta superfluo repetir), hasta el punto de existir un cariño, apego, confianza, y cuidados que se tornaron recíprocos, que determinan la consideración de D.<sup>a</sup> Montserrat como un miembro más de la familia. Se aprecia la existencia de un intenso vínculo afectivo, familiar, y de agradecimiento derivado del trato y cuidado recibidos, que explican que en reconocimiento de todo ello, como respuesta a un deber moral de corresponder, efectuara la donación objeto de litigio. Es asimismo revelador lo razonado en la cláusula quinta del testamento abierto otorgado a favor de sus hermanos, en la misma fecha de escritura pública litigiosa y con la autorización del mismo Notario, en la que se indica que la testadora “hace constar que debido a su estado de salud se halla actualmente a cargo de los esposos D. Ignacio y D.<sup>a</sup> Elisa, a quienes ha encomendado cuiden de su cristiana sepultura y honras fúnebres, siendo a cargo de sus herederos reintegrar a aquellos los gastos que se causen por el cumplimiento de tal encargo”. La donación respondió a la gratitud por los cuidados físicos, atenciones y cariño recibidos, valores que en la sociedad moderna tienen un alto grado de estima y consideración, y a través de la liberalidad se persiguió recompensar los servicios y beneficios recibidos y encargados (arts. 618, 619 y 1274 CC). Y tal apreciación resulta coherente con la doctrina que mantiene esta Sala en las Sentencias, entre otras, de 31 de mayo de 1982 (beneficio recibido de un cercano familiar por singulares muestras de cariño prodigadas al mismo en forma de concretos servicios prestados durante un largo período de convivencia entre ellos), 29 de noviembre de 1989 (situación de convivencia, con todo lo que de suyo acarrea de atenciones, auxilios de toda índole recibidos de la familia colateral), 21 de enero de 1993 (colaboración y ayuda moral) y 9 de marzo de 1995 (servicios, asistencias y actividades realizadas,

tanto pasadas como presentes y continuadas, en beneficio del donante). Por lo tanto, ha sido la gratitud y remuneración del beneficio percibido, —sin que obste que la donación se haya hecho directamente al hijo de D. Ignacio y no a estos (*ad ex.* S. de 8 de febrero de 1991), la razón determinante (causa subjetiva; motivo causalizado; o cualificación específica del ánimo de liberalidad) de la donación encubierta, hallándose plenamente acreditada la voluntad correspondiente de las partes, de donar y aceptar, y cuya validez no debe quedar excluida por una interpretación excesivamente rigorista del requisito formal del art. 633 CC cuando es tan claro que la voluntad real y finalidad perseguida por las partes no fue la de compraventa (por cierto, de la nuda propiedad), sino la de contratar una donación. Y todo ello se refuerza si se toman en consideración las circunstancias personales del caso (además de la mencionada de relación familiar “de hecho”) como son que D.<sup>a</sup> Carmen era soltera, no tenía descendientes, ni herederos forzosos, y que no olvidó a sus parientes de sangre, como resulta del testamento otorgado.

En el motivo segundo se denuncia la infracción de los arts. 1275, 1276 y 618 del Código Civil al no existir causa, o no ser ésta lícita, y de la doctrina jurisprudencial que menciona. El motivo debe seguir la misma suerte desestimatoria del anterior por un doble razonamiento. Por una parte, al haberse probado la existencia de una causa encubierta válida (donación, en el caso remuneratoria) es de aplicación el art. 1276 CC en su inciso segundo, por lo que se da un supuesto de simulación relativa. Y por otra parte no cabe examinar la alegación de ilicitud de la causa porque la parte actora, aquí recurrente, carece de *legitimatío ad causam* para denunciar la supuesta finalidad defraudatoria del Erario Público que atribuye a la escritura de simulación (arts. 659, 661, 1302 y 1306 CC; principio del *nemo auditur*; Sentencias, entre otras, de 3 de abril de 1962; 22 de abril de 1963; 5 de julio de 1966; 20 de

mayo de 1985; y 15 de octubre de 1999); además de que —*ex abundantia*— la afirmación carece de base fáctica que no la puede constituir una mera conjetura de la Sentencia de primera instancia, la transmisión se

liquidó como donación (f. 275 de autos) y que la jurisprudencia moderna viene reiterando que las hipotéticas infracciones fiscales no afectan a los derechos sustantivos civiles.

## VIII. PENAL

### 1. APROPIACIÓN INDEBIDA

1.1. *Condena por un delito de apropiación indebida, a la conviviente de hecho que, constante dicha convivencia, adquirió un cupón de la ONCE que resultó premiado, negándole toda participación en el dinero obtenido al otro conviviente.*

**Tribunal Supremo, Sala 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 de octubre de 2002.**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez.**

### ANÁLISIS DEL CASO

- Desde fecha no determinada del año 1994, D.<sup>a</sup> Inmaculada convivía con D. Pedro, en la localidad de Sant Jordi de Ses Salines, en el término municipal de Sant Josep de Sa Talaia (Eivissa), prologándose la unión y dicha convivencia durante los años 1995 y 1996, fruto de la cual nació, el día 10 de marzo de 1996, una hija llamada África.
- Desde el mes de noviembre de 1995, y hasta el 18 de enero de 1997, D. Pedro vino prestando servicios como trabajador de las empresas A. hasta abril de 1996, y S. desde el mes citado, siendo sus ingresos mensuales destinados al sostenimiento de los distintos gastos originados durante la convivencia, encargándose Inmaculada del cuidado diario de la hija común, si bien esporádicamente acompañaba a D. Pedro a realizar trabajos de pintura que le eran encargados por particulares, habiendo trabajado D.<sup>a</sup> Inmaculada para la empresa R. entre los días 1 de junio y 3 de julio de 1995, sin que conste que haya prestado, desde tal fecha hasta finales del año 1996, servicios remunerados para cualquier otra entidad. Desde marzo de 1996, D.<sup>a</sup> Inmaculada y África estaban incluidas, como familiares a cargo del beneficiario, en la cartilla de la Seguridad Social de D. Pedro.

- A partir del día 16 de abril de 1996, los haberes mensuales de D. Pedro eran ingresados en una cuenta corriente abierta en el “Banco S.” de la que aparecía como cotitular D.<sup>a</sup> Inmaculada, siendo aquellas cantidades las únicas que entraban en la cuenta, e Inmaculada era titular, desde el día 31 de mayo de 1995, de un depósito a la vista, abierto en la entidad “Caja de ahorros B.”, en la que se añadió como titular a D. Pedro, con la condición de titularidad indistinta, el día 6 de septiembre de 1995.
- Habitualmente, Inmaculada extraía cantidades de la cuenta del “Banco S.” que se ingresaban en el depósito de la entidad “Caja de ahorros B.”, con cuya libreta se podía operar, a cualquier hora del día, en los cajeros automáticos de la misma, posibilidad que no existía con la cuenta corriente bancaria que sólo podía operarse en horas de apertura de la oficina.
- En la mañana del 20 de diciembre de 1996, en la citada localidad de Sant Jordi de Ses Salines, D.<sup>a</sup> Inmaculada, acompañada de su hija, adquirió un cupón para el sorteo de la Organización Nacional de Ciegos (ONCE), por importe de 200 ptas., correspondiente al número ...1 y a la serie ...2, que resultó agraciado con el premio especial denominado “cuponazo” con una dotación económica total de 205 millones de pesetas.
- El día 23 de diciembre de 1996, Pedro e Inmaculada acudieron a la agencia de la “Caja de ahorros B.” procediéndose, en presencia de ambos, a abonarse el importe del premio, hechas las oportunas comprobaciones con la organización emisora, en dos libretas a la vista, números ...6 y ...0, abiertas a nombre de Inmaculada, por importes, respectivamente, de 200 y 5 millones de pesetas.
- En fecha no especificada, dentro de los primeros meses del año 1997, cesó la convivencia entre la acusada y Pedro, permaneciendo el dinero ingresado en cuentas a nombre de Inmaculada, que ha dispuesto, hasta la fecha, de diversas cantidades procedentes de dicha suma.
- D. Pedro interpuso querrela por apropiación indebida contra D.<sup>a</sup> Inmaculada.
- La Audiencia Provincial de Baleares dictó sentencia el 14 de julio de 1999 absolviendo a D.<sup>a</sup> Inmaculada del delito de apropiación indebida de que venía siendo acusada.
- D. Pedro interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que condenó a D.<sup>a</sup> Inmaculada como autora de un delito de apropiación indebida, con la concurrencia de la circunstancia agravante de especial gravedad atendida la cantidad y como atenuante la circunstancia mixta de parentesco, a la pena de seis meses de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, pago de las costas con exclusión de las causadas por la acusación particular, y a que en concepto de responsabilidad civil indemnice a Pedro

con 102.500.000 pesetas que corresponden a la mitad del premio obtenido y de esa cantidad habrá que descontar, en ejecución de sentencia, los gastos comunes generados por la pareja, durante el tiempo de convivencia, que se acrediten fueron sufragados con cargo a dicho premio.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dos son las cuestiones que aborda la sentencia y que nos interesan de una manera especial, en primer lugar la cuestión relativa a la posición que debe adoptar el Tribunal penal cuando la tipicidad de la conducta sometida a su enjuiciamiento requiere un pronunciamiento sobre una materia que, en principio, corresponde a un orden jurisdiccional distinto al penal, ya que como es evidente, para apreciar o no la existencia de un delito de apropiación indebida, deberemos determinar previamente si realmente el precio de la Once correspondía a ambos convivientes o por el contrario únicamente a D.<sup>a</sup> Inmaculada. Resuelta la anterior cuestión, habrá que entrar ya a resolver si la conducta de D.<sup>a</sup> Inmaculada reúne los requisitos para la concurrencia de este tipo de delito.

### 1. Titularidad del cupón de la ONCE que resultó premiado.

En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1.º del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por no aplicación, del artículo 3, en relación con los artículos 6, 4 y 114, todos del mismo texto procesal y artículo 252 del Código Penal. Se alega, en defensa del motivo, que la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca debió resolver, como cuestión prejudicial, la civil sobre titularidad del cupón de la ONCE que obtuvo el premio.

Se suscita una muy interesante cuestión que ha sido objeto de consideración por sentencias de esta Sala cual es la posición que debe adoptar el Tribunal penal cuando la tipicidad de la conducta sometida a su enjuiciamiento requiere un pronunciamiento sobre una materia que, en principio, corresponde a un orden jurisdiccional distinto al penal. Es decir, cuando concurre el supuesto previsto en el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que extiende la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal, para sólo el efecto de la represión, a las cuestiones civiles y administrativas que aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación.

Ha surgido controversia sobre la aplicación del artículo 4 del mismo texto procesal, una posición se inclina por la subsistencia de las cuestiones prejudiciales devolutivas que entrañan la suspensión del procedimiento penal hasta la resolución de aquellas por el órgano jurisdiccional competente; otras, por el contrario, afirman la eficacia derogatoria que respecto a ese artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal supone lo dispuesto en el artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que atribuye a cada orden jurisdiccional, a los solos efectos prejudiciales, conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente.

Esta Sala se ha pronunciado a favor de la resolución, por los Tribunales penales, de las cuestiones prejudiciales civiles o administrativas, sin necesidad de suspender el procedimiento —efecto devolutivo— para que previamente decida un Juez de otro orden jurisdiccional.

Así, la sentencia de esta Sala 1490/2001, de 24 de julio, se pronuncia sobre esta cuestión, y recuerda que el art. 3.1 de la LOPJ de 1985 dispone que “la Jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales pre-

vistos en esta Ley, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución a otros órganos”. Como consecuencia de este principio de “unidad de jurisdicción”, que no permite hablar de distintas jurisdicciones sino de distribución de la jurisdicción única entre diversos “órdenes” jurisdiccionales, el art. 10.1 de la citada LOPJ establece el principio general de que “a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente”. Esta regla viene también avalada por el reconocimiento en el art. 24.2 de la Constitución Española de 1978 del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, que aconseja que en un mismo litigio se resuelvan aquellas cuestiones previas tan íntimamente ligadas a la cuestión litigiosa que sea racionalmente imposible su separación, sin necesidad de diferirla a un nuevo y dilatorio proceso —con todas sus instancias— ante otro orden jurisdiccional. El párrafo segundo del art. 10 de la LOPJ añade como excepción que “no obstante, la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta determinará la suspensión del procedimiento, mientras aquella no sea resuelta por los órganos penales a quien corresponda, salvo las excepciones que la ley establezca”. En consecuencia, sigue afirmando la sentencia que comentamos, la regla general del art. 10.1 de la LOPJ —que deroga las denominadas cuestiones prejudiciales devolutivas, cuyo conocimiento era obligado deferir a otro orden jurisdiccional— tiene como excepción aquellos supuestos en que la cuestión prejudicial tenga una naturaleza penal y condicione de tal manera el contenido de la decisión que no pueda prescindirse de su previa resolución por los órganos penales a quien corresponda. El mantenimiento exclusivo de las cuestiones prejudiciales devolutivas de naturaleza penal en el sistema jurisdiccional establecido por la LOPJ se encuentra además limitado por el condicionamiento consignado en el

último apartado del precepto. La suspensión de los litigios seguidos ante otros órdenes jurisdiccionales para la resolución de las cuestiones prejudiciales de naturaleza penal tampoco será necesaria en los casos en que la ley así lo establezca. Ahora bien la regla contenida en el párrafo 1.º del art. 10 de la LOPJ no se encuentra limitada por excepción alguna que se refiera a cuestiones de naturaleza civil, administrativa o laboral que se susciten en el orden jurisdiccional penal, por lo que en principio ha de estimarse que esta norma posterior y de superior rango ha derogado tácitamente lo prevenido en el art. 4 de la decimonónica L.E.Criminal.

Otra sentencia de esta Sala, la 1772/2000, de 14 de noviembre, también se pronuncia por la atribución a los Tribunales del orden penal de la competencia para resolver sobre tales cuestiones civiles o administrativas.

A la eficacia del artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial también se ha referido la Sentencia 1688/2000, de 6 de noviembre, en la que se expresa que la determinación de la cuota defraudada constituye efectivamente una cuestión prejudicial de naturaleza administrativa-tributaria que conforme a la regla general prevenida en el art. 10.1 de la LOPJ debe resolver el propio Órgano jurisdiccional penal.

Y la Sentencia 1438/98, de 23 de noviembre, también se pronuncia a favor de la competencia del Tribunal Penal, conforme se dispone en el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para resolver una cuestión arrendaticia aunque la afirmación de la existencia del arrendamiento constituya una cuestión prejudicial de naturaleza civil que, por su especial incidencia en el delito de que se trata, determine la culpabilidad o inocencia del acusado.

El Tribunal Constitucional no puede ser utilizado para defender una posición contraria a la que se ha dejado expresada ya que si bien, en un principio y respecto al delito de intrusismo, varias sentencias se pronunciaron por el efecto devolutivo, sin embargo,

como se señala en la Sentencia de esta Sala 1490/2001, de 24 de julio, esa doctrina se establece en los supuestos específicos planteados en condenas por esa figura delictiva, doctrina que el propio Tribunal Constitucional ha matizado y limitado en supuestos ajenos a esa figura delictiva. Así sucede, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 278/2000, de 27 de noviembre, que desestima el recurso de amparo interpuesto contra una condena por delitos de estafa y falso testimonio, fundado en la supuesta obligatoriedad del planteamiento previo de una cuestión prejudicial devolutiva de naturaleza civil, de la que dependía la concurrencia de un elemento básico del tipo delictivo de estafa. En esta sentencia se declara que “en los asuntos que hemos denominado complejos (es decir, en aquellos en los que se entrelazan instituciones integradas en sectores del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido legalmente atribuido a órdenes jurisdiccionales diversos), es legítimo el instituto de la prejudicialidad no devolutiva, cuando el asunto resulte instrumental para resolver la pretensión concretamente ejercitada y a los solos efectos de ese proceso, porque no existe norma legal alguna que establezca la necesidad de deferir a un orden jurisdiccional concreto el conocimiento de un cuestión prejudicial y corresponde a cada uno de ellos decidir si se cumplen o no los requerimientos precisos para poder resolver la cuestión, sin necesidad de suspender el curso de las actuaciones, siempre y cuando la cuestión no esté resuelta en el orden jurisdiccional genuinamente competente”. Y concluye esta Sentencia del Tribunal Constitucional afirmando que cuando el Tribunal penal analiza el hecho desde la óptica que le corresponde y a los solos efectos de la determinación de uno de los elementos del tipo penal, con ello no puede integrar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 de la Constitución Española.

En el supuesto que examinamos en el presente recurso, el Tribunal de instancia ni

suspendió el procedimiento para que se ejercitaran acciones civiles ni entró a resolver, como hubiera sido lo correcto, conforme a la doctrina que se ha dejado expresada, sobre la titularidad del cupón de la ONCE premiado, cuestión que aparece necesaria en orden a decidir sobre la tipicidad de la conducta enjuiciada, limitándose dicho Tribunal a señalar que esa cuestión no está decidida, afirmando que son “los órganos de la jurisdicción civil los que habrán de dirimir tan trascendente cuestión una vez se ejerciten por quien se considere perjudicado las acciones que se estimen conducentes a la tutela de sus pretensiones”.

Solicitado que ha sido tal pronunciamiento del Tribunal Penal y conforme a la doctrina de esta Sala que se ha dejado antes expresada, procede entrar en el examen, como cuestión prejudicial para analizar la concurrencia o no de los elementos integradores del tipo penal, de la titularidad sobre el cupón de la ONCE a que se refieren los escritos de acusación.

Procede, en consecuencia, a los solos efectos de la represión, entrar a examinar si en el supuesto que nos ocupa concurre un supuesto civil que entrañe la existencia de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que se haya recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlo o devolverlo, elementos que caracterizan el delito de apropiación indebida objeto de estas actuaciones.

La acusada y el recurrente, como claramente se pronuncian los hechos que se declaran probados en la sentencia de instancia, integraron una unión de hecho, formando una pareja estable, cuya convivencia *more uxorio* perduró varios años y fruto de esa relación fue el nacimiento de una hija llamada África.

Queda igualmente acreditado que durante esa relación estable de convivencia se adquirió por la acusada un cupón de la Organización Nacional de Ciegos que obtuvo un

premio, en diciembre de 1996, de 205 millones de pesetas.

Resulta igualmente constatado que Pedro e Inmaculada, durante los años que convivieron como pareja estable, compartieron cuantos ingresos se derivaban del trabajo de Pedro, única fuente patrimonial constante en los años 1994, 1995 y 1996, apareciendo ambos como titulares indistintos de las cuentas en las que se depositaba el dinero, a excepción del obtenido con el premio de la ONCE que fue ingresado en dos libretas a la vista, abiertas a tal fin, en las que aparece Inmaculada como única titular, quien negó a Pedro toda participación en el premio.

Es cierto, como recoge el Tribunal de instancia, que la Sala Civil del Tribunal Supremo, cuando se refiere a las llamadas uniones de hecho, uniones libres o uniones paramatrimoniales o *more uxorio*, tiene declarado, como es exponente la sentencia 272/1997, de 4 de abril, que sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer (como manifestación del derecho fundamental al “libre desarrollo de la personalidad”; art. 10 CE) y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de unión matrimonial (art. 39 CE), no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio (STC 19/90, de 19-11 y Auto 156/87 del mismo Tribunal) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquella (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes) la normativa reguladora de éste “por ello entendemos que la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial (Título III del Libro IV del C.c.) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho de surgimiento de la misma...”.

Sin embargo, esa misma sentencia añade “sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por *analogia legis*, que aquí no se da, sino por *analogia iuris*) de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio re-

gula el citado Título del C.c., siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo...”.

En esa misma línea se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 790/1998, de 23 de julio, en la que se expresa que “en definitiva, y sin perjuicio de entender que la unión de hecho o *more uxorio*, en caso alguno, puede equipararse a un consorcio matrimonial y que, por tanto, no debe aplicarse en literalidad la normativa respecto a los regímenes económicos matrimoniales y fundamentalmente el de sociedad de gananciales, es claro, que cuando exista tal unión de hecho, la comunidad derivada sólo surgirá si quienes deciden unir sus vidas tienen el propósito de formar un patrimonio común con sus bienes, tal y como efectivamente, ha quedado acreditado por la recta convicción de la Sala sentenciadora, que, en detalle pormenorizado, no duda en considerar que la existencia de esa actividad económica conjunta con aportación de esfuerzo personal de ambos, deriva en la existencia de actos concluyentes reveladores de un pacto tácito dirigido a formar un patrimonio comunal, con los bienes pertenecientes a ambos...; se da, pues, esa recta intención de las partes, de considerar, que en todo su devenir integrador del patrimonio, acontece la triple aportación de gastos, costos e ingresos, determinantes de la existencia de esa comunidad, y con la clara intención o designio de que, ello se atribuya en un régimen de cotitularidad o de igualdad de cuotas a ambos interesados...”.

Sentencias aún más recientes de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, como es exponente la 700/2001, de 5 de julio, coinciden en señalar que ante la ausencia de normativa reguladora de las parejas de hecho —excepción hecha de concretas Autonomías— ha de acudir a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho y precisamente en esos casos de uniones de hecho *more uxorio* encuentra su semejanza en su

disolución y final por la voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código civil...”.

Y centrándonos en la cuestión objeto de examen en el presente recurso, cuando se trata de relación matrimonial, acorde con lo que se dispone en el artículo 1351 del Código Civil, la Sala Civil del Tribunal Supremo —Cfr. Sentencia 1230/2000, de 22 de diciembre— viene declarando que un premio de lotería forma parte de la comunidad de gananciales; y en un supuesto similar al que nos ocupa, es decir cuando se trata de una unión de hecho, igualmente se ha pronunciado —como es exponente la Sentencia de 31 de octubre de 1996— por la propiedad compartida entre convivientes *more uxorio* de premio obtenido por un billete de lotería, expresando esta última sentencia que la “común experiencia demuestra que la posesión de un billete de lotería o el pago del mismo al poseedor no es prueba inequívoca de que es el propietario exclusivo...” y añade esta sentencia que “es razonable concluir que actora y demandado quisieron compartir la suerte del boleto, queriendo jurídicamente una comunidad de bienes sujeta a los artículos 392 y ss. C.c.”.

La comunidad de bienes aparece, pues, como la institución más apropiada para englobar, en el campo del derecho civil, el conjunto de derechos y obligaciones que surgen de la denominada “unión de hecho”, cuando existen actos concluyentes que lo evidencian. Así en la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo 975/1997, de 29 de octubre, se dice, refiriéndose a los bienes adquiridos durante la convivencia *more uxorio* que cuando cesa, con carácter definitivo la convivencia familiar surge la necesidad de la disolución y adjudicación de la cotitularidad compartida sobre los bienes comunales, sin que represente 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 artículos 392 y siguientes del Código Civil, estableciéndose en el apartado segundo del artículo 393 de ese texto legal la presunción de igualdad, de naturaleza *iuris tantum*, en cuanto se dispone que “se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad.

Y de los hechos que se declaran probados, desarrollados en los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, existen datos concluyentes e inequívocos que patentizan la existencia de un pacto tácito de comunidad de bienes entre Pedro e Inmaculada, como fue la aportación de ambos convivientes, y especialmente por parte de Pedro, de forma continuada y duradera de sus ingresos, el trabajo en común para atender las necesidades de la convivencia y la cotitularidad de las cuentas bancarias, aunque los ingresos procediesen casi en exclusiva del trabajo de Pedro. Y esa comunidad de gastos e ingresos se evidencia aún más si examinamos, haciendo uso de la facultad que a esta Sala confiere el artículo 899 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la totalidad de las actuaciones y especialmente las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, de las que se infiere, al haber sido admitido por todas las partes, que con el dinero obtenido con el premio se hizo un regalo a una vecina de la pareja a quien se entregó un sobre conteniendo 150.000 pesetas en cuyo sobre se puede leer “para nuestra vecina más querida, de Pedro, Inma y África”, y asimismo queda acreditado que la fiesta celebrada por la pareja para celebrar el premio, a la que se alude en el relato fáctico, fue sufragada con el dinero que Pedro había cobrado como paga extraordinaria de Navidad y que había sido ingresado en la cuenta indistinta de que eran titulares, como igualmente se expresa en los hechos que se declaran probados que el cupón premiado fue primeramente depositado en poder del padre de Pedro.

Todo ello evidencia, como se ha dejado expresado, la voluntad de ambos convivientes de hacer comunes ganancias y pérdidas, e indudablemente se debe incluir en esa comunidad, por las razones expresadas, el premio obtenido en el sorteo de la Organización Nacional de Ciegos.

La titularidad del recurrente sobre la mitad del premio obtenido surge de la comunidad de bienes, en la que se compartieron gastos y ganancias, que Pedro e Inmaculada tácitamente habían convenido durante el tiempo que integraron una pareja de hecho.

Con este alcance, el primer motivo del recurso debe ser estimado, dejando para el siguiente el examen de la infracción legal que se dice cometida respecto al artículo 252 del Código Penal.

## 2. Concurrencia del delito de apropiación indebida.

Establecido, por las razones que se han dejado expresadas en el motivo anterior, que ambos miembros de la pareja estable o “unión de hecho” debieron compartir, al estar integrado en la comunidad de bienes que constituyeron tácitamente, los doscientos cinco millones de pesetas con que resultó premiado el cupón de la ONCE, procede examinar si la conducta de la acusada Inmaculada, al negarse a entregar a Pedro su parte en el premio, es o no constitutiva del delito de apropiación indebida objeto de acusación.

Es doctrina de esta Sala, como es expone la Sentencia de 12 de mayo de 2000, que el artículo 252 del vigente Código penal, igual que el artículo 535 del Código derogado, sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida: el clásico de apropiación indebida de cosas muebles ajenas que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido y el de gestión desleal que comete el administrador cuando perjudica patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene a su alcance.

Y en lo que concierne a la modalidad clásica, tiene declarado esta Sala, como es expone la Sentencia 1274/2000, de 10 de julio que la estructura típica del delito de apropiación indebida parte de la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Que el sujeto activo reciba de otro uno de los objetos típicos, esto es, dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial. En este elemento se requiere que el sujeto activo tenga el objeto del delito en virtud de una legítima posesión por haberlo recibido de otro.

b) Que el objeto típico haya sido entregado al autor por uno de los títulos que generan la obligación de entregarlos o devolverlos, definición que incluye a los títulos que incorporan una obligación condicionada a entregarlos o devolverlos, excluyendo aquéllos que suponen la entrega de la propiedad. En este sentido la jurisprudencia de esta Sala ha declarado el carácter de *numerus apertus* del precepto en el que caben, dado el carácter abierto de la fórmula, “aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver” (SSTS 31-5-93, 1-7-97).

c) Que el sujeto activo realice una de las conductas típicas de apropiación o distracción del objeto típico, que se producirá bien cuando el sujeto activo hace suya la cosa que debiera entregar o devolver con ánimo de incorporarla a su patrimonio, bien cuando da a la cosa un destino distinto a aquél para el que fue entregada.

d) Que se produzca un perjuicio patrimonial, lo que caracteriza al delito de apropiación indebida como delito de enriquecimiento.

Los elementos que se dejan expresados concurren, sin duda, en la conducta realizada por la acusada que hace suya la integridad del premio que correspondía a la comunidad de bienes que había formado con Pe-

dro, sin que existan otros activos que puedan compensar, en su beneficio, dicha apropiación.

Ciertamente, la acusada recibe legítimamente la totalidad del dinero al presentar, junto con Pedro, el cupón premiado, y una vez ingresado en una cuenta de la que ella es única titular, hace suya, con evidente ánimo de lucro y en perjuicio de su pareja, la suma total recibida, que excluye de la comunidad de bienes que había establecido con Pedro, y surgidas desavenencias como consecuencia de esta decisión, se rompe la convivencia y niega a Pedro toda participación en el premio obtenido.

La comunidad de ingresos y gastos que mediaba entre Pedro e Inmaculada, como se ha razonado al examinar el motivo anterior, le obligaba a incorporar el importe del premio a dicha comunidad, de la que participaba Pedro a partes iguales, incluyéndose su conducta en el ámbito del tipo previsto en el artículo 252 del Código Penal que se extiende a todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación de devolución o entrega de la cosa, incluso las de carácter complejo o atípico que no encajan en ninguna de las figuras creadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal, esto es, que se origine la obligación de entregar o devolver (por todas STS de 27 de noviembre de 1998).

El delito de apropiación indebida se caracteriza, pues, por la transformación que el sujeto activo hace, en tanto convierte el título inicialmente legítimo y lícito por el que recibió dinero, efectos o cosas muebles, en una titularidad ilegítima cuando rompe dolosamente el fundamento de confianza que determinó que aquéllos le fueran entrega-

dos. De ahí que cronológicamente existan dos momentos distintos en el desarrollo del *iter criminis*, uno, inicial, consistente en la recepción válida, otro subsiguiente, que consiste en la indebida apropiación con perjuicio a otro si con ánimo de lucro se origina tal apoderamiento. El ánimo de lucro, que en modo alguno puede ser cuestionado en el presente caso, se constituye en dolo esencial que propicia la infracción si a la vez va unido al quebranto de la lealtad debida, que en este caso se produce cuando la acusada abusando de esa confianza, impide ilegítimamente la participación de su pareja en un bien que debió haber ingresado en la comunidad constituida (cfr. Sentencia de esta Sala de 20 de enero de 1998).

A la acusada no se le planteó ninguna duda, y menos error, en considerar que el dinero que ingresaba Pedro con su trabajo pertenecía a la comunidad que mediaba entre los dos, y tan es así que normalmente era ella, como se refleja en los hechos que se declaran probados, quien se encargaba de sacar el dinero de las cuentas indistintas que habían abierto. Todos los gastos a los que hacía frente la pareja para atender a sus necesidades y la de la hija se sufragaban con el dinero obtenido por Pedro con su trabajo, incluido aquél que fue preciso para festejar ambos, con sus amigos, la suerte del premio. Así las cosas, concurre el elemento subjetivo del delito de apropiación indebida, en cuanto resulta bien patente el propósito o voluntad en la acusada de incorporar definitivamente a su exclusivo patrimonio el dinero obtenido con el premio, a conciencia de que entre ambos mediaban actos concluyentes e inequívocos de comunidad de ganancias y gastos, como ella había dejado bien claro con su conducta de los últimos años.

2. ALZAMIENTO DE BIENES

2.1. *Existencia de un delito de alzamiento de bienes dada la ausencia de motivación racional para traspasar los bienes inmuebles a los hijos cuando los padres tienen un pasivo del que deben jurídicamente responder, consiguiendo con esta operación sustraer los bienes inmuebles a la responsabilidad frente a terceros, lo que pone suficientemente de manifiesto la concurrencia del ánimo de actuar “en perjuicio de los acreedores”.*

**Tribunal Supremo, Sala 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 27 de noviembre de 2001.**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Tourón.**

ANÁLISIS DEL CASO

- El acusado Antonio, mayor de edad y sin antecedentes penales, dado de alta tanto en el Régimen General como en el Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social, acumuló una serie de deudas con la Tesorería de la Seguridad Social (TGSS).
- Por este motivo la Unidad de Recaudación Ejecutiva (URE) núm. 28/12 de la TGSS siguió expediente de apremio por débitos contra Antonio, emitiendo las correspondientes certificaciones de descubierto, sobre las que se dictaron providencias de apremio desde el 13 de agosto de 1990, que le fueron notificadas al deudor a partir del 12 de septiembre del mismo año.
- Antonio y su esposa, la también acusada Natividad, mayor de edad y sin antecedentes penales, con la que tenía un régimen económico de gananciales, para eludir la posibilidad de que la TGSS pudiera hacerse pago de las deudas contra sus bienes, efectuaron una serie de donaciones de inmuebles a favor de sus hijos.
- Como consecuencia de las inscripciones de las referidas donaciones, al ordenarse en el expediente administrativo citado en fecha 9 de junio de 1993 el embargo de las fincas afectadas, el Registrador de la Propiedad denegó las anotaciones del embargo.
- Antonio, además de los citados bienes que fueron objeto de donación, sólo tenía a su nombre: Un crédito contra “E., S.A.” por la prestación de servi-

cios de transporte por importe de 1.272.000 pts. cuyo embargo se acordó el 18 de febrero de 1992, y que tras cobrarlo la Seguridad Social, lo aplicó al pago de distintos descubiertos; Tres autobuses, con matrículas M-..5-EY, M-..6-EY y M-..7-EY, matriculados el 3 de agosto de 1982, que adquirió mediante financiación, figurando las correspondientes anotaciones en el Registro de Tráfico a favor de las financieras; Una sexta parte, con su esposa, de una finca urbana, consistente en solar sito en el Camino E., de Alcalá de Henares, la cual se encontraba gravada con una hipoteca en favor del “Banco H., S.A.” por un préstamo por importe de 6.000.000 pts. en concepto de principal, otorgada el 9 de mayo de 1991 e inscrita en el Registro el 2 de julio del mismo año, y una segunda hipoteca en favor de “Industrial L.” y de “S., S.A.” por 9.000.000 ptas. otorgada ante Notario el 14 de octubre de 1991 e inscrita en el Registro el 19 de noviembre del mismo año.

- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Alcalá de Henares incoó diligencias previas 193/95 y una vez concluidas las remitió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid, que con fecha 14 de mayo de 1999 dictó Sentencia condenando a Antonio, Natividad y a sus hijos, como autores responsables de un delito de alzamiento de bienes, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad en ninguno de ellos, a la pena de dos meses de arresto mayor, al primero, y a la pena de un mes y un día de arresto mayor, a cada uno de los restantes, en todos los casos con la accesoria de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante las condenas; igualmente se declara la nulidad de las donaciones.
- Los condenados interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alegan los recurrentes en el primer motivo del recurso que ningún testimonio avala la existencia del alzamiento de bienes, que no consta que las certificaciones de deuda fueran notificadas al deudor de forma fehaciente y que fue la propia administración acreedora la que, con su ineficiencia e ineptitud dio lugar a la insolvencia, no concretando suficientemente el importe exacto de la deuda. Este motivo no es estimado por el Tribunal Supremo quien utiliza la siguiente fundamentación:

Como recuerda la sentencia de esta Sala núm. 1805/2000 de 26 de diciembre, el deli-

to de alzamiento de bienes constituye un tipo delictivo pluriofensivo que tutela, de un lado, el derecho de los acreedores a que no se defraude la responsabilidad universal prevenida en el art. 1911 del Código Civil, y de otro el interés colectivo en el buen funcionamiento del sistema económico crediticio. Conforme a la doctrina y jurisprudencia recientes el alzamiento de bienes consiste en una actuación sobre los propios bienes destinada a mostrarse real o aparentemente insolvente, parcial o totalmente, frente a todos o frente a parte de los acreedores, con el propósito directo de frustrar los créditos que

hubieran podido satisfacerse sobre dichos bienes.

La sentencia número 732/2000, de 27 de abril, resume acertadamente la doctrina de esta Sala sobre el tipo delictivo analizado, señalando que una vez superado el concepto tradicional que tuvo en nuestra historia, referido al supuesto de fuga del deudor con desaparición de su persona y de su patrimonio, en la actualidad el alzamiento de bienes equivale a la sustracción u ocultación que el deudor hace de todo o parte de su activo de modo que el acreedor encuentre dificultades para hallar bienes con los que poder cobrarse.

Tal ocultación o sustracción, en la que caben modalidades muy diversas, puede hacerse de modo elemental apartando físicamente algún bien de forma que el acreedor ignore dónde se encuentra, o de modo más sofisticado, a través de algún negocio jurídico por medio del cual se enajena alguna cosa en favor de otra persona, generalmente parientes o amigos, o se constituye un gravamen que impide o dificulta la posibilidad de realización ejecutiva, bien sea tal negocio real, porque efectivamente suponga una transmisión o gravamen verdaderos pero fraudulentos, como sucede en los casos tan frecuentes de donaciones de padres a hijos —que es precisamente el que concurre en el supuesto actual, verdaderamente paradigmático—, bien se trate de un negocio ficticio que, precisamente por tratarse de una simulación, no disminuye en verdad el patrimonio del deudor, pero en la práctica impide la ejecución del crédito porque aparece un tercero como titular del dominio o de un derecho real que obstaculiza la vía de apremio.

La expresión “en perjuicio de sus acreedores” que utilizaba el art. 519 del Código Penal de 1973, y hoy reitera el artículo 257.1 del Código Penal de 1995, ha sido siempre interpretada por la doctrina de esta Sala, no como exigencia de un perjuicio real y efectivo en el titular del derecho de crédito, sino en el sentido de intención del deudor que pretende salvar algún bien o todo su pa-

trimonio en su propio beneficio o en el de alguna otra persona allegada, obstaculizando así la vía de ejecución que podrían seguir sus acreedores.

De esta expresión se deducen tres consecuencias:

1.<sup>º</sup> Han de existir uno o varios derechos de crédito reales y existentes, aunque puede ocurrir que cuando la ocultación se produce todavía no fueran vencidos o fueran líquidos y, por tanto, aún no exigibles, porque nada impide que ante la perspectiva de una deuda, ya nacida pero todavía no ejercitable, alguien realice un verdadero y propio alzamiento de bienes.

2.<sup>º</sup> La intención de perjudicar constituye un elemento subjetivo del tipo.

3.<sup>º</sup> Se configura así este tipo penal como un delito de tendencia en el que basta la intención de perjudicar a los acreedores mediante la ocultación que obstaculiza la vía de apremio, sin que sea necesario que esta vía ejecutiva quede total y absolutamente cerrada, ya que es suficiente con que se realice esa ocultación o sustracción de bienes, que es el resultado exigido en el tipo, pues el perjuicio real pertenece, no a la fase de perfección del delito, sino a la de su agotamiento.

La jurisprudencia de esta Sala viene exigiendo ese resultado para la consumación de este delito utilizando la expresión insolvencia y la doctrina encuadra esta infracción junto con los delitos de quiebra y concurso bajo la denominación de insolvencias punibles, criterio sistemático que acoge nuestro Código Penal de 1995 al incluir todos ellos en el mismo Capítulo VII del Título XIII del Libro II CP bajo la denominación “De las insolvencias punibles”, de modo semejante al Código Penal de 1973.

Conviene precisar que como resultado de este delito no se exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación o sustracción de bienes que sea un obstáculo para el éxito de la vía de apremio. Y por eso las sentencias de esta Sala, que hablan de la

insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añaden los adjetivos total o parcial, real o ficticia (Sentencias de 28 de mayo de 1979, 29 de octubre de 1988 y otras muchas), porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos.

No se exige que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados (Sentencias de 6 de mayo de 1989, 27 de abril y 26 de diciembre de 2000), ni tampoco que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica.

Lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonablemente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito.

Por lo tanto, producida la ocultación de bienes con intención probada de impedir a los acreedores la ejecución de sus derechos, y el resultado de insolvencia, ya no es necesario acreditar ningún otro requisito para la existencia del delito.

Ahora bien, es incompatible este delito con la existencia de algún bien no ocultado y conocido, de valor suficiente y libre de otras responsabilidades, en situación tal que permitiera prever una posible vía de apremio de resultado positivo para cubrir el importe de la deuda, porque en ese caso aquella ocultación no era tal y resultaba inocua para los intereses ajenos al propio deudor y porque nunca podría entenderse en estos su-

puestos que el aparente alzamiento se hubiera hecho con la intención de perjudicar a los acreedores, pues no parece lógico estimar que tal intención pudiera existir cuando se conservaron otros elementos de activo patrimonial susceptibles de una vía de ejecución con perspectivas de éxito.

En conclusión, el concepto de insolvencia, en cuanto resultado necesario exigido para el delito de alzamiento de bienes, no puede separarse de los adjetivos con los que la jurisprudencia de esta Sala lo suele acompañar, total o parcial, real o ficticia, y debe referirse siempre a los casos en los que la ocultación de elementos del activo del deudor produce un impedimento o un obstáculo importante para una posible actividad de ejecución de la deuda, de modo tal que sea razonable prever un fracaso en la eventual vía de apremio (SSTS 732/2000, de 27 de abril, y 1805/2000, de 26 de diciembre).

En el caso actual consta suficientemente la concurrencia de una deuda anterior, de elevado importe, en la que es indiferente alguna pequeña diferencia entre las partes respecto de su cuantificación exacta, pues lo relevante es que en cualquier caso era importante, conocida por el deudor, reiteradamente reclamada e impagada a su vencimiento. Consta en el relato fáctico que “se dictaron providencias de apremio desde el 13 de agosto de 1990, que le fueron notificadas al deudor a partir del 12 de septiembre del mismo año”, por lo que los recurrentes no pueden alegar desconocimiento.

Consta también la ocultación o sustracción de bienes, a través de maniobras claramente fraudulentas e injustificadas, como son las sucesivas donaciones de padres a hijos, precisamente de los bienes inmuebles que podían responder del pago de la deuda. Consta finalmente la situación de insolvencia, pues como destaca la sentencia impugnada, los bienes no enajenados son irrelevantes y claramente insuficientes para hacer frente a las elevadas deudas en proceso de ejecución.

Por último el elemento subjetivo del tipo, el ánimo de defraudar las legítimas expecta-

tivas de los acreedores, se infiere de modo manifiesto de los datos objetivos acreditados. La sucesión temporal de los hechos, la ausencia de motivación racional alguna para traspasar los bienes inmuebles a los hijos cuando los padres tienen un pasivo del que deben jurídicamente responder, a no ser precisamente la motivación de eludir dicha responsabilidad, y la realidad del efecto conseguido de sustraer los bienes inmuebles de los deudores a la responsabilidad frente a los acreedores, pone suficientemente de manifiesto que se han enajenado fraudulentamente estos bienes en favor de parientes próximos con la única finalidad de obstaculizar la ejecución anunciada por la notificación de las providencias de apremio, por lo que la concurrencia de la mecánica comisiva propia del delito enjuiciado es palmaria.

En otro de los motivos del recurso, alegan los recurrentes la presunción de inocencia, negando la acreditación del carácter fraudulento de la maniobra elusiva.

La invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite al Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) Una prueba de cargo suficiente; b) Constitucionalmente obtenida; c) Legalmente practicada y d) Racionalmente valorada.

Pero no suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas con inmediatez, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los propios imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni

realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración ponderada y directa del Tribunal sentenciador.

En el caso actual los elementos objetivos integradores del tipo delictivo están acreditados testifical y documentalmente, e incluso reconocidos por los acusados (la existencia de las deudas, de las operaciones de transmisión de los bienes a terceros y de la insolvencia resultante). El ánimo defraudatorio, como elemento interno, no puede acreditarse de modo directo, y por ello se ha inferido de un modo racional de los propios datos objetivos. Como ya se ha señalado la sucesión temporal de los hechos, la ausencia de motivación racional alguna para traspasar los bienes inmuebles a los hijos cuando los padres tienen un pasivo del que deben jurídicamente responder, a no ser precisamente la motivación de eludir dicha responsabilidad, y la realidad del efecto conseguido de sustraer los bienes inmuebles de los deudores a la responsabilidad frente a los acreedores, ponen suficientemente de manifiesto la concurrencia del ánimo de actuar “en perjuicio de los acreedores”. Finalidad defraudatoria necesariamente compartida por todos los partícipes, como razona la sentencia de instancia, dada la repercusión familiar de los procedimientos ejecutivos abiertos.

Procede, en consecuencia, desestimar la totalidad de los motivos del recurso interpuesto, en la forma en que se han planteado.

# TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

## I. PENSIÓN ALIMENTICIA

1. *No se puede fijar a priori una limitación temporal a la pensión alimenticia ya que no hay por qué prever ese cambio de circunstancias a períodos o fechas concretos sino, cuando éstas se den, será el momento de variar su alcance nuevo, o su limitación, suspensión o supresión.*

**TSJ de Navarra, Sentencia de 24 de abril de 2002.**  
**Ponente: D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.**

### ANÁLISIS DEL CASO

- En autos de separación seguidos en el juzgado de 1.<sup>ª</sup> Instancia de Tudela se dictó sentencia estimando la demanda, declarando la separación y adoptando las medidas paterno-filiales en relación con la guarda y custodia, vivienda y alimentos y fijando igualmente una pensión compensatoria a favor de la esposa.
- El esposo recurrió la sentencia en cuanto al régimen de visitas establecido a su favor, y en relación al hijo común, en la Sentencia, en el aspecto afectante al mes de vacaciones de verano, al establecerse en la misma una facultad de contra-visita por parte de la madre, en fines de semana, lo que impedía la movilidad del hijo y del padre durante el período vacacional, y se consideraba un exceso en su ejercicio; y también recurría respecto a las “pensiones” establecidas, tanto la de “alimentos” para el hijo, de 50.000 ptas. al mes, pidiendo una reducción a 35.000, y la “compensatoria” a favor de la mujer, solicitando que se suprimiera, por la merma que ambas suponían para sus

ingresos, no permitiéndole una congrua sustentación. El recurso de la esposa afecta a las “cuantías” de ambas “pensiones”, pidiendo que cada una se establezca en 150.000 ptas. al mes.

- En grado de apelación, la Sec. 2.<sup>a</sup> de la AP de Navarra dictó sentencia el 10 de octubre de 2001, estimando en parte el recurso interpuesto por el esposo y desestimando el de la esposa y fijando las siguientes medidas: a) Que el régimen de visitas establecido a favor del padre, en el período vacacional de verano, será de un mes, sin establecer recíprocamente a favor de la madre un régimen de visitas de fines de semana alternos durante el período de disfrute del mes. b) Fijar como pensión por desequilibrio a favor de D.<sup>a</sup> María y a cargo de D. José la cantidad de 15.000 pesetas mensuales, a ingresar dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que señale la Sra. G. Dicha cantidad se actualizará conforme a las variaciones del IPC, en los términos establecidos en la Sentencia de instancia.
- D. José interpuso recurso de casación foral ante el TSJ de Navarra que fue desestimado.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El esposo basa su recurso en los siguientes motivos: No fijar una limitación a la pensión alimenticia del hijo, y en segundo lugar que la pensión fijada no guardaba proporcionalidad con los ingresos que percibía el progenitor.

Igualmente y dentro de otro motivo también planteado por “interés casacional”, impugnó la sentencia dado que, según decía, las Sentencias que aportaba, de la Audiencia Provincial, discrepaban en la materia, y este Tribunal no se había pronunciado al efecto, denunciando la infracción de la normativa civil sobre la “pensión por desequilibrio”, ya que la establecida en la Sentencia le era gravosa en relación con sus ingresos, y por cuanto que la liquidación de la sociedad conyugal conyugaría, en definitiva, con el reparto de bienes, ese posible desequilibrio. Este motivo específico no fue admitido a trámite por no existir dicho “interés” en cuanto a él, y ampararse en una norma del Código Civil, no apreciándose la contradicción entre las Sentencias, aportadas, de la Audiencia Provincial, tal como se alegaba.

### 1. Limitación temporal de la pensión alimenticia.

Conforme al ap. 3 del art. 477 de la LEC, en relación con los 1-3.<sup>º</sup> y 2 del mismo, por infracción de la Ley 72.3.<sup>º</sup> del Fuero Nuevo de Navarra, alegando “interés casacional”, por inexistencia de jurisprudencia de este Tribunal en la aplicación de tal precepto, y refiriéndose el Recurso a dos aspectos de la norma: el primero, relativo al límite temporal de la pensión alimenticia a favor del hijo, que no se establecía, y no se decía sobre ello nada, insistiendo en que debería hacerse así para evitar futuros procesos o litigios entre las partes, y en cuanto entendía que dicha pensión podía extinguirse antes de la mayoría de edad del hijo, si éste obtenía ingresos suficientes para su alimentación, o durar más allá de ésta, dado que podía encontrarse en período de estudios, requiriendo de ayuda económica, o por no encontrar trabajo.

La Ley 72-3.<sup>º</sup> del Fuero Nuevo de Navarra, con carácter genérico, establece, en lo que aquí interesa, que el “padre y la madre...

están obligados a velar por sus hijos menores o incapacitados, y prestarles alimentos”, aunque carezcan de patria-potestad sobre ellos o no les corresponda su ejercicio. Este precepto, autónomo en su aplicación directa en Navarra (Ley 6 del Fuero Nuevo), se corresponde con el art. 110 del Código civil, el que, como aquélla, enuncia sin más (sin perjuicio de su desarrollo en otros preceptos más casuísticos), los derechos/deberes, que, como principios generales, derivan de la filiación para los progenitores. Por su parte, el Código común, en materia de regulación de las crisis matrimoniales (nulidad, separación y divorcio), desarrolla el derecho de los hijos a los alimentos (con las correspondientes obligaciones para los padres), fundamentalmente, en el art. 73, al que se adicionó un ap. 2.º por Ley 11/1990, de 15 de octubre, que justifica la pervivencia, en determinados casos, de la pensión alimenticia, una vez sobrepasada la mayoría de edad por los hijos; y en general, y fuera de esas situaciones, la obligación alimenticia se regula en los arts. 142 y ss. del mismo Cuerpo legal. En la Compilación Foral, el derecho y el deber de prestación alimenticia, como derivados de las relaciones de patria-potestad y filiación, viene impuesto, en más amplio sentido que en la Ley 72-3.º, denunciado, en la 63.1 (en cuanto se contienen en ella, los derechos/deberes, no sólo de la alimentación material, o *strictu sensu*, sino todos los que abarca tal complejo jurídico, como la convivencia, la educación y la formación), y a este precepto, y no a aquél habrá de referirse el motivo del Recurso, pudiendo también ser completado el mismo con las Leyes 84-1, sobre sostenimiento de las cargas familiares, en cuanto afecta a los hijos del actual matrimonio, y 85-1 en lo que se refiere a hijos de anterior matrimonio o extramatrimoniales (y el ap. final de la Ley 89, insiste en esta obligación en el caso de la liquidación de la sociedad económico-matrimonial para cuando se disuelva la misma).

Una vez delimitado (*Iura novit Curia*) el derecho en el que se cree amparado el recu-

rente en el primer apartado de su reclamación en discusión (derecho a que se fije temporalmente la duración de la prestación alimenticia), corresponde al Tribunal decidir que el mismo carece de tal derecho, pues una vez declarado éste, como todas las obligaciones en general, y la de “prestaciones periódicas”, en particular, todas ellas llevan ínsito el principio de *rebus sic stantibus*, o sea que, por el paso del tiempo, si cambian fundamentalmente las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su establecimiento o reconocimiento, variará también, en forma proporcional, el contenido de la prestación (*vid.* el contenido del ap. 3.º de la Ley 493, que aplica a las obligaciones de larga duración o de tracto sucesivo, dicho principio). Por ello, será, no ahora, en que no hay por qué prever ese cambio de circunstancias a períodos o fechas concretos, sino cuando éstas se den, el momento de variar su alcance nuevo, o su limitación, suspensión o supresión. El ejercicio judicial de tal derecho procede conforme a los arts. 772.2 y 775 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, en los procesos matrimoniales (separación, nulidad y divorcio), bien cuando se trate de medidas provisionales o definitivas, y es a ellos a los que tendrá que acudir, en su caso, el hoy recurrente.

## 2. Proporcionalidad de la pensión alimenticia.

El motivo se centra en la proporcionalidad de la cuantía de la pensión, en relación con las necesidades del menor y las posibilidades del alimentante, pues en la Sentencia no se había guardado equilibrio al establecerla, dado que sus ingresos estaban en 150.000 ptas. al mes, y pagando las 2 pensiones adoptadas, no le quedaba a él, con el resto, para un digno mantenimiento, dentro de las diversas facetas de su vida que debía cubrir con sus disponibilidades económicas.

Este motivo en la forma en que ha sido admitido a trámite, pretende, bajo el amparo de la misma norma sustantiva que se predica para el caso anterior, un nuevo estudio de

los ingresos y cargas de padre e hijo, para que se realice una solución de proporcionalidad en la cuantía declarada de la pensión alimenticia, lo cual supondría, en principio, un nuevo planteamiento de la valoración probatoria realizada por la Sala de instancia, tema, así enunciado, que está vedado en su examen al Tribunal, al no formularse el motivo por este cauce de infracción procesal. El único amparo que, por lo demás, pudiera proceder, para valorar un posible error craso, sería el del art. 24.1 de la Constitución, aplicable de oficio (aunque sin modificar el contenido del propio motivo), en cuanto procediera la aplicación del principio de la “tutela judicial efectiva”, pero ello exigirá concluir, a la vista del procedimiento de valoración empleado (partiendo de los “he-

chos probados”: por un lado, el establecimiento judicial de dos pensiones alimenticias, la del hijo, de 50.000 ptas., y la compensatoria para la esposa, de 15.000, esto es, en total, una carga al esposo de 65.000 ptas. al mes; y por otro lado, unos ingresos de éste, declarados y aquí no discutidos, de 150.000 ptas., todo ello en período mensual), que el Juzgador de instancia hubiera establecido el juicio de proporcionalidad en forma claramente errónea, desmesurada o falta de equidad, y esto no es así, y no se deriva sin más de la declaración judicial hecha al respecto, la que, por ello, debe ser respetada aquí, desestimándose el motivo de referencia, y por lo tanto, la totalidad del motivo de que se trata.

## II. UNIONES DE HECHO

1. *Concesión de una indemnización y de una pensión compensatoria a una conviviente de hecho por su dedicación, mientras duró la convivencia, a la casa común y durante un tiempo al negocio de su pareja, lo que redundó en el sostenimiento y la mejora de la situación económica de éste.*

**TSJ Cataluña, Sentencia de 1 de julio de 2002.**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Guillermo Vidal i Andreu.**

### ANÁLISIS DEL CASO

- D.<sup>a</sup> Nuria formuló demanda de Juicio Declarativo de Menor Cuantía contra D. Juan.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Mollet del Vallés dictó sentencia el 18 de mayo de 2001 estimando parcialmente la demanda, declarando extinguida la unión estable de hecho formulada por D.<sup>a</sup> Nuria y D. Juan

provocando como efecto el cese y revocación de todos los poderes otorgados. Igualmente se condena a D. Juan a pagar a la actora la cantidad de 50.000 ptas., mensuales, durante tres años ininterrumpidos. Estas entidades habrán de ser abonadas por el demandado por meses anticipados y dentro de los cinco primeros días de cada mes. Los abonos deberán tener la debida constancia documental (correo certificado, transferencia bancaria, ingreso en cuenta de ahorro, etc.) que permitan a cada una de las partes acreditar el cumplimiento o incumplimiento de esta obligación. Como base anual para la actualización de estas cantidades se fija el índice general de precios al consumo. La referida actualización tendrá lugar siempre y en todo caso, sin perjuicio de que judicialmente se solicite, y así se acuerde, la improcedencia de la misma porque no se produzca un aumento correlativo de las ganancias o ingresos del mismo en la misma proporción al incremento del IPC. Todo ello sin especial pronunciamiento sobre las costas.

- Contra la anterior sentencia interpusieron recurso de apelación ambas partes, dictándose sentencia por la Sec. 18.<sup>a</sup> de la AP de Barcelona con fecha 28 de noviembre de 2001 estimando en parte el recurso revocando la sentencia, únicamente en lo referido a la indemnización solicitada en la demanda condenando a D. Juan a que pague a D.<sup>a</sup> Nuria la cantidad de tres millones de pesetas, confirmando en todo lo demás la sentencia apelada, sin especial pronunciamiento respecto a las costas ocasionadas por el recurso de D.<sup>a</sup> Nuria y con imposición a D. Juan de las ocasionadas por su recurso.
- D. Juan interpuso recurso de casación ante el TSJ de Cataluña que fue desestimado.

#### COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La sentencia de primera instancia, estimando parcialmente las pretensiones de la demanda, concedió a la actora una pensión de cincuenta mil pesetas mensuales durante tres años ininterrumpidos con cargo al demandado. Implícitamente desestimó la petición de que se le concediera una pensión compensatoria a tanto alzado de diez millones de pesetas. El fundamento del acogimiento de aquella primera pretensión se centraba en la probada convivencia *more uxorio* de los litigantes durante catorce años aproximadamente y el desequilibrio económico que se había producido tras la crisis convivencial. Por contra, se denegó la pensión compensatoria por entender el Juzgador que aquel desequilibrio traía causa de la

situación económica y patrimonial de que ya disfrutaba D. Juan antes de iniciar la relación de pareja con D.<sup>a</sup> Nuria.

La sentencia de apelación confirmó el primero de los pronunciamientos y revocó parcialmente el segundo para conceder a la apelante una pensión de tres millones de pesetas, sobre la base de quedar probada en los autos la dedicación de D.<sup>a</sup> Nuria, mientras duró la convivencia, a la casa común y durante un tiempo al negocio de su pareja, lo que redundó en el sostenimiento y la mejora de la situación económica de ésta.

La sentencia ahora combatida declara probado que actora y demandado convivieron desde al menos el 30 de mayo de 1986 y

afirma que: “si bien es cierto que, tras la entrada en vigor de la Ley de Uniones Estables de Pareja, de 15 de julio de 1998, los litigantes no vivieron dos años juntos, pues se separaron en 1999, dicha Ley puede ser aplicada por razón de existir una hija común”, es decir, la Audiencia hace aplicación de lo establecido en el art. 1.2 de la Llei catalana. Al propio tiempo, la Audiencia explica: “La compensación económica que reconoce el art. 13 de la repetida Ley se funda en haberse dedicado quien la solicita a la casa o al negocio del otro, sin retribución suficiente, ocasionando con ello un enriquecimiento del otro interesado. Es obvio que un tal fundamento de hecho puede conducir a una indemnización al amparo de la doctrina del enriquecimiento sin causa, aunque no se reputase aplicable la legislación especial de parejas de hecho”.

En el primer motivo del recurso aduce “infracción del principio de retroactividad establecido en el art. 2.3 del Código civil, al aplicar al presente caso una norma legal cuya aplicación viene expresamente limitada en aquellos supuestos en que no hayan transcurrido dos años de convivencia desde su entrada en vigor y estableciéndose una especie de retroactividad en su aplicación”.

Como es sabido, señala el TSJ de Cataluña, el art. 2.3 del Código civil establece que “las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”. La Llei de Unions Estables de Parella, como también es conocido, contiene una Disposición Transitoria, única y especial, de forma que deviene inaplicable la disposición general contenida en el Código civil. Sin más, pues, el motivo casacional debería ser rechazado.

Pero el recurrente, con mezcla inapropiada de supuestas vulneraciones de preceptos sustantivos, alude en este mismo motivo a que no se dan las condiciones de aplicación de la citada Disposición Transitoria de la Llei catalana, con lo que tácitamente está reconociendo que el precepto hipotéticamente conculcado es el contenido en dicha Disposición y no el art. 2.3 del Código civil.

Mas ocurre que tampoco la Disposición Transitoria de la Llei ha sido conculcada por el órgano *a quo* por la sencilla razón de que, según se ha visto, no la aplica, contando con la específica previsión del art. 1.2 del texto legal. Es decir, la Audiencia acude a la Llei de Unions Estables de Parella no porque entienda que debe sumarse el tiempo de convivencia anterior a la entrada en vigor de la Llei al posterior a dicha fecha, lo que requeriría —efectivamente— el acuerdo de los dos miembros de la pareja, sino porque entiende que tal convivencia de dos años mínimo que marca el art. 1.1 para la aplicación de la Llei no rige en el presente caso al darse una descendencia común.

El segundo de los motivos de casación denuncia “error por parte del Tribunal en la interpretación del artículo 1.2 de la Ley de unión estable de parejas dictada por la Comunidad Autónoma de Cataluña” y se basa en que “ la filiación de la presunta hija común, Tania, estaba determinada conforme a derecho, resultando que el padre de la misma era el ex marido de la actora D. Jaime, por lo que no puede atribuirse esta a mi representado por obra del Tribunal”.

Salta a la vista, pues, que el precepto supuestamente vulnerado no puede ser nunca el citado por el recurrente sobre cuya exégesis no yerra el Tribunal, sino, en todo caso, el o los preceptos que definen la filiación no matrimonial, como puede ser el 93 del Codi de Família, pues el ataque que dirige el recurrente a la sentencia de la Audiencia se basa en la declaración de una negada descendencia.

Pero hay más. Nótese que el recurso de casación lleva fecha 20 de febrero de 2002. Pues bien, según consta en la documentación del recurso, en fecha 1 de septiembre de 2001 el Juzgado de primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Mollet del Vallés dictó sentencia reconociendo a D. Juan, hoy recurrente, la filiación paterna no matrimonial de Tania... y ello mediando el allanamiento del demandado. Poco más habría de añadirse a lo anterior y con la vista puesta en

las inasumibles alegaciones del dicho recurrente ante la presentación de la documentación aludida, sino recordar las reglas de la buena fe que deben presidir las actuaciones ante los Tribunales de Justicia conforme determinan los arts. 11.1 y 437.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Llei catalana de Unions Estables dispone en el segundo inciso del art. 1 que “no és necessari el transcurs del període esmentat (dos años ininterrumpidos de convivencia) quan tinguin descendència comuna, però sí que cal el requisit de la convivència”.

Según lo probado existe un largo período de convivencia entre D. Juan y D.<sup>a</sup> Nuria, que comienza en 1986 y termina en 1999, y consta también la existencia de una hija nacida de esta unión.

Sobre estos parámetros de hecho, la aplicación de la norma catalana es rigurosa y exacta, por cuya razón ha de ser mantenida.

En el tercer motivo de recurso se invoca: “la sentencia objeto del presente recurso, es incongruente con las pretensiones de la contraria, introduciéndose hechos no alegados por las partes, como es la aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, infringiéndose con ello el artículo 24 de la Constitución Española”.

El motivo no es ya desestimable, sino incluso inadmisibile. Como es sabido y ha tenido ocasión de exponer esta Sala, la incongruencia es un vicio de la sentencia que se presenta cuando ésta otorga más de lo pedido por el actor o convenido por las partes (*ultra petita*), concede cosa distinta a la pedida (*extra petita*) u omite algún pronunciamiento (*citra petita*). La incongruencia es un vicio procesal de la sentencia en cuanto se contradice con el mandato contenido en el art. 359 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil y 218.1 de la actual. En consecuencia, el vicio de incongruencia sólo puede acceder a la casación por la vía del quebrantamiento de forma, hoy por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal y, en concreto, por la previsión que se

contiene en el numeral 3 del art. 469 de la LEC. Al no haberse hecho así en el caso presente, el motivo de recurso no debió siquiera haberse admitido, procediendo ahora, en esta fase procesal, su desestimación.

Desestimación, por otro lado, que también procede en el fondo a poco que se observe que:

— Primero. La actora ya en el Suplico de su demanda solicita que: “atendiendo a que D.<sup>a</sup> Nuria siempre ha trabajado tanto para el hogar como para el negocio familiar, generando ella (*sic*) una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implica un enriquecimiento injusto favorable para el Sr. Juan, se fije como Compensación económica la cantidad de diez millones de pesetas (10.000.000 de ptas.)”.

— Segundo. Que el enriquecimiento injusto es precisamente la base de la procedencia de la compensación económica, porque específicamente se prevé en la Ley, art. 13 *in fine*, corroborado por sentencias del Tribunal Supremo de las que son ejemplo las de fechas 11 de diciembre de 1992 y 16 de diciembre de 1996.

— Tercero. Que la teoría del enriquecimiento injusto es utilizada en la sentencia como argumento de refuerzo o *ex abundantia*, como claramente se deduce de su texto, pudiendo ser sólo objeto de revisión casacional los errores en los fundamentos jurídicos que son decisivos para la integración del fallo.

Por todo lo anterior, pues, el motivo debe ser rechazado.

El cuarto de los motivos de casación reza así: “por último, la sentencia incurre en un error en la valoración de la prueba, en primer lugar al declarar la posesión de estado de D. Juan respecto a la hija de la actora Tania, y en segundo lugar en cuanto a la determinación de la existencia de desequilibrio patrimonial entre la actora y el demandado, infringiéndose con ello lo dispuesto en el artículo 1214 del Código civil, vigente durante la sustanciación del proceso”.

De la situación de la hija de los litigantes ya se ha hablado, de forma que, tanto para no repetir conceptos, cuanto porque la parte recurrente mezcla de forma incompatible en casación preceptos heterogéneos, debemos remitirnos a lo expresado en el Fundamento de Derecho Tercero.

Respecto a la determinación de la existencia de un desequilibrio patrimonial que es base del otorgamiento de la pensión compensatoria, el recurso no puede prosperar en la medida en que adolece de la lamentable confusión de presentar una casación como si de un puro recurso de apelación se tratara. No es ya la cita del art. 1.214 del Código civil, derogado por la Disposición Derogatoria Única (punto 2) y por tanto sin vigor al dictarse la sentencia combatida, lo que es inaceptable del recurso, pues podría sin esfuerzo entenderse integrado por la cita del art. 217 de la actual LEC, sino la pretensión de una revisión probatoria por el Tribunal de casación, lo que supone el desconocimiento de la esencia misma de este recurso. Pues se pretende, en efecto, que esta Sala sustituya la conclusión valorativa, imparcial y objetiva, del Tribunal de instancia por unos argumentos de la parte recurrente, resumidos en tres párrafos, que revelan la parcial interpretación de unos hechos realizada por aquel a quien en definitiva interesa.

El Tribunal analiza el resultado de las pruebas y llega a concluyentes decisiones: La actora convivió durante trece años con el demandado; Trabajó en la casa y en el negocio de éste; Percibió por ello una retribución insuficiente; El trabajo en la casa debió ser relevante a partir del hecho de que, desde la separación, el demandado tiene a dos personas a su servicio; La actora ha quedado probadamente con un capital que asciende a 2.752.000 ptas.; El demandado, por el con-

trario, mantiene un productivo negocio de venta de animales.

Los argumentos de contrario, expuestos por el recurrente, no pueden ser más inasumibles: el demandado ya poseía el negocio al iniciarse la convivencia con la demandante y durante los trece años que duró esa convivencia mantuvo a la actora y le abonó un sueldo por su trabajo. Sus argumentos, en consecuencia, no son de prueba, sino jurídicos y olvidan y desconocen la filosofía de la pensión compensatoria, orientándose más bien hacia la figura del servicio doméstico retribuido o al puro salario laboral. La pensión compensatoria nace para equilibrar en lo posible las desigualdades que pueden generarse durante una convivencia estable, cuando uno de los convivientes se dedica al cuidado del hogar y de los hijos o ayuda en el negocio percibiendo en este caso una insuficiente remuneración, mientras el otro dirige y administra el comercio con el ahorro—de todo tipo—añadido que supone la anterior dedicación. La pensión compensatoria intenta impedir o limitar que, al cese de aquella convivencia, quien ha ayudado propiciando el mantenimiento y el desarrollo del negocio, quede sin la capitalización de sus esfuerzos, mientras el otro retenga el activo patrimonial íntegro. Se trata, pues, de lograr un justo equilibrio patrimonial, medido a la hora de la crisis de convivencia, pero con la vista puesta en la necesidad de retribuir un trabajo y un esfuerzo colateral pero convergente no remunerado o remunerado insuficientemente hasta entonces.

La valoración de la prueba de los hechos ha sido efectuada con toda corrección por el Tribunal de Instancia en este caso y ha sido también correcto el encaje jurídico de aquellos hechos en la norma, en razón de lo cual el último de los motivos de casación y con él todo el recurso ha de ser rechazado.

### III. CUESTIONES FISCALES

1. *Aun cuando los rendimientos fuesen comunes a ambos cónyuges de acuerdo con la legislación civil, la norma fiscal impone que dichos rendimientos se imputen exclusivamente al titular del bien o derecho, razón por la que si las rentas provienen de bienes o derechos privativos lo procedente es imputarlos al cónyuge titular.*

**TSJ de Baleares, Sentencia de 29 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Ignacio Algora Hernando.**

#### ANÁLISIS DEL CASO

- El 1 de enero de 1982, el esposo de D.<sup>ª</sup> Paloma, D. Alejandro, con 55 años de edad, causó alta en la Mutualidad General de la Abogacía y suscribió una pensión o renta vitalicia de jubilación a partir de los 70 años por importe de 900.000 pesetas anuales.
- D. Alejandro pagó la totalidad de las cuotas exigidas para constituir la renta y en el ejercicio de 1996 percibió 715.000 pesetas, de las que el 30% eran constitutivas de rendimiento de capital mobiliario. En la declaración del Impuesto sobre la Renta, tanto él, como su esposa, incluyeron cada uno en su declaración de la renta, al hacerla por separado, la mitad, esto es, 107.250 pesetas, por considerar que la renta se había constituido con dinero ganancial.
- En fecha 22 de junio de 1998, se dictó por la Administración demandada la liquidación provisional por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 1996, en relación a la actora, en la que se determinaba una cuota diferencias negativa de 20.465 pesetas, inferior a la solicitada en su autoliquidación en 138.081 pesetas, como consecuencia de corregir la deducción practicada por dividendos de acuerdo con el art. 78.siete.A) de la Ley 18/1992 y de corregir las retenciones e ingresos a cuenta declarados de acuerdo con el artículo 98 de la misma Ley.
- El Tribunal Económico Administrativo Regional de Baleares el 29 de octubre de 1999 desestimó igualmente la reclamación efectuada por D.<sup>ª</sup> Paloma.
- El TSJ de Baleares desestimó el recurso presentado por D.<sup>ª</sup> Paloma.

## COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión litigiosa se reduce a determinar a quién hay que imputar el rendimiento de la renta vitalicia satisfecha por la Mutualidad General de la Abogacía, a los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

La individualización de rentas —artículo 33 de la Ley 18/91, para el caso, ahora artículo 11.3 de la Ley 40/98, en relación con el artículo 7 de la Ley 19/1991— no sigue íntegramente la legislación civil sobre el régimen económico del matrimonio. En efecto, las reglas sobre individualización de cada tipo de rentas se sujetaban a la normativa tributaria, autónoma e independiente de la legislación civil.

La discordancia entre el régimen jurídico civil y el tributario es constitucionalmente legítima —por todas, sentencia del Tribunal Constitucional número 146 y 214 de 1994 y sentencias del Tribunal Supremo de 8 y 28 de febrero de 1994 y de 14 y 17 de octubre de 1998—.

Pues bien, conforme a lo establecido en el artículo 33 de la ley 18/91, la imputación de rendimientos a cada uno de los cónyuges tiene que atender a la titularidad de los elementos patrimoniales de los que proveen esos rendimientos.

En consecuencia, aun cuando los rendimientos fuesen comunes a ambos cónyuges de acuerdo con la legislación civil, la norma fiscal impone que dichos rendimientos se imputen exclusivamente al titular del bien o derecho, razón por la que si las rentas provienen de bienes o derechos privativos lo procedente es imputarlos al cónyuge titular.

Siendo esto así, acreditado que el socio mutualista es el esposo de la actora, quien contrató y pagó las cuotas, siendo el tomador del seguro contratado con la Mutualidad y el beneficiario, por tanto, de la renta vitalicia de jubilación, hemos de llegar a la conclusión que se trata de derecho de pensión que le pertenece, esto es que forma parte de sus bienes propios, aunque el dinero con el que se pagaron dichas cuotas o primas provenga del caudal común —cuestión por otra parte no acreditada en autos—, y por tanto es al único que puede imputarse la misma como rendimiento de capital mobiliario.

En consecuencia, siendo incorrecto que la actora se imputara la mitad de dicha renta, procede la desestimación del recurso sin que haya lugar a pronunciarse sobre el segundo de los motivos de impugnación, esto es, sobre el porcentaje de dicha renta sometida a tributación.

### 2. *Deducción en el IRPF de las cantidades abonadas en concepto de contribución a las cargas del matrimonio.*

**TSJ de Asturias, Sentencia de 24 de mayo de 2002.**  
**Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Luis Gallego Otero.**

## ANÁLISIS DEL CASO

- Un contribuyente realizó la declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas deduciendo las cantidades abonadas a su esposa.

- La Delegación en Asturias de la Agencia Tributaria por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas realizó una liquidación provisional suprimiéndole la deducción de dichos pagos.
- La reclamación económica administrativa fue igualmente desestimada por el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Asturias el 13 de julio 1998
- Interpuesto recurso contencioso administrativo para que se declaren nulos, anulen o revoquen y deje sin efecto los precitados resolución y acto administrativo, condenando al órgano de la Administración Tributaria antes citado al inmediato reintegro de las sumas indebidamente percibidas con el consiguiente abono de los intereses desde la fecha de su ingreso, el TSJ de Asturias estimó el recurso.

## COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La base del recurso la centra el recurrente en la procedencia de las deducciones realizadas en la base imponible regular del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por las sumas abonadas en concepto de pensión compensatoria a la primera esposa del recurrente, porque consta debidamente acreditado la certeza y exactitud del pago por dicho concepto, y ello pese a que las sentencias de separación ni de divorcio no fijan con rotundidad y claridad pensión compensatoria en favor de su anterior esposa sino contribución a las cargas de matrimonio, ha de entenderse que así lo es teniendo en cuenta que los hijos no conviven con ella.

Enfrentadas las partes litigantes en la interpretación que dan a la situación planteada por el recurrente de conformidad con la normativa aplicable, hay que determinar previamente los elementos de hecho para posteriormente discernir cuál de los criterios contradictorios que defienden es el ajustado a derecho.

Respecto a la primera deducción, la documental aportada a los presentes autos y a los tramitados con el n.º 3141/98, donde se suscita la misma cuestión entre los ahora litigantes, pone de manifiesto el auto dictado

en pieza separada de medidas provisionales de separación por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Oviedo el 10 de septiembre de 1982, que adopta entre otras las siguientes medidas provisionales: La separación del hoy recurrente de su esposa; los hijos del matrimonio quedarán en poder de la madre y el esposo contribuirá a las cargas del matrimonio con 50.000 pesetas mensuales. La sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de Oviedo el 26 de noviembre 1986, declara la disolución del matrimonio de ambos cónyuges por causa de divorcio, ratificando las anteriores medidas sin establecer la necesaria transformación de la contribución al levantamiento de las cargas familiares en las correspondientes pensiones alimenticia y compensatoria, que lo hace el auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 30 de junio 1999, que pone fin al incidente de ejecución de la última resolución promovido por la esposa, fijando en su favor pensión compensatoria de 30.000 pesetas mensuales, cantidad englobada desde las medidas provisionales de separación en la cantidad que genéricamente fue fijada, sobre la base de que los dos hijos del matrimonio que convivían con la madre pasaron a vivir con el padre sucesivamente

el primero en septiembre de 1989, y la segunda en febrero de 1994, pese a lo cual este continuó enviando mensualmente 30.000 pesetas a lo largo de veintidós meses, hasta diciembre de 1995, como expreso reconocimiento de que el único que a lo largo del matrimonio aportó ingresos a la familia fue él.

A la vista de lo expuesto, la reducción realizada en la base imponible, dentro del epígrafe pensiones compensatorias al cónyuge y anualidades por alimentos, de la cantidad satisfecha por orden judicial como contribución a las cargas al matrimonio, resulta procedente al venir avalada su interpretación por la que hace la jurisdicción competente sobre el alcance en el caso concreto de la contribución fijada por cargas del matrimonio y su diferenciación conceptual

y terminológica de la pensión compensatoria y alimenticia, frente a la formal que hace la Administración demandada que no lo admite deducción alguna por no concurrir los requisitos exigidos para su viabilidad en el artículo 71.2 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, pero sin tener en cuenta que los antecedentes señalados revelan que tienen la consideración de pensión compensatoria por el supuesto desequilibrio económico entre ambos cónyuges y que no se trata de circunstancias familiares sobrevenidas que se hayan modificado por decisión judicial para aplicarla a la declaración tributaria presentada con posterioridad, sino que el derecho a la pensión del artículo 97 del Código Civil nace en el momento mismo en que se produce el cese de la convivencia según la resolución civil comentada.

## AUDIENCIAS PROVINCIALES

### I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. *Concurrencia de la causa de divorcio prevista en el art. 86.3 del CC ya que cuando se inició la separación de hecho el esposo estaba incurso en causa de separación pues queda acreditado que desatendió sus obligaciones tanto respecto a la esposa como a los hijos.*

**AP ASTURIAS, Sec. 5.<sup>a</sup>, Sentencia de 3 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Pilar Muriel Fernández-Pacheco.**

Ha quedado acreditado, a la vista del conjunto de la prueba practicada, que el Sr. R. abandonó el domicilio familiar sito en Méjico el día 1 de febrero de 1999, para trasladarse a España, dejando en el mismo a su esposa y dos hijos menores de edad, no habiéndose reanudado la convivencia hasta la fecha de interposición de la demanda de separación, el 15 de febrero de 2001, no contribuyendo durante este período al sostenimiento de la familia, ni comunicado con sus hijos. Estos hechos son perfectamente subsumibles en el art. 86.3.b) del Código Civil que establece como causa de divorcio el cese efectivo de la

convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos, cuando al iniciarse la separación de hecho el demandado se encontrara incurso en causa de separación, lo que acontece en el presente caso, pues el Sr. R., desde que se trasladó a España el uno de febrero, desatendió completamente sus obligaciones tanto para con su esposa como respecto a sus hijos en todos los aspectos, incluido el económico, estando incurso desde ese momento en causa de separación, a lo que no obsta la carta remitida a la esposa por conducto notarial cuatro meses después de instalarse en España, que sólo revela su pro-

pósito de fijar de modo unilateral su domicilio en España, a la que se añade una propuesta más formal que real a la esposa de acom-

pañarle en su decisión, procediendo en consecuencia la estimación del primer pronunciamiento apelado por D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Teresa.

2. *No se estima necesario hacer un pronunciamiento imputando la culpa de la separación cuando de las actuaciones se desprende una radical desaparición del afecto entre los esposos.*

**AP VALENCIA, Sec. 10.<sup>a</sup>, Sentencia de 16 mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina.**

En primer lugar plantea la apelante la disconformidad con la causa de la separación apreciada en la sentencia impugnada, pues no aprecia la conducta injuriosa o vejatoria del demandado, al amparo del artículo 82.1.<sup>o</sup> del Código Civil; la Sala no estima necesario sin embargo hacer un pronunciamiento imputando la culpa de la separación,

cuando de las actuaciones se desprende una radical desaparición del afecto entre los esposos, lo que conduce a apreciar el incumplimiento grave de los deberes propios del matrimonio, especialmente del de respeto y ayuda mutua, que consagra el artículo 67 del Código Civil, por lo que procede en este punto confirmar la sentencia del Juzgado.

3. *Aunque en un principio pudiera darse el desafecto sólo en la esposa, lo cierto es que el mismo se ha extendido a la pareja, tal y como se desprende del escrito de contestación a la demanda del esposo, imposibilitando un proyecto armónico de convivencia conyugal, y por ello debe decretarse la separación.*

**AP LAS PALMAS, Sec. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 24 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Manuel Martín Calvo.**

Frente a la sentencia de instancia que estimó la pretensión de separación matrimonial instada por la parte actora y acordó la

adopción de las correspondientes medidas complementarias se alza el demandado postulando su revocación al entender no concu-

re causa legal de separación matrimonial instando la revocación de la sentencia y la íntegra desestimación de la demanda.

A respecto de la falta de concurrencia de causa de separación se ha de señalar que el art. 81 del Código Civil regula, tras la reforma introducida por la Ley de 7 de julio de 1981 dos vías de acceso a la separación judicial: una de carácter consensual (art. 81.1.º) y otra de carácter causal o contenciosa (art. 81.2.º) que se remite a las causas de separación reguladas en el art. 82 del mismo cuerpo legal. A su vez, en el art. 82 del Código Civil se entremezclan causas de separación propias de un sistema de separación-sanción con otras propias de un sistema de separación-remedio (causas 5.ª y 6) si bien el régimen jurídico de la separación judicial y del divorcio (arts. 81 a 107 del Código Civil) es cuando menos en sus efectos jurídicos, ajeno al sistema de separación-sanción.

Y como ya dijera la STS de 11 de febrero de 1985 se produce una violación grave o reiterada de los deberes conyugales “cuando se origina un permanente estado de tirantez, desafección y profunda discordia entre los esposos, con flagrante y persistente vulneración de los deberes de respeto, ayuda mutua y socorro (artículos sesenta y siete y sesenta y ocho en su actual redacción y anterior cincuenta y seis), y aun de los morales que impone la unidad corporal y espiritual de la

pareja, como así lo apuntó ya la sentencia de esta Sala de catorce de julio de mil novecientos ochenta y dos, y es patente que las circunstancias del caso examinado están proclamando que esa conducta reprochable a marido y mujer, con grave menoscabo de los fines del consorcio y dejando de ser el uno ayuda (*adiutorium*) del otro constituye base legal bastante para acordar la separación”.

Aunque en un principio pudiera darse el desafecto sólo en la esposa, lo cierto es que el mismo se ha extendido a la pareja imposibilitando un proyecto armónico de convivencia conyugal. Este hecho se evidencia de las propios términos de la contestación y del recurso al expresarse que la esposa lo único que pretende es “deshacerse” de su marido, que no “desea atenderlo”, que se “cansa del marido” y que pretende con la separación “hacer un gran negocio”. Todas estas circunstancias unidas al hecho de que la controversia se centra en una separación conyugal y a la ineludible necesidad de proteger el desarrollo armónico del hijo menor, manteniendo unas adecuadas relaciones ambos padres, obliga a entender, en una interpretación acorde con los intereses en juego y la realidad social (art. 3.1.º del Código Civil), la concurrencia de la causa 1.ª del art. 82 del Código Civil, procediendo en tal sentido la confirmación de la sentencia.

## II. PATRIA POTESTAD

1. *La relación entre los progenitores es difícil, habiendo dado lugar a diversos episodios que no podríamos calificar de edificantes, provocando incluso alguno de ellos incoación de diligencias penales; mas de la evidente tensión que existe entre quienes fueran cónyuges, aunque resulten víctimas los hijos, no cabe inferir que uno y otro progenitor sean inadecuados para ejercer la patria potestad.*

### **AP ASTURIAS, Sec. 5.<sup>a</sup>, Sentencia de 3 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> María José Pueyo Mateo.**

En cuanto a la solicitud de privación de patria potestad del padre sobre los mismos, nos encontramos con que, como señala el TS en la sentencia de 24 de abril de 2000, “la patria potestad es en el derecho moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor (art. 12).

Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino

que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses. Por ello, la propia Convención, en su art. 9.1 después de establecer que los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño”.

Pues bien, en el caso de autos la prueba practicada no permite concluir que la adopción de la medida postulada sea una medida necesaria o adecuada para la protección de los hijos. Es cierto que la relación entre los litigantes es difícil, habiendo dado lugar a diversos episodios que no podríamos calificar de edificantes, provocando incluso alguno de ellos incoación de diligencias penales, mas de la evidente tensión que existe entre quienes fueran cónyuges, aunque resulten víctimas los hijos, no cabe inferir que uno y otro progenitor sean inadecuados para ejercer la patria potestad que por Ley tienen concedida, de ahí que la Sala estime que

procede confirmar la recurrida en cuanto otorga a ambos la patria potestad compartida sobre los dos hijos comunes del matrimonio, en la actualidad de 11 y 8 años.

En lo tocante a la guarda y custodia el juzgador *a quo*, atendiendo a los deseos de los menores, se la concedió al padre, criterio que la Sala comparte, no sólo porque ese fuera el deseo de los hijos sino fundamentalmente porque en el informe psicosocial acordado como diligencia final se concluyó que era esa la medida más adecuada para el interés de los menores, dado que ambos padres trabajan, lo que obliga a los niños a permanecer, cuando ello no coincide con su horario escolar, con terceras personas, siendo más fuerte el apoyo familiar que tiene el

padre, cuyos progenitores residen en el mismo pueblo que él, encontrándose las viviendas a escasos metros una de la otra. A lo anteriormente expuesto hemos de añadir que en el informe psicosocial se considera que la recurrente aunque está capacitada para prestar a sus hijos una buena atención, “no pone en práctica sus aptitudes, observándose graves carencias en cuanto a la alimentación cotidiana de los niños que les están afectando negativamente”.

En atención a lo expuesto la Sala concluye desestimando este motivo del recurso y confirma la recurrida en cuanto atribuye al padre la guarda y custodia de los hijos, y fija un régimen de comunicación amplio entre la madre y los hijos.

2. *No procede privar al padre de la patria potestad dada la existencia de circunstancias ajenas a su propia voluntad que le han impedido una normal y fluida relación con su hija menor.*

**AP TENERIFE, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio García García.**

Impugna la parte actora los pronunciamientos relativos a la cuantía de la pensión alimenticia, régimen de visitas a favor del progenitor no guardador, y el pronunciamiento omitido en relación con la privación de patria potestad al demandado.

No se ha acreditado en autos que el demandado esté incurso en causa de privación de la patria potestad, pues se justifica la existencia de circunstancias ajenas a la propia voluntad del interesado que le han impedido una normal y fluida relación con su hija menor, sin que el resultado de las pruebas resulte suficiente para adoptar una medida de la gravedad que solicita la parte apelante. Por lo que al régimen de visitas se refiere, las propias circunstancias de salud y perso-

nales del padre, así como la corta edad de la menor, aconsejan la revocación del régimen fijado por la resolución que se impugna, estimándose el recurso en este punto y revocando la misma, debiendo confirmarse el establecido en el convenio regulador de la separación y homologado por la correspondiente sentencia de 9 de diciembre de 1998; sin perjuicio de que la evolución de las circunstancias permita en el futuro la modificación del régimen establecido. Con el régimen de visitas que se acuerda por esta sentencia, y las garantías que en orden al mismo se fijan en el convenio regulador, no ha lugar a la suspensión régimen de visitas igualmente interesada por la parte apelante.

### III. GUARDA Y CUSTODIA

1. *Mantenimiento de la atribución de la guarda y custodia de la hija a la madre, aun cuando entre ambas hayan existido ciertas controversias respecto a la relación sentimental que la madre inició con un tercero y que actualmente ya no existe, habiéndose constatado igualmente en el informe psicosocial que el interés de la hija no puede confundirse con el deseo temporal o capricho de convivir con su padre.*

**AP TOLEDO, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ángeles Gutiérrez Zarza.**

Recorre D.ª María la Sentencia de Primera Instancia en los extremos que atribuyen la guarda y custodia de su hija menor a su ex esposo D. Justo, reconocen el uso y disfrute de la vivienda en favor de la menor en compañía de su padre, fijan la obligación de la madre de abonar 25.000 pesetas mensuales para su hija y un determinado régimen de visitas.

La decisión principal en el presente caso, de la cual dependen el resto de los pronunciamientos ahora recurridos, es si la hija menor debe seguir conviviendo con su madre en el domicilio conyugal o si, por el contrario, las circunstancias alegadas por D. Justo y la declaración de la menor justifican un cambio en el régimen de guarda y custodia de Laura, de modo que a partir de ahora, y como así lo ha dispuesto el órgano de primera instancia, sea el padre quien conviva con la menor en el domicilio conyugal y deba la esposa abandonarlo.

Pues bien, atendidas las circunstancias de este caso concreto la Sala entiende que ha de revocarse la Sentencia de Primera Instancia, de modo que sea la madre quien siga conviviendo con su hija y sea el padre quien disfrute del régimen de visitas. Esta deci-

sión se apoya, principalmente, en el informe psicológico de la Dra. C., además de otras circunstancias que expondremos a continuación.

En dicho informe se recogen las diferencias que han existido en los últimos meses entre madre e hija —diferencias que por otra parte no habían negado ni una ni otra debidas en su mayor parte a que la demandante inició una relación sentimental que Laura nunca aceptó—. Así, el informe señala que “la nueva pareja frecuentaba su casa y hacía uso de ella, incluso se quedaba a dormir, sin que la madre lo hablara con su hija. Esto ocasionó ataques directos de Laura hacia el novio de la madre hasta conseguir que éste abandonara la casa y poco después la relación con su madre”, y que “por ello, la madre también está dolida con su hija, ya que ésta le imposibilita rehacer su vida”. Sin embargo, pese a esta falta de comunicación y a la existencia de reproches mutuos, lo cierto que D.ª María del Carmen se ha ocupado siempre de la menor, con la que ha convivido hasta el momento actual, y ha atendido convenientemente a sus necesidades de educación, alimentación y asistencia básica desde la separación (así se recoge

en el citado informe psicológico y se desprende también de las alegaciones y documentos presentados por ambas partes).

Son las diferencias existentes entre ambas las que han llevado a la menor a pensar en la posibilidad de vivir temporalmente con su padre, para comprobar si está mejor residiendo con él. Sin embargo, la Sala entiende que el interés de la menor no puede confundirse con satisfacer un deseo temporal —o un capricho, como más bien parece ser en este caso—, sino que ha de buscarse la situación que mejor contribuya a su desarrollo personal y afectivo y a su educación escolar, y en este caso, la situación más conveniente para la menor es que continúe viviendo con su madre.

El padre ha sostenido que su hija, desde hacía más de un año, le había manifestado su deseo de irse a vivir con él, y sin embargo, en lugar de solicitar la modificación de las medidas, no ha sido hasta la presentación de la demanda de divorcio por su esposa cuando ha instado la modificación del régimen de guarda y custodia. A ello debe añadirse que, según el informe psicológico, el padre bebía con asiduidad y reconoce que

ahora lo hace pero “lo normal” —en el momento de la entrevista “se percibe olor evidente a alcohol” y que “da mensajes e interpretaciones negativas de la madre, lo que no favorece la relación madre-hija, ni la reconciliación entre ambas”, por ejemplo, “está convencido de que la última operación de la madre se trataba de un aborto, en vez de la extirpación de un mioma uterino (como demuestra en el documento sobre el informe clínico de 5-2-2001)”. Debe también tenerse en cuenta que con anterioridad, y durante casi dos años, estuvo sin abonar la pensión fijada en favor de su hija.

En definitiva, atendiendo a estas circunstancias, la Sala considera, atendiendo al citado informe, que “lo que Laura necesita es mejorar la relación con su madre y confiar en ella” (expresión contenida en el citado informe que la Sala comparte), y de ahí que deba revocarse la Sentencia en el extremo que reconoce que sea el padre quien conviva con Laura en el domicilio conyugal. En su lugar, debe acordarse que la hija menor quede bajo la guarda y custodia de su madre y que ambos progenitores sigan compartiendo la patria potestad.

2. *Atribución de la guarda y custodia a la hermana de la menor, siendo procedente para tal decisión acudir al art. 158 del CC.*

**AP LUGO, Auto de 6 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Varela Agrelo.**

El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Mondoñedo, con fecha diecinueve de diciembre de dos mil uno dictó auto en el Juicio de Jurisdicción Voluntaria n.º 78/2001, cuya parte dispositiva dice: “Dispongo: La adopción de las siguientes medidas para la protección del menor D. Iván:

- a) Atribuir a su hermana D.ª Wilma la guarda y custodia del menor, en cuya compañía continuará viviendo.
- b) Establecer un régimen de visitas que permita la comunicación del menor con su padre D. Germán, y que se desarrollará en el

domicilio paterno los fines de semana alternos, desde la mañana del sábado hasta la tarde del domingo.

c) D. Germán contribuirá al sostenimiento de su hijo con la suma de veinte mil (20.000) ptas. o 120,20 euros mensuales, que ingresará dentro de los primeros cinco días de cada mes en la cuenta bancaria que al efecto designe D.<sup>a</sup> Wilma; tal cantidad se revisará anualmente atendiendo a las fluctuaciones que experimente el IPC publicado por el INE. Además, D. Germán abonará la mitad de los gastos extraordinarios del menor, previa la oportuna justificación documental de los mismos.

d) Corresponderá a D. Germán y a D.<sup>a</sup> Wilma adoptar de común acuerdo las decisiones importantes que afecten a Iván, oyendo a éste previamente y teniendo en cuenta en cada caso lo que sea más adecuado a su interés. La administración ordinaria del patrimonio del menor se atribuye a D. Wilma, sin perjuicio de los supuestos en que sea legalmente necesario recabar autorización judicial. Todo ello sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas del procedimiento”.

No procede decretar la nulidad por inadecuación del procedimiento. Estamos ante la necesidad urgente de resolver, con base en el interés preferente del menor, la asignación de la guarda y custodia, sin perjuicio de los derechos que, en su caso, los que se sientan perjudicados puedan articular a través de un procedimiento declarativo.

Siendo ello así, la peculiaridad de la materia y del supuesto de hecho que se plantea conviene en idóneo por su especialidad, el cauce elegido al amparo del art. 158 del Código Civil en virtud del cual, incluso de oficio, como señala el M.<sup>o</sup> Fiscal, tendría el juez competencia para resolver sobre la cuestión planteada.

Por otra parte, el cauce procesal seguido no ha producido indefensión, las dos partes han tenido oportunidad de alegar y acreditar cuanto consideraron oportuno, decretándose incluso vista para la exposición oral sin li-

mitación alguna de los respectivos argumentos lo que excluye cualquier atisbo de indefensión, y confirma la inconveniencia de una nulidad de actuaciones que únicamente vendría a dilatar una decisión necesaria ante la interinidad generada por el lamentable fallecimiento de la madre de Iván.

No existe falta de legitimación de la hermana de Iván, D.<sup>a</sup> Wilma, antes al contrario, la situación de hecho creada por las circunstancias que les ha tocado vivir a los progenitores del caso enjuiciado la convierten en persona plenamente legitimada no solo jurídicamente, sino de forma especial, “moralmente” para recabar de la tutela judicial el reconocimiento que solicita, por los motivos que por su relación con el fondo del asunto se dirán en el siguiente razonamiento.

Entrando en el fondo del asunto, conviene decir, en primer lugar, que comparte la Sala la afirmación del apelante de que “el interés del menor no puede equipararse al deseo del menor”. Siendo cierta tal afirmación habrá que convenir que la conclusión es ambivalente en el sentido de que lo que conviene al menor puede no coincidir con su deseo, pero también cabe la alternativa contraria.

Esa difícil tarea de indagación de lo más conveniente, o lo que es lo mismo en qué ha de concretarse el interés del menor, habrá de afrontarse buscando datos objetivos contrastados desde los cuales inferir ese concepto indeterminado de la conveniencia o “interés del menor”.

Tales datos son los siguientes:

a) Iván contará a partir del día 13 de este mes, con 16 años, restándole únicamente dos para la mayoría de edad. Las circunstancias vividas han hecho de él, prematuramente, una persona madura y responsable, y por ello su criterio no puede ser menospreciado a la hora de consignar sus preferencias.

b) El padre apenas ha convivido con el mismo. La separación de hecho se produjo cuando Iván era muy pequeño y a pesar de la cercanía de los domicilios de sus progenitores, el padre no ha querido o no ha sabido

intensificar los lazos de unión con su hijo. Hasta tal punto ello es así que en el proceso de divorcio ni siquiera solicitó la guarda y custodia del mismo. Sus aportaciones económicas fueran siempre limitadas y en todo caso insuficientes a los gastos generados por el mismo.

c) La hermana de Iván ha convivido siempre con él, ha asumido prematuramente una responsabilidad imprevista, forzada por las circunstancias del caso cuenta con formación, trabajo, ingresos y una relación sentimental estable con apoyo en su familia política, mostrando además con la interposición del expediente de custodia una personalidad y determinación que refuerzan su imagen ante este Tribunal.

d) Los informes de los servicios sociales son concluyentes: se encuentra plenamente integrado en el domicilio familiar, con su hermana Wilma que le provee lo necesario material y moralmente, y se considera la más conveniente continuar en dicho ambiente familiar e iniciar una serie de contactos progresivos con su padre.

e) Durante la tramitación de la apelación el padre no ha ejercitado el derecho de visitas que le corresponde, lo que evidencia su escaso interés.

Así las cosas, resulta claramente establecido que el interés del menor coincide el presente caso con su deseo, y que debe continuar conviviendo con su hermana.

Esta resolución no puede ir mas allá de resolver la contienda: no puede mover voluntades ni sentimientos rotos, debiendo estos de ser ganados día a día por quien dice pretender ejercer la patria potestad.

Se abre entonces un período de recuperación de afectos perdidos que únicamente competen a los afectados, pero que el interés de ambos aconseja su éxito. Todavía están ambos a tiempo de conseguido, para lo cual pasada la fase de las palabras, corresponde ahora la de los hechos, a partir de los cauces que la propia resolución establece y que por sus acertados razonamientos ha de ser confirmada.

3. *Aun cuando los menores permanecen en ocasiones con los abuelos maternos, no se considera adecuado atribuir la guarda y custodia al padre.*

**AP ASTURIAS, Sec. 6.<sup>a</sup>, Sentencia de 6 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Barral Díaz.**

En la demanda se solicita el divorcio de los litigantes y la modificación del régimen de guarda y custodia sobre el hijo actualmente de casi 6 años (los cumplirá en el mes de junio próximo) y que convive con la madre conforme así lo habían decidido de mutuo acuerdo ambos progenitores. Afirma el padre que la madre no cumple con su deber de convivencia para con dicho menor, que

se encuentra en casa de los abuelos maternos mientras que la madre reside en domicilio distinto con un tercero.

La sentencia de primera instancia desestima la petición relativa al cambio de la guarda y custodia, al considerar que no existe dato objetivo alguno que aconseje imponer un cambio no consentido en dicho régi-

men, ya que episódicas ausencias por motivos laborales de la madre, dejando en un primer momento al menor a cargo de los abuelos, constituyen algo normal y frecuente en la actual realidad social, sin constancia por otro lado de desatención en ningún momento.

Los términos en que se pronuncia la sentencia apelada deben ser confirmados en su integridad, advirtiendo al recurrente que no se puede pretender el cambio del régimen establecido de mutuo acuerdo entre los progenitores si no concurre una modificación “sustancial” de las circunstancias, provocado por una nueva situación de carácter permanente y no meramente transitoria o accidental y en todo caso, cuando de menores se trata, que ocasione un serio perjuicio para la asistencia y educación de dicho menor y no por la mera conveniencia del progenitor de turno. Todo ello, además, suficientemente

demostrado con pruebas objetivas y no con meras alegaciones de parte.

En el presente caso no existe motivo suficiente para el cambio pretendido por el padre, al no quedar probada la supuesta desatención por parte de la madre en el cuidado del hijo, toda vez que los motivos laborales, que sólo en un principio obligaron a la citada a trasladarse de manera momentánea a otra localidad alejada de esta Región, no sólo constituyen causa suficiente y justificada si el cuidado hacia el menor se lleva a cabo por otra persona de plena confianza, como en este caso los abuelos maternos, sino que, además, durante dicho breve tiempo no se produjo omisión alguna en la guarda encomendada. La sinrazón de la petición del padre se pone de evidencia si se tiene en cuenta que su igual dedicación laboral conllevaría, como predica de la madre, la misma desatención.

4. *Respeto a la voluntad de la menor adolescente para decidir el progenitor con el que quiere convivir, por más que la madre alega que prefiere convivir con el padre porque él le da más libertad.*

**AP CIUDAD REAL, Sec. 1.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Pilar Astray Chacón.**

Se postula, en el presente Recurso, primordialmente, la revocación del pronunciamiento de la Sentencia de Instancia, relativo a la atribución al padre de la guarda y custodia de la hija menor de edad. Solicita la recurrente el mantenimiento de atribución de la custodia en su favor, aduciendo que la misma reúne mejores condiciones para su desempeño y que la decisión adoptada no es adecuada a los intereses de la menor, ya que si bien la menor manifestó su preferencia a vivir con el padre, ello es debido a la liber-

tad que con el mismo tiene, estando bajo el peligro de la dependencia al tabaco y al alcohol. Asimismo, se destaca que la menor tiene una hermana de vínculo sencillo, hija de la apelante, debiéndose fomentar que la relación sea estrecha, como así lo entendió el Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal se adhiere al recurso interpuesto, salvo en el correlativo a que subsidiariamente quede la menor bajo la guarda de la abuela paterna, incidiendo en

que la voluntad de la menor, en estos momentos, deba configurar una modificación de las medidas, pues ha de valorarse en sus circunstancias adolescentes.

La Sentencia de Instancia fundamenta la atribución de la guarda y custodia al padre, en un completo análisis de las circunstancias concurrentes, ponderando el expreso deseo de la menor de convivir con el padre. De este modo, la Juez de Primera Instancia, razona la falta de acreditación de la subsistencia en la actualidad, de los aducidos padecimientos psiquiátricos o de dependencia al alcohol del esposo, denunciados por la madre. Así, atendida la Historia Clínica aportada a Autos, los antecedentes de depresión y dependencia a alcohol se remontan concretamente a 1992 y 1993, sin que conste ningún ingreso más reciente por dichos motivos, por lo cual la Sala, ha de compartir el razonamiento de la Juzgadora de Instancia, sobre la imposibilidad de otorgarles incidencia probatoria relevante, en orden a la inadecuación del padre como titular de la guarda y custodia.

Por otra parte, la alegación de que la causa del deseo de la menor reside en una desatención o excesiva permisividad paterna, tiene su base, en manifestaciones de la esposa o allegados a la misma. La menor, por el contrario, únicamente manifiesta que fuma, negando la misma que su padre no le imponga horarios. La decisión judicial, en estos conflictos, como reconoce la Sentencia recurrida, es difícil y complicada, y ha de partir del respeto a la voluntad y preferencia de la menor adolescente, dada su edad, siempre que no se demuestre que la adopción de dicha medida sea contraria a los intereses de la misma. Debe destacarse igualmente que la menor expresa un conflicto entre su madre y nueva pareja, lo que no sólo se descarta con la simple alegación de que prefiere a su padre por la libertad que le da.

Por otra parte, y en orden a lo expuesto por el ministerio Fiscal, es necesario considerar que la menor cuenta con diecisiete años de edad, estando muy cercana a la ma-

yoría de edad, por lo cual sus decisiones precisan ser ponderadas correctamente, pudiendo ser erróneo atribuir la voluntad de la misma “a las circunstancias propias de la edad adolescente”.

Igualmente, no consta acreditación de que la educación paterna haya influido en el escaso rendimiento escolar de la menor, pues la misma tampoco tenía un rendimiento más satisfactorio cuando estaba con la madre. No se observan disfunciones en la asistencia a clase ni en la preocupación de ambos progenitores por los estudios de la misma, según obra en el informe del Centro, incorporado en autos. Que la adolescente no presente el comportamiento más adecuado, que sea rebelde, así como la mera referencia a unas anotaciones en una carpeta suscritas, al parecer, por una joven llamada Laura, es un motivo de preocupación para ambos progenitores, en orden a la adecuada orientación de su hija en una difícil edad, más ello no infiere de por sí que tenga su causa en la actitud paterna ni que el mismo no tenga capacidad para desempeñar la guarda. El retraso mental leve que consta padecer el padre, la existencia de una hermana de vínculo sencillo, así como que la menor está viviendo con el padre, habiendo permanecido de hecho dicha situación consentida, ya que la apelante en modo alguno exigió el cumplimiento forzoso de la medida adoptada en su día, son circunstancias correctamente ponderadas en la Sentencia de Instancia. De su análisis, debe entenderse ajustada la solución de la Juzgadora, respetando la situación que se ha venido de hecho desarrollando y que coincide con el deseo de la menor, sin perjuicio del necesario fomento de las relaciones con su hermana. Finalmente el hecho de que la menor habitualmente realice sus comidas en casa de su abuela paterna, no implica que la misma *de facto* desempeñe la custodia con dejación del padre, ni puede tener mayor relevancia a estos fines. No es aceptable que tal extremo sirva de fundamento para la atribución de la custodia a la abuela paterna, pretensión subsidiaria de la recurrente.

5. *Atribución de la guarda y custodia de la menor a su tía materna, quien desde un principio asumió la responsabilidad de la menor ante la dejación de los progenitores.*

**AP MADRID, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 14 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.**

Cada uno de los litigantes, discrepando del pronunciamiento de la sentencia de instancia concerniente al sistema de guarda de la común descendiente, recaba para sí el citado cometido.

Coinciden ambas partes en afirmar que la resolución impugnada vulnera el principio de congruencia que sanciona el artículo 209.4.<sup>º</sup>, en relación con el 216, de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, dado que no se solicitó por ninguna de ellas que la función de cuidado cotidiano de la hija común fuera otorgada a D.<sup>ª</sup> Elvira, tía materna de la menor.

La representación de la esposa denuncia igualmente, en su escrito de interposición del recurso, la vulneración del artículo 459 de la citada Ley Procesal, por la denegación de la prueba pericial que la misma propuso, lo que le ha causado indefensión.

En orden al primer motivo en que ambas partes, de modo coincidente, asientan su recurso, debe recordarse que en los procedimientos matrimoniales, junto a elementos de carácter dispositivo, como acaece en toda litis civil, se dan otros de *ius cogens*, en los que aquel principio rector de la jurisdicción civil queda atenuando, ampliándose paralelamente los poderes del Juez al servicio de los intereses que han de ser tutelados; en tal forma la incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la sentencia verse sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir *ex officio* (*vid.* sentencias del Tribunal

Constitucional de 12 de junio de 1986 y 15 de enero de 2001, entre otras).

Así, el Código Civil, dentro de la regulación de los efectos complementarios de la separación, divorcio o nulidad, faculta inclusive al Juez para rechazar las medidas propuestas de mutuo acuerdo por las partes, cuando entienda que son lesivas para los hijos, permitiéndole adoptar aquellas otras que entienda más adecuadas en orden a garantizar los prioritarios derechos de la prole (*vid.* artículos 90 y 103).

Este último precepto habilita la posibilidad de que el cuidado cotidiano de los hijos sometidos a la patria potestad no sea encomendado a ninguno de sus progenitores, sino a una tercera persona o institución, que naturalmente no será parte en el procedimiento matrimonial, que sólo permite la personación de los esposos. Y aunque dicho precepto se ubica sistemáticamente dentro de la regulación de las medidas provisionales, no existe mayor inconveniente para su aplicación en la sentencia que ponga fin a la *litis* principal, dado que el artículo 92, párrafo segundo, determina que las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, lo que permite al Órgano judicial un amplio margen de maniobra, no encorsetado por las peticiones de las partes, y que puede abocar, si bien en supuestos excepcionales, a la asignación de la función referida a persona distinta de uno y otro progenitor, cuando se entienda que los mismos no cumplen adecuadamente

las obligaciones recogidas en el artículo 154 del citado texto legal, o hacen dejación de las mismas.

En consecuencia, el citado motivo debe decaer.

La cuestión de fondo suscitada ya fue objeto de análisis y resolución judicial en el cauce habilitado por el artículo 158 del Código Civil, que culminó en auto del Juzgado *a quo* de fecha 5 de abril de 1999, confirmado, en trámite de apelación, por el de esta misma Sala de 6 de octubre del siguiente año, y en el que se concedió a la guarda de la hija común de los hoy litigantes a D.<sup>ª</sup> Elvira, tía materna de la menor.

En dichas resoluciones, y en cuanto premisas jurídicas del fallo, se partía de una situación, prolongada desde prácticamente el nacimiento de Marta, de permanencia de la misma en el entorno cotidiano de doña Elvira quien, *de facto*, y con la anuencia de ambos progenitores, había venido asumiendo las funciones de cuidado y formación, en sus diversas facetas, de la menor.

Se emitió, en dicha fase procesal, informe pericial social, en el que se hizo constar la fuerte vinculación afectiva entre Marta y los miembros de la familia de su tía Elvira, de modo que la niña se siente plenamente integrada en este círculo, que le ha ofrecido más estabilidad, protección y seguridad dentro del entramado de conflictividad que existe entre sus progenitores; se concluía, en dicho dictamen, recomendando el respetar las circunstancias de la vida de la menor, procurando los menos cambios posibles al respecto, lo que pasaba por accederse a que se mantenga el citado entorno convivencial, que además permitía un mejor desarrollo de las diferentes relaciones paterno-filiales.

Así lo reconoce el demandante en el escrito rector del presente procedimiento, en el que afirma que la relación actual entre padre e hija, desde que se le atribuyó la custodia a D.<sup>ª</sup> Elvira, “es altamente satisfactoria para ambos, encontrándose la menor más relajada y tranquila pudiendo disfrutar de la compañía del padre siempre que lo desea,

sin verse obligada a presiones por parte de la madre”.

De modo coherente con tal reconocida situación, dicho litigante no formuló recurso de apelación contra el auto de medidas cautelares de 5 de abril de 1999, mediante el que se asignó la custodia a la tía materna, tras una primera resolución que, de modo interino, confiaba dicho cometido a aquél, quien, en el acto de la vista ante la Sala, dentro del recurso planteado de contrario, interesó la plena confirmación de dicha resolución. En definitiva ello suponía el reconocimiento de la propia imposibilidad de asumir de modo directo la citada función que, conforme se desprende de lo actuado, delegó en la abuela paterna y ulteriormente en D.<sup>ª</sup> Elvira. Y no constando que las circunstancias entonces concurrentes se hayan modificado, mal se entiende el cambio de estrategia que diseña en la presente *litis*.

Desde el punto de vista de la madre, y teniendo en cuenta la sistemática delegación que de sus responsabilidades hacia la menor ha venido realizando desde prácticamente su nacimiento, conforme así se infiere de la prueba de confesión, lo que supone igualmente el palmario reconocimiento de su incapacidad o dificultad, por unas u otras razones, para hacerse cargo de modo directo y responsable del cometido que hoy se debate, sin que se haya justificado, en el curso de la *litis*, que en la actualidad ofrezca unas posibilidades y entorno distintos al respecto, determina que el Tribunal no encuentre motivos de entidad suficiente para modificar el criterio decisorio plasmado en la resolución de instancia.

Ha de tenerse en cuenta que el mismo se asienta sólidamente en la posición ostentada por la Juzgadora *a quo* en virtud del principio de inmediatez, que le ha permitido valorar desde dicha privilegiada atalaya la prueba practicada a su presencia, en especial las declaraciones de uno y otro litigante así como las de la propia hija, respecto de las que ya se destacaba, en el auto de 5 de abril de 1999, su madurez, buenos senti-

mientos y deseo de no perjudicar a ninguno de sus padres.

Por todo ello, no puede por menos de concluirse que la solución adoptada en la instancia es plenamente acorde al prevalente interés de la menor que, en cuanto pauta

de la actuación judicial, es consagrado por el artículo 39 de la Constitución y desarrollado por los artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y 92 del Código Civil, lo que determina el rechazo de la pretensión antagónica articulada por uno y otro litigante.

#### IV. RÉGIMEN DE VISITAS

1. *No fijación de régimen de visitas cuando el padre padece trastornos de la personalidad de tipo antisocial unidos a un consumo reiterado de tóxicos que le llevaron a estar sometido a tratamiento psiquiátrico.*

**AP CÁDIZ, Sec. 3.ª, Sentencia de 6 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ana María Rubio Encinas.**

El recurso de apelación tiene por objeto la modificación que pretende el apelante de la sentencia impugnada en el sentido de que se le otorgue un régimen de visitas para con su hija menor habida del matrimonio con la apelada. Este motivo de recurso no puede ser acogido por lo siguiente.

El Código Civil concibe la patria potestad, cualquiera que sea la naturaleza de la filiación, como una función del padre y de la madre en beneficio de los hijos, y la atribuye conjuntamente a ambos progenitores; al inspirarse la patria potestad, y así lo proclama el párrafo 2 art. 154 del CC, en el bien del hijo que aparece como absolutamente determinante.

Igualmente el art. 94 del CC establece que el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su

compañía. El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial. De esta regulación se infiere que el llamado derecho de visita regulado en el art. 94 del CC en concordancia con el art. 161 del propio cuerpo legal, no es un propio y verdadero derecho, sino un complejo de derechos-deber cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores, sino también cubrir las necesidades afectivas y educativas de los hijos en aras de un desarrollo armónico y equilibrado y que se fundamenta principal, aunque no exclusivamente, en una previa relación familiar entre visitante y visitado. Se trata de un derecho claramente

subordinado al interés del menor por ser el más valioso y necesitado de protección y debe ser contemplado al margen y por encima de los motivos que dieron lugar a la separación entre el visitador y el titular de la guarda del menor. Y es que el *ius visitandi* cumple una evidente función familiar pues quiere la ley que aunque la familia atravesase una crisis o ruptura, incluso definitiva, se cumplan en la medida de lo posible, los fines asignados al núcleo familiar, entre ellos, el del pleno desarrollo de la personalidad de los miembros.

Ahora bien el art. 94 del CC admite la posibilidad de limitar o suspender el derecho del progenitor a visitar al hijo que no tenga consigo en el caso de que incumpliese grave y reiteradamente los deberes a él impuestos, pero como el derecho de visitas no viene establecido exclusivamente a favor del progenitor, sino también en beneficio de los hijos al constituir la continuación o reanudación de la relación paterno filial, evitando la ruptura, por falta de convivencia, de los lazos de afecto que deben mediar entre ellos, ello conlleva, ciertamente, que la limitación o suspensión del mismo debe verse en sentido restrictivo, justificándose sólo cuando exista un peligro concreto y real para la salud psíquica, física o moral del hijo y debe adoptarse con especial moderación y cautela, pues puede suponer además de un castigo para el padre o madre incumplidor, una sanción para los hijos que pueden verse privados del deseo vehemente de estar con sus padres, convirtiéndose aquéllos en los verdaderos perjudicados cuando la adopción de toda resolución sobre ellos debe buscar su beneficio, por todo lo cual es preciso que la suspensión o limitación de tal derecho se acuerde con las debidas garantías y luego de haberse acreditado la existencia de unas causas de la suficiente entidad como para justificar una medida de tal trascendencia.

Sentado lo anterior, en nuestro caso y del examen de la prueba practicada entendemos resultan acreditadas estas circunstancias que justifican la medida combatida. Así, el padre padece determinados trastornos psíquicos consistentes en trastornos de la personalidad de tipo antisocial unido a su consumo reiterado de tóxicos que le llevaron a estar sometido a tratamiento psiquiátrico según el propio apelante reconoce y resulta acreditado con el informe obrante al folio 67 de las actuaciones. Igualmente ha sido condenado en sentencia dictada en el juicio de faltas 1265/2000 seguido ante el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Chiclana de la Frontera recogiendo la citada sentencia en su antecedente de hechos probados que “por una disputa relacionada con la hija que tiene en común con la denunciante, tras abrir la ventana amenazó a ésta con tirar a la niña por ella al tiempo que empujaba a Guadalupe contra la pared”. Más adelante y en las diligencias previas seguidas contra el apelante por hechos que pudieran ser constitutivos de un delito de maltrato en el ámbito doméstico del art. 617 del CP, se dictó auto por el que se acordaba orden de distanciamiento respecto a la apelada y su familia, orden que ha incumplido reiteradamente según resulta de las distintas denuncias que tanto la apelada como su madre han formulado contra él y están incorporadas a los autos. Ante esta actitud mantenida por el apelante y al margen de lo que resulte en el proceso penal mencionado, parece lo más conveniente para la menor no asignar al padre régimen de visitas hacia con ella, sin perjuicio de que si las circunstancias actuales cambiaran, se pueda solicitar la oportuna modificación de medidas, circunstancias todas ellas que nos llevan a la desestimación del recurso sin que proceda hacer especial imposición de las costas de esta alzada dada la especial naturaleza de las relaciones que se ventilan en el presente procedimiento.

2. *Teniendo en cuenta que el padre se encuentra en situación de paro, se acuerda que sean los hijos los que se desplacen a la ciudad donde reside corriendo a cargo del progenitor custodio los gastos de desplazamiento.*

**AP VALENCIA, Sec. 10.<sup>a</sup>, Sentencia de 6 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Asunción Sonia Mollá Nebot.**

La representación de D.<sup>a</sup> Guadalupe ha entablado recurso de apelación contra la Sentencia de fecha 11 de octubre de 2001, en cuanto que en la misma se establece “La entrega y recogida —de los hijos— se efectuará en Valencia, correspondiendo a la madre satisfacer los gastos de desplazamiento y acompañar a los hijos, salvo que delegue en terceras personas conocidas del padre. En caso de incumplimiento, D.<sup>a</sup> Guadalupe, deberá satisfacer los gastos que se deriven del desplazamiento de su esposo para estar con sus hijos”. La aparte apelada ha pedido la confirmación de la Sentencia de Instancia.

Respecto de la cuestión suscitada, es cierto que esta Sala ha venido manteniendo el principio de que es el que ejerce el derecho de visitas el que ha de desplazarse. En el supuesto que nos ocupa se da la circunstancia de que el padre se encuentra en situación

de paro, percibiendo del INEM la cantidad de 156.000 pesetas al mes de las que ha de satisfacer una pensión de alimentos para sus hijos, lo que reduce sus posibilidades económicas para hacer frente a dos desplazamientos mensuales a Pozuelo de Alarcón, donde además deberá alojarse cuatro noches y hacer frente a su manutención fuera de casa. Este tribunal teniendo en cuenta las especiales circunstancias que concurren en el presente caso, esto es, los ingresos con los que ahora cuenta el apelado de los que hay que deducir la pensión de alimentos para sus hijos, entiende que es más adecuado que sean éstos quienes se desplacen al domicilio del padre una de cada dos semanas en los términos establecidos, teniendo en cuenta que en este caso el único gasto al que hay que hacer frente es el de desplazamiento, pero no la manutención y alojamiento.

3. *El hecho de que la menor se encuentre próxima a alcanzar la mayoría de edad aconseja no imponer a la hija común un régimen de vistas y comunicaciones que podría resultar contraproducente desde la perspectiva de la mejora de las relaciones paternofiliales.*

**AP SORIA, Sentencia de 6 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. José Miguel García Moreno.**

Idéntica suerte desestimatoria ha de correr el recurso de apelación en lo que respec-

ta a la petición de revocación de la sentencia de primera instancia en el pronunciamiento

que modificó el régimen de comunicaciones y visitas a favor del progenitor no custodio establecido en la sentencia de separación (régimen de visitas periódicas a concretar en fase de ejecución de sentencia del procedimiento de separación) “dejando libertad a la hija del matrimonio respecto al régimen de visitas del padre para con la misma”.

El derecho de visitas regulado en el art. 94 del CC en consonancia con el art. 161 del mismo Cuerpo Legal no es un propio y verdadero derecho, sino un derecho-deber cuyo adecuado cumplimiento no tiene por finalidad satisfacer los deseos o derechos de los progenitores sino también cubrir las necesidades afectivas y educacionales de los hijos en aras a su desarrollo armónico y equilibrado, por lo que tanto el art. 91 del CC como el art. 94 de este Texto Legal posibilitan la alteración de las medidas acordadas en torno al mismo en caso de que lo aconsejen así las circunstancias concurrentes en su desarrollo. En cualquier caso, el derecho del progenitor que no convive con su hijo a comunicarse con él no es incondicionado en su ejercicio, sino que está subordinado al interés o beneficio del hijo (*favor filii*), criterio básico que ha de guiar las medidas judiciales al respecto del derecho de comunicaciones y visitas para el progenitor no custodio.

En el supuesto concreto que es sometido a la decisión de esta Sala, la medida adoptada por el Juzgado de Primera Instancia subordina el contacto efectivo entre el hoy apelante y su hija menor de edad y el régimen de comunicaciones y visitas entre éstos a la voluntad de la menor de relacionarse con su progenitor, y lo hace atendiendo básicamente al resultado de la diligencia de exploración judicial de la menor (al folio 131 de los

autos) y al contenido del informe psico-socio-familiar redactado por los integrantes del Equipo Técnico del Juzgado de Menores de Soria (a los folios 136 a 144 de los autos) en el que, a la vista de la edad de la menor —próxima a la mayoría de edad— se considera que ésta debe decidir libremente si desea o no visitar a su padre. Esta Sala ratifica plenamente la decisión adoptada por el Juzgado de Primera Instancia, porque de las referidas pruebas se desprende, fuera de toda duda, que las relaciones entre padre e hija resultan especialmente conflictivas al presente como consecuencia del enfrentamiento ocurrido en junio de 2000 cuando Miriam se encontraba pasando unos días en el domicilio paterno. El hecho de que la menor se encuentre próxima a alcanzar la mayoría de edad lleva a la Sala a considerar correcto el criterio adoptado por la Juez de instancia en el sentido de no imponer a la hija común un régimen de vistas y comunicaciones que podría resultar contraproducente desde la perspectiva de la mejora de las relaciones paternofiliales, por lo que no se acepta la argumentación desarrollada en el segundo de los motivos del escrito de interposición del recurso. En cualquier caso, resulta difícilmente cuestionable que las relaciones continuadas entre el padre y su hija resultan necesarias para la formación y desarrollo integral de esta última, por lo que esta Sala no puede sino hacer una llamada de atención a las partes a fin de que adopten las medidas precisas para la normalización de esas relaciones y para que la hija común aproveche la libertad de elección conferida al efecto por la Juez *a quo* para mejorar notablemente sus relaciones con el padre mediante un contacto continuado con éste.

4. *Aun cuando el hijo haya expresado en la exploración judicial su deseo de no ver al padre, procede aprobar el régimen de visitas pactado por los padres en el convenio regulador.*

**AP VALLADOLID, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 6 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso-Mañero Pardal.**

En los autos de divorcio de mutuo acuerdo tramitados con el número 232/2001 del Juzgado de Primera Instancia n.º Tres de Valladolid, se interpone recurso de apelación por el Ministerio Fiscal contra la sentencia recaída en la instancia, impugnándola únicamente en cuanto aprueba la cláusula de la propuesta del convenio regulador que se refiere al régimen de visitas que se establece a favor del padre para con sus dos hijos menores de edad.

El argumento del Ministerio Fiscal es verdaderamente escueto, pues se limita a indicar que dado que el hijo mayor de los litigantes —de trece años de edad—, ha razonado en la audiencia a presencia judicial practicada al respecto que no quiere ver a su padre, no debería aprobarse la propuesta de convenio en el apartado relativo al régimen de visitas, debiendo devolverse los autos a la Juez de Instancia para que por los padres se presente nueva propuesta de convenio en lo relativo a este punto. Varias consideraciones pueden hacerse ante el recurso así interpuesto por el Ministerio Fiscal. La primera es que en ningún momento trata ni tan siquiera de justificarse en qué medida el régimen de visitas pactado por los padres y aprobado por la Juez de Instancia resulta dañoso o perjudicial para los hijos, siendo ésta precisamente la razón que legitima un recurso que no debe articularse tan solo por la simple negativa del hijo. En segundo lugar, que no se entiende fácilmente cómo podrían los progenitores —tal y como propugna el

Ministerio Fiscal en su recurso—, proponer a la Juez de Instancia nuevo convenio en relación con el régimen de visitas desaprobado, cuando lo deseado por el mayor de los dos hijos menores es tan solo “no ver a su padre”, con lo que resultaría imposible proponer nuevo convenio sobre el régimen de visitas con base en el presupuesto de hecho que determina la postura del hijo mayor. Por último, sorprende que sea esta la postura del Ministerio Fiscal, pues no se entiende que el mayor interés de los menores, que según el párrafo segundo del número 8 del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil legitima el recurso de apelación contra sentencias como la dictada en estas actuaciones, se defienda propugnando *de facto* la eliminación y desaparición de todo contacto del padre con sus hijos, cuando la tesis sostenida con reiteración por el Ministerio Fiscal en estos procedimientos ha sido siempre la de evitar la eliminación o supresión injustificada de la figura paterna, como acontecería de atender a una explicación como la dada en la audiencia practicada a José María, el mayor de los hijos, y por otra parte la de no abandonar al capricho o injustificado arbitrio de los hijos o del progenitor no custodio el establecimiento, desarrollo y cumplimiento de lo que constituye no solo un derecho, sino también un deber exigible tanto a los padres como a los hijos. Es por todo ello, por lo que el recurso de apelación no puede prosperar debiendo ser confirmada en su integridad la sentencia dictada en la instancia.

V. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Inexistencia de comodato en la cesión que la esposa, tras la separación, hizo a favor del esposo de una vivienda propiedad de aquella, debido a las penosas circunstancias por las que atravesaba el esposo.*

**AP ZARAGOZA, Sec. 2.ª, Sentencia de 7 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Arque Bescos.**

Frente a la sentencia de instancia, sostiene el demandado apelante en su recurso, substancialmente, que el título de ocupación del piso, propiedad de la actora, por parte del demandado, constituye un comodato, no pudiéndose dar lugar al precario solicitado por la entidad demandante y que ratifica la sentencia apelada.

Según el recurrente, su esposa, de la que se había separado, le cedió el piso litigioso para que pudiera residir en él, debido a las circunstancias económicas penosas que atravesaba, constituyéndose, en suma, un comodato desde el año 1985, mas lo cierto es que, en primer lugar, el contrato no era gratuito (folio 26), no puede pretenderse un uso de por vida del inmueble, con la excusa de que su uso se delimitaba a servir de vivienda al recurrente, contraviniendo la función social de la propiedad (art. 33, p. 2 de la CE); en todo caso, habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 1750 del CC, en cuanto a la duración del contrato y la reclamación de la restitución por el comodante, finalmente entendemos que no cabe hablar en el presente

supuesto de la existencia de comodato, pues, en primer lugar, aun cuando no toda ocupación para constituir vivienda familiar puede ser calificada de precario (STS de 2 de diciembre de 1992), habrá de estarse a cada caso concreto, pues no todas pueden tener el mismo tratamiento (STS de 29 de abril de 1994), debiéndose estar a la figura del comodato si existe un determinado plazo de duración o de un uso concreto (STS de 23 de mayo de 1989). Por otro lado, el que ocupa el bien no mejora su posición al amparo de una situación familiar si el titular es un tercero ajeno a la relación familiar (STS de 31 de diciembre de 1999): por otro lado, si no existe prueba del aludido plazo o uso, como sucede en este caso, la cesión viene definida como precario, en el presente caso ni existen hijos menores ni se otorga para compensar ninguna situación familiar, sólo se realiza al parecer por mera liberalidad, es claro, en definitiva, que la ocupación del inmueble, por el demandado, lo es en título de precario, por lo que procede desestimar el recurso, confirmando la sentencia apelada.

2. *La ocupación que la esposa e hijos realizan de la vivienda propiedad de la madre del esposo se califica como precario, y por tanto procede estimar la demanda de desahucio instada por la propietaria de la vivienda.*

**AP BALEARES, Sec. 3.<sup>a</sup>, Sentencia de 9 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. José Miguel Bort Ruiz.**

El presente recurso de apelación, planteado por la demandada, que permaneció en situación de rebeldía procesal durante toda la primera instancia, tiene por objeto la sentencia recaída en dicho grado jurisdiccional, que plenamente estimatoria de la demanda, ha venido a decretar el desahucio, por razón de precario, de la vivienda a que se refiere la litis, propiedad de la actora y ocupada sin título alguno por la demandada a causa de haber contraído matrimonio con el hijo de aquélla, D. Leonardo —que es el que inicialmente, por mera condescendencia de su madre, entró a ocupar la vivienda cuando aun era soltero—, y de haber permanecido la misma residiendo en dicho inmueble una vez producida, pocos meses después, la separación de la pareja.

Como primer motivo de su recurso la demandada ha invocado la falta de concurrencia en el presente caso de la necesidad de requerimiento previo de desalojo practicado con un mes de antelación a la presentación de la demanda, si bien el mismo no puede en absoluto prosperar ya que la referida exigencia venía impuesta como requisito de procedibilidad en el art. 1565.3.º de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, en tanto que la presente demanda fue presentada ya bajo el imperio de la nueva ley, en la cual ningún precepto ha venido a recoger ni reproducir la mencionada imposición del requerimiento previo en los desahucios por precario; en este sentido, nada dicen al res-

pecto ni el art 250.2.º, que remite al juicio verbal la decisión de las demandas de recuperación de la posesión de fincas cedidas en precario, ni tampoco el art. 439, que regula la inadmisión de las demandas de juicio verbal por falta de concurrencia de ciertos requisitos peculiares en casos especiales.

En segundo lugar, ha hecho valer la apelante en esta alzada la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandado también su esposo, D. Leonardo, hijo de la actora, que fue a quien ésta cedió el uso de la vivienda para servir de hogar del matrimonio. Pero idéntica suerte que la anterior ha de correr esta segunda pretensión impugnatoria ya que, amén de venir implícitamente reconocido en el escrito del recurso —y de forma expresa en la demanda de separación matrimonial planteada por la aquí apelante, cuya copia aparece acompañada al escrito de oposición a la apelación— que el esposo de la demandada dejó definitivamente de residir en la vivienda objeto de la litis con anterioridad a la presentación de la demanda instauradora de ésta, con lo que ninguna transcendencia podrá desplegar sobre el mismo el pronunciamiento estimatorio del desahucio que en su caso pudiese decretarse, de cualquier forma el referido Sr. Leonardo no sólo ha tenido pleno y efectivo conocimiento de la existencia del presente procedimiento, sino que además ha tenido en él una personal y positiva intervención en calidad de testigo a pre-

sentación de la actora, sin que en ningún momento haya manifestado al respecto oposición o reparo de ningún tipo.

De otra parte, la demandada se ha opuesto también en esta segunda instancia al desahucio impetrado en la demanda, alegando al efecto que la ocupación por parte de ella y de su esposo de la vivienda litigiosa no fue a título de precario, sino de comodato, al haber sido cedida a los mismos por la actora para que sirviera de domicilio del matrimonio. Sin embargo, tampoco por esta vía puede resultar desestimable la pretensión de desahucio ejercitada —y en el doble sentido de descartarse tanto la inexistencia de precario como la concurrencia de cuestión compleja— ni, por tanto, acogido el presente recurso de apelación, ya que aquella alegación constituye una cuestión totalmente nueva, no invocada ni hecha valer en el único momento hábil para ello, que era en el de contestación a la demanda en el acto del juicio, y traída por primera vez a la litis en este segundo grado jurisdiccional, lo que contraviene sendos principios procesales esenciales que impiden, por un lado, que con posterioridad a los trámites de demanda y de contestación puedan las partes alterar lo sustentado en éstos con carácter sustancial (arts. 412 y 426 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil) y, por otro, que en la segunda instancia puedan invocarse hechos o cuestiones nuevas que no hayan sido alegados en aquellos escritos rectores de la litis (art. 456 de la actual Ley Procesal); en este sentido, tal como reiteradamente recuerda la jurisprudencia, los referidos trámites de demanda y de contestación tienen como principal función la de fijar los límites objetivos y subjetivos del proceso, de manera que todas las cuestiones que según las partes tengan alguna relevancia para la resolución del litigio deben ser traídas al mismo a través de aquéllos, produciendo de esta forma el principio de preclusión la consecuencia de impedir que puedan ser introducidos con posterioridad temas nuevos, no suscitados en el momento procesal oportuno, y ello por vedarlo

tanto el principio de seguridad jurídica como el que proscribiera toda indefensión (arts. 9.3 y 24.1 de la Constitución Española).

De cualquier forma, y a mayor abundamiento, aun en el supuesto de que hubiese sido planteada en tiempo oportuno, la referida defensa de concurrencia en el caso de autos de una supuesta relación de comodato sería igualmente rechazable, y ya no tanto por ser radicalmente falso el presupuesto fáctico sobre el que la misma se apoya —pues está probado, a través de la testifical del esposo de la demandada, que éste recibió de su madre el uso de la vivienda reclamada, no solamente antes de casarse con aquélla, sino también antes de contraer un primer matrimonio anterior con otra mujer—, cuanto porque, en última instancia, no se aprecia tampoco el más elemental indicio de que la actora hubiese querido obligarse a ceder la vivienda a su hijo para que éste desarrollase allí en el futuro su vida familiar y en tanto en cuanto se mantuviese dicha específica finalidad de uso.

Como petición de último grado la demandada ha postulado en el recurso la suspensión del presente procedimiento verbal hasta que recaiga resolución firme en el de separación matrimonial promovido por ella con anterioridad a éste y se decida definitivamente sobre la cuestión de la atribución a uno u otro cónyuge del uso de la vivienda conyugal.

Sin embargo, este ulterior motivo del recurso ha de ser también rechazado de plano, y ya no sólo por cuanto que la pendencia de otro proceso civil podría, en su caso, fundar la excepción de litispendencia, pero no dar lugar a la suspensión del procedimiento, sino también porque en definitiva, tiene dicho la jurisprudencia —por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1994— que, la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges en un proceso matrimonial no puede generar un derecho antes inexistente y sí solo proteger el que la familia ya tenía, de modo tal que quienes ocupan en precario una vivienda no pueden preten-

der una protección posesoria de vigor jurídico superior al que el hecho del precario proporcione a la familia por cuanto que, en otro

caso, se impondría la obligación de subvenir a las cargas familiares a un tercero que no fue parte en el proceso matrimonial.

3. *Admisibilidad de que en el procedimiento matrimonial pueda atribuirse el uso de segunda vivienda a los cónyuges.*

**AP VALENCIA, Sec. 10.<sup>a</sup>, Sentencia de 27 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina.**

Solicita también el actor que se le asigne el uso de la segunda vivienda de los litigantes, sita en Canet d'en Berenguer; aunque el artículo 96 del Código Civil regula tan sólo la atribución del uso de la vivienda familiar habitual, no hay obstáculo para al amparo del artículo 91 del Código Civil, como pauta para la administración de los bienes gananciales, adoptar una resolución acerca del uso de esa segunda vivienda, máxime cuando consta en los autos que la actora no se opuso a esa atribución al contestar a la reconvencción, folio 53 vuelto, si bien condicionaba dicha conformidad a que constituyera la ca-

sa de Canet el domicilio habitual del esposo y siempre que se le atribuyera a ella el uso de la vivienda familiar sita en la calle del Explorador Andrés de Valencia; por su parte, el apelante manifiesta en el recurso que la esposa no ha querido entregarle las llaves de la segunda vivienda y ha tenido que alquilar una vivienda donde alojarse; teniendo en cuenta las peticiones de las partes formuladas en la instancia, procede la atribución del uso de la casa de Canet d'en Berenguer al demandado, pero condicionado a que sea su lugar de residencia efectivo, y hasta la definitiva liquidación de la sociedad conyugal.

4. *Concesión alternativa del uso de la vivienda cuando el matrimonio ha sido de escasa duración y no existen hijos.*

**AP MADRID, Sec. 24.<sup>a</sup>, Sentencia de 9 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.**

Para la resolución del presente recurso de apelación y para una mejor comprensión de lo que después se dirá, es conveniente al caso recordar la doctrina existente en la Audiencia Provincial de Madrid, constante desde mayo de 1992 que dice: "el Código

Civil, en sus artículos 96 y 103, determina como criterio a seguir en el otorgamiento judicial del uso del domicilio familiar, la necesidad de amparar el interés merecedor de protección preferente, lo que obliga en cada caso concreto a valorar las diversas circuns-

tancias concurrentes, para determinar la primaria a tales efectos de los derechos de una u otra parte; y si la solución a esa problemática no ofrece especiales dificultades en el caso de existir hijos que convivan con los litigantes, al haber de primar su interés sobre el de éstos, y así el propio CC sanciona, como pauta a seguir la impugnación del referido uso a los descendientes y al cónyuge en cuya compañía queden; no ocurre, por el contrario, lo mismo en los supuestos de hijos ya independientes de sus progenitores o ausencia de prole, en lo que han de ponderarse con prudencia los factores concurrentes para llegar a una decisión que amparando el interés más necesitado, tampoco implique una total desprotección de los legítimos derechos que al otro cónyuge puedan corresponder sobre el inmueble que constituyó el domicilio familiar; ya sea en cuanto a su uso, ya su administración o ya el interés en que antes o después, se lleve a efecto la

partición del patrimonio común, y que puede, de hecho, quedar dificultada y hasta impedida si se concede un derecho de uso indefinido”.

Pues bien, partiendo de la precedente doctrina, del estudio de las actuaciones y del examen y estudio detallado de la prueba de autos; cabe decir ya que procede desestimar el presente recurso de apelación al considerarse correcta la solución adoptada en el caso por el órgano *a quo*, consonante con las circunstancias del caso y acorde con la doctrina descrita ya que, en efecto, en este matrimonio no hubo hijos, es de escasa duración y, de lo actuado, no se aprecia un interés preferente en ninguno de los cónyuges, por ello, debe atribuirse el uso alternativamente a las partes, es correcto el plazo concedido para tales usos y ello favorecerá la pronta liquidación de los gananciales que es donde procederá tratar otras cuestiones pues en este proceso solo cabe hablar del uso.

## VI. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *El bajo rendimiento académico durante el período de escolarización obligatoria no es equiparable al supuesto de hecho del art. 152.3 y 5 del CC ni determina automáticamente la extinción de la pensión alimenticia, incluso aunque se hubiese alcanzado la mayoría de edad por el alimentista.*

**AP SORIA, Sentencia de 6 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. José Miguel García Moreno.**

Como punto de partida para la correcta resolución del recurso contra la sentencia de instancia ha de tenerse presente que los números 8 y 11 de la Disposición Adicional 6.<sup>a</sup>

de la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre modificación de la regulación del matrimonio en el CC y determinación del procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación

y divorcio, en relación con lo dispuesto en los arts. 90 párrafo 3.º y 91 inciso final de dicho Texto Legal sustantivo, establecen la posibilidad de que, a solicitud de los cónyuges o del Ministerio Fiscal, se modifique el convenio regulador judicialmente aprobado en la sentencia de separación o divorcio, así como las medidas judiciales acordadas en la sentencia o en fase de ejecución de la misma, siempre que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta con anterioridad para la aprobación de la propuesta de convenio presentada por los cónyuges, o, en su caso, para la adopción judicial de las medidas en defecto de acuerdo de los esposos. Por ello, la petición de modificación de las medidas acordadas en la sentencia de separación requiere que se haya producido una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para la adopción de dichas medidas, pues no cabe que se pretenda la modificación de las mismas sin invocar siquiera una alteración de los presupuestos fácticos determinantes de la resolución judicial que las adoptó. Es evidente, por tanto, que para que prospere la modificación instada por alguno de los cónyuges respecto de las medidas que sustituyen al convenio aprobado judicialmente, será necesaria la concurrencia de una alteración de las circunstancias tenidas en cuenta por la autoridad judicial para la fijación de dichas medidas en defecto de acuerdo de los cónyuges, la cual deberá ser sustancial y no afectar únicamente a las circunstancias accidentales o de poca entidad, y deberá resultar debidamente acreditada por la parte que la hace valer para obtener la modificación de las medidas acordadas judicialmente, en cuanto hecho constitutivo de su pretensión (art. 1214 del CC). Así, únicamente podrá justificar una modificación de las medidas adoptadas en defecto de convenio de los cónyuges, la alteración que no sea aquella que la autoridad judicial pudo razonablemente contemplar para decretar las medidas; pues en caso contrario se trataría más bien de una revisión de lo ya acordado y no del ajuste de la

regulación preestablecida a una situación fáctica que ha devenido distinta (en este sentido, por ejemplo, sentencias de la AP de Segovia de 22-3-1993 y 29-12-1998, y sentencias de esta Sala de 18-10-2000, 19-10 y 3-11-2001).

En el presente caso, la parte apelante muestra su conformidad con la actualización de la pensión alimenticia a favor de la hija menor común de edad acordada en su día en la sentencia de separación mediante la aplicación de las variaciones acumuladas del índice de precios al consumo desde la fecha de la sentencia de separación (1990) hasta el momento presente, pero, al amparo del art. 152 del CC y demás preceptos concordantes, interesa la limitación temporal de la pensión alimenticia hasta el momento en que la hija común alcance la mayoría de edad. La argumentación en la que se basa el motivo del recurso no puede ser aceptada por esta Sala, porque el hecho de que el hijo beneficiario de la pensión alimenticia alcance la mayoría de edad no determina la extinción de la obligación de prestar alimentos a cargo del progenitor, y en este sentido ha de resaltarse que el art. 93 pár. 2.º del CC en su redacción vigente (conforme a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre no discriminación por razón de sexo) establece expresamente que “si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sena debidos conforme a los arts. 142 y siguientes de este Código”. Además ha de señalarse que la circunstancia de que el rendimiento escolar de la hija común menor de edad Miriam no sea especialmente satisfactorio —como se desprende de los numerosos informes del Instituto de Educación Secundaria “Antonio Machado” que obran en autos— tampoco determina por sí sola la extinción de la obligación de prestar alimentos una vez que ésta alcance la mayoría de edad, porque la cesación de la obligación del alimentante de acuerdo con lo previsto en el art. 152.3.º y 5.º del CC se produ-

ce “cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria (...), de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia” o “cuando el alimentista sea descendiente del obligado a dar alimentos y la necesidad de aquél provenga de mala conducta o de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa”, y así el bajo rendimiento académico durante el período de escolarización obligatoria no es equiparable al supuesto de hecho del citado art. 152.3.º y 5.º del CC ni determina automáticamente la extinción de la pensión alimenticia, incluso aunque se hubiese alcan-

zado la mayoría de edad por el alimentista.

En cualquier caso, resulta evidente que si una vez adquirida la mayoría de edad por la hija común del matrimonio, concurriese el supuesto de hecho de alguno de los apartados 3.º y 5.º del art. 152 del CC, por hallarse ésta en condiciones de ejercer un oficio o profesión —tras la finalización de sus estudios o formación profesional, por ejemplo— el esposo apelante podría instar una ulterior modificación de las medidas de separación a fin de que fuese disminuida o suprimida la pensión alimenticia fijada a favor de la hija común de los cónyuges.

2. *Reclamados por el colegio donde el hijo cursa sus estudios los honorarios de enseñanza, ambos padres deben responder frente a dicha reclamación con independencia de lo resuelto en el procedimiento matrimonial.*

**AP BALEARES, Sec. 4.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilma. Sra. D.ª Pilar Fernández Alonso.**

En autos de procedimiento monitorio promovidos por el Colegio P. en reclamación cantidad de 170.000 pesetas correspondientes a los gastos devengados por los estudios de los dos hijos de los demandados, la Juzgadora *a quo* acoge la oposición formulada por el codemandado D. José, absolviéndole en consecuencia de la demanda en su contra formulada e imponiendo a la actora las costas causadas por dicha demanda, considerando que es la madre quien debe asumir los gastos al aparecer como única obligada frente al colegio, sin que la actora haya acreditado que dicho codemandado venga obligado al abono de la cantidad que se le reclama, proclamando que el deber constitucional de los padres de velar por los hijos se cumple por parte del Sr. J., abonando

la pensión alimenticia, cumpliendo el régimen de visitas y demás deberes establecidos por la sentencia de separación.

La anterior sentencia es recurrida en apelación por la parte actora interesando su revocación parcial para que se condene al codemandado D. José al abono de las cantidades reclamadas solidariamente con D.ª Encarnación, por entender que ostenta la patria potestad sobre los hijos, que nunca se ha opuesto ni realizado acto alguno de disconformidad con que sus hijos realicen dichas actividades y que fue él, junto con la madre quien, personalmente, matriculó al hijo pequeño en el centro; que las clases cuyo importe se reclama no tienen carácter lúdico, sino académico, siendo su participación in-

excusable, estando constitucionalmente obligados los padres a velar por los hijos, siendo, en cualquier caso el colegio un tercero, respecto a los pactos u obligaciones impuestas judicialmente a los padres.

Pues bien, examinando la prueba practicada y especialmente la practicada en esta alzada, está acreditado el carácter obligatorio e inexcusable para todos los niños de educación primaria de las actividades cuyo importe se reclaman, amén de que, según se desprende de los recibos aportados, también se reclaman otros conceptos como aseguramiento escolar, Apa, excursiones, gabinete psicopedagógico o gabinete psicotécnico, cuya obligatoriedad no ha sido cuestionada. También aparece probado que fue el code mandado Sr. J. quien, junto a su esposa, procedió a solicitar la matrícula en el centro de su hijo Josep.

Por otro lado, de las documentales acompañadas al escrito de oposición por el code mandado Dr. J. se desprende que, tanto él, como padre de los dos hijos menores, como la madre, también demandada, ostentan la patria potestad sobre los mismos, y aun cuando en noviembre de 1999 ostentaba la guarda y custodia de la hija menor, Margarita, ésta pasó, a partir del 15 de marzo de 2000, a ser ostentada por su madre. En cualquier caso, tanto el padre como la madre, titulares ambos de la patria potestad, están obligados a velar por los hijos no emancipados, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (art. 154 del CC). La Constitución dentro de los derechos y deberes fundamentales, en su artículo 39.3 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”. Por ello, esta Sala considera que la obligación de atender a los gastos de educación de

los hijos corresponde a los padres que ostentan la patria potestad sobre los hijos, como integrante de la obligación de alimentos del artículo 142 del CC, derivada de la relación *paterno filii*, artículo 110 del CC, y por ello, al code mandado, sin que el reparto establecido en la sentencia judicial de separación o en la posterior de modificación medidas de separación, pueda tener eficacia frente a terceros, como el colegio reclamante, quien no puede venir afectado por esa decisión judicial, sin perjuicio de la trascendencia que en el orden interno entre el padre y madre dicha decisión judicial tiene, a los efectos de poder reclamar uno de los cónyuges al otro en virtud de dicho reparto judicialmente establecido, las cantidades que, en su caso, puedan resultar. El colegio ha probado que el Sr. J. es el padre de Margarita y de Josep que acuden al centro P., así como el impago de las cantidades reclamadas.

Por último señalar que el deber constitucional de los padres de velar por los hijos no se agota con el cumplimiento por el padre del pago de pensión mensual de alimentos y cumplimiento del régimen de visitas y demás deberes establecidos por la sentencia de separación, sino que comprende mucho más que eso, extendiéndose a procurarles un desarrollo integral, evitando su desamparo y situaciones de conflictividad a consecuencia de las desavenencias conyugales que, indudablemente, repercuten de forma negativa en los hijos, quienes de no ver satisfechos sus gastos de escolaridad corren incluso el riesgo de ser expulsados. Pero, independientemente de ello, no basta no pagar la cantidad de dinero fijada en la resolución judicial, para entender cumplido aquel deber, pues ante la situación de impago conocida, la obligación frente a terceros, le impone hacerse cargo junto con la madre, de la misma. Es por ello que procede estimar el recurso.

3. *No tienen la consideración de gastos extraordinarios los generados por la matrícula y la enseñanza en academia.*

**AP MADRID, Sec. 24.<sup>a</sup>, Auto de 30 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Rosario Hernández Hernández.**

Se interesa en el presente caso la revocación del auto impugnado de 19 de septiembre de 2001 que acordó no seguir adelante la ejecución despachada por propuesta de auto de 26 de mayo de 2001, con archivo de las actuaciones, entendiéndose la apelante que son extraordinarios los gastos que acredita por Academia de Dibujo y Proyectos que precisa uno de los hijos comunes que cursa Arquitectura, e Inglés y matrícula del Colegio Universitario Cardenal Cisneros ocasionados por otro que estudia Derecho.

A tal respecto, debemos precisar primeramente que en Convenio Regulador judicialmente homologado, se comprometió D. Vicente a sufragar la mitad de los gastos extraordinarios que se produjeran, tales como: operaciones quirúrgicas, ortodoncias, largas enfermedades, lentes, viajes de estudio, etc. (quinta estipulación de tal acuerdo —folios 9 y siguientes de autos—).

Como dichos gastos extraordinarios generados por los hijos, y con carácter general, se consideran aquéllos que no tienen periodicidad prefijada, tienen el carácter de im-

previsibles o de difícil previsión, y se destinan a necesidades derivadas del cuidado y formación del alimentista; ello sin perjuicio, claro está de que las partes padres se considere extraordinario, o asuma cada uno de ellos unilateralmente como propio acto (artículo 7.<sup>o</sup> del Código Civil).

En esta línea la pretensión de D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Luisa no puede tener favorable acogida y ha de ser confirmada la resolución dictada por el Juzgador de origen, habida cuenta que los reclamados gastos de matriculación y academias, ni están al margen del orden o regla actual o común, ni carecen de periodicidad prefijada, ni pactaron las partes su consideración como extraordinarios, a la luz del Convenio de fecha 18 de diciembre de 1995, considerándose incluidos en los gastos de instrucción y educación que el artículo 142 del Código Civil incardina en la definición de alimentos, por ello, si con carácter previo no media pacto ni autorización judicial, (uno de los supuestos de la quinta estipulación del Convenio), los gastos serán ordinarios.

4. *No puede afirmarse de forma genérica y taxativa que las necesidades económicas de los hijos se incrementan necesariamente por el solo hecho de su crecimiento.*

**AP CUENCA, Sentencia de 15 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.**

Ambas partes, la una por vía principal, la otra por vía reconvenional, interesan la modificación de las medidas adoptadas en la resolución judicial que, aprobando la propuesta de convenio regulador presentada por aquéllas, acordaba, especialmente, en su estipulación cuarta que, como contribución a las cargas familiares y en concepto de alimentos, el esposo abonaría mensualmente la cantidad de 42.848 ptas., a razón de 21.424 ptas. mensuales por cada una de las dos hijas habidas en el matrimonio. Ambas pretensiones, orientadas, lógicamente, en distinta dirección resultaron desestimadas por la juzgadora de instancia y frente a ese pronunciamiento se han alzada también ambas partes.

Conviene precisar, antes de seguir adelante que, como certeramente se señala en la sentencia que ahora es objeto de recurso y, como, a simple título de ejemplo, establece en un supuesto similar la sentencia dictada por la AP de Barcelona (Sección 18.<sup>a</sup>) de fecha ocho de enero de dos mil, para que las acciones ahora emprendidas pudieran haber alcanzado buen éxito resultaría necesario que hubiera constancia en autos no de las actuales circunstancias económicas de los cónyuges sino de que las mismas se habían modificado esencialmente, con relación a las que existían al tiempo de que ellos mismos propusieran al juzgador las medidas que habrían de regir a partir de la disolución de su matrimonio por divorcio. No es, por otra parte, menos evidente que la modifica-

ción de circunstancias habilitante para que pueda establecerse un cambio en las medidas judicialmente acordadas, a que se refieren los artículos 97 y 100 del Código Civil, no equivale a cualquier clase de alteración o mudanza en las condiciones económicas objetivas de los cónyuges o de sus hijos, sino que requiere la existencia de cambios o alteraciones esenciales.

Empezando por el conocimiento del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Piedad, observa la misma que la modificación (esencial) de las circunstancias tenidas en cuenta al tiempo de presentar la correspondiente propuesta de convenio regulador —y al tiempo de su aprobación judicial—, radicaría, en primer lugar, en el simple hecho biológico del crecimiento de las hijas, lo que “implica un aumento de sus necesidades económicas” (*sic*) “habiendo transcurrido ya seis años desde la aprobación del convenio”.

Esta Sala, desde luego, no puede participar del punto de vista de la parte recurrente. Y ello no solamente porque no puede afirmarse de forma genérica y taxativa que las necesidades económicas de los hijos se incrementan necesariamente por el solo hecho de su crecimiento (cambian, sí, esto por descontado, pero aumentan o disminuyen según las particulares circunstancias de cada caso). Es que, además, el crecimiento de los hijos resulta, evidentemente, una circunstancia del todo previsible, que puede, y de-

be, contemplarse al tiempo de convenir (o adoptar) las medidas que habrán de regir entre los cónyuges, sin que el simple crecimiento pueda, en este sentido, considerarse un cambio (esencial) de las circunstancias económicas tomadas en cuenta, que haya de generar una correlativa modificación en las medidas adoptadas. Por otro lado, el simple transcurso del tiempo, más de seis años, tampoco justifica una alteración o sustitución de las medidas acordadas, siendo que ello, en sí mismo considerado, resulta prevenido a medio de las correspondientes cláusulas de estabilización de las pensiones

acordadas. En este sentido, no es ocioso recordar aquí que, como por ejemplo señalara la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de fecha 15 de mayo de 1992, a tenor de los artículos 97 y 100 del Código Civil, las pensiones que se fijen podrán ser modificadas por alteraciones sustanciales en las circunstancias que las motivaron, pero no es menos cierto que tales circunstancias han de referirse a hechos futuros e imprevisibles, y no a acontecimientos que, por su naturaleza, y dentro del pensamiento lógico y racional, han de suceder por el simple transcurso del tiempo.

5. *Reducción de la pensión alimenticia del hijo por la reducción de ingresos del padre.*

**AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Fernández Carrión.**

La primera alegación que efectúa el recurrente en su escrito de apelación se refiere a la pensión alimenticia que a favor de la hija se establece a cargo del apelante por importe de 75.741 ptas. mensuales más la actualización que corresponda al año 2002, solicitándose se reduzca a 20.000 ptas. mensuales.

Tal pretensión, al menos en parte, debe prosperar. Ha de partirse de la base de que las medidas adoptadas en un proceso de separación no tiene por qué vincular a la resolución que se dicte en el procedimiento por divorcio.

La sentencia de separación de fecha 20 de noviembre de 1997 establece que el marido y padre contribuirá al sostenimiento de las cargas matrimoniales y a los alimentos de la hija habida en el matrimonio con la cantidad de 70.000 ptas. mensuales y esta sentencia fue confirmada por otra dictada

por esta misma Sala y siendo Ponente el mismo que en esta resolución, de fecha 6 de marzo de 1998.

Pero tal cantidad se concedía como contribución a las cargas familiares y alimentos a la hija menor. Han transcurrido más de 4 años desde ambas resoluciones y en la sentencia de divorcio no ha de hacerse referencia alguna a tal contribución a las cargas del matrimonio puesto que ha sido disuelto y así lo hace la Juzgadora de instancia quien concede la suma de 75.741 ptas., más la actualización que corresponda al año 2002, exclusivamente en concepto de pensión de alimentos para la hija.

De la prueba obrante en las actuaciones, entre la que se encuentra la sentencia dictada con fecha 27 de febrero del 2001 por el Juzgador de lo Penal n.º Dos de esta ciudad, se deduce con manifiesta claridad la imposibilidad del apelante de hacer frente al pago

de tal pensión teniendo en cuenta que sus ingresos brutos mensuales apenas llegan a las 100.000 ptas. (601,01 euros).

Esta Sala, analizando con detenimiento las pruebas obrantes en las actuaciones y circunstancias económicas de los ex-cónyu-

ges llega a la conclusión de que la sentencia apelada debe revocarse en este capítulo, fijando como cantidad que el apelante debe abonar mensualmente a su hija la suma de 30.000 ptas. (180,30 euros) con las revalorizaciones anuales pertinentes.

## VII. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *Concesión de una pensión compensatoria aunque la esposa obtenga algún tipo de ingresos, ya que la dedicación a la familia compuesta por cuatro hijos le ha impedido prepararse para acceder en condiciones favorables al mercado de trabajo.*

**AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 6 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Eugenio-Santiago Dobarro Ramos.**

Por la parte apelante D. Candelario se solicita en base a error en la apreciación de la prueba, la revocación del pronunciamiento que establece la pensión compensatoria a favor de D.<sup>a</sup> Rosa.

La pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil se concibe legalmente como un derecho personal del cónyuge que se encuentre en unas circunstancias que dan lugar a un desequilibrio económico con relación a la situación de que disponía constante matrimonio, y de lo que es punto de inflexión de la mayor importancia para su determinación y valoración, la duración del matrimonio y la dedicación a la familia y a los hijos, que haya supuesto un alejamiento del mercado de trabajo o actividad profesional, que implique una difícil inserción en el mismo, atendidas la edad y la cualificación la-

boral. La pensión constituye, pues, un supuesto de resarcimiento de un daño objetivo, el desequilibrio económico derivado de la separación o el divorcio; daño que consiste en la pérdida de expectativas de tal carácter de que gozaba durante el matrimonio. Carece de naturaleza alimenticia, de ahí los distintos presupuestos establecidos para el reconocimiento del derecho a obtener pensión y los exigidos para los alimentos. Y, así, el desequilibrio se establece en forma comparativa, en relación con la posición del otro; si hay idéntico perjuicio, no hay desequilibrio, por cuanto se da la falta de supuesto que justifica el derecho a pensión. Dado el contenido esencialmente económico de ese derecho es especialmente relevante para su apreciación la valoración y examen del caudal y medios de tal naturaleza

de uno y otro cónyuge, con atención a las circunstancias que el artículo 97 del Código Civil refiere. Por lo que, en el plano de percepción de ingresos de cada cónyuge, si bien respecto del actor pueden estimarse alrededor de 220.000 pesetas mensuales, sin embargo, respecto de la demandada no hay cuantificación alguna, limitándose a referencias a posibles trabajos en una librería y servicio de limpieza en unos apartamentos, dato este último que evidencia una cualificación profesional de bajo nivel; de otra parte la disponibilidad de un vehículo, del que se desconoce su valor, por sí misma, no es dato indicativo relevante para conocer la posición económica. Igualmente hay que se-

ñalar, que en cuanto a la dedicación a la familia por parte de la esposa, han sido cuatro los hijos del matrimonio, a los que ha dedicado su esfuerzo, lo que naturalmente le ha limitado en la posible preparación para acceder en condiciones favorables al mercado de trabajo; en tal sentido es significativo que D.<sup>a</sup> Rosa, nacida el día 23 de julio de 1960 contrae matrimonio con el actor el 20 de diciembre de 1975, es decir, con quince años de edad, y los cuatro hijos han nacido sucesivamente en febrero de 1977, abril de 1979, febrero de 1981 y noviembre de 1984. Tales circunstancias expuestas deben considerarse relevantes para estimar la procedencia de la pensión compensatoria.

2. *Fijación de una pensión compensatoria a pesar de que la esposa ha comenzado a trabajar después de iniciarse el procedimiento de separación.*

**AP NAVARRA, Sec. 2.<sup>a</sup>, Sentencia de 7 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Goyena Salgado.**

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda de separación, formulada por D.<sup>a</sup> Teresa frente a D. José Luis, y por lo que interesa al presente recurso de apelación, desestima la pretensión de que se fije una pensión por desequilibrio económico a favor de la actora.

Va a constreñirse el objeto del recurso interpuesto, a la impugnación de dicho pronunciamiento desestimatorio y en consecuencia se va a solicitar su revocación y que se establezca una pensión por desequilibrio a favor de la esposa, en cuantía de 40.000 pts. mensuales, actualizables anualmente conforme al IPC.

La razón por la que no se fija una pensión por desequilibrio económico a favor de la actora, radica en el hecho nuevo, que no

acontecía cuando se dictó el Auto de Medidas Previas, de la actividad laboral de aquella, suponiendo a juicio de la Juzgadora de instancia una mejora de la situación económica respecto a la que tenía al dictarse el Auto de Medidas Previas.

No comparte la Sala la conclusión valorativa a que llega la Juzgadora de instancia y que le lleva, en definitiva, a no fijar una pensión por desequilibrio a favor de la esposa.

Examinada la prueba, la Sala considera que sí es procedente fijar una pensión por desequilibrio y ello por las siguientes consideraciones:

a) Habiendo contraído matrimonio las partes en 1992, el mismo ha durado 9 años, y del que ha habido 2 hijas de 8 y 5 años.

b) Como consecuencia del embarazo de la hija mayor, la actora dejó de trabajar, habiéndose dedicado, en consecuencia, la mayor parte del tiempo a la familia y hogar.

c) Con posterioridad a la presentación de la demanda de separación (mayo de 2001), la actora suscribió un contrato de trabajo de duración determinada (28-6-2001 hasta el 1-9-2001) y a tiempo parcial.

El 2-9-2001 se prorroga el contrato por 49 días, hasta el 20-10-2001. Con fecha 21-10-2001 se suscribe nuevo contrato de trabajo de duración determinada, hasta el 10-1-2002.

d) Como ingresos D. José reconoce ganar 265.000 pts., más dos pagas extras de 70.000 pts., a lo que hay que añadir las cantidades variables percibidas por servicios en horario nocturno y festivos, que hace que la cantidad salarial mensual ronda entre las 265.000 pts. y las 285.000 pts.

En cuanto a la actora D.<sup>a</sup> Teresa, a tenor de las nóminas aportadas por su trabajo como cajera en una gran superficie, percibe del orden de unas 71.000 pts. mensuales.

En base a las anteriores consideraciones, de conformidad con el art. 97 del Código Civil, y no obstante el trabajo que ha empezado a desempeñar la esposa tras la presentación de la demanda de separación, la Sala considera que sí existe una situación de desequilibrio económico, como consecuencia de la separación, en perjuicio de la esposa, por lo que es preciso compensar la misma mediante la fijación de una pensión por desequilibrio económico.

Atendidos los parámetros que establece el art. 97 del Código Civil y teniendo en cuenta, además, su nueva situación laboral, se estima como ajustado a derecho fijar una pensión de 20.000 pts. mensuales, actualizables anualmente, de acuerdo con los índices de variación del IPC que señale el INE u organismo que lo sustituya.

3. *Fijación de un límite temporal de tres años a la pensión compensatoria que se estableció en el procedimiento de separación, ya que durante todo este tiempo transcurrido la esposa no ha dado muestras de querer promocionarse laboralmente instando demandas de empleo, desarrollando cursos de capacitación o ampliando sus conocimientos académicos.*

### **AP LAS PALMAS, Sec. 5.<sup>a</sup>, Sentencia de 7 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos García Van Isschot.**

En lo atinente a la pensión compensatoria limitada a otro período de tres años ha de tenerse en cuenta que el art. 97 del Código Civil no recoge una limitación temporal del derecho a percibir pensión compensatoria, pero ni de este precepto ni de los siguientes se deduce su imposibilidad. La función equilibradora que persigue el art. 97 puede cumplirse de forma más eficaz, en algunos

casos, fijando una pensión compensatoria por un tiempo.

Desde la doctrina, Roca i Trias y E. Valladares defienden que puede fijarse una pensión compensatoria de carácter temporal, tanto en el Convenio Regulador, consecuencia del principio de autonomía de la voluntad, como por el Juez en sentencia, cuan-

do ello resulte oportuno. La jurisprudencia en los últimos años también ha recogido esta posibilidad, pudiendo citarse al efecto las sentencias de la Audiencia Provincial de Oviedo de 19 de diciembre de 1991 y 13 de febrero de 1992 y, en el ámbito de nuestra Audiencia Provincial de Las Palmas, las sentencias como la de la Sección 3.<sup>a</sup> de 4 de junio de 1999 (“...que la pensión compensatoria no tiene por qué ser necesariamente inmodificable o vitalicia, no es menos cierto que no puede afirmarse que su carácter temporal sea la norma; para que pueda extinguirse o modificarse es preciso, en todo caso, que el desequilibrio desaparezca o que, aún persistiendo, ello sea debido a la actitud renuente u omisiva de quien tiene derecho a ella que, pese a las posibilidades de acceder a una posición similar a la que tenía con anterioridad a la crisis matrimonial, se resiste a poner de su parte los mecanismos necesarios para ello, situaciones que, desde luego, no se dan en el caso que nos ocupa”); SAP Las Palmas (3.<sup>a</sup>) de 7 de mayo de 1999; rollo 487/1998; pte.: Ricardo García Moyano (“no es cierto, como pretende la recurrente, que la pensión del art. 97 del CC no pueda concederse por un plazo determinado, puesto que el CC en sus arts. 1125 y ss. recoge las obligaciones a término, y el art. 100 indica que el Juez debe fijar la adaptación de la pensión a las condiciones futuras, por lo que al decretar su extinción en el momento de la jubilación del deudor realiza una previsión *ex ante* de dichas condiciones del devenir”); SAP Las Palmas (3.<sup>a</sup>) de 25 de febrero de 1999 (“No obstante, como esta misma Sala ha dicho en anteriores resoluciones, la pensión del art. 97 del CC no significa la perpetuación del status anterior a la propia separación o divorcio, de modo que el ‘remedio’ al desequilibrio suponga una pensión que reequilibre para el futuro y de modo vitalicio los ingresos de ambos esposos, pues entonces se haría ilusoria la disolución de la sociedad conyugal que resulta de la propia separación, e incluso se haría de mejor condición al acreedor de la pensión, que lograría mantener el 50 por 100 de los

ingresos totales del matrimonio desvinculándose ya de las cargas y obligaciones del anterior consorcio conyugal. Por todo ello, la pensión del art. 97 del CC sólo puede concebirse como un relativo o parcial remedio al desequilibrio económico derivado del divorcio o separación, como un elemento de atenuación de la pérdida de nivel económico del cónyuge perjudicado, pero no como un mecanismo de perpetuación de la igualdad económica de los esposos. Ello obliga no sólo a establecer limitaciones cuantitativas a la pensión, sino también temporales: en el Derecho comparado, es norma la temporalidad de estas pensiones, y en el propio texto español el art. 97 *in fine* obliga, al juez a tener en cuenta el futuro en la fijación de la pensión”); SAP Las Palmas (1.<sup>a</sup>) de 31 de diciembre de 1998 (rollo 213/1998; pte.: Antonio Juan Castro Feliciano: “Ahora bien, dada su naturaleza, la dogmática actual entiende que la pensión compensatoria no es una renta absoluta e ilimitada en el tiempo, una renta vitalicia, debiendo conectarse con la posibilidad de rehacer la vida y conseguir un status económico autónomo para el cónyuge con derecho a su percibo, teniendo en cuenta la edad, cualificación profesional, años de matrimonio y demás circunstancias contempladas en el artículo 97 del CC. Se trata, pues, de un derecho relativo y circunstancial, por cuanto dependerá de la situación personal, familiar, laboral y social del beneficiario; y un derecho condicional, puesto que una modificación de las concretas circunstancias en que la pensión fue concedida —de modo análogo a la cláusula *rebus sic stantibus*— puede determinar su modificación o su supresión”); SAP Las Palmas (2.<sup>a</sup>) de 23 de noviembre de 1998 (rollo 260/1998; pte.: Pilar Parejo Pablos: “Luego al no estar configurada la pensión compensatoria como una renta absoluta e ilimitada en el tiempo, a modo de renta vitalicia, sino con un derecho encaminado a rehacer la vida y conseguir un status económico autónomo para el cónyuge con derecho a su percibo, dadas las circunstancias analizadas”) y las de esta misma Sección Quinta de

25 de mayo de 2000 y las de trece de febrero y 27 de septiembre de 2001.

En el presente caso es igualmente aplicable a la pensión compensatoria la disminución de ingresos del Sr. S. y el dato de que tras casi diez años desde que se instauró a favor de una persona a la sazón de 29 años esta, transcurridos los años de mayor dedicación física a los menores, no ha dado

muestras de querer promocionarse laboralmente instando demandas de empleo, desarrollando curso de capacitación o ampliando sus conocimientos académicos, en definitiva, que no consta se haya esforzado en conseguir autonomía pecuniaria ni ha acreditado enfermedad o incapacidad que se lo impida; razones que conducen a mantener el criterio de la Juez *a quo*.

4. *Puede fijarse pensión compensatoria aun cuando la parte haya solicitado alimentos, máxime cuando el Código Civil no habla expresamente de "pensión compensatoria", sino de pensión únicamente, la parte fundamenta tal petición en las causas enumeradas en el artículo 97 del Código Civil, por lo que implícitamente basa su solicitud en dicho precepto, e, incluso, aunque no lo hiciera, podría el Tribunal hacerlo en base al principio da mihi factum, dabo tibi ius.*

**AP VALENCIA, Sec. 10.<sup>a</sup>, Sentencia de 27 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España.**

Debe procederse al estudio por separado de las diferentes cuestiones planteadas en el recurso de apelación y así en cuanto a la denominada pensión compensatoria la Sala, a fin de evitar inútiles reiteraciones, da por reproducido todo el fundamento jurídico 5.<sup>o</sup> de la sentencia de instancia que por su claridad y brillantez esta Sala hace suyo expresamente, e insistiendo en lo ya dicho, a partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 3-12-1987 ninguna duda existe de que puede señalarse pensión compensatoria aun cuando la parte haya solicitado alimentos, máxime cuando 1.<sup>o</sup> el Código Civil no habla expresamente de "pensión compensatoria", sino de pensión únicamente, 2.<sup>o</sup> la parte — véase su demanda—, fundamenta tal petición en las causas enumeradas en el artículo

97 del Código Civil, por lo que implícitamente basa su solicitud en dicho precepto, 3.<sup>o</sup> e, incluso, aunque no lo hiciera, podría el Tribunal hacerlo en base al principio *da mihi factum, dabo tibi ius*. Entrando en el estudio de la pensión compensatoria el presupuesto fáctico para su nacimiento, tal como expresa el artículo 97 del Código Civil, es el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges pueda significar la separación o el divorcio en relación con la posición del otro y que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, en cuanto que su fundamento descansa en el equilibrio que debe subsistir entre los cónyuges en los casos de ruptura matrimonial, de forma que ninguno de ellos se vea afectado, desde un punto de vista material, en el

estatus que mantenía al tiempo de la convivencia, es decir, que dentro de lo posible cada uno pueda seguir viviendo a un nivel equivalente al que tenía antes de la separación o el divorcio, lo que conlleva la necesidad de comparar patrimonialmente la posición de los esposos a fin de evitar que la sentencia que recaiga origine ese desequilibrio económico, que constituirá la premisa a la que queda supeditada su concesión. Para valorar ese posible desequilibrio, hay que sopesar la posición del otro cónyuge, no sólo en la faceta económica sino también teniendo en cuenta la pérdida de beneficios, influencias, amistades o cualquier otra circunstancia, de forma que la consecuencia sea el empeoramiento de su situación anterior en el matrimonio, lo que en cierto modo viene a corroborar que la enumeración que

efectúa el artículo 97 no es exhaustiva aunque sí de indudable transcendencia. En el caso concreto de autos 1.º llevan casi 27 años casados, 2.º ambos tienen 51 años, 3.º la esposa se ha dedicado al cuidado de la familia durante esos casi 27 años, tanto del esposo como de los hijos, 4.º en tanto el esposo percibe unas 325.000 pesetas, no consta acreditado en autos que la esposa perciba cantidad alguna de su afición a la pintura, lo que como muy bien dice la sentencia de instancia, fácilmente se podía haber acreditado a través de la Galerías de arte, 5.º incluso el propio esposo en su contestación a la demanda subsidiariamente interesa se le imponga la obligación de abonar 20.000 pesetas; todo ello justifica cumplidamente tanto la pertinencia de señalar pensión compensatoria como la cuantía de la misma.

5. *La circunstancia de que la esposa haya finalizado los estudios que había iniciado no es causa de extinción de la pensión compensatoria.*

**AP CÁDIZ, Sec. 5.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Ercilla Labarta.**

Solicita el apelante en estos autos y en base a demanda de divorcio, una modificación del régimen económico establecido en la sentencia de separación anterior, en el sentido de que se proceda a la supresión o limitación temporal de la pensión económica señalada a favor de la esposa. Con carácter previo es preciso indicar que el presente procedimiento no es apto para revisar las resoluciones judiciales dictadas en otro procedimiento, concretamente en la sentencia dictada por esta Audiencia en febrero del año 2000, en cuanto señalaba que no había lugar ni a suprimir ni a fijar un límite temporal a las prestaciones derivadas de la pensión compensatoria establecida en la sentencia de instancia. Procede por tanto únicamente es-

tablecer si desde la fecha de dicha sentencia, febrero del año 2000, hasta diciembre del año 2000, fecha en que se presente la presente demanda, se han producido modificaciones sustanciales en la capacidad económica de las partes, concretamente en la esposa, que la hagan merecedora de dicha supresión o limitación. Únicamente consta a este respecto, y por propio reconocimiento realizado en la contestación a la demanda, que la esposa ha terminado sus estudios, que había iniciado, de Relaciones Laborales, pero no consta en modo alguno que haya obtenido un puesto de trabajo que la faculte o habilite para poder vivir sin desequilibrio económico en relación al marido. Por ello, únicamente tal circunstancia no supone una alteración

sustancial de las circunstancias de hecho tenidas en cuenta a la hora de dictar la sentencia de separación, sin perjuicio de que si bien se acreditase la obtención de un trabajo remunerado, o un transcurso de tiempo sin que la misma hubiese realizado gestiones suficientes para conseguir dicho empleo, o bien si concurriesen otra serie de circunstancias, se pudiese modificar el régimen económico establecido, pero con los datos de que se dispone actualmente y dado el escasísimo tiempo transcurrido desde la sentencia definitiva de separación, no procede modificar el pun-

to solicitado. Se solicita asimismo en esta apelación la supresión de la pensión por convivir maritalmente la esposa con otra persona, cuestión que tampoco puede prosperar, no solo porque se trata de una cuestión nueva no planteada en la demanda y frente a la cual no ha podido defenderse la demandada, sino porque no consta acreditada suficientemente dicha circunstancia, por todo lo cual es procedente la desestimación del recurso y la íntegra confirmación de la sentencia de instancia, todo ello con imposición al apelante de las costas de esta alzada.

6. *No extinción de la pensión compensatoria aunque la esposa haya incrementado su patrimonio por vía de sucesión hereditaria.*

**AP GRANADA, Sec. 4.<sup>a</sup>, Sentencia de 10 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Ruiz-Rico Ruiz.**

Se solicita también la extinción de la pensión compensatoria basada en la circunstancia acaecida tras la sentencia de divorcio del fallecimiento de la madre de la demandada que ha conducido a un aumento patrimonial y, en consecuencia, a mayores ingresos producidos como consecuencia de la herencia percibida y extinción de los usufructos vitalicios de que gozaba aquella. Concretamente la interpelada es titular de tres apartamentos que dedica al alquiler y, además del piso que sirve de hogar familiar, y una imposición a plazo fijo por importe de 7.000.000 de pts. hay que decir que los ingresos derivados de los arrendamientos son contingentes, sobre todo en el momento presente por el poco vigor de este mercado, prueba de ello es que en este instante solo percibe una renta cercana a las 65.000 pts. mensuales, quedando desocupadas las otras dos viviendas, como se ha demostrado con el documento aportado con el escrito de oposición al recurso.

No podemos acceder a la referida pretensión modificatoria teniendo en cuenta los términos del convenio regulador firmado por las partes, que conforme al art. 97.1.º del CC es uno de los índices a tener en cuenta para la fijación de la pensión, sobre todo cuando el pacto se convierte en ley para las partes que ha de ser cumplida salvo que concurra un trascendental motivo que aconseje su modificación. En el convenio aprobado judicialmente se establecía que la pensión por desequilibrio sería reducida en el supuesto de que la esposa obtuviera en el futuro “rendimientos derivados de su propio trabajo”, incluso la pensión se restauraría de cesar la percepción de remuneraciones “por su trabajo”. Quedaba excluida, por tanto, la modificación de la pensión cuando aquella obtuviera otro tipo de ingresos. Así lo reconoció el hoy apelante al contestar las posiciones 3.<sup>a</sup> a 6.<sup>a</sup>, y sobre todo en la 7.<sup>a</sup> cuando manifestó que se eliminó toda mención a otros rendimientos distintos de los prove-

nientes del trabajo, prueba de esto fue el rechazo de la propuesta de convenio que no contemplaba literalmente la verdadera voluntad de las partes al suscribir el que fue aprobado con la sentencia de separación. La causa de la citada cláusula solo puede ser la contemplación presente o futura de la obtención de algunos ingresos provenientes de lo que le iba a dejar en herencia su madre al fallecer junto con la intención de las partes de que tales ingresos no habían de ser computados para la reducción de la pensión compensatoria, quizás para así encontrar un mayor equilibrio económico entre las partes, pues la esposa que quedaba con los hijos gozaría de una más satisfactoria posición al unir a las pensiones alimentarias y compensatoria los ingresos provenientes de sus bienes en relación con la holgada situación del padre que disfruta de unos emolumentos brutos superiores a los doce millones de pts. anuales en la actualidad.

Consecuencia de lo anterior es la inexistencia de una modificación sustancial de las circunstancias tenidas en consideración ya que en el convenio regulador se tuvo en cuenta los ingresos diferentes a los del trabajo que ya percibía por concesión de la madre que en momento de la sentencia de divorcio ya vivía con su hija, o que iba a obtener tras el fallecimiento de aquella, lo que sucedió pocos meses después.

En suma, no es de aplicación el art. 100 del CC por no concurrir una variación esencial de las fortunas de los cónyuges, ni tampoco el art. 101 del mismo cuerpo legal por no haber cesado la causa que lo motivó. A tal fin solo nos bastaría eliminar intelectualmente la pensión compensatoria convenida para observar el importante desequilibrio que observaríamos en relación a la situación económica del otro cónyuge, con lo que el mantenimiento de ésta y su cuantía deviene indefectible.

## VIII. CUESTIONES PROCESALES

1. *Condena en costas al demandado al haberse estimado íntegramente la demanda de divorcio en la que se solicitaba la modificación de medidas.*

**AP MURCIA, Sec. 1.<sup>a</sup>, Sentencia de 6 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Carrillo Vinader.**

En cuanto a la condena en costas, sostiene la apelante que no se opuso a la demanda de divorcio, que era la pretensión principal ejercitada de contrario, siendo su oposición solo parcial, respecto a la modificación de determinadas medidas, aparte de la especial naturaleza de las cuestiones debatidas, lo que impide aplicar el art. 523, apartado primero, de la anterior Ley Procesal Civil.

La sentencia de primera instancia argumenta al respecto que la estimación íntegra

de la demanda conlleva la imposición al demandado de las costas causadas (Fundamento Sexto).

La demandada ha planteado su oposición frente a las cuestiones accesorias, no necesarias para obtener su petición fundamental (el divorcio), lo que ha constituido el verdadero objeto del proceso, obligando al actor a desplegar una actuación procesal que no habría sido necesaria si se hubiese limitado a aceptar esas peticiones, que el desarrollo del

juicio ha acreditado que eran pertinentes, admitiendo las leyes procesales que la demanda se plantee bajo una misma representación o por una sola parte con el consentimiento de la otra.

Por lo tanto, resultando procedente la estimación total de tales peticiones y manifiestamente infundada la oposición que se

ha desplegado por parte de la demandada, queda de manifiesto que las numerosas cuestiones planteadas por la actora inicial eran procedentes, y que carecía de razón la demanda al oponerse a las mismas, por lo que la desestimación total de su postura procesal en los temas debatidos ha de llevar consigo la imposición de las costas procesales de la primera instancia.

2. *Procedencia de la condena en costas en los procedimientos de modificación de medidas.*

**AP MADRID, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 28 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.**

Aduce el recurrente que “difícilmente puede considerarse que quien inicia un proceso de esta naturaleza o se defiende en el mismo, es el causante de las costas que, de resultar vencido, debe resarcir a la parte contraria, pues las resoluciones dictadas en los procedimientos matrimoniales son constitutivas de una determinada situación de estado, por lo que el proceso es el único medio para crear, modificar o extinguir dicha situación”.

Esta Sala participa, en principio y en buena medida, de tal criterio, al entender que en los procesos de separación, divorcio o nulidad deben aplicarse criterios de máxima flexibilidad respecto de la condena al pago de las costas procesales, pues en ningún caso, al contrario de lo que acaece en la mayor parte de los juicios declarativos, la litis tiene un carácter subsidiario, ante el incumplimiento de una obligación por la parte contraria, sino que al ventilarse cuestiones afectantes al estado civil de las personas unidas por vínculo matrimonial y que, en conse-

cuencia, no pueden ser objeto de regulación privada ni de transacción (artículo 1814 del Código Civil), se hace imprescindible, sin excepción, la declaración judicial del nuevo estado civil de los litigantes, a través de los cauces procesales oportunos, lo que, con independencia de la postura que respecto de la pretensión principal deducida pueda mantener el demandado, obliga incondicionalmente al que pretende la constitución del citado estado civil, dimanante de la disociación nupcial, a formular la correspondiente demanda y seguir los trámites pertinentes, incluida la prueba plena de los hechos esgrimidos, lo que no queda condicionado, dada la naturaleza de la cuestión debatida, por su admisión o rechazo por la parte demandada.

Por ello la condena en costas ha de constituir la excepción, frente a la regla general marcada, para el resto de los procesos declarativos, por el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pero bajo un enfoque absolutamente distinto deben ser tratados, en tal aspecto, los

procedimientos atinentes a la modificación de los efectos complementarios sancionados en una antecedente litis matrimonial, en los que, al contrario de lo antedicho, no existe razón específica alguna para excluir la proyección del referido precepto; en efecto, el mismo se inspira en la satisfacción del ideal pleno de justicia a que la litis viene, por principio, abocada, lo que impone que aquella de las partes cuyas pretensiones han encontrado acogida total en la resolución judicial no sufra un injusto menoscabo en su patrimonio, dado que ha sido llamada a la contienda litigiosa en virtud de una infundada pretensión deducida en su contra, siendo el litigante vencido el que debe afrontar los

gastos generados por el procedimiento, so pena de vulnerar elementales principios de equidad y justicia.

Y así acaece en el caso que hoy se examina, pues las acciones ejercitadas han obligado a la hoy apelada a personarse en la litis, mediante Procurador y bajo la dirección técnica de un Letrado, lo que le ha generado los correspondientes desembolsos económicos que, ante el fracaso de la demanda, han de ser resarcidos por el actor, en aplicación del precepto estudiado, sin necesidad de realizar una específica declaración de temeridad o mala fe, ni otra argumentación que la concierne al objetivo vencimiento.

3. *El cauce procesal adecuado para tramitar la modificación de medidas es el establecido en el art. 775 de la LEC que a su vez remite al 771 del mismo cuerpo legal, si bien dicha remisión al cauce procedimental, y por tanto el procedimiento, finalizará mediante sentencia y se admitirá la posibilidad de interponer recurso de apelación.*

**AP MADRID, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 28 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.**

La contienda litigiosa que hoy se somete a la consideración del Tribunal, en cuanto concerniente a la modificación de las medidas adoptadas en un anterior procedimiento de divorcio, se desenvuelve dentro de los cauces marcados por el artículo 775 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo apartado 2 remite, en lo que afecta al tratamiento procedimental de tales pretensiones, al artículo 771 del mismo texto legal, regulador del trámite a seguir para la adopción de las medidas provisionales de carácter previo.

Prescindiendo ahora de la controversia surgida sobre el posible error deslizado en la redacción del artículo 775, pues una elemental lógica jurídica haría concluir que, al igual que en el sistema precedente, el procedimiento para la modificación ha de reunir las mismas características y garantías que el seguido en orden al inicial establecimiento de las medidas complementarias, con lo que la remisión efectuada por aquel precepto ha de entenderse referida al artículo 770, que no al 771, es lo cierto que, en último término, y partiendo de lo que establece en tal

punto la Ley, no subsanada, tras su inicial publicación en el Boletín Oficial del Estado, en ulteriores correcciones de errores, viene entendiéndose, de forma casi unánime, que la citada remisión debe constreñirse únicamente al cauce procedimental del artículo 771, sin poderse extender, en modo alguno, a la forma de la final resolución de la contienda, y mucho menos a la exclusión de todo recurso contra la misma.

En efecto, han de ser observados en tal punto los criterios que, de modo general, rigen sobre el tipo de resolución a dictar y el sistema de impugnación de la misma, lo que nos lleva, en primer lugar, al artículo 206.2.3.<sup>a</sup> de la Ley 1/2000, a cuyo tenor se dictará sentencia (que no auto) para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la Ley. Sobre di-

cha base, es de aplicación al caso el artículo 455.1 que recoge la posibilidad de recurrir en apelación las sentencias dictadas en toda clase de juicios; y tal forma de resolución condiciona la que haya de ser dictada en la segunda instancia, de conformidad con el artículo 456.1, sin que el posible error padecido, en tal aspecto, por el Juzgado *a quo* pueda determinar que el Tribunal de apelación haya de adoptar el mismo tipo o forma de resolución, debiendo, por el contrario, seguir los criterios marcados legalmente, según disponía, con perfecta claridad, el artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

En consecuencia, la resolución del presente recurso debe acomodarse a la forma de sentencia, criterio que igualmente debió seguirse en la instancia.

4. *El reconocimiento del beneficio de justicia gratuita no es óbice para practicar la tasación de costas.*

**AP MADRID, Sec. 24.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.**

El reconocimiento del beneficio de justicia gratuita no es óbice para practicar la tasación de costas tal y como se pretende por el impugnante. Señala la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1995 que ni la mera designación de abogado y procurador de oficio ni la concesión mediante sentencia firme del beneficio de justicia gratuita justifican la no práctica de la tasación de costas ya que ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (el condenado al pago de las costas que hubiere obtenido judicialmente el reconocimiento del derecho

a justicia gratuita tendrá que pagarlas si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso viniese a mejor fortuna). El artículo 48 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido derogado por la Ley 1/1996, de 19 de enero, de asistencia jurídica gratuita, pero su contenido se reproduce en el número 2 del artículo 36 de esta nueva Ley. En definitiva, cuando se condene al pago de las costas a quien se le hubiera reconocido su derecho a la asistencia jurídica gratuita, puede, la parte contraria, solicitar que se practique la tasación de costas y el Secretario del Juzgado o Tribunal tiene que hacerla, sin perjuicio de

que su ejecución quede en suspenso, durante tres años desde la terminación del proceso, a la espera de que el condenado al pago venga a mejor fortuna. Transcurrido ese período de tiempo sin venir a mejor fortuna ya no podrá ejecutarse. No tiene relevancia para el presente recurso el tema de que la letrada con-

traria haya cobrado ya su actuación del Colegio de Abogados pues, se insiste, la tasación de costas practicada no supone el que por ahora se pueda hacer efectiva por la concesión de la justicia gratuita y, además, sería más bien un tema deontológico interno de dicha letrada y su Colegio.

5. *No es necesario demandar a los hijos mayores de edad en el procedimiento de modificación de medidas en el que se pretende la extinción de la pensión alimenticia de aquellos.*

**AP ALMERÍA, Sec. 2.ª, Sentencia de 10 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Espinosa Labella.**

Se limita el presente recurso de apelación a la procedencia de apreciar una falta de legitimación pasiva en la demandada, madre de un hijo mayor al que se otorgó una pensión alimenticia por causa del proceso de divorcio de los cónyuges, al interesar el marido la supresión de la pensión alimenticia establecida a favor de dicho hijo al haber conseguido un trabajo. Por el Juez *a quo* se ha considerado que no procedía conocer del asunto sin haber demandado al citado hijo al tener este un interés en el asunto que debe ser protegido.

Sobre el tema que examinamos debemos traer a colación la sentencia de la AP de Las Palmas de 9-11-2000, “Coincide este Tribunal con el criterio del apelante que ha sido seguido por otro sector de la denominada jurisprudencia menor y de la que son muestra la SAP Ciudad Real (Sec. 1.ª de 26 de noviembre de 1997, núm. 343/1997, Rec. 293/1997. Pte. Torres Fernández de Sevilla, José María) y la de la AP Vizcaya (Sec. 2 de 6 de febrero de 1995, Rec. 103/1994. Pte. Erroba Zubeldía, M.ª Jesús) las cuales con-

sideran que el proceso matrimonial tiene como partes necesarias y excluyentes a los cónyuges, a salvo la especialidad de la intervención del Fiscal en los casos en que es preceptiva. No hay, por tanto, posibilidad jurídicamente admisible de que en el mismo existan otros litigantes, aunque a pesar de que su posición jurídica puede verse afectada, y ello porque esa afectación nunca es directa sino derivada o refleja, de modo que no quedan comprometidos directa y definitivamente sus derechos por la decisión que se adopte. Así ocurre en el caso de los hijos mayores de edad, en atención a los cuales se adoptará la contribución económica que se discute en posterior proceso, pues no se constituyen éstos en titulares directos de la pensión alimenticia, para lo cual siempre tienen abierta la posibilidad de instar el correspondiente proceso, sumario u ordinario, de alimentos, sino que en el ámbito del proceso matrimonial se contempla la posición del cónyuge en cuya compañía quedan para definir en favor de éste un derecho a obtener lo correspondiente para atender las necesi-

dades de aquéllos. Por eso es este cónyuge el único legitimado tanto procesal como materialmente, por cuanto a él sólo debe efectuarse el pago y administrar en atención al fin para el que la pensión se establece los fondos correspondientes...”.

En la misma línea interpretativa podemos señalar la sentencia de esta Audiencia Provincial, Sección 2.ª, de 14-3-2001, según la cual: “...La Sala no puede compartir como principio la falta de legitimación apreciada en la sentencia apelada, pues precisamente respecto de los hijos mayores en quienes concurren las circunstancias de carencia de ingresos y convivencia a que se refiere el párrafo 2.º del art. 93 del CC, el único legiti-

mado es el progenitor con el que conviven, después de la reforma llevaba a cabo en el precepto citado por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que viene a reconocerle una legitimación sustantiva para reclamar o defender una prestación alimenticia de la que son beneficiarios sus hijos...”.

Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa resulta que debe otorgarse legitimación pasiva a la madre y ex esposa demandada en este proceso para oponerse, como lo ha hecho, a la petición de supresión de la pensión alimenticia, sin que sea necesario traer al proceso al hijo cuya pensión alimenticia se discute en este proceso.

## IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

1. *Imposibilidad de reclamar las pensiones alimenticias correspondientes a los períodos en los que se ha producido una pacífica y continuada convivencia, que se ha llevado a cabo según las reglas ordinarias que rigen la vida en común de un grupo familiar, debiendo entenderse que el esposo ha contribuido de modo directo a todas las prestaciones que la familia necesitaba.*

**AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 14 de mayo de 2002.**  
**Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.**

La parte demandada en ejecución, apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, ha interesado que no se dé lugar a la reclamación planteada de contrario, aun advirtiendo que no se opone a abandonar la vivienda, señalando que ha convivido con la familia porque la deman-

dante así lo ha deseado, y en este tiempo ha contribuido al pago de todas las cargas familiares y de las atenciones tanto de los hijos como de aquélla.

La parte demandante, también apelante, ha reiterado la reclamación económica, que cifra en 4.420.000 pesetas, o subsidiaria-

mente 1.320.000 pesetas más de la cantidad señalada en el auto apelado (2.820.000 pesetas), descontando 40.000 pesetas mensuales, satisfechas por aquél mientras residió en la vivienda, interesando, asimismo, la condena en las costas de la instancia a la contraparte. Afirmó que la sentencia debe cumplirse en sus propios términos, y que la estancia de aquél en el domicilio se debió a su enfermedad, por lo que plantea la reclamación hasta el mes de marzo de 2001.

El debate que plantean ambas partes en esta alzada, reiterativo del que ya se resolvió a través del auto apelado en la instancia, ciertamente debe resolverse de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues es válida la afirmación, de carácter general, relativa al cumplimiento de la sentencia en sus propios términos; sin embargo, no es posible aceptar reclamaciones y pretensiones que estén fundamentadas en un claro abuso del derecho, que en ningún caso puede ser tutelado judicialmente conforme a las claras prescripciones del artículo 7 del Código Civil, y ello, para evitar el enriquecimiento injusto que pudiera producirse si no se tuvieran en cuenta las incidencias ocurridas con posterioridad a la fecha de la sentencia que pretende ejecutarse.

En efecto, se dicta sentencia de separación con fecha de 29 de octubre de 1998, acordándose la medida relativa al pago de la pensión de alimentos, en la cuantía de 60.000 pesetas mensuales, y en concepto de pensión compensatoria el importe de 40.000 pesetas mensuales.

Como antecedente, conviene precisar, y ha quedado demostrado así en la presente litis, que se dictó providencia de fecha 27 de abril de 1998, en fase de medidas provisionales, resolución firme, acordando fijar los atrasos hasta esta fecha, por importe de 1.040.000 pesetas.

No hay constancia ni prueba de que el demandado en ejecución estuviera residiendo en la vivienda familiar, cuyo uso también fue atribuido en fase de medidas provisionales a los hijos y a la madre, desde el mes de

mayo de dicho año hasta la fecha en la que se dictara sentencia, de manera que, en cumplimiento de lo resuelto en su momento en dicha fase de medidas provisionales, ciertamente se ha de atender a la reclamación formulada, por impago de las cantidades a las que aquél venía obligado, por importe de 80.000 pesetas mensuales, lo que arroja una cantidad total de 480.000 pesetas, importe que unido a la deuda declarada en la providencia de 27 de abril de 1998, arrojan la suma total de 1.520.000 pesetas, atrasos debidos hasta el mes de octubre de 1998.

Sin embargo, es lo procedente, por un lado, estimar parcialmente el recurso interpuesto por el ejecutado, y por el otro, desestimar el interpuesto por la parte ejecutante, con revocación parcial de lo resuelto en el auto de 4 de julio de 2001, que ha dado lugar a la reclamación planteada hasta el mes de noviembre de 1999, pues no es posible, acreditada la convivencia del ejecutado con su familia, solicitar las pensiones relativas a dicho período de convivencia, pues a falta de prueba en contrario, conforme al artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de presumirse que aquél ha contribuido al pago de todas las cargas y atenciones familiares de un modo directo en favor de los hijos y de la esposa, quien no acredita otro extremo, y antes bien, su propia postura propicia prueba suficiente para concluir en la realidad de una convivencia deseada desde el mes de octubre de 1998.

La circunstancia de dicha convivencia, desde esta fecha, no la niega la esposa, y aunque pretende justificarla bajo la razón de la enfermedad del esposo, ello no ha quedado acreditado.

Presenta la ejecutante con fecha de 24 de febrero de 1999 escrito reclamando los atrasos debidos por razón de lo resuelto en la providencia de 27 de abril de 1998, así como lo adeudado desde mayo a octubre del mismo año, y de noviembre de 1998 a febrero de 1999, señalando que ha acogido a su marido en el domicilio dada su situación física, al tiempo que expone que, una vez curado, se niega a abandonar la vivienda. Ello da lugar a dictado de la providencia de 7

de abril de 1999 que acuerda requerir a aquél para que desaloje la vivienda, al tiempo que se insta al mismo para que abone lo adeudado.

Nuevamente presenta la esposa nuevo escrito, en el mes de noviembre de 1999, reiterando la solicitud y planteando nueva reclamación, sobre la deuda devengada hasta noviembre de 1999.

Se dicta providencia de 16 de noviembre de 1999 que acuerda el lanzamiento del ejecutado de dicha vivienda, al tiempo que se decreta el embargo de bienes para asegurar el pago de 2.820.000 pesetas.

No obstante lo resuelto, con fecha 10 de enero de 2000, la propia esposa solicitó la suspensión del lanzamiento del esposo de dicha vivienda, de manera que de ello no cabe sino deducir el deseo de la continuación de la convivencia entre los mismos, situación que se prolonga hasta el mes de mayo de 2001, fecha en la que aquélla nuevamente solicita la continuación de la fase de ejecución de la sentencia, repitiendo los argumentos ya sostenido con anterioridad en otros escritos, y ampliando la reclamación hasta marzo de 2001.

Es evidente que, analizada la situación familiar afectante a las partes, no cabe sino concluir en la imposibilidad de reclamar los

períodos en los que se ha producido una pacífica y continuada convivencia, que se ha llevado a cabo según las reglas ordinarias que rigen la vida en común de un grupo familiar, debiendo entenderse que el esposo ha contribuido de modo directo a todas las prestaciones que la familia necesitaba, de manera que sólo resulta viable declarar la deuda existente hasta el mes de octubre de 1998, en el importe ya indicado de 1.520.000 pesetas.

Lo anterior no impedirá a la ejecutante plantear la reclamación de la deuda que se haya producido desde la definitiva salida del esposo del domicilio familiar, circunstancia que al parecer ya se ha producido, de modo que acreditada cuál sea dicha fecha, podrá la parte ejecutante formular nueva reclamación de dicha deuda, si realmente ésta existe y el esposo, una vez fuera de dicho domicilio, ha incumplido las obligaciones impuestas en la resolución judicial que se ejecuta, todo lo cual debe ser objeto del refrendo probatorio oportuno.

Lo resuelto en la presente resolución determina la improcedencia de condena en costas en la instancia a la parte ejecutada, dada la estimación parcial de la oposición planteada en su momento.

*2. Ineficacia de las cantidades entregadas por el padre directamente a los hijos para oponerse a la demanda ejecutiva por impago de pensiones.*

**AP BURGOS, Sec. 3.ª, Auto de 16 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Sancho Fraile.**

Por la representación de la parte demandada y apelante se impugna la resolución recurrida, alegando que deben tenerse en

cuenta las cantidades entregadas directamente por el padre a los hijos como pago de la pensión de alimentos.

De la documental aportada al escrito de oposición, la justificativa de entregas de dinero a los hijos, no puede inferirse que los abonos se imputen a pagos derivados de la pensión alimenticia judicialmente aprobada, sino a entregas voluntarias del padre para una mejor y mayor atención a las necesidades de sus hijos; desde luego, no hay dato que permita conectarlos con los importes por actualizaciones de la pensión alimenticia, objeto del título ejecutivo; sin perjuicio, como argumenta la resolución recurrida, de la modificación que proceda de las medidas por alteración sustancial de las circuns-

tancias, que no es objeto del presente procedimiento, limitado a la ejecución de determinados aspectos de una sentencia firme, y eficacia jurídica correspondiente, que no alcanza a la alteración o extinción de los derechos en ella reconocidos —desde luego, de los escritos de los hijos, Antonio y Beatriz, obrantes a los folios 23 y 40, no se desprende que el dinero de la pensión alimenticia no se haya destinado a los hijos o esté a su disposición; cuando, además, se afirma que en el tiempo que el hijo estuvo con el padre, no pagó pensión—.

3. *La falta de rigor formal en la concreción temporal de lo adeudado en concepto de pensiones alimenticias y actualización motiva la desestimación de la demanda de ejecución, sin perjuicio de que, una vez supla este defecto, pueda reconocerse a su favor la deuda que proceda.*

**AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 21 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés.**

La dirección letrada de D.ª Josefa se alzó contra el auto de 13 de marzo de 2001 pidiendo su revocación y que se condene al demandante D. Francisco al pago de la pensión de alimentos, mientras que la otra parte solicitó la confirmación con imposición de costas al recurrente.

La representación de D.ª Josefa presentó escrito de ejecución el 15 de junio de 2000 basándolo en la cláusula tercera del Convenio de 10 de octubre de 1995 aprobado por la correspondiente sentencia en la que se establece en concepto de pensión de alimentos a favor de los hijos menores la cantidad de 70.000 pesetas mensuales actualizables se-

gún el IPC, especificándose que la cantidad se incrementará en 10.000 pesetas a partir del 1 de diciembre de 1998, y reclamando 300.000 pesetas en concepto de pensión alimenticia, sin referirlas a un período temporal determinado; la inconcreción temporal se mantiene en los escritos de esta parte presentados el 24 de enero de 2001 y 22 de febrero del mismo año, siendo más significativo este último pues se había ya dado traslado por resolución de 31 de enero de 2001 del escrito de oposición a la ejecución en el que se denunciaba expresamente el defecto formal al que hemos aludido, y tam-

bién en el propio escrito de formalización del recurso de apelación.

Esa falta de rigor formal en la localización temporal de lo adeudado, que no es indispensable que se haga por meses sino que se puede realizar por periodos temporales más amplios, dificulta enormemente el derecho de defensa del obligado al pago al que corresponde la carga de la prueba de este hecho de conformidad con el principio de la carga de la prueba contenido antes en el artículo 1214 del Código Civil, derogado y sustituido por el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la verificación por el órgano jurisdiccional de la cantidad reclamada, por ello procede la desestimación del

recurso de apelación en este punto sin perjuicio de que una vez que se supla este defecto, en su caso, pueda reconocerse una deuda a favor de la ejecutante a resultas de la prueba practicada.

La petición de la ejecutante sobre la actualización debe correr la misma suerte que la anterior, ante la ausencia de aportación de la correspondiente Certificación del Instituto Nacional de Estadística, si bien dicha omisión podía haber sido suplida por el órgano jurisdiccional dado el carácter público del IPC, y la decisión aludida no excluye la actualización cuando se haga la aportación correspondiente.

4. *Si el ejecutado dejó transcurrir el plazo concedido sin oponerse, la oposición que presenta después no puede ser atendida por extemporánea.*

**AP MADRID, Sec. 24.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Rosario Hernández Hernández.**

Del examen detallado de los testimonios de particulares recibidos, se desprende que en virtud de providencia de fecha 13 de enero de 1999, en la que se fijó la deuda, se acordó requerir al ejecutado, a fin de que abonase a D.<sup>a</sup> Y. en concepto de actualizaciones y atrasos, la cantidad que en la misma se indica, resolución ésta consentida y firme, por cuanto contra la misma no se interpuso recurso alguno, cuando pudo y debió hacerse, pues no nos consta razón al-

guna que se lo hubiera impedido, de donde resulta en efecto extemporánea, como en el acto de la vista nos indicaba el letrado de la parte recurrida, la impugnación que ahora se deduce, argumento éste que en sí mismo es bastante para la desestimación del recurso que nos ocupa, en orden a la pretensión de que se declare no haber lugar a despachar ejecución por no existir la deuda, o, en el peor de los casos, se reduzca su cuantía.

5. *Desestimación de la demanda de ejecución planteada por la esposa con base en un convenio extrajudicial en el que los cónyuges fijaron una pensión compensatoria cuando con posterioridad fue aprobado judicialmente otro convenio regulador.*

**AP MÁLAGA, Sec. 6.<sup>a</sup>, Auto de 17 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Soledad Jurado Rodríguez.**

Constituyen los antecedentes de la cuestión sometida a esta Sala los siguientes: 1.<sup>o</sup>) el 20 de mayo de 1995 se dicta sentencia declarando disuelto por divorcio el matrimonio entre D.<sup>a</sup> Josefina y D. Eduardo y aprobando el convenio regulador suscrito entre los cónyuges en el que, entre otros acuerdos, se establece que el esposo se obliga a abonar a su esposa mensualmente la cantidad de setenta y cinco mil pesetas en concepto de pensión compensatoria, que será revisada y aumentada anualmente de forma automática; 2.<sup>o</sup>) el 3 de septiembre de 2001 se presenta demanda ejecutiva por D.<sup>a</sup> Josefina en la que, en base a lo establecido en el artículo 517.2.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, termina suplicando al Juzgado que acuerde requerir a D. Eduardo para que abone a D.<sup>a</sup> Josefina suma de 452.960 pesetas, más intereses, a tenor de lo establecido en el convenio regulador vigente, fundamentando tal petición en que en la sentencia de divorcio dictada el 20 de mayo de 1995 se aprobó el convenio regulador aportado y ratificado por los cónyuges a presencia judicial en los autos de separación, si bien la cuantía de la pensión compensatoria quedó fijada en 100.000 pesetas mensuales en virtud de acuerdo suscrito entre los cónyuges el 3 de mayo de 1995; 3.<sup>o</sup>) el auto dictado en la anterior instancia estima la oposición a la ejecución al entender que la ejecución solicitada lo es en base a un título extrajudicial,

sin que dicho convenio esté recogido como uno de los títulos del artículo 517 en relación con el 549 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; 4.<sup>o</sup>) Frente a esta resolución se alza la ejecutante alegando que si bien es verdad que en la sentencia de divorcio se cifró la pensión compensatoria en 75.000 pesetas, ello se consiguió con argucias procesales pues para conseguir el divorcio sin dilación pactó con la ahora ejecutante elevar la pensión compensatoria a 100.000 pesetas, debiéndose dar validez a lo estipulado entre los cónyuges en documento privado.

Establece el artículo 776 que los pronunciamientos sobre medidas en los procesos matrimoniales se ejecutarán con arreglo a lo dispuesto en el Libro III de la Ley, y dentro de éste, de conformidad con el artículo 517.2.1.<sup>o</sup> constituye título ejecutivo la sentencia que dicta la medida concreta cuya ejecución se pretende, y es en dicho precepto donde basa la ejecutante la demanda presentada, por lo tanto, si lo que pretende es la ejecución de la concreta medida de pago de la pensión compensatoria fijada en la sentencia, porque precisamente lo que está interesando a través de este cauce es la ejecución de la sentencia dictada el 20 de mayo de 1995, resulta absurdo que insista en la ejecución de un convenio entre las partes contenido en documento privado cuyos acuerdos no solo han sido aprobados en esa

sentencia, sino que la contradicen, aspirándose en realidad a modificar lo resuelto judicialmente a través del cauce procesal ele-

gido, reservado a los títulos que llevan aparejada ejecución en el mencionado artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

## X. REGÍMENES ECONÓMICOS

1. *Posibilidad de ejercitar la acción de adición a la partición aun cuando los cónyuges hiciesen formal renuncia a cualquier acción o reclamación derivada de las operaciones efectuadas y en especial a la acción de rescisión por lesión establecida en el artículo 1074 del Código Civil.*

**AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 6 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilma. Sra. D.ª Asunción Sonia Mollá Nebot.**

La representación de D.ª Amparo ha entablado recurso de apelación contra la Sentencia de fecha 20 de noviembre de 2001, alegando infracción de los artículos 1079 en relación con los artículos 1410, 1344 y 1404 del Código Civil y la Jurisprudencia que los interpreta, pues la valoración que hace el juzgador *a quo* en la sentencia de instancia es incorrecta y no ajustada a derecho en cuanto que D.ª Amparo no podía renunciar a la liquidación de bienes o derechos que en aquel momento no fueron inventariados, y que omitidos, procede en aplicación del artículo 1079 del Código Civil adicionarlos. En concreto, se disiente de la interpretación que ha hecho el juzgador de instancia de la declaración final que se hace sobre la liquidación económica conyugal en la que “los esposos se dan por enteramente saldados y liquidados de todos sus derechos en la sociedad de gananciales que regía su matrimonio, sin más tener que pedir ni reclamar por ningún concepto derivado de la misma, sin perjuicio de lo previsto en el apartado III respecto a los solares de propiedad ganancia-

cial. En consecuencia, hacen formal renuncia a cualquier acción o reclamación derivada de las operaciones efectuadas y en especial a la acción de rescisión por lesión establecida en el artículo 1074 del Código Civil”. Por lo que se reitera la adición a la liquidación del crédito de la sociedad ganancial contra el demandado, en primer lugar por las cantidades actualizadas entregadas para la adquisición de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal sita en Utiel, la cual fue adquirida a plazos por el demandado en estado de soltero, pagándose durante el matrimonio con fondos gananciales el crédito que gravaba esa vivienda; por otra parte se pretende la adición del crédito de la sociedad ganancial contra el demandante por valor de rescate o subsidiariamente por el importe actualizado de las primas pagadas correspondientes a la póliza mixta de seguro de vida, concertada por el demandado en mayo de 1985 con la aseguradora “Mapfre Vida, SA”, cuyas primas se fueron abonando con fondos gananciales, procediendo a su rescate en mayo de 1997, perci-

biendo la cantidad de 1.048.628 ptas. La parte apelada ha pedido la confirmación de la Sentencia de Instancia.

Respecto de la cuestión debatida centrada en la estimación de falta de acción, basándose en el convenio de renuncia formal y expresa aprobada en sentencia judicial de todas las acciones referentes a la liquidación de la sociedad de gananciales, es de señalar que tratándose de una renuncia de derechos su interpretación debe guardar relación concreta con el bien objeto de partición y no con los que en ella no se mencionan (STS 26 de marzo de 1980), de tal forma que siendo clara la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1079 del Código Civil en cuanto a la posibilidad de completar o adicionar los objetos omitidos, no pueden quedar afectados aquellos cuya renuncia no se enmarcó en la unidad estructural del acuerdo documental (STS 8 de marzo de 1999) en aplicación del *favor partitionis* aplicado en los artículos 1073, 1074, 1075, 1079, 1080 y 1081 del Código Civil, reconocido en las sentencias de 12 de julio de 1904, 17 de abril de 1943 y 25 de febrero de 1969.

Centrándonos en los dos créditos que solicita la actora sean adicionados a la liquidación de la sociedad, no pueden ser tratados de modo igual puesto que en aplicación de la jurisprudencia que anteriormente hemos referido es evidente que en el capítulo de créditos y derechos no realizables punto 3.<sup>º</sup> se hace referencia ya al crédito que ostenta el matrimonio frente al esposo por las mejoras efectuadas con los fondos gananciales en la vivienda privativa de aquel, sita en Utiel, cuyo valor es de 800.000 ptas. Así pues re-

sulta de ello que la renuncia de derechos enmarcaba los créditos pendientes respecto de este bien en la unidad estructural del acuerdo documental, de tal forma que habiéndose silenciado cualquier otro crédito pendiente respecto de ese mismo bien, dicha renuncia afecta a lo que a este bien se refiere. Se desestima por tanto la adición del crédito que ahora solicita la actora por la compra de dicho piso de las cantidades que fueron abonadas durante el matrimonio.

Cuestión distinta es la relativa al precio de rescate de la póliza mixta de vida, concertada por el demandado en mayo de 1985 con la aseguradora “Mapfre Vida, S.A.”, cuyas primas se fueron abonando con fondos gananciales, procediendo a su rescate en mayo de 1997, percibiendo D. Carlos, la cantidad de 1.048.628 ptas. (certificado de “Mapfre” al folio 75 de autos e ingreso de extracto agrupado del Banco de Santander en la cuenta de Carlos, al folio 26 de autos). Dicho crédito sí que debe adicionarse a la masa patrimonial de la sociedad de gananciales, dado que nada sobre el mismo consta en el convenio regulador en el capítulo de liquidación de dicha sociedad, siendo un crédito omitido que procede a tenor del imperativo legal anteriormente expresado en el Código Civil, concretamente el artículo 1079 de dicho cuerpo legal en relación con la jurisprudencia que lo interpreta, no se ha hecho renuncia al mismo no constando referencia a él en el convenio regulador en el susodicho entiendo que procede la revocación de la sentencia en este punto, considerándose dicho crédito adicionable, procediendo con ello a la revocación parcial de la sentencia.

2. *Reconocimiento como deuda del esposo, y a los efectos del art. 1405 del CC, del importe de las pensiones alimenticias de los hijos que no abonó en su momento.*

**AP VALENCIA, Sec. 10.<sup>a</sup>, Sentencia de 8 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina.**

La parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Requena el día 20 de noviembre de 2001, que determinó los bienes que integran el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales integrada por los cónyuges D. Antonio y D.<sup>a</sup> María, así como su valoración.

Solicitan los recurrentes, hijos de la actora fallecida, que se declare que el demandado adeuda el importe de las pensiones fijadas a su cargo en concepto de contribución a las cargas del matrimonio por el auto de 17 de febrero de 1984; el demandado al absolver la posición sexta en la prueba de confesión judicial (folio 126), manifestó que abo-

naba mensualmente la cantidad de 20.000 pesetas, pero no quedaba constancia de ello en ningún documento y no lo puede justificar; queda por lo tanto sin prueba su alegación de que sí abonó las pensiones adeudadas, por lo que hay que concluir que fue la actora quien debió hacerse cargo sola del mantenimiento de sus dos hijos; razones de elemental justicia respaldan que en este mismo procedimiento de liquidación de los gananciales se declare el derecho de la parte apelante a percibir el importe de estas pensiones, que asciende a la suma de 3.779.231 pesetas, al amparo del artículo 1405 del Código Civil en relación con el artículo 1894 del mismo texto legal.

3. *Si los cónyuges se separaron y firmaron un convenio regulador en el que no se reconocía derecho a pensión compensatoria, extinguiéndose el régimen económico con la sentencia de separación, no procede conceder la pensión establecida en el art. 1438 del CC.*

**AP MADRID, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 10 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.**

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra sentencia de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado que se reconozca el derecho a la compensación económica establecida en el artículo 1438 del Código Civil, dado el régimen eco-

nómico acordado en el convenio de separación, así como la dedicación a la familia, al tiempo que también se ha dedicado a trabajar, siendo superiores los ingresos del esposo. La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso, ha solicitado la confirmación de la sentencia.

En modo alguno puede tener favorable acogida la pretensión mantenida en el escrito de formalización del recurso de apelación, pues ha de partirse de la base de que se dictó sentencia de separación con fecha de 17 de octubre de 1990, que aprobó un convenio en el que se establecían diversas medidas de orden personal y económico, al tiempo que no se reconocía el derecho la pensión compensatoria en favor de la esposa, y asimismo, también se indicaba expresamente, con escaso rigor técnico-jurídico, la vigencia, a partir de la separación, del régimen de separación absoluta de bienes.

Conviene precisar, y así lo ha hecho ya esta sala en sentencias, entre otras, de fecha 23 de marzo de 1999, que lo anterior supone una flagrante vulneración de lo prevenido en el artículo 95 del Código Civil, en cuanto establece que la firmeza de la sentencia habrá de producir, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial, sin que quepa, desde este momento, ni expresa ni tácitamente, hacer distinción alguna en razón del que pudiera existir, sea el de gananciales, ya el de participación, o bien el de separación de bienes; en consecuencia, cualquiera de ellos habrá de quedar sin vigencia alguna ulterior, sin que pueda ser sustituido por ningún otro, dado que el régimen económico matrimonial, en cualquiera de sus posibles alternati-

vas, es inherente a la propia unión nupcial, de tal modo que una vez que la quiebra de la misma ha quedado judicialmente sancionada, a través de la separación, el divorcio o la nulidad, no puede subsistir ningún régimen económico. Ello sólo sería viable en aquellas hipótesis en que, subsistiendo el matrimonio en toda la plenitud de derechos y obligaciones, se extingue la sociedad de gananciales o el régimen de participación, en los términos consagrados en los artículos 1373, 1393, 1415 y 1316 del Código Civil, en los que de conformidad con el artículo 1435 del mismo texto legal, ha de entenderse sustituidos aquellos, salvo que otra cosa acuerden los interesados, por el régimen de separación de bienes.

Dicho lo anterior, es evidente que desde que se produjo la ruptura matrimonial de un modo definitivo, y acordada la separación judicialmente, y no obstante el tenor de lo señalado en el convenio al respecto, con infracción de normas de orden público, no ha existido ningún régimen económico, y por ende, falta el presupuesto legal y jurídico necesario para el reconocimiento del derecho establecido en el artículo 1438, de manera que resulta innecesario abordar otras argumentaciones al respecto, y no obstante los razonamientos contenidos en la sentencia impugnada, que justifican el rechazo de tal beneficio por otros argumentos.

4. *La indemnización que percibe un cónyuge por despido tiene carácter privativo al ser un bien inherente a la persona y no susceptible de transmisión inter vivos.*

**AP LUGO, Sentencia de 24 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Ana Díaz Pérez.**

El recurso de apelación interpuesto por la representación de M.<sup>a</sup> Luz plantea en primer lugar la cuestión del carácter ganancial de la

cantidad que se encontraba pendiente de liquidar y liquidada el 3 de septiembre de 2001, así como la eficacia de la escritura

pública de capitulaciones matrimoniales que da lugar al acuerdo de las partes de 4 de mayo de 2001 y su trascendencia en el proceso respecto a la liquidación de la Sociedad de Gananciales. Respecto a dicha cuestión es necesario precisar cómo primeramente se siguió procedimiento de incapacitación del esposo 274/2000 en el que se nombró administradora a la esposa, posteriormente ésta renuncia a la administración y el 27-12-2000 se presenta demanda de separación, incorporándose con dicha demanda, la sentencia 04-02-2002 que decidía sobre el despido del esposo, procedimiento iniciado en el 98, estimada la demanda por despido improcedente, condenando al abono del 1.903.353 y al pago de los salarios de tramitación (21.356 pts. al día). Por tanto la esposa conoció dicha sentencia que incorpora con la demanda de separación y aunque la liquidación definitiva se produjo el 3 de septiembre del 2001 la cantidad se podía determinar perfectamente con una simple operación matemática desde que recayó la sentencia, a mayor abundamiento el 2 de marzo de 2000 conociendo la esposa dicho concepto mani-

fiesta en capitulaciones matrimoniales que no existe ningún bien de carácter ganancial por lo que no es necesario liquidar la sociedad de gananciales rigiendo desde ese momento separación de bienes entre los cónyuges, en base a dichas capitulaciones se llega al acuerdo de 4 de mayo de 2001 ratificándose en las capitulaciones y ello no puede ser de otro modo ya que si analizamos el carácter ganancial o privativo de las indemnizaciones por despido, nuestro Tribunal Supremo acoge las tesis mantenidas por la representación del esposo un bien privativo, inherente a la persona y no susceptible de transmisión *inter vivos* (art. 1346.5 del Código Civil, STS 1096/1999, de 22 de diciembre de 1999), bien privativo que además se liquida cuando ya regía entre los esposos el régimen de separación de bienes en virtud a la ya mencionada escritura de capitulaciones matrimoniales cuyos efectos entre otros fueron liquidar la sociedad de gananciales y establecer un nuevo régimen económico, a partir de dicho momento, separación de bienes, sin necesidad de esperar a la sentencia firme de separación.

5. *No puede admitirse la pretensión de la esposa en cuanto a que en el activo de la sociedad se incluya un crédito frente al esposo equivalente al valor del uso de la vivienda durante el período en el que estuvieron separados de hecho.*

**AP VALENCIA, Sec. 10.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> María Pilar Manzana Laguarda.**

Se sostienen por la recurrente la inclusión en el activo de la sociedad como crédito frente al esposo el valor del uso de la vivienda conyugal durante el tiempo que va desde la separación de hecho —abril de

1999— hasta la venta de la vivienda —julio de 2001— y que valora en la suma de 60.000 pesetas mensuales a modo de alquiler por el uso de la vivienda y de los muebles y enseres que se encontraban en su interior y que

formaban el ajuar conyugal. Pues bien, dicha pretensión no puede prosperar en la medida en que no cabe sobre vivienda propia de cotitularidad compartida la presencia de un alquiler entre los cónyuges, ni valorar el uso que uno tiene reconocido tras cinco meses de la separación de hecho, por el dato

que suministra el que jamás se solicitó compartir ese uso o las ganancias que ese uso podía reportarle; en consecuencia debe entenderse que se consintió ese uso exclusivo y por tanto excluyente de su esposo durante el tiempo que va desde cinco meses tras la separación de hecho hasta la venta del mismo.

6. *Inclusión en el activo de la sociedad de gananciales de la cantidad entregada por la esposa a la hija antes de que se disolviera la sociedad.*

**AP JAÉN, Sec. 3.ª, Sentencia de 16 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Passolas Morales.**

Interpone Recurso de Apelación el Procurador en la representación que ostenta del esposo, al haberse dejado de incluir en el activo la cantidad de 400.000 pesetas, y en cuanto al pasivo por no ser incluido en el mismo las cantidades de 194.845 pesetas, 49.994 pesetas y 181.619 pesetas, con origen en deuda con El Corte Inglés, préstamo de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, y Comunidad del Complejo Residencial “Los Rosales”, respectivamente.

El esposo impugna la Sentencia, al no estar conforme con los pronunciamientos de la Sentencia de incluir en el activo, la cantidad de 600.000 pesetas como crédito de la Sociedad contra la hija D.ª Silvia y la suma de 475.000 pesetas como crédito de la Sociedad contra D.ª Capilla, por disposición unilateral extraordinaria a favor de la hija antes mencionada.

Pues bien, conforme al contenido del artículo 1378 del Código Civil, serán nulos los actos a título gratuito si no concurriere el consentimiento de ambos cónyuges, siendo como afirma la Sentencia de 20 de febrero de 1987, que al respecto de la no responsabilidad del patrimonio ganancial por las obligaciones contraídas por el marido a título gratuito, está a su vez inmersa en la más general de la extensión de esa responsabilidad cuando las obligaciones o deudas contraídas por aquel, redunden en interés de la familia o hubieren sido asumidas en defensa o beneficio de la misma (y en igual sentido STS 13 de marzo de 1987). En el concreto caso la aplicación del art. 1378, no puede verse afecta por costumbres inciertas, no acreditadas, lo que lleva a la conclusión de que habrán de incluirse en el activo el total transferido a la hija de 1.475.000 pesetas, y que fue el día 17 de abril de 1999 (600.000 pesetas) y 15 de junio de 1999 (875.000 pesetas) antes de quedar disuelta la Sociedad.

## XI. FILIACIÓN

1. *No hay vicio de voluntad y por tanto el reconocimiento efectuado por el demandado ante el Encargado del Registro Civil y consentido por la madre de la menor fue a sabiendas de que ésta no era hija biológica de aquél.*

**AP MADRID, Sec. 24.<sup>a</sup>, Sentencia de 29 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Correas González.**

Antes que nada conviene destacar, como base o pilar fundamental para resolver el presente recurso de apelación, el informe del Ministerio Fiscal obrante a los folios 74 y siguientes de las actuaciones, por cierto, copia literal, fiel y exacta de una sentencia que pusimos en fecha 7 de octubre de 1997; y en consonancia con dicho informe y con lo que dijimos en la indicada resolución; conviene al caso recordar para una mejor comprensión de lo que después se dirá que tras la reforma operada en 1981 el legislador ha mantenido la figura del reconocimiento dentro del marco de la filiación no matrimonial y lo menciona en el artículo 120 del CC al decir que: “la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente, 1.<sup>o</sup>) por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento, o en otro documento público”. La naturaleza jurídica del reconocimiento de la filiación ha sido siempre cuestión sumamente debatida. Las posiciones mantenidas al respecto se diversificaron en dos tendencias distintas: la que lo consideraba como una declaración de voluntad, constitutiva de un negocio jurídico de Derecho de Familia; y la que entendía que es una simple declaración de conocimiento o ciencia, o manifestación de carác-

ter confesorio. La diferencia más importante entre una y otra manera de configurar el acto que nos ocupa, se encuentra en la relevancia que haya de darse al elemento volitivo y, por ende, a la concurrencia de vicios de la voluntad (por ejemplo: violencia, intimidación, dolo, etc...), que serán relevantes si se trata de declaración de voluntad, pero no si existe una declaración confesoria. En sentido ambivalente se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo, sirva de ejemplo aquella sentencia de 14 de marzo de 1994 que dice: “el acto de reconocimiento es una declaración de voluntad tendente a producir efectos jurídicos a la que tan poco se le puede negar su categoría de confesión”.

Sea como quiera, tanto si se sigue la teoría del reconocimiento admisión, como si se sigue la del reconocimiento confesión, la solución del presente problema se impone fácil y no precisa de mayores argumentaciones jurídicas pues es de simple entendimiento, ya que queda claro desde la propia demanda que la prestación de voluntad del señor M. no adoleció de ningún vicio invalidante como la violencia, intimidación, dolo o error; y la prestación de voluntad consistiendo y reconociendo a la menor Lucía fue

a sabiendas de que no era hija biológica suya. En efecto, en la demanda se dice que la finalidad del reconocimiento de paternidad era la inicial intención de contraer matrimonio la demandante y el demandado y ello queda frustrado. No hay vicio de voluntad y el reconocimiento efectuado por el demandado y consentido por la demandante fue a sabiendas de que la hija biológica de la demandante, llamada Lucía, no lo era del demandado. No se trata ahora de discutir la realidad biológica, por lo dicho, sino de una prestación de voluntad sin vicios y de una confesión ante el encargado del Registro Civil de reconocimiento del demandado a Lucía como hija suya con la importancia de efectos que tal declaración lleva consigo, en el orden personal, familiar, social patrimonial y hereditario que afectan todos al orden

público, y que, en su consecuencia, no pueden quedar al capricho, arbitrariedad o cambio unilateral de voluntad de las partes; por ello, no cabe en esta materia transigir y menos, como muy bien observa el Ministerio Fiscal en su informe (folio 74), allanarse; allanamiento intentado por el demandado que es contradictorio con lo manifestado por el mismo en prueba de confesión judicial del folio 67 donde al absolver la posición séptima contesta que: “Lucía lleva sus apellidos y con todas las consecuencias que ello conlleva, que para el confesante Lucía es como una hija suya y así la considera”. Por todo cuanto antecede y en atención a que el presente reconocimiento es un acto expreso, personalísimo, unilateral, independiente, puro, solemne e irrevocable; procede desestimar el presente recurso de apelación.

2. *Estimación de la demanda de impugnación de paternidad matrimonial interpuesta por el esposo aun cuando había transcurrido el plazo de caducidad de un año desde la fecha de inscripción en el Registro Civil.*

**AP MADRID, Sec. 22.<sup>a</sup>, Sentencia de 7 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.**

A través de la demanda rectora del procedimiento que hoy se somete a la consideración del Tribunal, el actor ejercita acción impugnatoria de su paternidad respecto de los tres hijos habidos por su ex esposa durante la convivencia matrimonial, aduciendo, en apoyo de tal pretensión, que tras ser dictada, en el mes de marzo de 1999, la sentencia de divorcio de los hoy litigantes aquél recibió anónimamente una fotocopia del Libro de Familia, cuyo original obra en poder de la Sra. G., en la que aparece manipulado el nombre del padre de los niños, así como

el primer apellido de los mismos, figurando en su portada, como titulares del Libro, don Rafael, actual compañero sentimental de la Sra. G., y esta misma, y como apellidos de los menores los de S. y G., en vez de J. y G., acompañando a dicha demanda la aludida fotocopia. Se sigue relatando que en octubre de 1999, cuando don Francisco intenta visitar a los menores, su ex-esposa le manifestó que “estos no son hijos tuyos”, repitiendo constantemente esta frase, hasta el punto de que los que hasta entonces tenía por sus hijos comenzaron incluso a decirle que no

querían irse con él porque no era su padre. Se añade que tales datos habían sido ocultados dolosamente hasta entonces por D.<sup>3</sup> María Josefa.

En el escrito de contestación que la demandada presenta se comienza, de modo sorprendente, exponiendo que “llama la atención que el actor plantee la impugnación de reconocimiento de paternidad nada menos que sobre sus tres hijos, entendiéndolo el actor, por tanto, que no es padre de ninguno de ellos”. En dicho escrito se niegan de un modo ambiguo y genérico los alegatos del demandante respecto de las noticias que al mismo había llegado sobre su no paternidad, pues se alega tan sólo que “el relato de contrario recogido en el numeral fáctico cuarto no deja espacio, tan siquiera, a una mínima contestación que, por vergüenza y respeto a sus hijos, ni tan siquiera debería haberse planteado o por lo menos redactado...”. Aunque dicha litigante invoca la “prescripción” de la acción entablada (en referencia errónea a su caducidad), conforme al artículo 141 del Código Civil), invita al actor, en el hecho cuarto de su contestación, a que proceda a realizar las pruebas determinantes de su paternidad, si bien parece supeditar su sometimiento a las mismas al abono por aquél de las pensiones alimenticias que se dicen adeudadas desde el año 1998.

Abierta la fase probatoria, el demandante propone, entre otros medios, la pericial biológica, a practicar por el Instituto Nacional de Toxicología, respecto de la que la demandada, al evacuar el traslado del artículo 612 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, muestra su oposición que, sin embargo, no apoya en la caducidad invocada (denominada prescripción en la contestación a la demanda), sino en el daño físico y psicológico que sobre unos niños puede generar la misma, añadiendo que debe ser el señor J. quien debe correr con los gastos de la prueba.

Admitida la misma, mediante auto de 8 de junio de 2000, se cita a las partes para su asistencia al citado Instituto en la fecha esta-

blecida por el mismo, según providencia de 6 de julio, apercibiendo a la demandada de que, de no comparecer con los hijos, “le parará el perjuicio que hubiere lugar en derecho”.

No habiendo asistido dicha litigante, ni los hijos, a la toma de muestras, el Ministerio Fiscal presenta, en 13 de octubre, escrito interesando sea nuevamente citada “bajo los apercibimientos legales, en concreto haciéndole saber las consecuencias que su negativa al sometimiento a dicha prueba pueda acarrearle según la S. Tribunal Constitucional de 17-1-1994”.

El Órgano *a quo* dicta, en 20 de octubre, providencia acordando la citación de la Sra. G., con apercibimiento de que, en caso de no comparecer ante el antedicho Organismo, “se le podrá tener por conforme con los hechos de la demanda”. Tras diversas incidencias procesales, dimanantes de la falta de citación personal de la referida litigante, se dicta auto en 9 de enero de 2001 habilitando el horario nocturno para práctica de la diligencia de citación, reiterándose el antedicho requerimiento.

Citada finalmente la demandada, mediante diligencia practicada en 22 de enero de 2001, se somete, en unión de sus hijos, a la pericia acordada que, a tenor del informe unido a los folios 148 y siguientes de los actuaciones, descarta la paternidad del actor respecto de Kevin y Noelia, ya que ninguno de los alelos del primero se encuentran en los menores, al contrario de lo que acaece respecto de C., en el que los análisis efectuados arrojan una probabilidad de paternidad de don Francisco del 99,99985%.

En el trámite del artículo 701 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, el actor mantiene su pretensión impugnatoria de la paternidad respecto de Kevin y Noelia, en tanto que la demandada deja transcurrir, en absoluta inactividad, dicha posibilidad alegatoria. Por su parte el Ministerio Fiscal, no obstante lo categórico del resultado de la pericia realizada, suplica la desestimación de la demanda, por entender que la acción ejer-

citada había caducado, de conformidad con lo prevenido en el artículo 136 del Código Civil.

La Juzgadora *a quo* acaba por acoger la tesis del Ministerio Público, en base al citado precepto sustantivo, apoyándose igualmente en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1996, 28 de mayo de 1997 y 31 de diciembre de 1998.

Y contra dicho criterio decisorio se alza el demandante, suplicando de la Sala su revocación y, en su lugar, se declare la no paternidad del mismo respecto de los menores Kevin y Noelia.

Ciertamente el artículo 136 del Código Civil, en que apoya su postura el Ministerio Fiscal y asienta su resolución el Juzgado *a quo*, implica una imposición legal que, conforme declara el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de septiembre de 2000, no puede desatenderse, pues se trata de cortar “toda incertidumbre en el seno de la familia con amagos sin límite sobre aquello, al desconocimiento de una filiación, que pudo tener su momento como dice el precepto y no se aprovechó sin que nada coartara la voluntad para hacerlo ni impidiera el conocimiento de la verdad familiar”.

Igualmente la Jurisprudencia (*vid.* sentencia de 21 de julio de 2000) viene a distinguir entre las acciones de impugnación de la paternidad recogidas en los artículos 136 y 138 del Código Civil, conectando la primera con la presunción de filiación matrimonial que consagra el artículo 116, y que nada tiene que ver, según se sostiene, con el reconocimiento de los artículos 117, 118, 119 y 120.1, en cuyos supuestos, de haber existido vicio del consentimiento, la impugnación de paternidad debe discurrir por la vía habilitada en los artículos 138 y 141.

En tal modo, la citada doctrina jurisprudencial, reiterada igualmente en otras sentencias como las de 20 de junio de 1996 y 31 de diciembre de 1998, citadas en la resolución apelada, parece condicionar la impugnación de la paternidad matrimonial dimanante de la presunción del artículo 116 al ejercicio de la acción dentro del plazo seña-

lado en el artículo 136, que debe computarse, según su tenor literal, desde la inscripción de la filiación en el Registro Civil o, en su caso, desde que el marido conozca el nacimiento.

Dicho rigorismo, de inexcusable proyección a los supuestos en que el esposo puede albergar fundadas sospechas sobre su paternidad desde el momento en que conoce el nacimiento del hijo habido por su esposa, e inscrito como matrimonial en el Registro civil, y ello en base a obvias razones de seguridad jurídica en las relaciones paterno-filiales, ofrece sin embargo serias dudas lógico-jurídicas en orden a su posible extensión a aquellas hipótesis, cual en el caso acaece, en que habiendo mantenido el esposo relaciones sexuales con su cónyuge en la época de concepción del hijo, y no teniendo motivo alguno, en tales momentos, para sospechar de la posible infidelidad de la esposa, llegan a su conocimiento, una vez transcurridos los plazos del citado precepto, noticias que, de modo fundado y serio, pueden hacer descartar la paternidad formalmente constituida a través del mecanismo del artículo 116.

Excluir en tales supuestos el ejercicio de la acción impugnatoria, por su caducidad, implicaría colocar al esposo en una gravísima situación de indefensión, cuando no de injusta discriminación respecto de las hipótesis contempladas en los artículos 138 y 141, en los que el cómputo del año de caducidad arranca bien del momento del reconocimiento, ya del tiempo del cese del vicio del consentimiento, pues es obvio que en los primeros difícilmente, en benévolo calificativo, se podía ejercitar la acción en una etapa de confianza plena en la fidelidad del otro cónyuge, que sólo se desvanece cuando, de aplicarse literalmente artículo 136, ya sería inviable la activación judicial de la misma. No deja de existir en tales casos, respecto de la paternidad legalmente atribuida, un error que no puede ser indiferente al mundo del derecho, so pena de echar por tierra elementales postulados en los que el mismo ha de asentarse, si ha de cumplir su función de dar a cada uno lo que le corres-

ponde, haciendo prevalecer, en casos como el que nos ocupa, la verdad material o biológica sobre la ficción jurídica.

Y así, las citadas sentencias del Alto Tribunal, en las que parece mantenerse de modo inconvencional la caducidad del artículo 136, en los supuestos de la filiación matrimonial dimanante del artículo 116, no dejan de ofrecer interesantes resquicios a la tesis general sustentada. En efecto, en todas ellas se parte de la no realización de la prueba biológica, lo que impide llegar a conclusiones jurídicas distintas del *status* preestablecido. En tal modo, la de 20 de junio de 1996 expone que “no median de manera concluyente otras pruebas que pudieran avalar las pretensiones del recurrente”; en la de 21 de julio de 2000, aunque se insiste en la caducidad de la acción entablada, se añade que, en la exposición de circunstancias que hace el recurrente, “viene a reconocer paladinamente que admitida la prueba de análisis biológico de sangre y fallida su práctica en primera instancia por negativa de la demandada a prestarse a ella, el recurrente desiste de la misma y no la propone en segunda instancia, colocando así a la Sala... en la más absoluta falta de pruebas por decisión de la misma parte interesada en ella, parte a la que justamente es imputable la falta de práctica de dicha prueba y las posibles, que no fatales, consecuencia de su práctica por negativa del sujeto-objeto de la misma...”.

Y ante estos supuestos de posible práctica de la prueba biológica, la sentencia de 30 de enero de 1993 declara que el artículo 39 de la Constitución Española asegura la protección integral de los hijos, protección que clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad que incidiría en la anomalía de atribuir la potestad sobre ellos a quien no es su progenitor, haciendo igualmente referencia a la hiriente discordancia entre la situación legal y la realidad investigada, lo que abona la impugnación formulada en dicho supuesto, “ya que la tan deseada pacificación de modo alguno puede ser conseguida desde un formalismo, sustentado sobre una actuación fraudulenta y como tal

—art. 6.4 del Código Civil—, contraria, desde su origen, a Derecho, cuyas normas se resisten a ser aplicadas produciendo un efecto de indefensión constitucionalmente vedado, y con olvido de la investigación de paternidad también constitucionalmente admitida sin limitaciones en sí ni en unas consecuencias que imperativos de culto a la verdad y equidad y al espíritu y finalidad que han de inspirar la aplicación de las normas —art. 3.1 y 2 del Código Civil— impiden desconocer, desde aquel artículo 39.2 de la Constitución Española, ignorado si es que se concluyese en la prevalencia de la presunción *pater it est*, pese a que no se corresponde con la realidad”. Ciertamente dicha resolución no deja abierta de modo indefinido la posibilidad de entablar la acción impugnatoria, a raíz del conocimiento de datos que podrían ser contrarios a la paternidad legalmente constituida, pues se añade que no hay, respecto de la actuación del marido impugnante, “indicio alguno que permita poner a su cargo la más mínima demora ni mucho menos dejación de su decisión impugnatoria, tan pronto pudo entrever la verdad en su relación paterna, poniendo seguidamente en marcha, inmediatamente de tener mera sospecha, la decisiva investigación biológica que estableció, fuera de toda duda, la negativa de su condición paterna”.

En definitiva, en casos como el que estamos analizando, se impone una interpretación sistemática, e inclusive analógica, de las previsiones del artículo 136, que parte de unos condicionantes objetivos en los que no se puede incluir el conocimiento ulterior que el progenitor haya adquirido sobre su posible no paternidad; y no pudiendo quedar sin amparo legal estas últimas situaciones, se impone, en aras del principio de no indefensión proclamado en el artículo 24 de nuestra Carta Magna, la conexión de dicho precepto con el 141, pues no deja de existir un error, prolongado en el tiempo, que debe abrir, desde el momento en que empieza a diluirse, la posibilidad del ejercicio de una acción impugnatoria que, con anterioridad, resultaba absolutamente descartable, so pe-

na de obligar a los maridos, por mera precaución, a entablar la acción impugnatoria, o someterse a pruebas de paternidad, antes de transcurrido el año de la inscripción del hijo en el Registro Civil, en evitación de la caducidad de la acción que pudiera corresponderle, lo que, ahora sí, acabaría por arruinar la paz familiar.

Y es lo cierto que en el caso analizado difícilmente podría alterarse dicha paz, ni tampoco perjudicarse a los menores, respecto de los que, a través de los documentos unidos al escrito rector del procedimiento, se intuye ya que no son ajenos a las dudas sobre la paternidad del actor, lo que se corrobora por la demandada cuando, en su escrito de contestación, se sorprende de que el actor plantee la impugnación “nada menos que sobre sus tres hijos”, por entender que “no es padre de ninguno de ellos”; en tal modo parece que dicha litigante mantiene al respecto una situación de cierta duda, pues no obstante esgrimir la caducidad de la acción, ofrece someterse a la prueba biológica, lo que finalmente así realiza, cuando perfectamente podía haberse negado a ello, en co-

herencia con su propio planteamiento, al oponer una caducidad que finalmente fue acogida por el Órgano *a quo*, si bien no en base al artículo 140 invocado, sino en aplicación del 136.

Y en cuanto, a tenor de lo actuado, no puede afirmarse, pues ni siquiera se alega, que el actor, una vez llegadas a su conocimiento las noticias que determinaron el ejercicio de su acción, haya demorado la misma por más de un año, debe concluirse en la habilidad temporal del planteamiento de aquélla, excluyente de la caducidad apreciada en la instancia; y ello unido al resultado de la prueba de análisis de muestras sanguíneas y ADN han de conducir al acogimiento del recurso formulado.

Dado que la demanda ha de ser estimada parcialmente, no procede hacer especial condena en las costas procesales devengadas en la instancia, de conformidad con lo prevenido en el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que ha de hacerse extensivo a las originadas en esta alzada, a tenor del artículo 398.2 del mismo texto legal.

## XII. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *El momento concreto en que debe tenerse en cuenta si los padres biológicos están o no incurso en la privación de la patria potestad es aquél en el que se decreta el desamparo y no cualquier otro posterior carente de trascendencia a los oportunos efectos debatidos al quedar el menor fuera del ámbito proteccional del padre natural.*

**AP MÁLAGA, Sec. 6.<sup>a</sup>, Sentencia de 30 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. José Javier Díez Núñez.**

Entre los requisitos exigidos por el Código Civil para proceder a decretar la adopción de menores el artículo 177.2 establece

la necesidad que se dé “asentimiento” de los padres del adoptando, a menos que estén privados de la patria potestad o se encuen-

ten incurso en causa para su privación, en cuyo caso, tan sólo precisarán ser oídos por el juez en el expediente de adopción, considerando el órgano enjuiciador de primer grado que en el caso tratado era de observar que el padre biológico del menor Adán (nacido el 17 de julio de 1988) se encontraba incurso en causa de privación de la patria potestad al incumplir los deberes que le eran inherentes conforme a lo establecido en el artículo 154 del expresado Código Civil, consideración que es objeto de impugnación por la parte demandante, ahora recurrente, por considerarla la sentencia dictada totalmente lesiva y restrictiva de los derechos que como padre biológico le correspondían, por cuanto que el actor, Antonio, si bien había pasado por etapas de inestabilidad debido al cumplimiento de una pena privativa de libertad, actualmente se encontraba plenamente reinsertado en la sociedad y mundo laboral, habiendo contraído matrimonio con D.<sup>a</sup> Ana en enero de 1999, con quien había tenido descendencia, haciéndose cargo de esposa e hija cumpliendo con todas las obligaciones que le eran inherentes como marido y padre, respectivamente, disponiendo de vivienda en propiedad en la Calle Nuevo de San Andrés y desarrollando actividad profesional remunerada en la empresa “R.”, tesis que la Sala de apelación no puede aceptar, por cuanto que, como bien expresa la sentencia de instancia, la resolución a adoptar debe estar presidida en todo momento por el interés del menor que es, sin duda, el más digno de protección, por lo que no pueden quedar postergados en el entrecruzamiento de las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas utilizadas por las partes intervinientes en las actuaciones procesales, *favor minoris* “recogido no solamente en el artículo 39 de la Constitución Española sino también sancionado en Convenios Internacionales y en la Convención General sobre los Derechos del Niño, ratificado por España el 30 de noviembre de 1990”, indicando la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencias de 20 de abril de 1987 y 18 de junio de 1998 que “...el institu-

to de la adopción se encuentra inspirado en el interés del menor, al ser el más digno de protección... implicando una cuestión de hecho a apreciar por el Juzgador con apoyo en el resultado probatorio” y es en este sentido que nos encontramos que cuando el menor estaba bajo la guarda y custodia de la madre biológica y posteriormente con los abuelos paternos, el mismo estaba total y absolutamente desatendido en sus distintas facetas (afectiva, escolar, higiene, etc.), dado que con la primera de ellas ejerciendo la mendicidad con el menor en brazos no disponía de domicilio fijo y solía pernoctar en un vehículo abandonado, lo que determinó que se adoptaran medidas por la Administración en interés del menor, sin que durante el transcurso de los años se detectara la más mínima preocupación del actor por saber cuál era la situación de su hijo, no reconociendo su filiación paterna hasta transcurridos siete años, lo cual, ciertamente, por sí solo, no entraña motivo razonable para considerar al progenitor incurso en causa de separación, pero el hecho cierto es que durante los años transcurridos no existió ninguna relación paternofamiliar, no siendo de recibo ampararse en el hecho de que su ingreso en el Centro Penitenciario de Alhaurín de la Torre le imposibilitara tener contacto con el menor, por cuanto que del expediente administrativo se constata cómo durante el tiempo que permaneció el menor en el Centro de Acogida tan sólo recibió algunas visitas de su madre biológica, sin que por él se interesara ningún otro familiar, cúmulo de circunstancias que desembocaron, como no podía ser menos, en la declaración administrativa de desamparo en 1992, confirmado por resolución judicial de 13 de julio de 1995 y en su posterior acogimiento preadoptivo impuesto por resolución judicial de 13 de diciembre siguiente, desestimándose por auto de 30 de enero de 1998 en procedimiento 344/1997 la petición de cese de acogimiento solicitada por el padre biológico, lo que, en definitiva, sirve para considerar que éste, ahora recurrente, incumplía con los deberes asistenciales impuestos por el

artículo 154 del Código Civil para el ejercicio de la patria potestad, sin que, en modo alguno, sea acogible la tesis de que con posterioridad la apelante rehiciera su vida sentimental y familiar, habida cuenta de que considera el tribunal, acorde con el juzgador de primer grado, y como ya tiene establecido en resoluciones anteriores, que el momento concreto en que debe tenerse en cuenta si los padres biológicos están o no incurso en

la privación de la patria potestad es aquél en el que se decreta el desamparo y no cualquier otro posterior carente de trascendencia a los oportunos efectos debatidos al quedar el menor fuera del ámbito proteccional del padre natural, lo que desvirtúa por completo la argumentación defendida por la parte apelante al quedar sustentada sobre extremos fácticos extemporáneos a los efectos resolutorios de la cuestión aquí debatida.

2. *Desestimación de la oposición al acogimiento familiar realizada por los abuelos del menor, ya que en la vivienda de estos conviven otros miembros familiares drogadictos, con sida y actividades como mínimo marginales, y no puede ignorarse que los abuelos no han sido capaces de evitar los riesgos de la caída de sus propios hijos en la droga, la marginación y la delincuencia.*

**AP A CORUÑA, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas.**

La Resolución de la Consellería de Familia de 3-5-2001 desestimó el acogimiento familiar del menor, Antonio-Felipe, solicitado por sus abuelos paternos, con lo demás que se dice en dicha resolución, por las razones que constan en la misma. Presentada demanda judicial de oposición por los solicitantes, el Juzgado de Familia, previos los trámites, pruebas y juicio legal, sentenció desestimar la demanda, confirmando así la decisión administrativa-protectora del menor. Apelan el Sr. E. y la Sra. D. por las razones que constan en su escrito de recurso. Revisado nuevamente el caso por el Tribunal en esta segunda instancia, los antecedentes, situación, alegaciones y pruebas, no cabe apreciar error en la sentencia apelada. El juzgado sopesó cuidadosamente los pros y contras para llegar a la conclusión dicha y concretó con claridad las convincentes razo-

nes de la decisión judicial. Es cierto que el interés y beneficio de todo niño es estar con sus padres y familiares, pero eso ya se valoró en la sentencia, y no es algo absoluto, sino cuando ello sea posible sin perjuicio o riesgo para el menor. En el caso enjuiciado, ha quedado claro que el niño nació en unas circunstancias o situación de grave riesgo, incluso para su vida e integridad, dada la incapacidad de su propia madre y padre para afrontar los cuidados que requería, debido a su problemática con las drogas y enfermedad, etc. Esto lo reconocen incluso los abuelos solicitantes del acogimiento. Y es igualmente indiscutible que la situación de los progenitores sigue siendo más o menos la misma y en algún tiempo incluso peor, no pudiendo hacerse cargo del menor de ninguna de las maneras. Por su parte, los abuelos paternos tenían algunas cosas a su favor, pe-

ro ello también fue valorado adecuadamente por el Juzgado de Familia. No cabe sobrevalorar por parte de los apelantes el informe social del Ayuntamiento (29-6-2000) ni el de la Policía autonómica (14-8-2000), pues, aparte de que el primero de ellos no fue elaborado por una psicóloga como se dice en el recurso sino por una trabajadora social, en el mismo se llega a la conclusión o valoración profesional de que “con los datos que se poseen no es posible emitir ningún juicio de valor”, y en el informe policial dicho constan también datos de la convivencia en el piso y medios (precarios) de vida a tener en cuenta. Existen otros datos e informes técnicos y de la Policía a valorar como se hizo en la sentencia apelada a cuyos argumentos nos remitimos y que arrojan un resultado negativo a los fines pretendidos. Pensemos que en

el mismo piso conviven otros miembros familiares drogadictos, con SIDA, y actividades como mínimo marginales, que supone un grave riesgo para el menor, máxime si los abuelos tienen que desplazarse continuamente a ferias y mercadillos y, lógicamente, no pueden ni deben llevar al niño ni dejarlo con dichos parientes o con los padres del menor. Pero es que, aparte de esto y de las demás razones que se dieron en la sentencia, resulta que los solicitantes, desgraciadamente, no han sido capaces de evitar los riesgos de la caída de sus propios hijos en la droga, la marginación o incluso, alguno, en la delincuencia. Es por todo ello que no cabe estimar su recurso. El Ministerio Fiscal considera correcta la sentencia y se opone al recurso. Y dada la materia tan sensible no procede hacer mención de costas.

3. *Nulidad de lo actuado en el procedimiento de adopción, ya que cuando la madre biológica se opuso a la misma se encontraba declarada incapaz, por lo que será necesario nombrarle un defensor judicial.*

#### **AP TOLEDO, Sec. 2.ª, Auto de 13 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso Carrión Matamoros.**

El presente procedimiento se entabla como pieza separada ante la comparecencia de D.ª Antonia en el expediente de jurisdicción voluntaria seguido ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Toledo bajo el número 220/1999 sobre adopción, a los fines de oponerse la citada señora a la propuesta de adopción que había sido formulada respecto de sus hijos menores de edad.

Según consta en autos, por testimonio incorporado como prueba documental, la citada señora fue declarada incapaz para gober-

narse por sí misma y administrar sus bienes por sentencia de fecha 29 de septiembre de 1997 dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Ocaña, por lo que es evidente que conforme al art. 7 de la actual LEC (anterior art. 2.º de la LEC), dicha persona no estaba en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, en el momento de interponer la oposición, debiendo haber comparecido con la representación o el defensor exigidos por la Ley.

El artículo 240 de la LOPJ establece que:

1. La nulidad de pleno derecho, en todo

caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales 2. Sin perjuicio de ello, el Juez o Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva o resolución que ponga

fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.

En méritos a lo que se acaba de exponer, procede declarar la nulidad de la sentencia dictada de oficio, retrotrayendo las actuaciones al mismo momento de la incoación de la pieza separada a los efectos procedentes.

### XIII. UNIONES DE HECHO

1. *Fijación de una indemnización de 12.020 euros a la conviviente por el desequilibrio que le provoca la ruptura teniendo en cuenta que carece de cualificación profesional, la convivencia se desarrolló durante doce años, nacieron dos hijas todavía de corta edad, y que el conviviente tiene una situación patrimonial relativamente desahogada.*

**AP ZARAGOZA, Sec. 5.<sup>a</sup>, Sentencia de 2 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez.**

La doctrina legal, bastante consolidada, en orden a dilucidar las consecuencias jurídicas de las uniones estables de parejas no casadas, sobre todo en el orden económico, viene estableciendo que la unión de hecho “que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio (STC 184/1990, de 15 noviembre y Auto 156/1987 del mismo Tribunal y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales entre los convivientes) la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron, precisamente (en la generalidad de los casos), para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma.

Por ello, entendemos que la norma reguladora del régimen económico-matrimonial (Título III del libro Cuarto del Código Civil) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho del surgimiento de la misma, ello sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por *analogia legis*, que aquí no se da, sino por *analogia iuris*) de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio regula el citado Título del Código Civil, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo

que esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión paramatrimonial (*more uxorio*), por el mero y exclusivo derecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias, o de su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho”.

En este sentido se pronunciarán las sentencias de 3 de abril de 1991, 11 de diciembre de 1992, 18 de febrero y 22 de julio de 1993, y 23 de julio de 1998. Sin perjuicio de que, como ocurre en el supuesto examinado en la última sentencia citada, se acredite la existencia de ese pacto tendente a crear un patrimonio común, en cuyo caso procedería su determinación y liquidación.

La doctrina legal se puede pues resumir, estableciendo que:

1.º Que las uniones matrimoniales y las paramatrimoniales no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como supuestos o realidades equivalentes.

2.º Que no es aplicable ni por analogía a esas uniones de hecho las normas que están establecidas específicamente para la regulación del matrimonio ni en particular la normativa del régimen económico matrimonial de gananciales.

3.º Que para que pueda sostenerse que entre quienes mantuvieron este tipo de convivencia se constituyó una comunidad o una sociedad irregular es necesario, en particular para ésta última, “la existencia de pactos *inter partes* de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1665 del Código Civil” (S. 22-7-1993), pactos que podrán ser expresos o tácitos pero que en todo caso tiene que

patentizar la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal”.

En la última jurisprudencia se ha iniciado una evolución de esa doctrina en orden a reconocer algunas consecuencias jurídicas a esa unión de hecho, incluso patrimoniales, admitiéndose incluso la posibilidad de que generen el derecho a una indemnización. Esta evolución se resume en la sentencia de 10 de marzo de 1998, en la que se afirmará que “se trata de una situación que, como se ha apuntado, es de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley. Ni, desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código Civil y matiza el apartado 4 del mismo artículo. En las propias sentencias antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia *more uxorio*; así, la de 20 de octubre de 1994 dice que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación y la de 16 diciembre 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: no obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (artículo 10, principio de dignidad de la persona, artículo 14, principio de igualdad, artículo 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código Civil (el propio artículo 96) y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos [cuyo artículo 16.1.b), entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente], de las sentencias del Tribunal Constitucional

(todas las citadas anteriormente) y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado”.

Si se quiere sintetizar los últimos criterios jurisprudenciales sobre la materia, lo que queda claro es una decidida voluntad de, sea acudiendo a una u otra construcción jurídica, concluir compensando al miembro de la pareja, normalmente la mujer, que ha destinado su esfuerzo personal durante los años de convivencia a la atención de las labores domésticas y cuidado de los hijos, en tanto que el otro miembro de la pareja ha destinado su actividad y esfuerzos al ejercicio de alguna profesión que le ha venido reportando, en mayor o menor medida, un beneficio económico. En definitiva que uno realizó una actividad que no redundó en un beneficio económico y que, por ende, no se patrimonializa, y el otrosí, con la desventaja adicional además para el primero de ellos que al final la convivencia, de haber sido dilatada en el tiempo, no habrá podido alcanzar una capacitación profesional, con merma, en ocasiones importante, de acceder al mercado laboral.

Ante esa situación, la sentencia de 27 de marzo de 2001, que se puede considerar paradigmática en este sentido, acudirá a la doctrina del enriquecimiento sin causa para justificar el reconocimiento de una indemnización con el que compensar el desequilibrio patrimonial que se puede producir tras la ruptura de las parejas estables no casadas, citando como precedente la de 20 de octubre de 1994. Y ello tras advertir, corrigiendo a la Audiencia, que no es incongruente cuando planteada una reclamación encaminada al otorgamiento de una indemnización por aplicación del artículo 97 del Código Civil, se otorga por apreciarse la existencia de un enriquecimiento injusto.

Y para justificar esto se invocará la doctrina contenida en la sentencia de 11 de diciembre de 1992, en la que se razonará que: “ha de reconocerse cómo, en principio, el aumento patrimonial obtenido por el conviviente durante los años de convivencia con

la conviviente se debió fundamentalmente a su propia actividad, pero es igualmente cierto que de los hechos declarados probados en la sentencia, según lo antes transcrito, se infiere que la colaboración prestada por la conviviente hubo de ser determinante, al menos en parte, de la consecución de aquél y, por ello, ha de afirmarse que concurre la exigencia jurisprudencial referente al aumento patrimonial. El empobrecimiento de la actora deriva de la no retribución por el trabajo implicado en el cuidado de las relaciones sociales del demandado y en la atención doméstica del mismo, con lo que se cumple el requisito b) de los antes anunciados, y que no ofrece duda la correlación entre la prestación de sus cuidados y trabajo por la conviviente y el beneficio reportado al conviviente. No se halla justificado el enriquecimiento del demandado, al menos en la parte apreciada por el Tribunal *a quo*, porque el ordenamiento jurídico no determina que la convivencia extramatrimonial constituya a quienes optan por ella en la obligación de prestarse determinadas atenciones —en sus relaciones profesionales o sociales, vida doméstica, etc.— en la forma que está probado lo vino realizando la conviviente. Es evidente, por último, que no existe precepto legal que excluya, para este caso, la consecuencia indemnizatoria adecuada al enriquecimiento sin causa”.

Más la meritada sentencia de 5 de julio de 2001 reforzará el pronunciamiento condenatorio, acudiendo, además, a dos construcciones jurídicas.

Una será la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil. Invocará en su apoyo las sentencias de 16 de diciembre de 1996, y razonará que “con todo no debe rechazarse como argumentación jurídica, fundante de la indemnización compensatoria, la aplicación analógica del Derecho. Ya la demandante había indicado, como razón de apoyo a su pretensión, la analogía del supuesto normativo con el contenido del artículo 97 del Código civil (ruptura de la convivencia, desequilibrio económico en relación con la posición del otro, enriquecimien-

to de la situación anterior a la misma...). Se suele decir, sin demasiadas precisiones, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no reconoce la aplicación analógica a las uniones de hecho de las normas sobre el matrimonio y, esto es cierto, en tanto en cuanto afecta a reglas específicas del matrimonio, y muy especialmente, a la sociedad legal de gananciales”.

Y la mencionada sentencia ya remacha la justificación de la indemnización compensatoria, acudiendo a los principios generales del derecho: “es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código Civil y matiza el apartado 4.º del mismo artículo. En las propias sentencias antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia *more uxorio*; así, la de 20 de octubre de 1994 dice que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación y la de 16 de diciembre de 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: no obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (artículo 10, principio de dignidad de la persona; artículo 14, principio de igualdad, artículo 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código Civil (el propio artículo 96) y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (cuyo artículo 16.1.b), entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente), de las sentencias del Tribunal Constitucional (todas las citadas anteriormente) y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado”. Tal prin-

cipio general, teniendo en cuenta las razones coincidentes que se aceptan en los preceptos ya señalados, se manifiesta, en cuanto al caso que se examina, en la necesidad jurídica de compensar económicamente al conviviente en peor situación económica, con causa en la ruptura de la convivencia, en la cuantía prudencial que atendidas las circunstancias el Juez señale, al menos para facilitar y ayudar el tránsito a la nueva situación de hecho creada. Todas las precedentes razones abonan lo ya dicho y justifican la decisión final”.

Esta doctrina ha sido, en parte reiterada y en parte matizada por la sentencia de 5 de julio de 2001.

Reiterada en cuanto entiende aplicable por analogía el artículo 97 del Código Civil: “ante la ausencia de normativa reguladora de las parejas de hecho, salvo las ya citadas excepciones de concretas Autonomías, no puede inferirse el ejercicio de una acción determinada, excluyente de otras, sino como destacó la referida sentencia más importante en este punto, se trata de la fijación de una pretensión material respecto a la que cabe una concurrencia normativa muy hábil, por cierto, dada la ausencia de regulación legal al respecto. Pues bien, ante tal anomalía, ha de acudirse a la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico, a través de la aplicación analógica del Derecho y precisamente en estos casos de uniones de hecho *more uxorio* encuentra su semejanza en su disolución y final por voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación o divorcio por el Código Civil y así su artículo 97 atribuye al cónyuge, al que tal contingencia produzca un desequilibrio económico con relación al otro y que implique un empeoramiento con relación a su situación anterior al matrimonio, el derecho a una pensión, pudiendo convenir en cualquier momento la sustitución de la misma por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (artículo 99). De no ser así, ello conduciría inexorablemente a que

los españoles no pertenecientes a alguna autonomía que haya legislado en este punto, hayan de utilizar el argumento del enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista, pudiendo utilizar la analogía en situaciones de verdadera semejanza, en el sentido del artículo 4.1 del Código Civil, entre el caso enjuiciado carente de normativa específica y de la semejanza de situación con el cese de la convivencia matrimonial por separación o divorcio, por lo que estima este Tribunal que tal es la normativa de aplicación por identidad de razón”.

Matizada porque esta última sentencia con claridad, repudiará la consideración de que en estos supuestos concurre un enriquecimiento injusto. Y aunque no desconozca los precedentes jurisprudenciales que así lo reconocen (citará las sentencias de 11 de diciembre de 1992, 22 de julio de 1993 y 20 de octubre de 1994), y como antes se ha transcrito, en las Autonomías en las que no se ha legislado se tendría que acudir al argumento del enriquecimiento sin causa “que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista”. Y esto es así porque efectivamente la construcción jurisprudencial del enriquecimiento sin causa no encuentra adecuación en relación a esa situación no equitativa que puede resultar tras la ruptura de la convivencia *more uxorio*: ni el patrimonio de uno trae causa del empobrecimiento del otro, ni de la actividad de este último, sino de la suya propia. Y tal consecuencia no es sino secuencia a lo querido libremente por la pareja, en relación asentada en una vinculación afectiva, que no puede proyectarse o traducirse en términos patrimoniales.

La situación, pues, puede ser poco equitativa.

También la aplicación analógica puede encontrar serios obstáculos. Pues como el mismo Tribunal Supremo había advertido no es fácil invocar tal aplicación analógica cuando los interesados voluntariamente dieron la espalda al régimen jurídico del matrimonio. En una situación como la actual

donde el hecho de no contraer matrimonio responde a una libre decisión de la pareja (no se trata pues, como pudo ocurrir en tiempos pretéritos de nuestro ordenamiento jurídico, de situaciones forzadas) asentada la más de las veces, en el recíproco deseo de crear el menor número de vínculos jurídicos posibles, la aplicación analógica del régimen jurídico del matrimonio, sea aplicable tanto a las situaciones de estabilidad como de crisis del mismo, debe hacerse con sumo cuidado.

Esa situación que aunque no constitutiva de enriquecimiento injusto, sí que puede ser poco equitativa, debe tener su específica sanción legal. Es lo que ocurrirá en Aragón con la Ley de la Comunidad 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, que regula en su artículo 7 los efectos patrimoniales de la extinción en vida. Con la peculiaridad de exigir, como requisito constitutivo del reconocimiento del derecho el distorsionante elemento el de que la situación de desigualdad patrimonial implique un enriquecimiento injusto, lo que como se ha dicho no es técnicamente correcto. Se hubiera acertado en mayor medida si se hubiera regulado la situación de desequilibrio que generara el derecho indemnizatorio, como hará el artículo 1438 del Código Civil. Si no se quiere concluir que se exige un requisito imposible, el mencionado artículo 7 lo que trata de compensar es pues esa situación final desigual y poco equitativa.

Sentadas las bases de esa titubeante evolución jurisprudencial hay que determinar las circunstancias concurrentes en el supuesto de autos. Doce años de convivencia, dos hijas todavía de corta edad, nacida la demandante en el año 1969, el demandado en 1957, sin que conste ninguna cualificación profesional de la demandante, carente de todo patrimonio, el demandado por el contrario tendrá una situación patrimonial relativamente desahogada, que se sintetizaría en la sentencia dictada a propósito de los alimentos reconocidos a favor de las hijas, a lo que cabría añadir el dato relativo a la facturación de la empresa G., obtenida en esta alzada, que

aunque referenciada a importes brutos, son significativos de una posición acomodada (en 1999 se le facturaron 17.731.770 ptas.), por lo que la Sala entiende que se producen

los presupuestos que la Ley Aragonesa previene en orden al reconocimiento de una indemnización que la Sala estima ponderado fijar en 2000.000 ptas. (12.020,24 euros).

#### XIV. TEMAS PENALES

1. *La alegación de que compró ropa a la menor y cosas que necesitaba, llevándola a su casa a comer con bastante frecuencia, no impide que pueda ser condenado por el delito de impago de pensiones.*

#### AP ASTURIAS, Sec. 8.<sup>a</sup>, Sentencia de 7 de mayo de 2002.

**Ponente: Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Alicia Martínez Serrano.**

Acreditada la obligación de pago y admitido por el hoy apelante que éste no se produjo durante los meses denunciados, la cuestión controvertida se centra únicamente en el elemento subjetivo del tipo delictivo, es decir, si existió en José voluntad de no cumplir con la conducta debida y si tenía capacidad para evitar el resultado, esto es, posibilidad de cumplir con la prestación.

Durante los meses que se señalan en la sentencia apelada el acusado no cumplió, ni total ni parcialmente, con su obligación de pago, ni demostró voluntad de querer cumplir con la misma, oponiéndose incluso a la retención de dicha suma de su nómina cuando el Juzgado trató de ejecutar lo acordado (doc. folio 30). Por otra parte, cuando en la resolución judicial se fija la citada obligación de levantamiento de las cargas familiares, antes de señalar la cantidad de 30.000 pesetas, se tomó en consideración cuáles eran los ingresos de ambos esposos y los gastos de manutención y educación de su hija, y es lo cierto que en aquella época el acusado ya se encontraba en situación de Incapacidad Laboral Transitoria (como él mismo reconoce en su recurso), por lo que

esto no puede ser considerado —a efectos de no pagar— como una circunstancia nueva alteradora de su situación económica preexistente. Dice, igualmente, el apelante, que con posterioridad al auto de 21 de febrero de 2001 se vio en la obligación de asumir nuevas deudas. Pero, en este sentido, no acredita ni cuál ha sido la deuda asumida ni la necesidad de asumirla. Para valorar la necesidad de un compromiso que origine nuevas obligaciones dinerarias, sabiendo las que ya tenía con relación a su familia, debe conocerse la causa por la que se obliga nuevamente, que puede ser tan variada como la que va desde la compra de un coche, al pago de deudas de juego o gastos originados por una enfermedad. También invoca el apelante que no se desentendió de su hija pues le compró ropa y cosas que necesitaba, llevándola a su casa a comer con bastante frecuencia. Esta afirmación nos lleva igualmente a pensar en la falta de voluntad del acusado de cumplir con lo acordado en el auto de medidas provisionales, pues si tenía dinero para sufragar estas necesidades de su hija, no se ve por qué no podía, siquiera parcialmente, abonar la cantidad a la que venía obligado por resolución judicial.

2. *Condena por una falta de desobediencia ante el incumplimiento del régimen de visitas.*

**AP TOLEDO, Sec. 2.ª, Sentencia de 7 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel de la Cruz Mora.**

Por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Torrijos, con fecha 14 de noviembre de 2001, se dictó sentencia en el juicio de faltas de que dimana este rollo, cuya parte dispositiva dice: “Que condeno a D.ª E. como autora de una falta de desobediencia prevista y penada en el art. 634 del Código Penal, con la pena de cuarenta y cinco días de multa con una cuota diaria de 500 pts., que hace un total de 22.500 pesetas, y a las costas del juicio; y todo ello quedando sujeto el condenado a una responsabilidad personal subsidiaria, en el caso de impago de la pena de multa, de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, que podrán cumplirse en régimen de arresto de fin de semana en establecimiento penitenciario”.

Se declara probado que “el día 4 de noviembre de 2000, D.ª E. no entregó a D. Eugenio a sus hijas menores a fin de que este disfrutara del régimen de visitas establecido en la sentencia de separación dictada por el Juzgado de primera instancia núm. dos de Torrijos en fecha 22 de mayo de 1998, tras haber sido apercibida para ello por el mismo Juzgado personalmente el día 2 de noviembre del mismo mes y año”.

Recurre la condenada por desobediencia al requerimiento judicial de cumplimiento del régimen de visitas establecido en sentencia de separación matrimonial a favor del padre de las menores, solicitando únicamente la reducción de la pena de multa impuesta por la Juez de instancia, en virtud de lo dis-

puesto en el art. 50.5 del Código Penal, que obliga al juzgador a motivar la extensión de la pena de multa (impuesta por el delito) conforme a las reglas del Capítulo II del Título I, y asimismo, a fijar el importe de las cuotas teniendo en cuenta la situación económica del reo, atendiendo especialmente a sus ingresos y cargas familiares.

Las reglas del Capítulo II del Título I del Código Penal son los arts. 61 a 72, que en las faltas pierden su obligatoriedad por el juzgador en virtud de lo dispuesto en el art. 638 del Texto penal citado, otorgando al prudente arbitrio del Juez la aplicación de las penas en el grado que estimen conveniente atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable. La recurrente fue condenada a 45 días multa, y la pena tipo está entre 10 y 60 días multa; esto es, se la condenó dentro de la mitad superior de la pena. Del examen de las actuaciones se desprende que la denunciada sabía que la iban a condenar porque el acto de rebeldía al cumplimiento de la resolución judicial (sentencia de separación) venía repitiéndose en los últimos tiempos cada vez que al padre le tocaba estar con sus hijas. Hay constancia de denuncias anteriores que no fueron formuladas a tiempo para el requerimiento concreto pero que anunciaban de alguna forma lo que iba a pasar. Es decir, la contumacia se convirtió en desafío por parte de la denunciada. Frecuentemente se prende por el cónyuge obligado a entregar a los hijos una superposición de deberes mutuos sometiendo los

propios al principio de reciprocidad. No me pagas la pensión, no ves a los niños. Esta equivalencia de incumplimiento no está reflejada en la Ley porque las medidas en caso de separación, nulidad o divorcio no tiene incorporada una cláusula resolutoria tácita. Si el obligado al pago de pensiones y alimentos no cumple, la exigencia de cumplimiento ha de realizarse judicialmente y acatar lo que al respecto decidan los Tribunales. Por ello, no está la pena impuesta descompensada respecto a los días multa.

La cuantía de las cuotas es en 500 pts./día. La pena tipo está entre 200 pts. mínima y 50.000 pts. máximo. Es evidente que se impuso en la mitad inferior y pudiéramos decir que su cuantía es la mínima. La Juez *a quo* razonó la cuantía en virtud de los informes declarados por la denunciada en el acto del juicio (120.000 pts./mes). Le impuso la quinta parte de lo que gana, que no parece desproporcionada económicamente ni judicialmente teniendo en cuenta que la pena ha de tener alguna virtud retributiva y disuasoria.

3. *Condena por un delito de alzamiento de bienes cuando, con ocasión de declararse que el acusado era el padre biológico de un menor, transfiere un inmueble de su propiedad a su esposa, transmisión que igualmente es declarada nula.*

**AP CIUDAD REAL, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Pilar Astray Chacón.**

El Juzgado penal dictó sentencia condenando a D. Paulino y su esposa como autores responsables de un delito de alzamiento de bienes ya definido sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un mes y un día de Arresto Mayor, accesorias legales a cada uno y al pago de las costas por mitad. Asimismo se declara nula la escritura pública de 27-8-1993 por lo cual se atribuía la finca urbana de la C/ Santa Ana a la acusada D.ª Pilar, con número registral ... del Registro de Piedrabuena. Se aprueba el auto del Juzgado Instructor donde se declara la solución de los acusados.

La primera alegación que contiene el Recurso de apelación interpuesto radica en que los hechos Probados de la Sentencia apelada recogen el establecimiento en virtud de Re-

solución de fecha doce de julio de 1993, en el procedimiento civil en reclamación del reconocimiento de paternidad, de una pensión provisional a cargo del demandado a favor de Isabel por alimentos a la hija de esta de 18.000 ptas., cuando la pensión lo es a favor de la hija.

Dicha matización, a la que apela el recurrente, esta fuera de toda duda y pese a la dicción literal de la cuestionada frase que se incardina en los hechos probados, de su lectura resulta con claridad dicha interpretación, sin que se entienda, proceda siquiera, su rectificación en esta alzada, ya que queda claro de sus propios términos.

En segundo lugar cuestiona la valoración de la prueba realizada por el Juzgador de Instancia, en orden al doble emplazamiento realizado por el Juzgado de Paz de Robledo,

aludiendo a que se folia con posterioridad el que es presuntamente anterior y que no es lógico que se hiciera un emplazamiento en agosto y posteriormente otro en septiembre.

No existe ninguna interpretación errónea de la prueba, ni del testimonio de la notificaciones y emplazamientos practicados cabe deducir lo que expone el apelante. En primer lugar las alusiones a la numeración de los folios no merecen comentario alguno, ya que se trata de la propia de este Procedimiento Abreviado, por lo cual no cabe extraer conclusión alguna, como pretende confusamente el apelante. En segundo lugar, no se quebranta en modo alguno el principio *in dubio pro reo*, sino que los referidos documentos expresan diligencias realizadas bajo la fe pública, lo cual puede indicar que se le emplazó dos veces, mas no destruir de por sí, por la mera alegación del apelante, la realización del acto y su fecha. Por otra parte, y pese a la versión que hoy mantienen los recurrentes, en su día, cuando declararon en fase instructora, dieron respuesta esquiva a la pregunta de si conocían la demanda en el momento de realizar las capitulaciones matrimoniales, manifestando ambos que “no recordaban”, lo cual no casa con la contundencia con la que en el acto del Juicio y en el presente recurso niegan ese doble emplazamiento que oportunamente y conforme a lo testimoniado de las actuaciones del Procedimiento Civil, recoge la Sentencia de Instancia. Igualmente es de destacar, la contradicción en la que incurre el propio acusado —consta en acta del Juicio, párrafo último, folio 175—, en el que reconoce que a principios de agosto recibió papeles, aunque a modo exculpatorio trate de alegar que no se trataba de la resolución examinada en estos autos o que no sabía que se le fijó dicha pensión provisional a su cargo. En igual sentido la declaración de la acusada, sin que sean acogibles las alegaciones vertidas en el recurso con respecto a que “reconocer que le citaron en agosto no significa que lo emplazaran, ya que era la mera citación para que compareciera en el Juzgado”, pues ello

contraría la propia lógica que impone el examen de los documentos.

El hecho de la inhabilidad del mes de agosto —que no lo sería para la notificación urgente de la pensión provisional adoptada—, puede tener relevancia a los efectos de preclusión del término para contestar la demanda, mas en modo alguno desvirtúa el conocimiento que en dicho momento tiene el apelante, de la petición que en su contra se dirige y de la Resolución que adopta a su cargo una pensión provisional a favor de la menor. No es acogible, por último, la alegación de que no existe base documental ni testifical que acredite que el demandado tuvo conocimiento de la demanda, cuando la Sentencia se basa en el testimonio de documentos públicos, como lo son las actuaciones procesales que conciernen a la notificación y emplazamiento del acusado.

Igual éxito desestimatorio ha de tener la alegación de que el acusado no se desposeyó de sus bienes. Se manifiesta de modo ligero que el acusado se quedó con suficiente capital y metálico para hacer frente a la deuda, cuando lo que realmente consta es que traspasó a su esposa el único bien inmueble del haber ganancial, habiendo negado el mismo acusado —Diligencia de embargo de julio de 1997— que tenga bienes, manifestando carecer de metálico y de inmuebles de su propiedad, no cumpliendo con su obligación de abono, siendo incluso condenado por un delito contra los deberes familiares por Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de fecha 16-11-1998, ascendiendo la suma que en concepto de alimentos a su hija no matrimonial adeudaba a fecha septiembre de 1996 a 714.000 ptas. Igualmente el propio acusado declara en el Juicio Oral —folio 175 vuelto— que “en agosto hicieron la escritura, le dieron ochocientas mil pesetas y se quedó sin nada...”.

La alegación de la existencia de bienes a su nombre en el catastro, pero no inscritos, sobre los que realiza una explotación agraria o que posea trabajo en la actualidad, nada dicen de la situación de desposesión acaeci-

da en la data de los hechos y del claro perjuicio producido, imposibilitando el cobro de la pensión fijada a favor de la hija. Por otra parte no es ni siquiera sostenible mantener, a conveniencia, que no se tienen bienes

ni ingresos, cuando se trata de que forzosa-mente se intente el cumplimiento de las Resoluciones judiciales, y que sí se tienen, para mantener no existió el perjuicio requerido por el tipo penal objeto de acusación.

4. *Condena por una falta de amenazas e injurias, que quedaron acreditadas con la declaración de un familiar de la esposa que las escuchó en otro terminal del teléfono.*

**AP JAÉN, Sec. 3.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2002.**

**Ponente: Ilma. Sra. D.ª Lourdes Molina Romero.**

Por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Villacarrillo se dictó en fecha doce de junio de dos mil uno, sentencia que contiene los siguientes Hechos probados: “Probado y así se declara que Eugenio y Dolores están en trámites de divorcio. Que Eugenio de forma continua llama a Dolores por teléfono, diciéndole ‘hija de puta, zorra, te vas a ver en una cuneta, te están esperando’. Que desde hace meses Eugenio no paga la pensión establecida judicialmente a favor de sus hijos, que por tiene restringidas las visitas a los mismos. Que son muchas las denuncias formuladas por la denunciante contra él.”.

Así mismo la referida sentencia contiene el siguiente Fallo: “Que debo condenar y condeno a Eugenio como autor material de una falta de amenazas y de injurias a la pena de veinte días de multa, a razón de 2.000 ptas. por día, con arresto personal subsidiario en caso de impago de la multa de diez días de arresto. Prohibiéndole además aproximarse a Dolores y comunicarse con la misma durante cuatro meses. La prohibición de aproximarse a la víctima impide al penado a acercarse a ella en cualquier lugar donde se encuentre, así como acercarse al domi-

cilio de la misma, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ella. La prohibición de comunicarse impide al penado establecer con ella por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático contacto escrito verbal o visual, advirtiéndole que el incumplimiento de dicha medida podrá dar lugar a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar. Todo ello con imposición de las costas de este juicio si las hubiera”.

El error en la apreciación de la prueba, y la infracción de la presunción de inocencia; así como la cuantía de la multa impuesta son los argumentos utilizados por el recurrente para oponerse a la sentencia de instancia. No obstante, prevalecerá esta resolución porque se considera ajustada a derecho.

El denunciado negó los hechos expuestos en la denuncia si bien dejó entrever las inadecuadas relaciones existentes con su ex mujer, y que se le restringió el régimen de visitas. Por contra D.ª Dolores mantuvo en el juicio oral con contundencia la misma

versión de los hechos, haciendo mención a los insultos y amenazas que recibía por teléfono. Esta versión se corroboró con la declaración de su cuñada, la testigo D.<sup>a</sup> Estrella, que tuvo ocasión de oír las conversaciones cuando estaba en la casa, y a través del teléfono de arriba.

Como reiteradamente ha venido diciendo la jurisprudencia de esta Sala y la del Tribunal Constitucional, para que pueda aceptarse el principio de la presunción de inocencia es necesario que de lo actuado en la instancia se aprecie un verdadero vacío probatorio, bien por falta de pruebas, bien por haber sido obtenidas de manera ilícita, bien cuan-

do la interpretación de esas pruebas se hubiera hecho por quien corresponda de manera irracional o ilógica, debiendo decaer o quebrar cuando existan pruebas de cargo directas o simplemente indiciarias con suficiente fiabilidad inculpatoria (Sentencia del Tribunal Supremo 26 de enero de 2001).

En este caso, pese a la normal enemistad entre las partes, a consecuencia de la separación o divorcio matrimonial, consideramos que la persistencia en la incriminación y la contundencia de los hechos son suficientes para entender desvirtuada la citada presunción respecto a la falta cometida.

---

# **RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.**

---

## RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

### 1. FILIACIÓN

- 1.1. *Se aprueba el expediente para destruir la presunción de paternidad del marido, porque el nacimiento del hijo ha acaecido en los primeros 180 días de matrimonio y la declaración auténtica de desconocimiento de la paternidad por el marido cumple todas las condiciones del artículo 117 del Código Civil.*

#### **RESOLUCIÓN de 9 de noviembre de 2001.**

#### COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

- El 12 de enero de 1998 compareció en el Juzgado de Paz de P. don M.F.S., mayor de edad, casado y vecino de la parroquia de X., Ayuntamiento de P., presentando un escrito por el que promovía expediente en el que solicitaba, al amparo del artículo 117 del CC, se destruyera la presunción de paternidad en la inscripción de nacimiento de J.-M.F.V., obrante en el Registro Civil de P., alegando que contrajo matrimonio el 28 de junio de 1997 con doña M.-I.V.V., abandonándolo ésta con fecha 27 de agosto de 1997 sin previo aviso y sin alegar causa o razón que le llevaran a tomar tal decisión. El 16 de diciembre de 1997 y tras cuatro meses sin tener noticia de su mujer, ésta se puso en contacto con el que suscribe para notificarle el nacimiento de un hijo de cuyo embarazo no tenía noticia alguna y cuya paternidad niega tajantemente, no existiendo por lo tanto reconocimiento expreso o tácito de

paternidad por parte del que suscribe. Aportaba los siguientes documentos: certificación literal de matrimonio y certificación literal de nacimiento de J.-M.F.V.

- Remitido el expediente al Registro Civil de C., y ratificado el promotor del expediente, la Encargada solicitó se tomara declaración a doña M.-I.V.V., comunicándole la incoación del expediente. Con fecha 7 de septiembre de 1998, ésta compareció ante el Juzgado de Paz de su domicilio manifestando que efectivamente abandonó el domicilio porque su marido vivía con sus padres, ambos mayores de 90 años y que no le daban de comer no estando acostumbrada a esa vida, sin que su marido hiciera nada por evitarlo, al encontrarse embarazada necesitaba otros cuidados. Respecto al tema del embarazo declaró que sabe que existen pruebas de paternidad, por lo que no hubo engaño ninguno y que su marido supo desde el primer momento, mucho antes de la boda incluso que ella estaba embarazada y que el padre de la criatura era él. Que además su marido la acompañó al médico a hacer ecografías y análisis y que incluso la llevó a un médico particular en L.; cuando nació el niño la declarante le avisó y él contestó que esos eran problemas suyos y que no lo había visto ni siquiera le había firmado el seguro del niño.
- Notificado el Ministerio Fiscal, éste consideró procedente requerir a M.-I.V.V. para que justifique que su marido había conocido el embarazo con anterioridad a la celebración del matrimonio.
- Practicada diligencia de lo interesado por el Ministerio Fiscal, con fecha 15 de enero de 1999, compareció la interesada ante el Juzgado de Paz de su domicilio manifestando que efectivamente acudió una sola vez antes de contraer matrimonio al médico y que lo hizo en L. el 18 de julio de 1997, que lo hizo acompañada por el entonces su novio, en su coche y que fueron particular y pagando, ya que ella como soltera aún no tenía cartilla del seguro y desde ese día ya siguió su tratamiento en C., donde, aunque le acompañaba ya como su marido, le dejaba en la puerta del Centro marchándose él a otros asuntos; insistiendo que su marido conocía perfectamente la existencia de su embarazo, de hecho por ello celebraron su matrimonio. Aportó en este acto escrito de especialista en Obstetricia y Ginecología de L. en el que se manifiesta que doña M.-I.V. acudió a consulta para control de embarazo el 18 de julio de 1997; escrito de Toco-Ginecología del Servicio G. de Salud e Informe de alta del departamento de Obstetricia y Ginecología de hospital perteneciente al Servicio G. de Salud.
- Remitida la anterior comparecencia al Ministerio Fiscal, éste se opuso a que se desconociera la filiación pretendida, puesto que hay indicios bastantes para pensar que M.F.V. conocía el embarazo al momento del matrimonio y por ello, tratándose de impugnar una filiación, la vía oportuna sería el correspondiente juicio declarativo de menor cuantía. El Juez Encargado dictó

auto con fecha 1 de marzo de 1999 desestimando la pretensión deducida por el promotor y no tener por formulada declaración auténtica a los fines de destruir la presunción de paternidad matrimonial, quedando a salvo el derecho de acudir a la jurisdicción civil.

- El interesado interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado solicitando que se declare nulo de pleno derecho el procedimiento de expediente de Registro Civil, por no ser el procedente para la tramitación de la declaración auténtica de destrucción de la presunción de paternidad, prevista en el artículo 117 del CC y que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 párrafo 5.º del RRC se decida sobre el fondo del asunto, acordado declarar destruida la presunción de paternidad del marido (art. 116 del CC) por concurrir todos y cada uno de los requisitos previstos en el artículo 117 del CC ordenándose las anotaciones oportunas en los Libros del Registro Civil competente.
- El Ministerio Fiscal con fecha 28 de junio de 1999 informó que se mantuviera la resolución recurrida, ratificado su informe de fecha 22 de febrero del mismo año del que solo hay que aclarar, que efectivamente, no se trata, como por error se hace constar, de una acción de impugnación de filiación, sino solo de una declaración de desconocimiento pero, según dispone el artículo 184 del RRC párrafo 2.º, al estar ya inscrita la paternidad es necesario el expediente gubernativo, regulado en los artículos 341 y siguientes del RRC y por tanto la intervención del Ministerio Fiscal (art. 343 del RRC) que podía pedir diligencias y pruebas (art. 344 del RRC). Creyendo que en este caso hay indicios bastantes para pensar que M.F. conocía el embarazo de su mujer, como se deduce de la declaración de ésta y de los informes médicos que aportó, por ello parece conveniente que deba acudirse al juicio declarativo ordinario para impugnar la filiación.
- La DGRN estimó el recurso y ordenó la cancelación de las menciones de identidad del padre y la referencia al matrimonio, modificando los apellidos y dejando a salvo la acción judicial de reclamación de filiación paterna matrimonial.

## COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El matrimonio de los interesados se ha celebrado el día 28 de junio de 1997 y el niño ha nacido el día 18 de diciembre de 1997. En esta situación el marido de la madre ha desconocido su paternidad sobre el hijo, al amparo del artículo 117 del Código Civil, por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil el 12 de enero de 1998 y alegando que

el nacimiento acaeció en los primeros ciento ochenta días del matrimonio, que ha formulado su declaración auténtica dentro del plazo y que no conocía antes de casarse el embarazo de su mujer. Invoca, pues, que la presunción de paternidad del marido de la madre (cfr. art. 116 del CC) ha decaído por aplicación de la previsión contenida en el artículo

117 del Código. Al mismo tiempo solicita la cancelación de la paternidad por medio del expediente incoado (cfr. art. 184 del RRC), puesto que la inscripción de nacimiento se extendió por declaración exclusiva de la madre y sin intervención del marido de ésta.

Se cumplen todos los requisitos para que deba ser acogida la pretensión del marido. No ha habido reconocimiento expreso o tácito

de la paternidad por parte del marido de la madre y su alegación de que no conocía antes de casarse el embarazo de su mujer, aparte de la dificultad de probar hechos negativos, no ha sido contradicha suficientemente por la esposa, y es una conclusión razonable a la vista del escaso tiempo del embarazo (poco más de dos meses) en el momento en que los interesados contrajeron matrimonio.

1.2. *No es inscribible la adopción simple guatemalteca cuyos efectos no se corresponden con la adopción española, sin que pueda calificarse ahora la nueva adopción holandesa presentada con el recurso.*

## RESOLUCIÓN de 3 de abril de 2002.

### ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil de H. el 26 de octubre de 2001 don J.-M.G.-F.D., español, mayor de edad, vecino de dicho municipio, solicitaba la inscripción de nacimiento y nacionalidad española de su hija adoptada S.-G.G.-F. y V., nacida el 25 de enero de 1999 en Guatemala. Adjuntaba los siguientes documentos: certificaciones extranjeras de nacimiento inicial y con constancia de la adopción, acta de requerimiento para adopción extrajudicial, estudio socioeconómico del Juzgado de Familia guatemalteco, protocolo notarial sobre la adopción, certificado del colegio de médicos respecto a la doctora que reconoció a la menor, certificado de empadronamiento conjunto; respecto del padre: certificación del acta de nacimiento y copia del DNI y respecto de la madre: certificación holandesa de nacimiento.
- Ratificado el promotor, y remitido el expediente al Registro Civil Central, el Juez Encargado del mismo dictó acuerdo el 29 de noviembre de 2001 denegando lo solicitado ya que, para que una adopción constituida en el extranjero fuera reconocida en España, según el artículo 9.5 del CC, deberían corresponderse sus efectos con los previstos por la legislación española, hecho que no ocurría en el caso de las adopciones en Guatemala, aconsejándose una adopción en España, no habiendo inconveniente para que, si lo solicitaba el Ministerio Fiscal o cualquier interesado, se anotara en el Registro, por envolver la figura una situación personal de prohijamiento o acogimiento, y atribuyendo la legislación guatemalteca la patria potestad de la

adoptada a los adoptantes era posible que los titulares de la misma formularan la opción a la nacionalidad española al amparo del artículo 20.2.a) del CC. Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y al promotor, éste presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que la adopción era plena aportando auto de adopción dictado por Tribunal holandés. De la tramitación del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que interesó la confirmación de la resolución recurrida por ser plenamente conforme a derecho, sin perjuicio de lo que pudiera resolverse en trámite de calificación una vez se presentase el documento acreditativo de la adopción formalizada en Holanda al que se hacía mención, por primera vez, en la interposición del recurso.

- La DGRN desestimó el recurso.

## COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se ha intentado por estas actuaciones inscribir una adopción, constituida en Guatemala por un matrimonio de español y holandesa a favor de una menor guatemalteca.

El artículo 9.5 del Código Civil establece que “no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española”. Si se tiene en cuenta que la adopción única que regula el Código Civil español, como el Código de familia catalán, supone la integración a todos los efectos del adoptado en la familia del adoptante o adoptantes y, como regla, la ruptura total de vínculos con la familia anterior, mientras que la adopción guatemalteca sólo produce efectos entre adoptante y adoptado; el primero no es siquiera heredero legal del segundo; el adoptado y su familia natural conservan sus derechos de sucesión recíproca, y

el adoptado menor de edad al morir el adoptante vuelve al poder de sus padres naturales, hay que concluir que la adopción examinada no guarda puntos de contacto con la adopción española y no puede considerarse incluida en la lista de actos inscribibles que contiene el artículo 1.º de la Ley del Registro Civil, so pena de producir equívocos en cuanto a la eficacia de la adopción inscrita.

Con posterioridad al acuerdo luego recurrido los interesados han presentado un testimonio de la decisión judicial holandesa constituyendo esta misma adopción en Holanda. Claro está que su inscripción es una cuestión nueva, fundada en un título no presentado en tiempo y forma, que no puede ser examinada ahora (cfr. art. 358, III, RRC), sin perjuicio de que la inscribibilidad de esta segunda adopción deba ser objeto de nueva calificación por el Encargado.

1.3. *No es inscribible el reconocimiento de filiación paterna no matrimonial cuando la madre y representante legal del menor reconocido no da su consentimiento, sin perjuicio de que ese reconocimiento reciba la aprobación judicial.*

## RESOLUCIÓN de 18 de abril de 2002.

### ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Consulado de España en L. el 26 de julio de 2000, don C.-A.N.M., peruano, soltero, mayor de edad, domiciliado en L., solicitaba el reconocimiento de la paternidad no matrimonial de L.-E.V.S. nacido el 13 de junio de 1996 en A. Adjuntaba la siguiente documentación: escritura de reconocimiento y copia del pasaporte. Remitidas las actuaciones al Registro Civil de A., se ofició a la madre del menor doña M.-I.V.S. para comparecencia. En dicha comparecencia la madre manifestó que no prestaba su conformidad ni consentimiento a dicho reconocimiento paterno, indicando que en los primeros cinco meses de gestación convivió con el promotor siendo víctima de malos tratos, posteriormente fue objeto de amenazas y pensaba que el motivo principal del promotor, que había sido expulsado en dos ocasiones de España, para el reconocimiento, era poder entrar en España.
- El Juez Encargado del Registro Civil dictó auto con fecha 21 de junio de 2001 denegando la inscripción del reconocimiento paterno por no prestar consentimiento la madre del menor. Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y al promotor, éste presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que se habían recortado sus derechos de padre, él no pudo estar presente en el alumbramiento de su hijo por motivos de fuerza mayor y estaba dispuesto a someterse a pruebas de paternidad. De la interposición del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que interesó la confirmación del auto recurrido por entenderlo ajustado a derecho y que procedía incoar por el promotor el correspondiente juicio ordinario en reclamación de filiación paterna.
- La DGRN desestimó el recurso.

## COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El reconocimiento de la paternidad no matrimonial de un menor de edad español requiere, para ser eficaz y por lo tanto inscribible, que concurra el consentimiento expreso del representante legal del menor o bien la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido (cfr. art. 124.I del CC).

Como en este caso, y por los motivos que sean, la madre y representante legal del menor no ha dado su consentimiento al reconocimiento de la paternidad otorgada en escritura pública, tal reconocimiento no es por el momento inscribible, sin perjuicio de que se promueva ante la jurisdicción civil competente la aprobación judicial de dicho reconocimiento.

## 2. NOMBRE Y APELLIDOS

2.1. *La anteposición del apellido materno ha de solicitarse de común acuerdo por los padres antes de la inscripción del nacimiento.*

## RESOLUCIÓN de 30 de marzo de 2002.

## ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil de Getxo el 4 de octubre de 2001 don Ricardo-Ángel y doña Begoña solicitaban la inversión de los apellidos de su hija Alejandra, nacida en Bilbao el 11 de agosto de 2000, para que en lo sucesivo figuren como L. y G.
- Recibida la documentación el Registro Civil de Bilbao, la Juez Encargada dictó providencia con fecha 19 de noviembre de 2001 denegando lo solicitado porque de conformidad con lo establecido en la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, en su artículo 1.º establece que el artículo 109 del Código Civil queda redactado en los siguientes términos: "...si la filiación está determinada por ambas líneas el padre y la madre de común acuerdo podrán decidir el orden de transmisión de su respectivo primer apellido, antes de la inscripción registral. Si no se ejercita esta opción, regirá lo dispuesto en la Ley". En el presente caso la menor ha nacido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 40/1999, no habiéndose ejercitado la opción en el momento de su nacimiento y la hija deberá esperar a la mayoría de edad para solicitar la inversión de sus apellidos. Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y a los promotores, éstos presentaron recurso ante la Dirección General de los

Registros y del Notariado alegando que antes de nacer su hija ya deseaban invertir el orden de los apellidos pero tenían que comparecer los dos en el Registro y la madre estaba convaleciente del parto por lo que los funcionarios les indicaron que podían solicitar la inversión después cuando terminara la convalecencia. En la tramitación del recurso el Ministerio Fiscal interesó la confirmación de la resolución apelada por sus propios fundamentos

- La DGRN desestimó el recurso.

## COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Tratándose de nacimientos acaecidos después de la entrada en vigor de la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, resulta claramente del artículo 109 reformado del Código Civil que la posibilidad de invertir en la inscripción de nacimiento de un hijo los apellidos para que el materno conste en primer lugar está limitada a los casos en que los padres eligen de común acuerdo esta opción “antes de la inscripción registral”. Si la inscripción ya ha sido practicada y ante el silencio de los padres se han consignado por su

orden los apellidos paterno y materno, no cabe ya por la sola declaración de los padres lograr la inversión de estos apellidos.

Cuestión distinta es que, cuando exista una situación de hecho consolidada en el uso de los apellidos en la forma pretendida (cfr. artículo 57 LRC) puedan los padres incoar el oportuno expediente de cambio de apellidos de la competencia del Ministerio de Justicia y cuya primera fase de instrucción corresponde al Encargado del Registro Civil del domicilio (cfr. artículo 365 del RRC).

2.2. *La inversión de los apellidos por los hijos mayores de edad es una facultad que se concede por una sola vez y no cabe con posterioridad solicitar la desinversión.*

## RESOLUCIÓN de 13 de junio de 2002.

### ANÁLISIS DEL CASO

- D.<sup>a</sup> Estíbaliz presentó escrito ante el Registro Civil de Gernika solicitando la anulación de la inversión del orden de sus apellidos que le fue concedida con fecha 28 de diciembre de 2001 conforme con lo establecido en el artículo 109 del CC.
- Ratificada la promotora, el Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado porque el artículo 109 del CC permite a los mayores de edad invertir el orden de sus apellidos pero una vez obtenido la inversión no es posible que se deje sin efecto la misma o se obtenga otra nueva.

- La Juez Encargada dictó auto con fecha 3 de abril de 2002 denegando lo solicitado porque la facultad prevista en el artículo 109 del CC y 198 del RRC de posibilitar a los mayores de edad la inversión de sus apellidos sólo se concede una vez en aras del principio de estabilidad de los apellidos como signo de individualización de la persona.
- D.<sup>a</sup> Estíbaliz presentó recurso ante la DGRN que fue desestimado.

### COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La facultad de invertir los apellidos, que concede el artículo 109 del Código Civil a los hijos mayores de edad, es una facultad que se concede por una sola vez, de modo que, una vez ejercida, no cabe por la sola declaración de voluntad del interesado dejarla sin efecto, y obtener la desinversión de los apellidos.

Esta conclusión la impone la estabilidad del estado civil y también de los apellidos,

como signo de individualización de la persona, de modo que el cambio de éstos queda sustraído a la libre autonomía de la voluntad de los particulares, salvo casos excepcionales y taxativos determinados por la ley. La facultad del art. 109 del Código se concede, como se ha dicho, a la persona por una sola vez, de modo que no puede desdecirse en lo sucesivo por su sola voluntad de sus manifestaciones, yendo, además, contra sus propios actos.

### 3. MATRIMONIO

3.1. *Denegación de la inscripción de un matrimonio al concurrir el impedimento de ligamen ya que el interesado estaba ligado por un vínculo anterior, cuyo divorcio en Marruecos no ha obtenido el exequátur y que no se divorció en España hasta después de celebrado el segundo matrimonio.*

### RESOLUCIÓN de 15 de junio de 2002.

#### ANÁLISIS DEL CASO

- D. Hassan, divorciado, de nacionalidad española concedida por residencia el 5 de octubre de 1989, presentó escrito ante el Registro Civil de Ceuta solicitando la inscripción de su matrimonio coránico celebrado en Mequinez (Marruecos) el 26 de agosto de 1995 con doña Nadia, soltera, marroquí.

Adjuntaba al escrito los siguientes documentos: además de la certificación del matrimonio que se pretende inscribir, respecto de él, certificación literal de nacimiento, copia del DNI y del pasaporte, certificado de empadronamiento, certificación literal de su matrimonio anterior con marginal de divorcio concedido el 18 de noviembre de 1999 y, respecto de ella, certificado de nacimiento.

- Ratificados los promotores, se practicó la audiencia a los cónyuges que declararon que no existían impedimentos para la celebración del matrimonio, que se casaban libremente, y que su estado civil era de divorciado él y de soltera ella, y se practicó la información testifical con la intervención de dos testigos que afirmaron ser cierto lo expuesto en el escrito inicial. El Ministerio Fiscal informó favorablemente a lo solicitado y el Juez Encargado remitió el expediente al Registro Civil Central.
- Con fecha 9 de julio de 2001 el Juez Encargado del Registro Civil Central acordó denegar la inscripción de matrimonio solicitada porque conforme con lo establecido en el artículo 46.2.º del CC no pueden contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial. En el presente caso en el momento de celebrarse el matrimonio cuya inscripción se solicita el contratante estaba casado con Anissa A., según la certificación de matrimonio aportada, y el divorcio se produjo por sentencia dictada el 18 de noviembre de 1999.
- D. Hassan interpuso recurso ante la DGRN que fue desestimado.

#### COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Por exigencias del principio de legalidad, básico en el Registro Civil, no puede permitirse la inscripción en el Registro español de un matrimonio, celebrado en el extranjero, que sea nulo para el Derecho español.

Esto es lo que ocurre en este caso respecto del matrimonio celebrado en Marruecos en 1995 entre un español y una marroquí. Este matrimonio es nulo por existencia del impedimento de ligamen. En efecto, el español estaba ligado por un vínculo anterior celebrado en 1992 y, aunque al parecer ese ma-

trimonio anterior fue disuelto por una sentencia marroquí de divorcio anterior al posterior enlace, esta sentencia no ha obtenido, como era necesario, el oportuno exequátur ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo (cfr. art. 107.II del CC), sino que por el contrario ese matrimonio de 1991 fue disuelto por una sentencia española de divorcio dictada en el año 1999, de modo que para el ordenamiento español dicho matrimonio anterior estuvo subsistente hasta esta última fecha y persistía cuando el interesado contrajo el matrimonio posterior en 1995.

#### 4. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

4.1. *Habiéndose otorgado capitulaciones matrimoniales antes del inicio del procedimiento ejecutivo seguido contra el esposo, no procede anotar el embargo respecto a bienes que en la actualidad pertenecen exclusivamente a la esposa.*

#### RESOLUCIÓN de 18 de febrero de 2002.

##### ANÁLISIS DEL CASO

- El 10 de diciembre de 1997, la entidad Transformados A. formuló demanda de juicio ejecutivo contra D. Miguel y D. Juan, en reclamación de cantidad.
- Despachada la ejecución la demandante solicitó se expidiera mandamiento de embargo sobre las fincas registrales números ...28 y ...81. Los días 5 y 10 de abril de 1998 se traban sendos embargos sobre las dos fincas.
- Con carácter previo, por providencia de 3 de abril de 1998 el Juzgado ordenó que se notificara la existencia del procedimiento y embargos trabados a los cónyuges de los demandados los efectos previstos en el art. 144 del RH. En el curso del procedimiento los demandados se opusieron a la ejecución, alegando que los bienes sobre los que se trababa el embargo no eran de su propiedad, sino de sus esposas, en virtud de escrituras de capitulaciones matrimoniales y liquidación de las respectivas sociedades de gananciales otorgadas el 25 de marzo y el 13 de mayo de 1997, inscritas en el Registro de la Propiedad en fechas respectivas de 20 de junio de 1997 y 28 de febrero de 1999 y tomada razón en el Registro Civil el 21 y 28 de mayo de 1997.
- El juzgado estimó que no existía oposición y ordenó seguir adelante la ejecución despachada contra los bienes de los demandados D. Miguel y D. Juan. Por Providencia de 28 de abril de 1999 el Juzgado acuerda librar mandamiento al Registrador de la Propiedad de Torrejón de Ardoz para que se proceda a la anotación de los embargos trabados sobre las fincas ...28 y ...81.
- Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Torrejón de Ardoz, el 3 de junio de 1999, fue calificado con la siguiente nota: “Denegadas las operaciones que se ordenan en el mandamiento precedente, toda vez que las fincas sobre las que se ordena tomar la anotación preventiva de embargo, registrales ...28 y ...81, figuran inscritas a favor de los

cónyuges de los demandados, por las inscripciones 6.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> de fechas 20 de junio de 1997 y 28 de febrero de 1998, respectivamente, e indicadas las capitulaciones matrimoniales que las causaron en el Registro Civil el 21 y el 28 de mayo de 1997, también respectivamente como se dice en el cuerpo de dichos asientos, fechas anteriores a la providencia que ordena la anotación; todo ello de conformidad con la doctrina emanada de las Resoluciones de Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de noviembre de 1996 y 3 y 4 de junio de 1991”.

- La entidad Transformados A. interpuso contra la nota de calificación recurso gubernativo ante el TSJ de Madrid que fue desestimado.
- La entidad Transformados A. interpuso recurso ante la DGRN que fue desestimado.

## RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL TSJ DE MADRID

### 1. Alegaciones del recurrente.

Que la resolución alegada en la nota de calificación no es aplicable al presente caso. Que si se tiene en cuenta lo establecido en el art. 144 del Reglamento Hipotecario, modificado por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, es improcedente la denegación de la práctica de la anotación de embargo, ya que en el mandamiento consta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y el que los cónyuges de los demandados tuvieron conocimiento de la existencia del procedimiento y del embargo trabado. Que el Registrador pone de manifiesto un obstáculo que surge del Registro por causa de los principios de prioridad y tracto sucesivo, cual es el de que las fincas objeto de anotación de embargo figuran inscritas a favor de las esposas de los demandados con anterioridad a la Providencia ordenante de la anotación. Que este obstáculo desaparece con la nueva redacción del art. 144 del Reglamento Hipotecario, pues cambia la exigencia de demandar al cónyuge por la de notificar el embargo al cónyuge titular y hacerlo antes del otorgamiento de la ejecución sobre sus bienes para que pueda intervenir en defensa de los mismos, exigencia

ésta que queda cumplida en el presente caso, sin que las esposas de los demandados ejercitaran su derecho de defensa (resolución de 29 de diciembre de 1998 y sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de abril de 1984).

### 2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

Que el problema del presente recurso se limita a determinar si en aplicación de la nueva redacción del art. 144 del RH se han cumplido o no los requisitos exigidos. Que en el presente caso no se han cumplido, pues la notificación a los cónyuges titulares de los bienes se ha realizado bastante después de otorgarse las escrituras de liquidación de la sociedad de gananciales. Que los principios de legalidad, tracto sucesivo y legitimación, en particular las prescripciones de los arts. 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 144.2 de su Reglamento, obligan a mantener la nota de calificación, sin perjuicio de que la recurrente siempre podrá instar, en defensa de su derecho, la impugnación judicial de las liquidaciones practicadas y solicitar la anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad.

**3. Resolución del Presidente del TSJ de Madrid.**

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid desesti-

mó el recurso interpuesto confirmando la nota del Registrador fundándose en sus alegaciones.

## RECURSO ANTE LA DGRN

**1. Alegaciones del recurrente.**

El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose, en esencia, en sus alegaciones y añadiendo que no basta la interpretación gramatical del inciso final del art. 144 del RH, y que hay que entender que la notificación de la anotación de embargo no hay que hacerla antes de la liquidación de la sociedad de gananciales, sino antes de la ejecución siendo su finalidad que el cónyuge del demandado pueda ejercitar sus derechos frente al acto del embargo.

**2. Resolución de la DGRN.**

Ha de rechazarse la anotación pretendida por cuanto los bienes trabados aparecen inscritos a favor de personas distintas de los demandados, incumpliendo así el requisito del tracto sucesivo (cfr. arts. 24 Constitución Española y 20 Ley Hipotecaria), sin que tal obstáculo quede salvado por el hecho de que los bienes embargados hubieran tenido anteriormente la condición de gananciales, pues:

a) Ni siquiera durante la vigencia de la sociedad de gananciales existía una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas solo por un cónyuge, por lo que a efectos registrales, la deuda en cuya garantía se traba el embargo ahora cuestionado debe ser tratada como privativa de aquel, y ello tanto durante la vigencia de la sociedad ganancial como después de su disolución.

b) No puede aplicarse la doctrina inherente a las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de marzo de 1988 y 3 y 4 de junio de 1991,

toda vez que cuando se traba el embargo y se notifica a los consortes de los deudores, se habían disuelto ya las respectivas sociedades de gananciales y tal disolución había producido efectos frente a terceros de buena fe (cfr. art. 77.2 de la Ley del Registro Civil) —incluso, respecto de uno de los bienes, se habían inscrito ya en el Registro de la Propiedad—, de modo que no cabría acogerse a la excepcional posibilidad que brindaba el art. 1373 del Código Civil para embargar bienes comunes por deudas de uno solo de los cónyuges.

Por lo demás, tampoco el párrafo segundo del apartado 4 del art. 144 del Reglamento Hipotecario, posterior a la reforma de 1998, permite amparar la pretensión del recurrente, toda vez que del mandamiento calificado no resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva la traba. En efecto, sin prejuzgar ahora sobre el acierto de la literalidad del precepto reglamentario invocado, es evidente que no puede entenderse que del mandamiento resulta tal responsabilidad, cuando emanando de un juicio ejecutivo seguido solo contra el marido, se limita a señalar que “los bienes sobre los que se decreta (la traba) mantienen su responsabilidad como bienes gananciales”. Como se ha señalado, no hay presunción de ganancialidad de las deudas contraídas por un solo cónyuge y, por consiguiente, toda declaración de que los bienes comunes responden de una deuda contraída solo por un cónyuge, que no emane de un procedimiento declarativo seguido contra ambos esposos, no podrá tener ninguna virtualidad en el Registro de la Propiedad, so pena de vulnerar el principio constitucional de protección jurisdiccional de los dere-

chos y de proscripción de la indefensión (cfr. art. 24 Constitución Española), y del más específico principio registral de salvaguarda judicial de los asientos del Registro (cfr. arts. 1, 20, 38, 40, etc. de la Ley Hipotecaria).

Por último, tampoco tiene sentido debatir ahora sobre si el término “aquella” con que concluye el 144.4 del Reglamento Hipotecario, se refiere a la liquidación de la sociedad conyugal o a la ejecución, como propone el recurrente. Es evidente que esta segunda alternativa es inadmisibles, toda vez que la ejecución no “se otorga”, sino que “se despacha”, y, por otra parte, no resulta compatible con la regulación entonces vigente del juicio

ejecutivo, que pueda notificarse un embargo ejecutivo antes de que se despache la ejecución (cfr. arts. 1440 y 1442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881). Además, este precepto reglamentario no puede entenderse sino en congruencia con la doctrina inherente a la resolución ya citada de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y conforme a la cual cabe anotar los embargos por deudas de un cónyuge sobre bienes antes gananciales y ya adjudicados e inscritos a favor de su consorte, siempre que la traba y su notificación a este se hubieren producido antes de que la disolución de la sociedad conyugal hubiere producido efectos frente a terceros de buena fe.

4.2. *Inscrito el bien con carácter ganancial y constando la disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, el principio de tracto sucesivo impide inscribir la adjudicación de dicho bien alcanzada en procedimiento seguido exclusivamente contra uno de los esposos cotitulares.*

## RESOLUCIÓN de 16 de marzo de 2002.

### ANÁLISIS DEL CASO

- En autos de juicio ejecutivo seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Las Palmas de Gran Canaria, a instancia de D. Salvador contra D. Javier, una vez fallecida su esposa se trabó embargo sobre la parte proporcional de la sociedad de gananciales en finca registral del Registro de la Propiedad de dicha ciudad, número 5.
- El 22 de noviembre de 1996, se dictó auto aprobando el remate a favor de D. Salvador de la finca registral antes referida.
- Presentado testimonio del auto de adjudicación en el Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 5, fue calificado con la siguiente nota: “Suspendida la inscripción del precedente documento por falta de liquidación previa de la sociedad de gananciales del demandado”.
- D. Salvador interpuso recurso gubernativo ante el TSJ de Canarias que fue desestimado.
- D. Salvador interpuso ante la DGRN que fue desestimado.

## RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL TSJ DE CANARIAS

**1. Alegaciones del recurrente.**

Que se solicitó se librase oficio al Registrador para que se inscribiese a su nombre la parte proporcional de la sociedad de gananciales que fue lo que se embargó de la vivienda referida. Que o bien lo embargado en su día lo fue correctamente o se hizo mal, que si se pudo anotar el embargo en su día, es incomprensible que no se pueda actualmente hacer definitivamente. Que el adjudicatario no puede actualmente proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que es un asunto en el que carece de legitimación activa. Que el Registrador no indica en la nota de calificación en qué basa la misma, conculcando de manera evidente el art. 24 de la Constitución Española, ya que los arts. 71 y siguientes de la Ley Hipotecaria indican que los bienes embargados podrán ser enajenados o gravados, siendo competentes para su conversión e inscripción definitiva el Juez que la mandó hacer (art. 84 de la Ley Hipotecaria, EDC 1946/59).

**2. Alegaciones del Registrador de la propiedad.**

El Registrador en defensa de la nota informó:

1.º Que habiendo fallecido uno de los cónyuges al tiempo de practicarse el embargo, éste se limitó a los derechos que al superstite pudieran corresponderle sobre la finca, al liquidarse la sociedad conyugal. El asiento ha de reputarse correcto en cuanto embarga los derechos que corresponden al cónyuge superviviente con independencia que se concreten o no sobre la finca embargada y sólo para el caso que esta concreción tenga lugar.

2.º Que en el mandamiento calificado se adjudica la totalidad de la finca, cosa posible si se hubiera adjudicado al embargado al liquidarse la sociedad conyugal, pero no constando que esta liquidación se haya practicado y la adjudicación del bien a favor del embargado, no cabe la inscripción de este a favor del rematante. Se incurre en incongruencia.

3.º Que no resulta preceptivo citar un precepto concreto infringido cuando la no sujeción al principio de legalidad resulta de las normas jurídicas generales aplicables al caso concreto.

**3. Alegaciones del Magistrado-Juez.**

Que conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1987, hay que entender que no es necesaria la espera a que alude el Registrador, siendo, por otra parte, incierto que la vivienda le fuese adjudicada en su totalidad al ahora recurrente, sino en la mitad indivisa de la misma y así consta en el edicto publicando la subasta. Que se considera ajustada a derecho la pretensión del recurrente, conforme a los arts. 71 y siguientes del Reglamento Hipotecario y concordantes del Reglamento Hipotecario, así como los arts. 117 de la Constitución Española y 2.1 y 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

**4. Resolución del TSJ de Canarias.**

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias confirmó la nota del Registrador fundándose en el art. 38 de la Ley Hipotecaria y la Resolución de 3 de junio de 1986.

## RECURSO ANTE LA DGRN

### 1. Alegaciones del recurrente.

El Letrado recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en las alegaciones contenidas en el escrito de interposición del recurso gubernativo.

### 2. Resolución de la DGRN

En el presente recurso se pretende inscribir el auto de aprobación de remate de un bien inmueble ganancial dictado en juicio ejecutivo incoado sólo contra el marido, una vez fallecida su esposa, inscripción que es rechazada por el Registrador al no mediar la previa liquidación de la sociedad de gananciales. En su día se había decretado el embargo acordado en dicho procedimiento, sobre “los derechos que al cónyuge superviviente pudieran corresponderle en la finca al liquidarse la sociedad conyugal”.

El defecto debe ser confirmado; inscrito el bien con carácter ganancial y constando la disolución de la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges, el principio de tracto sucesivo impide inscribir la adjudicación de dicho bien alcanzada en procedimiento seguido exclusivamente contra uno de los esposos cotitulares (cfr. art. 20 de la Ley Hipotecaria); deberá inscribirse previamente el título correspondiente (sea el de liquidación de la sociedad conyugal o cualquier otro suficiente al efecto) por cuya virtud el cónyuge ejecutado pasa a ser titular exclusivo del bien cuestionado. Y no cabe alegar en contra que si en su día se anotó el embargo, debe ahora inscribirse la adjudicación, pues sobre no ser cierta esa relación causa-efecto (cfr. Resolución de este Centro Directivo de 3 de marzo de 2001), el embargo anotado no era del bien enajenado judicialmente sino de los derechos que sobre el mismo pudieran corresponder al cónyuge ejecutado cuando se liquidase su sociedad ganancial y, por tanto, habrá de esperarse a la realización de esta liquidación, para saber qué derechos corresponderán al ejecutado en dicho bien (si es que alguno se le adjudica) y concretar a estos el alcance del remate alcanzado (cfr. arts. 42.6, 46 de la Ley Hipotecaria, 166.1.º y 206.10 del Reglamento Hipotecario).

---

# **DERECHO CANÓNICO**

---

# ¿INCOMPATIBILIDAD DE CARACTERES - INCAPACIDAD RELATIVA?

## Comentario a la Sentencia C. Panizo Orallo, de fecha 10 de septiembre de 2001

MARÍA VICTORIA DÍAZ SANTA-OLALLA

*Letrado Rotal*  
*Abogado*

### I

#### I. ANÁLISIS DEL CASO

1. Don N. N. y Doña M. M. contrajeron entre sí matrimonio canónico en la parroquia de Sant Just i Pastor de la ciudad de Barcelona el 25 de julio de 1996. Del mismo no existe descendencia.

2. La esposa interpuso demanda de nulidad de su matrimonio ante el Tribunal eclesiástico de Barcelona el 17 de julio de 1997. Sustancialmente se hace constar en dicha demanda:

a) El conocimiento de los futuros esposos data del hecho de haber empezado la mujer a trabajar en la empresa familiar del demandado: de un trato puramente laboral se fue pasando paulatinamente a una relación de amistad que con el paso del tiempo desembocó en noviazgo.

b) El desarrollo de este noviazgo, que no se puede calificar de muy normal, estuvo marcado —del lado de la mujer— por la realidad de unas condiciones sobre todo de familia y también personales que, además de exigirle mucha responsabilidad, la cargaban de “estrés” y de preocupaciones; y del lado del demandado por el sentimiento de ella de no verse apoyada por él en esa situación descrita.

c) La consecuencia fue “un progresivo distanciamiento en el trato que perdurará a lo largo de toda la relación”. Y fue precisamente en estas condiciones en las que se decidió el matrimonio y se accedió al mismo.

d) El inicio de la vida conyugal, desde el mismo viaje de bodas a la India, fue un trasunto de la realidad anterior: ella se percató de inmediato que “la relación íntima” entre ellos no era normal porque se daba una “frialidad” impro-

pia de recién casados; la propia esposa, al regresar de ese viaje a Barcelona, le plantea al marido el “mal funcionamiento de la vida afectiva”, cosa que él se limita a negar; a los tres meses de matrimonio, ella —aconsejada por su hermana— acude a un psiquiatra y posteriormente, a requerimiento del médico, lo hace también el marido: a pesar de todo, las relaciones íntimo-afectivas continúan sin ser normales y sobre todo satisfactorias, con la particularidad de que el demandado trata de culpar a la mujer de la situación tanto en lo afectivo como en lo laboral.

e) En un momento dado y tras haber comunicado el psiquiatra a la mujer que, si bien su esposo la amaba, “no podía mantener unas normales relaciones con ella y, ante la falta de una propuesta de solución, le manifestó al demandado que aquella misma tarde abandonaría el domicilio conyugal, lo que hizo efectivamente llevándose con ella sus pertenencias personales. Parece ser, se dice, que el demandado advirtió a la mujer que ante los conocidos “debía decir que el motivo de la separación se debía a su incompatibilidad de caracteres”.

d) Estos esposos firmaron un convenio de separación el 15 de mayo de 1997.

3. Fue admitida esta demanda por el Tribunal el 16 de septiembre de 1997. El esposo demandado, legítimamente citado, compareció ante el Tribunal y manifestó no estar en absoluto de acuerdo con el contenido de la demanda al estar basada la misma en “hechos y argumentaciones falsas o en medias verdades”, por lo que se opone a la nulidad basada en los hechos y razones de la esposa; y, estando sin embargo convencido de que el matrimonio fue nulo, quiere tomar parte activa en la causa y demostrar por su cuenta la nulidad del mismo, para lo cual solicita y obtiene plazo para contestar a la demanda de la mujer. Efectivamente y a partir de planteamientos apoyados especialmente en un antagonismo total de temperamentos pide por su parte la nulidad del mismo matrimonio por la incapacidad de los dos esposos para las obligaciones conyugales. Ante ello, la esposa actora insiste en su criterio de pedir la nulidad por la incapacidad del esposo para las esenciales obligaciones conyugales y por error en cualidades del marido sufrido por ella misma.

El *Dubio* fue planteado en forma conjunta por: “incapacidad de uno y/u otro contrayente para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio y por error en cualidad del esposo padecido por la mujer”.

Tramitada la causa de conformidad con el Derecho, el Tribunal dictó la sentencia el 25 de julio de 2000 y en ella fue declarada la nulidad del matrimonio por incapacidad de los dos cónyuges para asumir-cumplir las esenciales obligaciones conyugales. Publicada y notificada en forma la sentencia y no habiéndose producido apelaciones, los autos fueron pasados a Nuestro Tribunal el 27 de septiembre de 2000.

4. Ante Nuestro Tribunal, una vez designado el Turno, se tuvo la primera sesión el 25 de enero de 2001. Emitió el preceptivo Informe a tenor del canon 1682 el sustituto Defensor del vínculo de N. Tribunal en fecha de 10 de abril de 2001 y se muestra a favor de la confirmación de la sentencia del Tribunal eclesiástico de Barcelona únicamente por la incapacidad del esposo demandado-reconviniente para asumir-cumplir las esenciales obligaciones conyugales.

5. El Tribunal de la Rota llega a dos conclusiones: a) Se considera suficientemente demostrada la incapacidad del esposo demandado para asumir y cumplir las esenciales obligaciones conyugales, ratificándose y confirmándose en cuanto a este punto la sentencia dictada en esta causa por el Tribunal eclesiástico de Barcelona el 25 de julio de 2000; b) No se considera demostrada con certeza moral la incapacidad de la esposa para asumir las dichas obligaciones del matrimonio; y no se confirma la dicha sentencia en cuanto a tal punto, quedando el litigio en cuanto a esto sometido a proceso ordinario de segunda instancia con oportunidad para los dos esposos de urgir la correspondiente tramitación de ello aportando nuevas pruebas si lo desean.

## II. COMENTARIOS

La idea central de lo que puede considerarse el núcleo del pensamiento del Ponente en la materia podría arraigarse en estas frases de la resolución:

*“E insistimos en la idea para nosotros clara de que, entre personas normales no puede ser concebible siquiera una incompatibilidad esencial; y si hay o se da y demuestra una anormalidad grave radicalmente impeditiva de vida conyugal, ha de hablarse de incapacidad, que es el lenguaje del Código y el más ajustado a las realidades naturales, y no de esos términos que en el mejor de los casos serían impropios y en el peor, fuente de equívocos y confusiones”.*

¿La llamada “incompatibilidad de caracteres” es realmente algo equivalente a la llamada “incapacidad relativa”?

Las hipotéticas relaciones, sobre todo jurídicas, entre ambas expresiones pueden a mi juicio considerarse una de las claves ideológico-jurídicas de la resolución que comentamos.

Realmente en ello se centra una cuestión mayor ahora mismo en materia de nulidades matrimoniales canónicas y, a su vez, de gran polémica, acremente debatida aunque tal vez más de corteza que de fondo posiblemente por falta de certera concreción del estado de la cuestión: el de la sinonimia o exacta correspondencia entre la incompatibilidad de caracteres y la llamada incapacidad relativa para el matrimonio y la vida conyugal.

Al objeto, nos vamos a permitir algunas consideraciones breves.

### A) Incompatibilidad de caracteres

1. Centremos el tema desarrollando el aludido concepto.

En cuanto al “carácter” de las personas, se ha de admitir que éste conforma un aspecto muy sintomático de la personalidad.

El carácter —literalmente cosa que “se imprime” en una realidad personal— parece, como se ha dicho, algo que se adquiere, que mantiene intensa dependencia de las vivencias, de las experiencias, de la educación, de la cultura, etc.: al tratarse de realidades “circunstantes” o que rodean y como que ciñen a la persona, el “carácter” denota una especie de “rumbo” personal, que se va forjando y desarrollando al unísono con la misma.

El “carácter” recibe, por tanto, para su formación, el marchamo de múltiples influencias de variado tipo: ambientales, sociales, educacionales y de “aprendizaje”, etc.

El “carácter” aparece sometido a cambio y a una transformación continua y se puede verificar mutaciones y cambios pequeños o grandes, favorables o desfavorables, con los que la experiencia vital se convierte en agradable o traumática.

En cuanto al “carácter”, éste conforma, con el temperamento, la doble cara de la personalidad y es realmente un aspecto muy significativo de la misma: si con el temperamento se nace, el carácter se va configurando y modelando en la vida desde que se nace: se adquiere paso a paso; depende mucho de las vivencias, de las experiencias, de la educación, de la cultura de cada uno, que rodean a la persona y se han ido desarrollado al unísono con la misma.

El “carácter” recibe, por tanto, influencias de todo tipo: ambientales, sociales, psíquicas.

Está sometido a una transformación perenne y continua en la que se pueden ir produciendo cambios pequeños o grandes, favorables o desfavorables, positivos o negativos, de modo que, bajo sus influjos, la experiencia de la vida llegue a ser agradable o traumática.

Como secuela derivada de un hipotético contenido traumatizante del carácter pueden surgir los llamados *trastornos de la personalidad*, que no son otra cosa que patrones permanentes de experiencia interna y de comportamiento que se apartan acusadamente de los márgenes y expectativas de la cultura del sujeto y cuyas manifestaciones negativas más ostensibles se pueden percibir o en el área de la cognición o de la afectividad o de la actividad interpersonal o del control de los impulsos. (Para un estudio actual y moderno del origen y desarrollo de los mismos se puede acudir a las modernas clasificaciones de las enfermedades mentales: la del CIE-10 o la del DSM-IV).

En materia de caracteres o temperamentos, se alude a “incompatibilidad” y se llamarían “incompatibles” las personas con una radical imposibilidad de

coherencia interna y externa: incompatibles serían los seres que por naturaleza se repelen y por naturaleza también no podrían, aunque quisieran, asociar sus conductas o aunar sus vidas, ya que el mismo intento de hacerlo generaría reacciones, no solo perjudiciales, sino también imposibles de evitar por esa misma imposibilidad de cohesión mutua. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define el término “incompatibilidad” como *repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí*: esta misma palabra “*repugnancia*” empleada por la Real Academia muestra cómo uno de sus sentidos el de verdadera imposibilidad de hacer compatibles o a la vez encajables en un mismo plan o proyecto de dos atributos o cualidades de una misma cosa o de cosas diferentes.

En términos de nomenclatura jurídica, una primera indicación impone el que no se deba admitir la expresión “*incompatibilidad de caracteres*” en calidad de término jurídicamente adecuado para significar realidades jurídicas, como puede o pudiera ser una incapacidad para consentir conyugalmente en sentido subjetivo u objetivo: en la nomenclatura jurídico-canónica de las nulidades conyugales, a tenor del canon 1.095, la palabra “típica” de expresión de imposibilidades de consentir es la de “incapacidad”; necesitando todas las demás, incluida la famosa “incompatibilidad de caracteres”, de una medida “traducción” a esos módulos jurídicos indicados de “capacidad-incapacidad”, sin la cual no se lograrían más que confusiones e inexactitudes; y aun eso con las dificultades añadidas que ha de implicar siempre compaginar por medio del lenguaje lo extenso y lo inextenso, lo cualitativo y lo cuantitativo o lo fluente y lo permanente.

En esta misma línea, habremos seguidamente de señalar que la incompatibilidad de caracteres de suyo no es sinónimo de incapacidad y que ni la expresión es por eso mismo apta para significar verdaderas incapacidades en su sentido jurídico ni de suyo esas tan alegadas “incompatibilidades” incapacitan para asumir obligaciones esenciales del matrimonio. Este es el criterio doctrinal y jurisprudencial más frecuente: el que arranca precisamente de una depurada aplicación de las palabras y de los conceptos a las realidades del mundo del derecho.

En la “praxis” de bastantes planteamientos de nulidades por incapacidad psicológica, este vicio de convertir automáticamente las llamadas “incompatibilidades” en “incapacidades” efectivas para el consentimiento y el matrimonio se encamina a convertirse en una situación de problematidad habitual entre los puristas del recto uso de las palabras sobre todo jurídicas y quienes no dudan en echar mano de analogismos buscando efectos sin contar con las causas, con tal de saldar como sea o a costa de lo que sea ciertos matrimonios en crisis. Estas lenidades pueden hacer que una simple irritación o aburrimiento o mal momento terminen en formales declaraciones de nulidad sin base alguna de auténtica incapacidad. Y pueden también evocar todo un cúmulo de circunstan-

cias que, de la mano de una psicología benevolente y de una idea mitificada de los “caracteres” de las personas, al final terminan por justificar el común uso de la palabra “incompatibilidad” con sentido impropio de “incapacidad”.

De la convivencia interhumana en general se pueden predicar esos calificativos de “*frágil, desvalida y enormemente delicada*”, que dijera Luis ROSALES en *Cervantes y la libertad*.

Hasta en esas convivencias que nacen y se desarrollan en normalidad —sin que se desloquen las ideas de normalidad y de anormalidad, tan difíciles ellas de deslindar— como no puede ser menos entre seres humanos-personas libres y ostentando cada uno sus derechos y sus deberes, surgen por necesidad puntos de vista distintos, actitudes a veces distantes con la secuencia de que las “dificultades” —que no “imposibilidades”— para unirse, adaptarse y amoldarse, crear entre los dos seres un espacio común no solo tienen que ocurrir al principio de la convivencia, sino que pueden surgir y de forma natural en cualquier etapa de la vida en común: con la posibilidad incluso de que lo que eran entusiasmo y paz pasen a ser acritud y contienda.

Cuando una convivencia normal de las personas en “encuentro” interhumano se ha deteriorado de forma clara y por motivaciones tan variopintas como la propia vida, la misma puede llegar a mostrarse deficiente y a veces imposible.

El alegar en tales circunstancias por sistema incompatibilidades de caracteres o de temperamentos como fórmula de nulidad puede ser tan deforme jurídicamente hablando como equiparar y medir por el mismo rasero nulidades y divorcios. La incapacidad psicológica verdadera es causa de nulidad por las vías del canon 1.095; esas otras incompatibilidades que devienen tales por razones distintas de una auténtica incapacidad pueden ser causas de separación o de divorcio, pero, aunque sus huellas se dejen sentir desde el mismo momento del inicio de la convivencia, no estaría justificada legítimamente la posibilidad de acudir a la vía de una nulidad de un matrimonio canónico; para que sea acogida con éxito dicha petición tendría que existir una verdadera imposibilidad relacional, y no una mera incompatibilidad derivada de situaciones o circunstancias sobrevenidas al propio matrimonio, que como tal no avalaría dicha petición en la esfera en que nos debatimos.

Hacemos mención a la sentencia c. Burke de 27 octubre de 1994 (vid. Monitor Eccles. 121.1996, pág. 502).

Esta sentencia anota la razón jurídica de apreciar y juzgar sobre diversidades de temperamento, dando sentido de imposible jurídico, queriendo hacer patente la inadmisibilidad de la incompatibilidad de caracteres con apoyo en que no hay bases para que los jueces eclesiásticos puedan pronunciarse, con justicia, con razón y con certeza, para declarar que dos personas que, llevadas en un tiempo de mutuo amor y habiéndose ellas mismas elegido en buena libertad para formar un matrimonio, por el inciso de un posterior naufragio en el

pacto hecho puedan pasar, por ese solo inciso, a una verdadera y radical “incapacidad” en sentido jurídico para asumir las esenciales obligaciones conyugales.

Realidad bien distinta sería si la dificultad para llevar a cabo la vida matrimonial fuera la expresión de condiciones gravemente anómalas de la persona como una enfermedad, que, antes latente, aparecería como la directa causante de la inviable vida en común: en tales casos, la cuestión significaría un puro nombre y, en pureza terminológica, lo mejor y lo correcto llevaría a emplear sin más el término jurídico de incapacidad.

El Profesor MOSTAZA, en sus lecciones sobre Derecho Matrimonial, señala que *“los defectos de carácter, así como la simple ‘incompatibilidad de caracteres’ o cualquier desorden de personalidad, que impiden la plena y perpetua unión en la vida conyugal no bastan para hacer inhábiles a los contratantes respecto al cumplimiento de dichas obligaciones como se ha pretendido a veces en la jurisprudencia canónica anglo-norteamericana”*.

Esas lenidades anteriormente indicadas en materia tan delicada y medida jurídicamente hablando traen a la memoria lo que ocurrió en un tiempo en tribunales americanos (USA), en los que, parangonando por una especie de ósmosis cultural las incompatibilidades divorcistas a las incapacidades, se dieron verdaderas “nulidades a la carta”: lo impropio de tales parangones y lo injusto de tales disposiciones de nulidad fue en su día y en su momento criticado con duras reacciones por parte de la Rota Romana: valgan de ello como exponente lo dicho en las sentencias c. Fiore de 23-2-1980 (Monitor Eccles. 1980) y c. Ewers de 4-4-1981 (M.E.-81).

Por tanto, y atemperando lo antes expuesto, ni todo fracaso conyugal lleva en su fondo la nulidad del matrimonio, ni toda vida matrimonial con dificultades puede encaminarse hacia la nulidad como salida de la crisis.

2. Según se anota en el apartado B) del *in iure* de la resolución que comentamos, en esta materia de nulidades conyugales se hace importante un análisis sereno y equilibrado del binomio de correspondencias formado por:

Incapacidad-imposibilidad.

Incompatibilidad-dificultad.

Porque los términos suelen ser más claros que los conceptos, el distinguir con acierto y exactitud una incapacidad invalidante de todos esos planos de incompatibilidad que se suelen alegar en casos de crisis conyugales y separar lo que es imposible de lo que solo entraña dificultad no es tarea fácil, pero exigencias de buena terminología y conceptualización lo imponen.

Cuando el Papa Juan Pablo II, en su trascendente Discurso a la Rota Romana, de fecha 5 de febrero de 1987, trataba de poner luz en estas cuestiones de la

incapacidad psicológica conyugal, centraba los términos de la cuestión en un buen deslinde de los polos del referido binomio:

*“Para el canonista —decía— debe quedar claro el principio de que solamente la incapacidad y no ya la dificultad para prestar el consentimiento y para realizar una verdadera comunidad de vida y de amor hace nulo el matrimonio. La quiebra de la unión conyugal, por otra parte, jamás es en sí una prueba para demostrar tal incapacidad de los contrayentes, los cuales pueden haber olvidado, o usado mal, los medios tanto naturales como sobrenaturales a su disposición, o bien no haber aceptado los límites inevitables y las cargas de la vida conyugal, bien por bloqueos de naturaleza inconsciente, bien por leves patologías que no cercenan la sustancial libertad humana, o bien, por último, por deficiencias de orden moral. Una verdadera incapacidad puede ser admitida en hipótesis sólo de presencia de una seria forma de anomalía que, de cualquier forma que se quiera definir, debe cercenar sustancialmente las capacidades de entender y/o de querer del contrayente” (n.º 7).*

Son palabras y frases de verdadera precisión.

Dos campos perfectamente deslindables se perfilan a través de ellas: el campo del “no poder” y el del “no querer”.

En el primero se instala solamente la incapacidad que es, ella sola, imposibilidad del orden que sea. No en vano la “ratio iuris” de justificación del 1.095-3.º lo tiene todo que ver con ese axioma tan elemental en su lógica de que el peso de las obligaciones cede ante las cosas imposibles.

En el otro campo —el del “no querer” en la forma que se pueda concretar cada supuesto— toman asiento todas esas otras formas de complicación conyugal y que pueden arrancar de factores o circunstancias o coyunturas que pueden quizá “imposibilitar” para la vida común, pero sin que sea “tal imposibilidad” secuencia real y efectiva de irremontables incapacidades objetivas y sí más bien de unas “imposibilidades” “creadas” o por los propios esposos o por terceras personas con la complicidad mayor o menor de los mismos. Suele ser socorrido etiquetar estas formas de “imposibilidad creada” con el título de “incompatibilidades” personales, cuando en verdad nada tienen que ver con unas auténticas “incapacidades” en sentido jurídico.

Esas medidas palabras y frases del Papa en tal Discurso no dejan realmente mucho margen a estos afanes de confundir terminologías y conceptos: la “incapacidad” —solo ella— entraña referencias de imposibilidad efectiva; todo lo demás que no se pueda reconducir a una verdadera incapacidad —incluidas las nombradas “incompatibilidades”— revestirá formas o modos de “dificultad” que, cuando carezcan de inflexibilidad profunda o de radicales patologías de fondo, no pueden considerarse inficcionando las bases personales del matrimonio y sí tan solo planos del mismo por completo esotéricos o circunstanciales.

Si lo primero puede ser soporte de nulidad del matrimonio, lo segundo nunca podrá serlo con justicia, como señala el Papa interpretando oficialmente las nuevas normas canónicas de la incapacidad psicológica conyugal.

Si la Jurisprudencia de la Rota Romana es sustancialmente uniforme en deslindar el terreno de la incapacidad de los demás terrenos a los que no se les pueden asignar frutos de incapacidad verdadera, no ha sucedido lo mismo con directrices y orientaciones judiciales de jueces y tribunales inferiores.

El anterior Decano del Tribunal de la Rota Española, Mons. GARCÍA FAILDE, en una de las sentencias en que fue ponente, la de fecha 6 de marzo de 1991, dictaba la nulidad por: *“incapacidad de ambos contrayentes para asumir-cumplir obligaciones esenciales del matrimonio por haberse comprobado que ambos lo celebraron siendo portadores de una incompatibilidad de caracteres, que se tradujo en comportamientos antagónicos impidiéndoles el cumplimiento del proyecto de vida sobre la vertiente del amor conyugal auténtico”*.

Estas frases, si no se tradujeran como creo en una verdadera cuestión de “nombre” o de “palabras”, llevarían al menos consigo gérmenes indudables de confusión; lo que es nocivo en unos terrenos jurídicos en los que la claridad y la precisión han de prevalecer sobre las alegrías terminológicas.

La “incompatibilidad de caracteres” presenta dentro de la literatura jurídica matrimonial unas proyecciones muy definidas y perfectamente asumidas literariamente.

Seguramente se dan “incompatibilidades” a partir de bases de incapacidad como no puede ser menos.

Pero la pureza terminológica ha de ser elemento clave y obligado cuando el uso promiscuo de los términos puede ceder en detrimento de la claridad y prestarse a que se confundan peligrosamente cosas que, pudiendo en ocasiones identificarse, no son —ni mucho menos— en todo y en todos los casos idénticas.

Queremos cerrar este apartado, apuntando que, cuando surge una “incompatibilidad de caracteres” entre unos cónyuges (y si se dice que “surge” es porque nace cuando ya eran cónyuges), hay que echar mano de la voluntad, el don de fuerza tan hermoso con que Dios nos ha obsequiado a los hombres, y no escatimar esfuerzos para procurar una adaptación del uno al otro.

Pero esto ya sería otra cuestión diferente y para ella haría falta con frecuencia ese condimento de la madurez personal que es el adobo de la estabilidad del amor y de los matrimonios; y que, cuando no hace acto de presencia constante en la vida de los esposos, lleva o puede llevar a toda suerte de aventuras, desencuentros y demás avatares negativos de la vida conyugal, que son ordinariamente el caldo de cultivo de las llamadas “incompatibilidades” de las personas.

Solo devendría real y jurídicamente imposible una conyugalidad humana en esos casos y situaciones, si se presentara en estado latente —y no ya como estricta incompatibilidad de caracteres— un serio y efectivo trastorno psíquico que se pusiera en ebullición precisamente al tener que encarar responsablemente las obligaciones conyugales y que, al traducirse en fricciones de imposible salida en el seno del matrimonio, produciría estados de hecho encuadrables legítimamente en las coordenadas del canon 1095-3.

### **B) ¿Incompatibilidad de caracteres o incapacidad relativa?**

Todo lo relativo, en oposición a lo absoluto, connota negación de horizontes abiertos, universales y objetivos que trasciendan las referencias particularistas y subjetivas.

Para el relativismo filosófico, el criterio de verdad se desplaza y no reside ya en el objeto mismo del conocimiento, sino en otras realidades distintas como pueden ser o la estructura psíquica del sujeto o los espacios culturales del momento o los múltiples estados o situaciones de coyuntura como quiera que se llamen. Al agudizar el relativismo la comprensión de lo individual, se muestra incapaz de tomar en cuenta y explicar la existencia de principios y valores objetivos y trascendentes capaces de consignar la unidad espiritual e histórica de la humanidad.

Es, por eso, relativista la tesis filosófica que rechaza hasta la misma posibilidad de existencia de una verdad plena y objetiva que resulte inmune a los condicionamientos históricos, sociales, económicos, culturales o simplemente personales.

El relativismo tiene sin duda sentido en la filosofía y en la vida siempre que no se absolutice él mismo.

El que las cosas se relacionen unas con otras y esas relaciones condicionen variados y hasta importantes aspectos de las mismas no justifica el que se pragmatice todo y se ponga en las manos de un relativismo a ultranza todas las categorías de lo humano, incluidos los fueros de la verdad o de la justicia o de la dignidad.

Que el hombre sea la medida de las cosas tiene muchas bazas a su favor, hasta la teológica del Dios haciéndolo a “*su imagen y semejanza*”; incluso también la jurídica del axioma romano “*hominum causa omne ius constitutum est*”.

Ello sin embargo no justifica ni tampoco garantiza que se entienda al hombre, a cada hombre, como principio supremo e inapelable de verdad o de justicia.

El que la verdad o la justicia sean para el ser humano una búsqueda sin final o el que los errores formen parte importante de la existencia y de la convivencia

humanas no quiere decir que no haya ni norte ni otros puntos cardinales de referencias objetivas y absolutas.

Cuando el adjetivo “relativo”, en su sentido filosófico radical de “relación a otra cosa”, se desfigura hasta absolutizar lo que solo es “relación” y se traspasan a lo relativo competencias de lo absoluto efectivo lo que se hace en el fondo es pervertir el auténtico sentido de las cosas e intercambiar no sólo conceptos distintos y distantes sino hacer interpretaciones evolutivas de las realidades.

Algo de esto ha debido pasar con la ya famosa “incapacidad relativa” para el matrimonio cuando en torno a esta idea se ha tejido tanta polémica doctrinal e incluso jurisprudencial.

Siendo posible que en uno de los polos de la misma se radiquen deseos e intentos de hacer pasar por incapacidades psicológicas para el consentimiento y el matrimonio cosas que no son verdaderas incapacidades y sí solamente dificultades o crisis o fracasos conyugales sin más, también ha podido ser posible que a la polémica le haya faltado una inicial serenidad para dejar bien sentados los puntos del estado de la cuestión hasta resaltar y clarificar en la materia puntos como éstos:

— Ninguna incapacidad psicológica puede admitirse como base de una nulidad conyugal como no exista en acto o en virtud al menos en el momento de contraer.

— Ninguna incapacidad, que es negación o carencia de “aptitud” para algo, se puede constituir a base de voluntarismos o de intereses o de estados de hecho más o menos dramáticos a los que se quiere a toda costa dar salida o de crisis provocadas o de otras justificaciones por el estilo.

— Dejando estas dos cosas bien asentadas, se hace del todo innegable que los dos esposos, al contraer el matrimonio, se convierten en una realidad dual, interactiva, cargada de correspondencias e interdependencias, por eso mismo que el propio Santo Tomás admite por elementales razones de observación experimental: que el matrimonio se sitúa —hasta ontológicamente— “*in genere relationis*”: es relacional por esencia, al contar necesariamente con los dos polos —masculino y femenino en el caso— de toda relación institucional.

— Asentado esto, la consecuencia práctica ya no puede ser otra que reconocer que esos dos polos “se influyen” por el simple “corresponderse” y por su necesario “interaccionarse”.

— Por lógica también, consiguientemente, entra en lo posible de tales correspondencias e interacciones el que los dos esposos se enriquezcan humanamente (el “*bien de los cónyuges*” es finalidad natural del matrimonio a tenor del canon 1.055); pero entra o puede entrar igualmente en lo posible que las condiciones de los dos esposos, al ponerse en común, causen incidencias negativas en mayor o menor medida y grado hasta el punto de que, hipotéticamente

en casos concretos, o las dos realidades o una de ellas se vea negativamente afectada por la convivencia con la otra o simplemente por el peso de unas responsabilidades que llaman a la puerta con la celebración del matrimonio y que comienzan a “dar que hacer” precisamente ahora, a partir del sí conyugal, al hacerse la vida conyugal activador y ostensor de unas deficiencias que, estando ya radicalmente presentes con anterioridad en la persona contrayente, solo han tenido ocasión de manifestarse al contacto con las obligaciones conyugales.

— Si la incapacidad llamada relativa se entendiera en este sentido, no nos parece que se diera impedimento alguno para admitirla canónicamente; incluso sería natural admitirla porque negar estas indicadas interacciones implicaría negar la esencia misma de lo conyugal.

— Pero si por “incapacidad relativa” lo que se pretende es elevar a categoría de incapacidad verdadera y jurídicamente viable lo que tan solo son problemas sobrevenidos a la celebración o incompatibilidades fabricadas para buscar salidas a situaciones dolorosas o no tan dolorosas o levedades de convivencia perfectamente superables con normal esfuerzo u otras causas de tal estilo, habría que decir que la terminología es desafortunada o quizá mejor de intento buscada para “colar” al canon 1.095-3 cosas que en absoluto caben dentro del canon 1.095-3.

— Por otro lado, se ha de añadir que —en base a lo antes indicado sobre el matrimonio como “relación dual”, lo mismo institucionalmente que personalísticamente— la pretendida “incapacidad” psicológica de una persona conyugal no es ni un ente de razón ni una pura teorización abstrusa: la “incapacidad” que el ordenamiento jurídico diseña o construye está hecha para contemplarse en vivo y para ser analizada y valorada en la carne de una persona contrayente concreta y dentro de un matrimonio concreto. Esto hace que esas antes aludidas interacciones y correspondencias relacionales puedan determinar imposibilidades auténticas para el matrimonio con persona de determinadas condiciones psíquicas y no con otra de diferentes condiciones, las cuales no se erigieran en activadores de latentes contraindicaciones para lo conyugal. En este supuesto, para decidir si es nulo el matrimonio habrá que indagar todo lo que cada cónyuge aportó a la relación sponsal y el cómo y el por qué de lo que todo ello contribuyó al devenir efectivo de la imposibilidad de la convivencia conyugal; y esto llevaría, en puridad y en ciertos casos, a que no existiera un cónyuge al que se le distinga con la imposibilidad de no asumir o de no cumplir, sino a ambos al ser la suma “combinada” de las condiciones conyugales de ambos lo que habría llevado a una imposible —no solo inviable— convivencia marital.

Este supuesto jurídico de la llamada “incapacidad relativa” es un punto de mucho relieve en la resolución que comentamos.

Y las alusiones que se acaban de hacer sobre la misma encajan —y así lo creemos— en los criterios que sobre ello mantiene el ponente dentro y fuera de esta resolución.

E incluso la incompatibilidad de caracteres, en el sentido más “típico” de la expresión y que ahora mismo es asumida por algunos como sinónimo de “incapacidad relativa”, puede serlo en un desenfoque conceptual de esta última, pero nada tiene que ver de suyo con el verdadero sentido jurídico de cualquier tipo de incapacidad, llámese como se quiera, y que en todo caso —y como no se falseen los términos— ha de revestir sentido de “ineptitud plena” para el matrimonio; que es lo que coincide realmente con esa interpretación oficial del canon 1.095 que ofrece el Papa en su Discurso a la Rota del año 1987, al decir que *“una verdadera incapacidad puede ser admitida solo en hipótesis de presencia de una seria forma de anomalía que, como quiera que se llame, debe cercenar sustancialmente las capacidades de entender y/o de querer del contrayente”* (n.º 7) y su necesario o no correlato con la llamada incapacidad relativa.

Abundando en estas ideas, vamos a señalar algunas orientaciones jurisprudenciales en la materia.

a) Mons. Lefevbre, Auditor insigne que fue de la Rota Romana, indica en una de sus sentencias que la “capacidad” psíquica para el matrimonio *“requiere compromiso de darse uno mismo de tal modo que se establezca una íntima comunidad de vida y una verdadera relación interpersonal. Esto desde un equilibrio personal, armonía de las varias estructuras de la personalidad, madurez; y todo esto se destruye por la inestabilidad, la sugestionabilidad, el cambio afectivo, la incapacidad para tolerar las mínimas frustraciones, etc”*.

Estas palabras han de ser bien analizadas en lo que suponen de cambio ante anteriores posicionamientos jurisprudenciales como lo que vagaban en torno al clásico binomio de *“amentia-dementia”*.

Se viene a patentizar que las incapacidades de la persona para el matrimonio no caben solo en esos casos extremos de “locura total o parcial”. El matrimonio ciertamente no es cosa de “locos de atar”, pero, por la misma dignidad del propio matrimonio, tampoco puede serlo de personas que, sin estar “de atar”, porten anomalías tales en su personalidad que la vida normal con ellas sea un verdadero imposible existencial. Existen —y ahora mismo son psiquiátricamente constatados y científicamente comprobados esos patrones de conducta— distorsiones múltiples de la personalidad que, sin llegar a ser enfermedades mentales estrictas, desequilibran y alteran de tal modo la personalidad y acarrearán tan serias dificultades a ciertos tipos de convivencia, sobre todo los más comprometedores de la persona misma, que inexorablemente conducen a verdaderas y reales imposibilidades de asunción y de cumplimiento de las obligaciones más elementales y por eso mismo más esenciales del matrimonio.

Una consecuencia de lo anterior hace que se deba ahora mismo pensar —a parte de en esquizofrenias, oligofrenias y demás estados psicóticos de la condición patógena humana— también en esos “desequilibrios”, “disarmónías”, “inmadureces”, “inestabilidades afectivas”, malas tolerancias a las naturales “frustraciones” de la vida, etc. en cu indudable calidad de posibles bases de verdaderas incapacidades para consentir conyugalmente; sin que por ello se minimicen o disuelvan las defensas de la institución matrimonial, a las que tiene sin duda derecho por imperativos de lesa humanidad, pero a la vez sin “pasarse” en esas defensas porque la persona concreta del contrayente, en su carne, en su hueso, en su vida, en su alma y sobre todo en sus posibilidades de vivir lo conyugal, viene formando parte sustancial de la propia institución matrimonial.

Con ello, la apertura a consideraciones más abiertas y menos cerradas de la incapacidad —en el sentido incluso antes dicho de la “incapacidad relativa” en su legítima proyección “dual”— cobra en lo canónico carta de naturaleza y sobre todo sentido realístico.

b) Por su parte, el también Auditor de la Rota Romana, Mons. SERRANO, dice en una de sus sentencias: *“la Jurisprudencia reciente, bajo la inspiración de la Doctrina del Concilio Vaticano II, reconoció que no era distinta la capacidad para consentir en matrimonio que la que se requiera para cumplir los deberes del estado conyugal con referencia a la comunión de vida y amor propia del matrimonio. De ahí que con razón no se excluya —a contrario— que una tal incapacidad pueda tener lugar en anomalías, que se conocen con el nombre de **alteraciones psicopáticas o caracteriales**, a las que se debiera la imposibilidad de instaurar o de hacer evolucionar debidamente aquellas facultades que se requieren para establecer la relación íntima y dual que es exclusiva del matrimonio”*.

Se hace también preciso en este caso afinar los análisis.

Cuando el rotal Mons. SERRANO alude a “alteraciones psicopáticas o caracteriales”, no está haciendo referencias estrictas a la incompatibilidad de “caracteres” como alguno —con excesiva elementalidad— ha podido entender.

Las alteraciones o anomalías “caracteriales” forman hoy parte sustancial de los traumas o patrones de conducta desviados gravemente de la normalidad, como puede observarse a través de los más modernos manuales clasificatorios de los trastornos psíquicos.

Y el sentido de las palabras en cuestión no parece otro que el ya anotado respecto de las frases de Mons. LEFEBVRE: la nulidad del matrimonio ha dejado de ser, merced sobre todo a los planteamientos doctrinales del Vaticano II, cosa exclusiva de amentes, dementes y psicóticos: como indica el Papa en el mencionado Discurso, todo lo que, de cualquier modo que se llame o etiquete, cercene “sustancialmente” las capacidades o potencialidades del contrayente: de

entener, de querer o de poder asumir-cumplir obligaciones esenciales conyugales pasa hoy a formar parte del elenco de posibles realidades de base incapacitante en lo conyugal.

Si toda convivencia entre seres libres induce siempre inesperadas posibilidades de problemas, ¿qué duda puede haber de que el desarrollo del día a día en una convivencia marital, en circunstancias casi siempre de gran intimidad y asomo a esos fondos tan delicados de los altruismos y también de los egoísmos, llegue de hecho a convertirse en una carga demasiado pesada, en penalidades o simple hastío y cansancio, porque estas relaciones tan cerradas de pareja se hacen complejas y el ánimo para soportarlas y llevarlas con cierta dignidad flaquea y los ojos se vuelven hacia otros panoramas de intereses o de afectos o de sensibilidades!

Estos pagos de convivencias interhumanas no siempre se roturan armónicamente; el paso de los días y de las horas en personas que, en otro momento, se juraron amor ha podido contemplar ya un cambio de destinatario en el mismo y no se soportan juntos quienes antes ni pudieron pensar siquiera en estas distancias afectivas; si acaso coexisten meramente ellos y ellas en lugar de convivir y de amarse.

Y en esos casos, no son infrecuentes ni mucho menos recursos más o menos interesados a incompatibilidades de caracteres o imposibilidades de soportarse más o situaciones-límite de convivencia, en busca todo ello de salidas a tono con los criterios, las aspiraciones e incluso los concretos intereses de cada cual; una de las cuales puede ser la de la pretensión de una nulidad del matrimonio canónico. Aquella entrega conyugal total del uno al otro que forma parte del entramado del canon 1.057 se habría quedado en “agua de borrajas” como suele decirse y con ello en cierta forma se estaría vulnerando lo preceptuado en dicho canon.

Cabría, ante estas situaciones tan reales y tan frecuentes, preguntarse ¿se podrían invocar legalmente estos supuestos como causa de nulidad matrimonial?

Alguien respondería que sí porque ese tenor de convivencia matrimonial no es lo que quiere el espíritu del ordenamiento eclesial en su canon 1095-3.

Otros matizarían bastante la respuesta y especificarían que se necesita demostrar una auténtica y efectiva imposibilidad en relación a las obligaciones esenciales del matrimonio.

Y tampoco faltarían las posturas intermedias, las del eclecticismo casi siempre compensador que hablaría no de imposibilidad y sí de una grave dificultad para la convivencia como fuente de incapacidad.

Aparte de otros componentes necesarios de una verdadera incapacidad psicológica conyugal en planos canónicos —como la necesidad de la existencia de la causa ya en el mismo momento de contraer—, la verdad es que los juegos

de palabras en derecho son menos y cuentan menos que las realidades que bajo ellos se encubren.

Son ellas, las realidades de verdad, las que en un juicio o proceso de nulidad tienen que ofrecer al juez la exacta medida de las posibilidades o imposibilidades, en orden a que, en lo conyugal, cada ser humano cuente con disponibilidades para, como dijera CERVANTES, llegar a ser “*artífice de su ventura*”.

Ante esas “realidades de verdad”, el ajuste lo más exacto posible del verdadero sentido y alcance de las palabras es condición imprescindible del acierto judicial.

Estas expresiones graduales de *imposibilidad-grave dificultad-mera dificultad* tienen los filos demasiado imprecisos y quizá imprecisables como para tomar a la ligera sus naturales variaciones o hacerlas equivalentes con simples manejos de laboratorio.

Siempre y en todo, los deslindes y trazados de marcas y fronteras crean problemas.

Y al juez seguramente, en materias de tanta complicación humana, le resultará difícil establecer con alguna precisión las barreras fronterizas entre esas expresiones en aras de poder concluir si en todas ellas o en alguna de ellas se radican bases de auténtica incapacidad y no más bien sentidos de sobrevenidas problemáticas que nada tendrían que ver, en buena técnica jurídica, con ineptitudes para el consentimiento conyugal.

Las cuestiones teóricamente complejas, cuando asoman a terrenos judiciales, solo pueden resolverse con la exacta realidad de las mismas en la mano. Y eso, en materias de la viva e intrincada siempre condición humana, procesalmente tiene un nombre: el criterio de la persona experta que, tras comprobar técnicamente los verdaderos contornos de cada realidad, los brinde razonadamente al juez —por principio inexperto en estas cuestiones— aportando los elementos de juicio que le permitan decir sí o no a las puntuales pretensiones de incapacidad.

Pero aun entonces habrían de cuidarse mucho los jueces ante el peligro de ese mal que —también en palabras del citado Discurso del Papa a la Rota del año 87— aqueja a “*numerosas corrientes en el campo de las ciencias psicológicas del tiempo moderno*” para las cuales “*todo obstáculo que requiera esfuerzo, compromiso o renuncia y, más todavía, toda ruptura de hecho de la unión conyugal se convierte fácilmente en una confirmación de la imposibilidad de los presuntos cónyuges para entender rectamente y para realizar su matrimonio*”, porque “*por medio de estas pruebas periciales se termina por confundir una madurez psíquica que sería el punto de llegada del desarrollo humano con la madurez canónica, que es, en cambio, el punto mínimo de partida para la validez del matrimonio*” (núms. 4, 5 y 6).

Concluyendo, y aparte de lo antes indicado ya, nos volvemos a la pregunta primordial: una incompatibilidad de caracteres, del estilo de las que andan hoy al uso en la boca de ciertos promotores de nulidades conyugales, ¿tendría sentido y alcances de verdadera incapacidad, al menos bajo ese polémico seudónimo de “incapacidad relativa”?

Difícil reto el que se instala bajo este interrogante porque las arenas por las que discurrimos son bastante movedizas. Un asidero para contestarlo puede estar en saber que el canon 1095.3 es norma declarativa de algo que tiene perenne vigencia por su conexión con el orden de la naturaleza de las cosas. Arriesguémonos a remontar sus orillas.

Desde el momento que se compruebe una *imposibilidad* con equivalencias de *grave dificultad* y con secuela de inviable convivencia normal de un cónyuge con otro, que pudiera incluso ser apto para otra relación distinta o posterior; y se demostrara que esa quiebra fuera hija de caracteres tan dispares que difícilmente pudieran soldarse; aunque no se experimentaran en el mismo momento de contraer los amargos acentos de la crisis porque las raíces del mal se hallaban en estado latente; incluso si el paso mismo de los días fuera el activador efectivo de las distancias afectivas hasta llegarse a cotas de rotundas enemistades, indiferencias o hasta verdaderos odios... con estas hipotéticas premisas y en nuestro parecer nos inclinamos por decir que una imposibilidad así revestida de graves e insoportables dificultades sí tendría trazas de verdadera incapacidad. Lo demás, una dificultad o incompatibilidad en ese sentido aludido de amargores o desencuentros sobrevenidos y sin conexión con raíces en vida ya en el momento de contraer, no sería incapacidad auténtica y legítima en sentido jurídico-canónico, aunque se la quisiera disfrazar con la etiqueta de “relativa”.

### C) Breve complemento analítico del canon 1.057-2

Este canon, en ese apartado segundo, ofrece una verdadera definición del consentimiento matrimonial, al mostrarlo como “*acto de voluntad por medio del cual el varón y la mujer se entregan y se aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio*”.

¿Hasta qué punto —se puede uno preguntar— la totalidad en la entrega, que dicho canon presenta como objeto de las voluntades en consenso y alianza, contiene implicaciones de totalidad de la persona?

La verdad es que los seres humanos hemos sido contruidos de tal modo que podemos conjugarnos armoniosamente de muchas maneras, como pone de relieve por ejemplo LAÍN ENTRALGO en esa primorosa obra sobre las formas del “encuentro interpersonal” que es *Teoría y realidad del otro*, especialmente en el segundo tomo de la obra.

Entre las formas y modos de intercomunicación y encuentro, las que se llevan la palma en cuanto a garantías de buena soldadura son especialmente

aquellas que se especifican por el amor o en las que el amor hace de aglutinante de seres que, al ser personas, portan sellos de “irreductibles” resistencias a totales hipotecas de uno mismo.

Hasta esos “conjugarse” sobre bases de amor tienen barreras en la misma ontológica condición de la persona.

Con esto se quiere significar que las hipotecas totales no caben en transferencias de personalidad.

Esta idea se desglosa en otras subordinadas.

En la persona, en toda persona, existen zonas y espacios de intimidad exentos no solo a la mirada sino también —y más todavía— a las invasiones de “otros”, aunque esos “otros” se llamen cónyuges.

No se conciben necesarias hipotecas de uno a favor de otro en materia de gustos o de pensamientos e ideas o de sentimientos incluso. Ni el matrimonio con toda su carga de afinidades compartidas puede hacer tabla rasa de la individualidad de cada persona humana.

Ni —menos todavía— el consentimiento conyugal está diseñado para crear servidumbres en terrenos tan personales e intransferibles, con derecho de paso a estas esferas tan íntimas de las que la persona y solo ella puede usar y transitar: mis sentimientos son míos, so pena que yo solicite o conceda participaciones.

Si una violación se hace posible entre cónyuges a pesar del “débito” que se dispensan al consentir los mismos, poner a salvo de dominios impuestos y abusivos del uno sobre el otro o desterrar posesiones no consentidas o impedir desigualdades que cercenan libertades con anulaciones incluso de una de las personalidades sería buena catarsis hacia buenos estatutos conyugales concretos. Se evitaría con ello lo que evocan estas palabras de ORTEGA, “*una expropiación de materia y sentimientos y con ello una alienación de la persona como tal*”.

Hacerse “*una caro*” —la “una caro” de la Biblia— es mucho en cuanto a significado y alcances, en cuanto a nacimiento por el consentimiento de nuevo centro unitario y proyectivo de vida interhumana.

Pero toda la virtud de la “una caro”, como ser tan pujante, no es suficiente ni puede significar la anulación de las personas de los esposos o de uno de ellos hasta inmolarlas en el altar de los egoísmos o prepotencias del “otro”. En el sentir de los comentaristas bíblicos, la expresión “una caro” es como decir “*centro humano total de vida y existencia*” de dos seres que deciden poner en común, compartiéndolos, los “elementos conyugables” de sus vidas. Por ello, el “*dos en una sola carne*” denota una forma tan especial de encuentro interhumano que hace del matrimonio un verdadero paradigma de fusión personalística, en que el amor —y sólo el amor— es capaz de hacer esa verdadera filigrana de unir sin disolver, de encajar sin anular fronteras personales, de transferir sin

romper la natural soberanía que cada cual tiene y ha de tener sobre sí mismo, de compartir pero sin arrasar las propiedades: será un nuevo centro de operaciones que la antropología, la más responsable y seria, propicia como forma de auténticas promociones humanas.

Ese requerido consentimiento, el único capaz de producir transferencias personales en terrenos de personas libres, surge en cada uno de los cónyuges a impulsos de la personal voluntad y en forma de un verdadero acto de voluntad, de un querer por tanto deliberado y libre, proyectivo en la entraña misma de su quehacer natural y volcado a la consecución de unos fines tan rematadamente humanos como el aumento de la riqueza personal de los esposos (el “*bonum coniugum*” del canon 1.055) y la proyección del “yo conjunto conyugal” de los esposos hacia esos otros seres que son los hijos, estampas vivas del amor de los padres.

En todo esto toman carta de naturaleza las expresiones de preciosa antropología humana y cristiana contenidas en esos primeros cánones del ordenamiento matrimonial canónico y que son los cánones 1055 al 1057.

El poder y necesidad de usar la razón para contraer matrimonio entraña el aditivo de un dinamismo espiritual verdaderamente creador, el cual, para centrarse en un orden abierto al matrimonio que se quiere, ha de revestirse por principio de intencionalidades conyugales estimadas en lo relativo a su intensidad por “*el valor inmanente del matrimonio*” mirado y deseado por el contratante como “estado de vida” humanamente cifrado y sellado para un desarrollo humano integral: adecuación de la mente que piensa y quiere contraer matrimonio a la realidad institucional y vital del sacramento mismo —en lo cristiano— es el verdadero poder y la auténtica virtualidad del “*acto de voluntad de un hombre y una mujer dándose y recibéndose en pacto irrevocable para contraer matrimonio*” (Canon 1057.2).

Partiendo del mero y literal enunciado del canon en cuestión, percibimos que los cónyuges han de ser “soberanos” en su personal decisión de consentir con un acto de voluntad y no de solo conducta o uso: no de otro modo se concibe el que las dos voluntades confluyentes de los que se casan sean capaces de constituir un verdadero “*consortium totius vitae*”.

Dónde y cómo se decide el consentimiento: podemos decir que allí donde convergen armonizándose dosis elevadas de voluntad, de inteligencia, de carácter, de educación, de libertad, de atracción y muy particularmente de amor: es la misma persona conyugable en busca de otra “media naranja” también conyugable y todo el conjunto bien combinado y responsablemente proyectado lo que motiva la decisión de dar el paso y decir el sí. Sin ello o con falta de algo sustancial de ello o con malas combinaciones de ello, el consentimiento sería caricatura y no expresión verdadera de matrimonio con las consecuencias de

crisis o de nulidades o de falseamientos que tan a la orden del día están y se perciben en esta sociedad.

¡Qué difícil es poner puertas al campo! Qué difícil es “comprometer” un “todo humano” en entrega de vida sin el apoyo del salvoconducto del amor! ¡Qué difícil y amarga una entrega con “deuda” (“*debitum*”) incluida si no se hiciera acompañar todo por altas dosis de ternura de las almas y de la correspondiente disponibilidad de los cuerpos! Este sino del amor en cuerpo y alma no puede ser confundido con meros “intercambios de epidermis” ni con deseos que sobrepasan al hombre ni con simples o animales impulsos de puro instinto ni con exclusivas panaceas de placer y goce, sino que todo eso habrá de plenificarse con la grandeza humana del don verdadero de uno mismo, don que ha de ser realista por cuanto expuesto siempre ese don a los avatares naturales de una existencia humana.

El Profesor VILADRICH resalta la interrelación entre consentimiento matrimonial y amor con palabras de buen sentido y dice que “*el pacto conyugal supone un acto de amor por el que el varón y la mujer deciden libremente querer quererse a título de deuda en la totalidad de su masculinidad y feminidad*”.

Pensamos que con la expresión “querer quererse” —mejor estaría quizá “decidir quererse”— se pretende indicar una doble e imbricada manifestación de *voluntad* y de *amor* conjuntamente: una voluntad que solo “se decide” porque ama; y un amor que “impone”, bajo la protección de una subyugación, el acto decisorio de la voluntad. El añadido de “*a título de deuda*” quiere —si no se desenfoca el encanto de lo anterior— significar el “empeño” conyugal contraído libremente; o en términos menos “prestamistas” el empeño obligacional estricto que por la alianza o pacto sponsal se traspasan, en voluntad y en libertad, el uno al otro los cónyuges. Esta última idea parece mitigar ese sentido un tanto peyorativo y distante que el término “deuda” conlleva en contraste con lo que sugiere ese sentido de entrega-donación personal que un “encuentro” interhumano de profundo contenido dilectivo de suyo y naturalmente implica.

Las raíces del consentimiento defectuoso —aparte de las conexas con su parcela psicológica de origen— pueden proyectarse también sobre el objeto del propio consentimiento y generarse con ello anomalías que serían a su vez y en determinados casos e igualmente causas de nulidad del matrimonio contraído.

En una sentencia del mismo Mons. PANIZO ORALLO, de fecha 28 de febrero de 1980, se decía, con total vigencia actual: “*se requiere mayor libertad para el matrimonio que para incurrir en responsabilidad por falta o pecado grave; mayor libertad que para la vida de relación normal; mayor libertad incluso que para la vida contractual normal*”.

Seguramente hoy se podría decir todavía más: no se olvide que aún no estaba promulgado el vigente código de 1983, en el que la protección de la

libertad y de las condiciones psicológicas que la posibilitan obtiene acentos programáticos y de principio, inéditos hasta la fecha en los ordenamientos jurídicos de la Iglesia, a través de ese canon 219 todavía no suficientemente explorado doctrinal y jurisprudencialmente.

Estas anteriores referencias promiscuas al amor y a la libertad en el matrimonio encierran más sentido del que a primera vista parece.

El amor es “camino de la libertad” en todo lo humano y, para comprobarlo, revisemos los distintos caminos de la vida y de la operatividad humanas y se podrá observar —por experiencia y por teoría— que, si hay algo en este mundo que no puede ser impuesto, es el amor, como no puede ser impuesto el pensar de una manera o de otra o el gustar de uno u otro modo.

De gustos y sentimientos, de pensamientos y de amores nada está programado antes de la libertad de cada cual: hasta el encerrado entre rejas cuenta con esa libertad.

Por tanto, un hipotético contraer matrimonio sin amor sería hacer mal uso de la libertad humana.

Mirado además el matrimonio como punto de partida hacia una meta-proyecto de vida en una existencia humana concreta, la exigencia de consciencia y de libertad se hace también ineludible, porque todos los puntos de partida en lo humano o se hacen con libertad o no son humanos.

Que a crisis de amor vienen a reducirse la mayoría de las crisis conyugales es aporte basado en experiencias profesionales: si el amor se llamara amor y se convirtiera en amor conyugal solo por el físico-corporal, ese amor duraría lo que duren las ilusiones materiales, que, al ser casi siempre flor de uno o de pocos días, dejarían libre el corazón, el espíritu, la voluntad para disponerse, a las primeras de cambio, para seguir otras latitudes o derroteros o cambiar simplemente de destinatario con las mismas perspectivas. Este podría ser el sustrato más crucial y de partida de las mayorías de matrimonios nulos.

Terminamos este apartado con la definición mejor expresada que existe del matrimonio en clave conceptual y en premisa de desarrollo existencial **“dos en una sola carne”** como ideal conyugal.

### III. CONCLUSIONES

Las haremos breves porque de alguna manera ya están sentadas en lo dicho con anterioridad. Pero solo se intenta con ello precisar más el sentido de nuestros criterios.

1. Por qué, a diferencia de lo que sucede con la “impotencia coeundi” del can. 1.084, aquí, en el 1.095-3, se habla simplemente de “incapacidad” sin matices de absoluta o relativa.

Podemos interpretar que el no hacerse mención específica por el legislador de la incapacidad relativa, igual que sí se hace con la impotencia, no es por un defecto normativo, sino porque no era realmente preciso en este caso dada esa tan estrecha conexión del canon 1.095 con las leyes de la naturaleza.

En la realidad auténtica de las cosas, importan poco, y menos por supuesto que aquella, los rótulos y las etiquetas que la efectiva verdad de una incapacidad.

Las etiquetas y los rótulos son muchas veces verdaderos camuflajes o, en el mejor de los casos, guiños al consumismo del que los mira.

Y ahora mismo, quizá como siempre, se emplean etiquetas y rótulos para camuflar determinadas pretensiones de nulidad conyugal por incapacidad, cuyo encaje en el sentido e interpretación normales del canon 1.095-3 podría ser o dificultoso o discutible.

No importan tanto las etiquetas de “absoluta” o de “relativa”; lo que más importa y lo que habrá de tenerse en cuenta es la incapacidad en sí, con sus raíces, con su entidad, con sus proyecciones naturales; que sea en una palabra verdadera incapacidad y no camuflaje bajo capa de sucedáneos de incapacidad, nacida de un auténtico “no poder de uno o de ambos contrayentes”, en el momento de emitir el consentimiento matrimonial, comportando condiciones inflexiblemente inadaptativas y desestructuradoras, bien por estados de presencia o aunque sea de latencia de las raíces del mal, por predisposiciones inflexibles activadas ya o desactivadas aún en el momento del contraer, por influencias negativas hasta inconscientes sobre el comportamiento racional hacia resultados del todo inadecuados.

Hacemos alusión a lo que expresa el conocido psiquiatra ROJAS MARCOS cuando en uno de sus escritos defiende algo tan elemental, antropológicamente hablando, como que “*la tendencia natural del ser humano es a la empatía y no a la incompatibilidad*”.

Todo ello habrá de venir, por supuesto, amparado por un material probatorio serio y digno.

2. Los casos o supuestos de desavenencias, de malos tratos, de imposibilidades de convivir juntos, esas a veces incompatibilidades en el seno del matrimonio ya celebrado no son por suerte la regla y sí excepciones, aunque ahora mismo sean numerosas.

Y, al mirarlas y tratar de valorarlas, no se puede querer convertir la excepción en la regla general, como no se quiera olvidar esa frase tan realista de uno de los más finos analistas contemporáneos de las cosas buenas y malas del matrimonio y de la familia en los momentos actuales: “*la sociabilidad humana como todas las cosas buenas, está llena de incomodidades, de peligros y de renunciaciones*”.

Cuando a las primeras de cambio y hasta al bajar ya del avión de la luna de miel lo hace cada consorte por su lado, no es que se hayan generado en días incompatibilidades radicales; es que algo está fallando colectivamente en materia de formación y preparación de la persona para la vida.

Estos son los verdaderos escotillones por los que se pierden mayormente las virtualidades naturales del matrimonio.

Habrà que adentrarse probatoriamente por esos desagües tan rematadamente obstruidos de la cultura moderna para tratar de comprobar si lo que anda por medio de tantas crisis de matrimonio es una verdadera imposibilidad derivada de una incapacidad o es una imposibilidad al margen por completo de una incapacidad. Jurídica y hasta humanamente son cosas muy diferentes.

La verdad es, de todos modos, que una dificultad no entraña incapacidad ni puede ser causa verdadera y válida de nulidad matrimonial.

---

# **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.

---

## LOS OLVIDADOS DERECHOS DE LOS PROGENITORES NO CUSTODIOS

*Jose Luis Sariego Morillo.*

*Abogado.*

*Miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia.*

En España, el 14,3% de los progenitores separados con custodia de los hijos e hijas son los padres y el resto (la inmensa mayoría) son las madres.

Quienes trabajamos en el Derecho de Familia, en procesos de separación y divorcio, a menudo, incluso más a menudo de lo que quisiéramos, nos encontramos con ejecuciones de autos de medidas o de sentencias, en las que el problema planteado es que el progenitor no custodio no puede ejercer su derecho de contacto con sus hijos o de visitas, o de vacaciones, etc.

Últimamente se empiezan a utilizar espacios creados para ello, como son los Puntos de Encuentro que existen en Málaga y Sevilla, y en otras provincias. En un principio, estos Puntos de Encuentro eran para aquellos casos en los que las visitas estaban controladas porque los padres eran agresivos, alcohólicos, etc. Pero el aumento espectacular de madres que no dejan ver a sus hijos e hijas a los padres por otros problemas (sobreprotección de las madres hacia sus hijos e hijas, miedo a la pérdida del cariño, enfrentamiento con la nueva pareja del padre, respuesta al impago de pensiones, etc.) han hecho de estos Puntos de Encuentro una solución parcheada de evitar problemas, ya que no se trabaja con la familia de forma terapéutica, sino que se utilizan estos puntos de encuentro

como dice su nombre, un lugar donde los progenitores no custodios pueden ir a recoger y devolver a sus hijos e hijas cuando hay problemas a la hora de recoger y devolver a los/as mismos/as.

Es muy desafortunado que en nuestro país aún no exista la posibilidad legal factible de obtener una tutela judicial efectiva en estos casos, ya que si existiera, no habría, como hay cada día más, denuncias por incumplimientos de las visitas o contactos, que colapsan los Juzgados de Instrucción, debido a que los Juzgados de Familia, y los que no lo son cuando hacen funciones como tales (juzgados de pueblos), se saturan y también al gran trabajo que genera la ejecución de sentencias con este tipo de problemas.

Aunque la Ley de Enjuiciamiento en su artículo 776.3.<sup>a</sup> nos permite, en estos casos, solicitar el cambio de custodia, creo que en tanto en cuanto existan los Puntos de Encuentro o similares, este artículo apenas aplicará en el futuro, más que en casos muy limitados.

Se discute y se habla, pero no se define nunca de forma precisa qué es la custodia y qué es el derecho de visitas y contactos. Todos y todas hemos hablado sobre ello, y no llegamos nunca a un acuerdo sobre cómo definir ambas cosas de forma precisa. En cada Jornada o Congreso se discute que si la custodia es el derecho de estar en compañía con los hijos, que si cuidarlos, etc. Las visitas nunca se plantean como una convivencia eficaz y real del menor con el progenitor no custodio.

Veamos qué dice la ley (Código Civil) sobre esto:

Artículo 90: “*comunicación*”, “*régimen de visitas y estancia*”.

Artículo 94: “*comunicar con ellos*”.

Artículo 103: “*tenerlos en su compañía*”.

O sea, que la Ley apenas lo que nos dice es que los progenitores no custodios pueden comunicar, estar y tenerlos en su compañía, según la fase del procedimiento, y la forma de determinar dicho contacto, pero no hace referencia a otras posibilidades distintas a las que ya conocemos.

El legislador en la Ley de 1981 se olvidó precisar qué era el derecho de visitas y comunicación con los hijos, así como en ningún lugar de nuestra legislación encontramos una definición aproximada de qué es el derecho de visitas y comunicación, compañía, vacaciones, etc. de los progenitores no custodios. Tan sólo se habla una y otra vez de que hay que determinarlo, bien por la pareja en el Convenio, bien por el Juzgado, en la Sentencia.

En derecho comparado, no encontramos leyes que nos acerquen a una definición clara y precisa de en qué consiste este derecho de visitas y comunica-

ción de los progenitores no custodios. Tan solo en algunos de los EE.UU. podemos encontrar algunas definiciones y derechos de estos progenitores.

Por ejemplo, en algunos Estados de los Estados Unidos de América se reconoce el derecho a que los hijos e hijas de un progenitor no custodio no pueden cambiar de residencia ni ir a vivir a otro Estado o al extranjero sin autorización expresa del progenitor no custodio, o en su defecto, de una decisión judicial al respecto, dando su autorización en interés de los menores.

Más cerca de nosotros, en Francia se reconocen determinados derechos a los progenitores no custodios muy similares al expuesto arriba, aunque la nueva Ley de Responsabilidad Parental, y el establecimiento legal de la custodia compartida, va a ir permitiendo la desaparición de la figura del progenitor no custodio.

En Suecia y Noruega se reconocen derechos a los progenitores no custodios pero más a través de la vía de las facultades y deberes parentales, esto es, tras una separación legal (divorcio) por los Juzgados, en donde se establecen una serie de obligaciones parentales de ambos progenitores con respecto a los/as hijos/as habidos en el matrimonio o en la pareja de hecho. Esto es, se intenta otorgar una serie de facultades (que se pueden “sentir” como derechos) sobre los hijos, que no desaparecen tras la separación o divorcio. De hecho, la ley sueca obliga a compartir las cargas parentales y establece el concepto de responsabilidad coparental. No sólo se obliga a ambos progenitores a mantener económicamente a los/as hijos/as, sino también a preocuparse de su educación, salud, etc. compartiendo estas tareas.

Volviendo a nuestro país, tenemos que irnos a nuestra Jurisprudencia, para encontrar definido de alguna forma el derecho de visita y convivencia.

Encontramos así, una sentencia de la AP de Madrid 22, de 29 de septiembre de 1998, muy interesante cuando dice que: *“El llamado derecho de visitas que regulan los artículos 94 y 159 del CC no aparece configurado estrictamente en tal normativa legal como cualquier otro derecho sino como un común complejo derecho-deber cuya finalidad no es primordialmente la de dar satisfacción a los deseos de aquel de los progenitores que no detentan la custodia de sus hijos, sino, y fundamentalmente, la de proteger los intereses de los hijos de tener unos contactos lo más amplios e intensos posibles con aquel de sus progenitores de cuya compañía cotidiana han sido privados, lo que contribuirá a favorecer un desarrollo armónico y equilibrado”*.

Esta Sentencia deja clara y patente una definición legal de lo que se entiende por los Tribunales como derecho de visitas. En primer lugar el derecho de visitas regulado en el Código Civil no es un derecho (*sic*) sino que es una facultad (derecho-deber) que tienen los progenitores no custodios de dar satisfacción legal al mejor y superior interés de los/as hijos/as. Sabemos por todos

los estudios que se han hecho tanto en nuestro país como en otros de nuestro entorno sociocultural, sobre psicología evolutiva y de la educación de los niños y niñas cuyos padres se separan, que lo mejor para estos niños y niñas es que no pierdan el contacto con ninguno de sus progenitores, porque dicho contacto garantiza un mejor desarrollo evolutivo de los menores. Ya así lo recogió la Audiencia Provincial de Sevilla en una Sentencia de 18 de octubre de 1995, publicada en la Revista de la Asociación de Abogados de Familia en 1997, la cual recogía que un padre podría ver a su hijo menor de dos años los fines de semana alternos y tenerlo en su casa pernoctando, ya que era fundamental para el normal desarrollo del menor dicho contacto físico y temporal, en vez de unas horas, bajo el pretexto de que era muy pequeño el hijo, ya que este último sistema haría del padre un extraño, y sería muy difícil la adaptación del menor a la comunicación con su padre conforme creciera, que era lo que pretendía la madre del menor.

Veamos otra Sentencia muy interesante del Juzgado núm. 29 de Madrid (Familia) donde dice que: *“El niño DIEGO disfrutará con el padre FÉLIX la mitad de las vacaciones escolares, es decir un período de mes y medio con cumplimiento en Venezuela a fin de que en atención a su interés superior comparta también con sus familiares paternos, y ello además en consideración a la necesidad del niño de tener contacto con la cultura que le es propia por el hecho de haber nacido en Venezuela.*

*Durante las vacaciones navideñas el niño permanecerá alternativamente cada año con uno de sus progenitores; en razón de tiempo que el niño no ha compartido con su padre, durante el año 2000 la temporada decembrina la compartirá con su padre también en Venezuela.*

*Se ordena que el padre FÉLIX mantenga contacto permanente y directo con su hijo a través de correo electrónico, comunicación telefónica o epistolar, la cual no deberá ser impedido por la madre por ningún medio.*

*Asimismo, en caso de que el ciudadano FÉLIX tenga oportunidad de viajar a España podrá visitar y comunicarse personalmente con su hijo DIEGO, previa notificación a la madre en tal sentido pudiendo pernoctar con él en el sitio donde se hospede”.*

Esta sentencia de la magistrada-juez Sra. González Vicente del Juzgado núm. 29 de Madrid, es la única que hemos encontrado, en la que se ha hecho hincapié en derechos de progenitores no custodios que no están regulados en nuestra ley. No obstante hemos de precisar que esta sentencia recoge el texto de otra de un Juzgado de Caracas (Venezuela) que viene aplicando este tipo de derechos del progenitor no custodio, que no vienen siendo regulados en nuestro país, salvo cuando un progenitor se marcha a otro país con los menores.

Veamos otra Sentencia de la AP Madrid 22 muy interesante cuando manifiesta que: *“Tras la ruptura de la convivencia, el establecimiento de un régimen*

*de visitas y comunicaciones entre los menores y sus progenitores que no los tienen habitualmente en su compañía, deben señalarse con criterios de flexibilidad y la mayor amplitud posible, no sólo para respetar los legítimos derechos del no custodio, sino por encima de estos, los propios de los hijos, quienes necesitan el contacto tanto con uno, como con otro progenitor, para su desarrollo integral como persona”.*

Esta Sentencia es extraña, ya que establece que existen unos legítimos derechos del progenitor no custodio, aunque no se dicen cuáles o en qué consisten dichos derechos. Se suponen unos derechos, pero como nos acogemos de nuevo al interés superior del menor a la hora de definir el derecho de visitas, pues nos quedamos sin saber cuáles son estos legítimos derechos de los no custodios.

Esto mismo suele ocurrir en la Jurisprudencia de Cataluña, el País Vasco, Andalucía, etc., ya que en todas nos encontramos que se definen, a partir de los derechos de los menores, estos derechos de visitas. El interés superior del menor es de nuevo una Caja de Pandora donde casi todo cabe, hasta para definir los legítimos derechos de un/a ciudadano/a que no tiene la custodia de sus hijos/as.

Creo que no es interesante mencionar más y más sentencias que cualquiera puede obtener en una buena base de datos, y comentarlas, sino que lo que pretendo es aportar algunas ideas interesantes para ayudar a los/as juristas y aplicarlas luego en los Tribunales.

Estas ideas salieron a la luz de conocer hace unos años que el Estado norteamericano de Tennessee decidió regular estos derechos de los progenitores no custodios.

Me refiero a la Ley sobre derechos de los progenitores no Custodios del Estado Norteamericano de Tennessee, Act 36-6-101 del Código Anual de dicho Estado de 1 de julio de 1997 y que relaciona y establece los derechos de los progenitores no custodios. Vamos a conocer cuáles son estos derechos uno por uno:

1. **Se establece el derecho a que no se impidan contactar el padre-madre no custodio con su hijo/a/s al menos dos veces por semana en horas y por tiempo razonables.**

Este derecho regula el contacto dos veces por semana mínimo y se tiene en cuenta que no afecte a los horarios escolares de los menores o a las horas que deben irse a dormir. Es interesante este derecho, por cuanto siguen las pautas de los estudios de Psicología Evolutiva y de la educación que establece que, con el máximo contacto con ambos progenitores, parece que los niños y niñas

tienen mayor capacidad para desarrollarse como personas y convertirse luego en ciudadanos con buena adaptación social. Esto es, este derecho se legisla como un derecho que protege el interés del menor para su normal desarrollo como persona.

**2. Se establece el derecho de enviar cartas por correo o fax o e-mail al niño/a que el otro padre no podrá abrir o censurar.**

Este derecho recoge fielmente el derecho de comunicación no personal que se permite en cualquier Estado, y máxime en nuestro país, donde las comunicaciones por correo son personales y secretas. No debemos saltar por encima de este derecho, ya que se establece desde el derecho constitucional del ciudadano mayor de edad y capaz legalmente de ejercer sus derechos, ya que el menor no posee capacidad legal para ejercer derechos por sí mismo. Se establece el derecho del padre no custodio a que no se pueda censurar o abrir su correo. Otra cosa es que el progenitor custodio pueda poner en conocimiento del Juzgado, una vez que el menor tiene conocimiento del contenido de la comunicación, que el texto pueda ser peligroso o vejatorio para el menor. Otra vez aparece el interés del menor como base para establecer este derecho.

**3. Se establece el derecho a recibir aviso y la información pertinente en cuanto sea factible, pero dentro de 24 horas siguientes, de cualquier evento médico u hospitalización por enfermedad, e incluso por muerte del niño.**

Aquí no existe interés del menor, sino que es derecho en estado puro del progenitor no custodio de conocer de inmediato temas relacionados con la salud del menor, incluso de su fallecimiento para el caso de que ocurriese. Aunque realmente se regula un derecho del progenitor no custodio, se puede aplicar por extensión al interés del menor, por cuanto en momentos tan difíciles como es una enfermedad, un menor lo que más necesita es a sus padres, para que le hagan compañía en un hospital o en un consultorio médico, donde el entorno es totalmente extraño a los/as niños/as y, necesitan tener a su lado personas en las que confíen totalmente. De nuevo el interés del menor sale a relucir.

**4. Se establece el derecho del progenitor no custodio a recibir directamente del colegio del niño copia de los informes de tutores, calificaciones, archivos de asistencia, o cualquier otra eventualidad escolar, siempre y cuando el progenitor esté dispuesto al pago del coste del envío de dicha información.**

Este derecho es, de hecho, una de las obligaciones que ambos progenitores tienen por ley en Estados Unidos y, entiendo que, en nuestro país. Dentro de las

facultades y obligaciones que definen el ejercicio de la Patria Potestad, estaría este derecho. El problema es que, en España, una vez se pierde el derecho de custodia y guarda, las facultades y obligaciones de la patria potestad son de casi imposible cumplimiento, aunque se mantenga judicialmente, salvo que haya mucho entendimiento y comunicación de ambos progenitores. De nuevo, sale a relucir el interés de los hijos y de las hijas, ya que este derecho entraña realmente una obligación de los padres y madres al ejercer la patria potestad.

5. **Se establece el derecho a recibir copias de los informes médicos, psicológicos, etc., del niño, así como las prescripciones médicas, y de la identificación del lugar de la consulta, siempre que el progenitor acepte hacerse cargo de los gastos de la emisión duplicada de estos informes.**

Aquí nos remitimos a las explicaciones de los puntos 4 y 5.

6. **Se establece el derecho a comunicarse con sus hijos sin presencia de terceras personas, a no ser que lo aconsejen las circunstancias, así como al derecho a que no se puedan hacer comentarios negativos del progenitor no custodio, o de sus familiares, por parte del progenitor custodio, sea con o sin la presencia del niño.**

En este apartado se establecen dos tipos de derechos. Un derecho a comunicarse sin presencia de terceras personas. Esto es, que el contacto tenga la normal intimidad que existe en cualquier familia sea tradicional, biparental o monoparental, etc.; así como el derecho a que el menor no tenga que oír comentarios negativos del progenitor no custodio. Creo que en todo caso, cuando se redactó este apartado por la Asamblea Parlamentaria del Estado de Tennessee, se estaba pensando de nuevo en el interés de los menores a que estos sean protegidos de tener que ver a sus padres en una comisaría o en un centro asistencial (puntos de encuentro), o tener que estar oyendo continuamente insultos con respecto al progenitor no custodio.

La ley establece en último lugar que:

Estos derechos sólo serán rechazados en el caso de que el Tribunal o Juzgado considere de forma razonada que perjudican el interés superior de los menores afectados.

Esto es, que todos los derechos de que hemos venido hablando en la ley y en este artículo no sirven de nada si van en contra del interés superior del menor.

No debemos olvidar que la cultura del divorcio tiene mucha más tradición en cualquiera de los Estados Unidos de América que en España, y que al final, casi todos los juristas consideran que cualquier derecho del progenitor no custodio no se entiende si va en contra del interés superior del menor.

Vamos a repasar estos derechos ahora en su conjunto, para entenderlos mejor:

1. Se establece el derecho a que no se impida contactar el padre-madre no custodio con su hijo/a/s al menos dos veces por semana en horas y por tiempo razonable.

2. Se establece el derecho de enviar cartas por correo o fax o e-mail al niño/a que el otro padre no podrá abrir o censurar.

3. Se establece el derecho a recibir aviso y la información pertinente en cuanto sea factible, pero dentro de 24 horas siguientes, de cualquier evento médico u hospitalización por enfermedad, e incluso por muerte del niño.

4. Se establece el derecho del progenitor no custodio a recibir directamente del colegio del niño copia de los informes de tutores, calificaciones, archivos de asistencia, o cualquier otra eventualidad escolar, siempre y cuando el progenitor esté dispuesto al pago del coste del envío de dicha información.

5. Se establece el derecho a recibir copias de los informes médicos, psicológicos, etc., del niño, así como las prescripciones médicas, y de la identificación del lugar de la consulta, siempre que el progenitor acepte hacerse cargo de los gastos de la emisión duplicada de estos informes.

6. Se establece el derecho a comunicar con sus hijos sin presencia de terceras personas, a no ser que lo aconsejen las circunstancias, así como al derecho a que no se puedan hacer comentarios negativos del progenitor no custodio, o de sus familiares por parte del progenitor custodio, sea con o sin la presencia del niño.

Estos derechos sólo serán rechazados en el caso que el Tribunal o Juzgado considere de forma razonada que perjudican el interés superior de los menores afectados.

Esta Ley es muy práctica a la hora de trabajar con familias que se separan o divorcian por mutuo acuerdo, por cuanto es una herramienta eficaz para ir introduciendo en nuestro país, y en los Convenios que redactamos los/as abogados/as, y en las sentencias que dictan nuestros/as jueces, el concepto de responsabilidad parental. Esto es, con la introducción de estos derechos (los padres lo sienten así) en los Convenios, logramos que ambos progenitores se hagan res-

ponsables de las facultades para ejercer la patria potestad, o mejor dicho, logramos que las parejas que se separan asuman como propio el reparto de las obligaciones y facultades del ejercicio de la patria potestad, ya que, aunque aparezcan en el Código Civil, pocas parejas conocen cuáles son las facultades y obligaciones del ejercicio de la patria potestad.

Nos sorprende, en la práctica forense, hasta qué punto los padres y madres desconocen en qué consiste ejercer la patria potestad. Todos los padres y madres viven como derechos las facultades y obligaciones parentales, pero desconocen que la patria potestad atribuya algún derecho. Tenemos siempre que explicar a las parejas que los derechos son de los niños y niñas, y que padres y madres tenemos facultades y obligaciones. Curiosamente, los candidatos a ser padres y madres adoptivos, según la LO 1/1996 y el Convenio de La Haya de 1995, deben pasar por un curso de formación que ofrecen las autoridades de Protección de Menores de cada Comunidad Autónoma, sin embargo los padres y madres biológicos (los más) no deben hacer curso alguno.

Para no desviarnos del tema, debo decir que en la práctica forense, sobre todo en los procedimientos por mutuo acuerdo, solemos introducir cláusulas similares a las relacionadas en la Ley de Tennessee, pero en los procesos contenciosos apenas logramos que los Juzgados recojan en sus resoluciones este tipo de derechos-deberes, pese a que insistimos en ello una y otra vez, y sobre todo, haciendo hincapié en que, al fin y al cabo, mejoramos el interés de los menores involucrados.

No debemos olvidar que la Ley de Tennessee no recoge los derechos del progenitor custodio, porque se entiende que los tiene todos, pero en nuestras sentencias no se suele recoger más que un otorgamiento de guarda y custodia sin precisar nunca en qué consiste el ejercicio de esta guarda y custodia. Normalmente los progenitores custodios viven el otorgamiento de la guarda y custodia como un derecho a hacer cualquier cosa con los/as hijos/as, sin tener en cuenta la opinión del otro progenitor.

No sabemos muy bien en qué consiste la guarda y custodia, pero si repasamos la jurisprudencia sobre el tema vemos que, efectivamente, lo que se otorga es el ejercicio de las facultades y obligaciones de la patria potestad prácticamente en exclusiva, ya que así se viene ejecutando, cuando muchos progenitores custodios cambian a sus hijos de colegio, o los llevan al psicólogo, o los apuntan a tal actividad extraescolar sin autorización alguna del progenitor no custodio, o incluso los cambian de ciudad de residencia, provocando todo ello muchos problemas.

Creo que el mecanismo del artículo 158.3 del Código Civil, en la redacción dada por la Ley de Protección de Menores de 1996, nos da pie a los/as juristas, para que podamos comenzar a solicitar auxilios judiciales, en el sentido de solicitar que de forma efectiva se garanticen estos derechos-deberes de los

progenitores no custodios, siempre que lo planteemos desde la óptica de la defensa del interés de los menores, los cuales tienen derecho a contactar con sus progenitores, y a comunicar con ellos en cualquier momento o por cualquier medio, y en última instancia, a exigir que ambos progenitores (custodio y no custodio) puedan ejercer las facultades (que no derechos) inherentes al ejercicio de la Patria Potestad, como un derecho de los menores.

Creo que este artículo va dirigido a juristas que se dedican habitualmente a llevar casos relacionados con Familias, y que la introducción de estos derechos-deberes de forma coparental, tanto en Convenios Reguladores como en las Resoluciones de Separación y Divorcio, ayudarán en el futuro a que los niños y niñas involucrados en estos problemas familiares puedan crecer aprendiendo que las responsabilidades parentales deben ser compartidas, y no como ahora, que todas las responsabilidades parentales caen del lado, casi siempre, de las madres, convirtiéndose los padres, casi siempre, en meros proveedores de la familia y en visitantes de fin de semana.

Con esta fórmula, en los Convenios redactados en mi despacho en los últimos años, representando los intereses de ambos cónyuges y de las familias en su conjunto, hemos logrado que tanto el padre como la madre aprendan a resolver sus conflictos de otra forma, y a compartir responsabilidades parentales de tal forma que los incumplimientos de las visitas y del pago de las pensiones sean prácticamente nulos en estos casos.

En cambio, en los Convenios donde sólo representamos los intereses de un cónyuge y no se han introducido estos mecanismos de responsabilidad parental, hemos encontrado mucha resistencia a introducir estos mecanismos de corresponsabilidad parental por el criterio opuesto del/a abogado/a contrario/a, y sólo hemos podido trabajar sobre los aspectos netos de la Ley (vivienda, custodia, pensión y poco más) y, curiosamente son los que más problemas nos han dado a la hora de ponerlos en práctica, y hemos tenido que solicitar ejecuciones o demandas ejecutivas poco deseables.

Creo que con este nuevo aspecto en la forma de trabajar los Convenios y los procesos de separación y/o divorcio, estamos dando una oportunidad a los padres a comprometerse más y mejor en la educación de sus hijos/as, y a las madres de no tener que llevar ellas solas el peso de toda la familia, como está ocurriendo hasta ahora, y evitar, en gran medida, la alta conflictividad que generan los efectos de las separaciones y divorcios tradicionales.

## MENORES, VÍCTIMAS DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA EN SITUACIONES DE CRISIS FAMILIARES

Aránzazu Bartolomé Tutor.

Abogada.

### I. INTRODUCCIÓN

Con este artículo pretendemos poner de relieve cómo afectan a los menores las situaciones de crisis familiares de sus progenitores y su resolución judicial; cómo son manejados en estos procesos, e incluso cómo estas situaciones pueden ser tipificadas como delito o falta de mal trato psicológico.

Asimismo, no queremos dejar de lado las consecuencias que profesionales de la psiquiatría y psicología han observado en estos menores, así como las posibles soluciones.

En este sentido, Inés ALBERDI<sup>(1)</sup> apuntó en 1979 que *“muchas veces el conflicto conyugal interfiere tan intensamente en el comportamiento del individuo que éste no puede cumplir normalmente con sus obligaciones personales, e igual que falla en su trabajo, deja muchas veces de cumplir su rol paterno de forma educada, de tal modo que muchos matrimonios que se mantienen por los hijos son incapaces de comportarse bien con ellos proyectando sus conflictos en su relación con los hijos”*.

Si bien el menor ha carecido históricamente de reconocimiento y protección jurídica, desde mediados del siglo XX se ha empezado a velar por los derechos del niño, y se han creado normas de ámbito internacional (Convención de los Derechos del Niño o Carta Europea de Derechos del Niño).

A partir de esa normativa los menores han dejado de ser considerados como propiedad privada de los padres y han pasado a ser sujetos de derecho en proceso de formación. Lo que supone que la sociedad asume la responsabilidad sobre su cuidado atendiéndolos y proporcionándoles lo necesario para su desarrollo. Por esta razón el Parlamento Europeo, en su Resolución A3-0172/92, Apartado 8.19, señala que *“los Estados miembros deberán otorgar una protección especial a los niños víctimas de tortura, malos tratos, explotación por parte de los miembros de su familia o las personas encargadas de su cuidado. Los*

---

(1) ALBERDI, Inés. *Historia y Sociología del divorcio en España*. CIS, Madrid, 1979, p. 53.

Estados miembros deberán asegurar a estos niños la continuación de su educación y el tratamiento adecuado para su reinserción social”.

## II. MALTRATO PSICOLÓGICO

Este maltrato psicológico viene derivado, en un contexto de crisis familiar, de las manipulaciones que los progenitores infieren sobre sus hijos con el fin de que éstos tomen partido por uno de ellos.

Según C. ESCUDERO ALONSO <sup>(2)</sup> este maltrato se produce, en las situaciones en las que los adultos de los que depende el niño, como padres, educadores, tutores, etc. son incapaces de organizar y sostener un vínculo afectivo de carácter positivo, que proporcione la estimulación, el bienestar y el apoyo necesario para su óptimo funcionamiento psíquico.

En este sentido, como pone de manifiesto D. Adolfo ALONSO CARBAJAL, el Ministerio de Asuntos Sociales ha catalogado diferentes modalidades de maltrato psicológico: amenazas; humillaciones; exigencia de obediencia; culpabilizaciones o descalificaciones públicas o privadas; aislamiento; control de las salidas de casa, etc.

A lo que el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, en su Informe Anual 1998 <sup>(3)</sup>, añade que este maltrato psíquico puede presentar varias formas, como castigos excesivos, recriminaciones, la culpabilización, amenazas, manipulación, atribución de responsabilidades excesivas para su edad, constantes cambios de domicilio o localidad, que le dificultan la relación con sus iguales o la violencia cotidiana de sus padres <sup>(4)</sup>.

Por su parte, el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 19 de junio de 1998 insiste en las dificultades que entraña la tipificación penal de la conducta de violencia psíquica a la hora de deslindar aquellas conductas que

---

<sup>(2)</sup> ESCUDERO ALONSO. *Maltrato emocional o psicológico en Atención al maltrato infantil desde el ámbito sanitario*. Instituto Madrileño del Menor y la Familia. BOCM. Madrid, 1999.

<sup>(3)</sup> *Informe Anual 1998*. Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid. Ed. Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1999, p. 236.

<sup>(4)</sup> Así lo ha puesto de manifiesto la Asamblea General de Naciones Unidas de 1993, en la declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer señalando que “Las Mujeres maltratadas por sus maridos no son las únicas víctimas de la violencia. Los niños que presencian la violencia doméstica en el hogar son víctimas secundarias. Algunos estudios de investigación indican que las repercusiones de la violencia para esos niños pueden ser profundas. Los niños pueden padecer diversos trastornos en su desarrollo, que generalmente se manifestarán como problemas de conducta, problemas emotivos y de ajuste cognitivo”.

han de constituir ilícitos penales de los que no tienen relevancia penal, así como las dificultades que comportará, en la práctica, la apreciación y valoración de la genérica conducta de la violencia psíquica familiar en los términos tan abiertos que se pretende tipificar penalmente.

En opinión de Javier MIRA BENAVENT<sup>(5)</sup>, “el Código Penal se preocupa de describir actividades violentas singulares (coacciones, amenazas, lesiones...) castigando conductas, cuando, generalmente, la violencia sirve de instrumento para lesionar otros bienes jurídicos”.

En este sentido, la Circular 1/1998, de la Fiscalía, estimó conveniente la adopción de medidas para perseguir tales hechos. Asimismo, se deduce la necesidad de que en cada Fiscalía, con competencias en esta materia, se designe por el Fiscal Jefe un Fiscal encargado de la coordinación de las causas por violencia familiar, quien dirigiría el denominado Servicio de Violencia Familiar junto con un Registro.

Así, los Fiscales encargados del despacho de asuntos civiles relativos al Derecho de Familia comunicarían al citado Registro los procedimientos de nulidad, separación o cualesquiera otros en los que se aleguen, por alguna de las partes, malos tratos al cónyuge o a los niños. En definitiva, “el Fiscal que conociere de una causa de esta naturaleza podrá consultar en dicho Registro la existencia o no, frente a la persona denunciada o imputada, de otras causas por hechos análogos, a fin de interesar la acumulación de causas, la unión de los testimonios oportunos para formular acusación por el delito del art. 153 CP o las diligencias necesarias a los efectos que resulten procedentes”<sup>(6)</sup>.

Por otro lado, no podemos olvidar que durante el debate parlamentario sobre el Delito de violencia doméstica el Grupo Mixto UV, el Grupo Mixto-ERC y el Grupo Federal de IU-IC propusieron la ampliación de la conducta típica a los malos tratos psíquicos. Sin embargo, estas enmiendas no fueron incorporadas y como era de esperar el precepto del art. 153 CP no solventó los inconvenientes denunciados por la doctrina respecto del art. 425 del anterior Código Penal, pues las modificaciones aprobadas se limitaron a retocar aspectos mínimos en relación a los sujetos activos y pasivos, quedando la conducta típica inalterada y volviéndose a configurar con la nota de habitualidad.

Es más, la doctrina científica, entre otros GANSENMMÜLLER, ESCUDERO y FRIGOLA, abogaba por la extensión de la protección jurídica a las

---

(5) MIRA BENAVENT, Javier. “El concepto de violencia en el delito de coacciones”. *Cuadernos de Política Criminal*. N.º 22, 1984, p. 99.

(6) Puntos que se han corroborado en el *Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial del 21 de marzo de 2001 sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica*.

agresiones causadas en venganza o por motivos de relaciones afectivas, anteriores a la convivencia o posteriores a la ruptura de aquella<sup>(7)</sup>. Lo cual provocó la reciente modificación del art. 153 del CP por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, que incorporara, a la conducta típica, la violencia psíquica como delito y no sólo como falta.

Por su parte, para Elena B. MARÍN DE ESPINOSA<sup>(8)</sup>, “las conductas que pueden integrar la violencia psíquica son aquellos atentados a la libertad que intimidan a la víctima (...) la violencia psíquica estaría integrada por los delitos y faltas de amenazas y de coacciones (arts. 169 a 172 y art. 620 del CP)”. Es decir, un conjunto de actos u omisiones que van desde la intimidación, manipulación, amenaza directa o indirecta, humillación, aislamiento, manejo de bienes comunes, chantaje, vigilancia constante, destrucción de objetos apreciados por la víctima, privaciones de alimentos o de descanso hasta causar daño, dolor, perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima.

Concluyendo, el delito de violencia doméstica protege la integridad moral de la persona (...) Las conductas violentas (lesiones, coacciones, amenazas) que, reiteradas en el tiempo, provocan en la víctima una situación de angustia, de temor e inferioridad susceptibles de humillarla y envilecerla”<sup>(9)</sup>.

Prueba de ello es la extensa jurisprudencia en este sentido como la *Sentencia del TS de 7 de septiembre de 2000* de cuyo tenor extraemos: “*la reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto, o que mantenga análogas relaciones estables de afectividad, constituyen esta figura delictiva aun cuando aisladamente consideradas serían constitutivas de falta, en cuanto vienen a crear, por su repetición, una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, no sólo por lo que comporta de ataque a la incolumidad física o psíquica de las víctimas sino, esencialmente, por lo que implica de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar. Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de tutelar la dignidad de las personas y la protección a la familia.*”

---

(7) GANSENMMÜLLER, C., ESCUDERO, J.F. y FRIGOLA, J., “La violencia doméstica. Respuestas jurídicas desde una perspectiva sociológica”. *Actualidad Penal*, n.º 16, 1999.

(8) Elena B. MARÍN DE ESPINOSA CEVALLOS. *La violencia doméstica. Análisis sociológico, dogmático y de Derecho Comparado. El delito de violencia doméstica a partir de la LO 14/1999, de 9 de junio*. Comares, Granada, 2001, p. 213.

(9) *O.c.*, p. 271.

### III. PROCESO JUDICIAL

En su momento, Ramón BUSCALLÀ I COROMINAS<sup>(10)</sup> (Director General d'Atenció a la Infancia de la Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia) puso de manifiesto cómo “*se produce violencia hacia los niños en procesos de separación familiar, cuando no hay pacto y todo el rifirrafe de testimonios, voluntades e intereses de los progenitores adultos utilizan al hijo como arma o moneda de cambio en beneficio de su lucha particular*” y cómo las fórmulas de coacción o chantaje, para comprar la voluntad de menor, pueden adquirir caracteres insospechados. Lo que se proyecta en manipulaciones y/o desatenciones que aparejan un daño emotivo y psíquico que repercuten negativamente a su proceso evolutivo y de formación de su personalidad.

#### 1. Exploración del Menor.

En los procesos de familia, en los que esté implicado el menor y *se haya de tomar una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social*, el menor tiene *derecho a ser oído*, en virtud del art. 9.1 de la LO 1/1996, de Protección jurídica del menor.

Por su parte, el art. 92 del CC *obliga al Juez a escuchar a los menores* de edad (mayores de 12 años o menores de 12 años, que demuestren suficiente juicio) en lo relativo a las cuestiones que afecten a su guarda y custodia, cuidado y educación, al igual que el art. 777.5 de la LEC, que, en los procedimientos de mutuo acuerdo, obliga a oír a los hijos menores sobre los términos del convenio, si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años. A lo que el art. 159 del CC, en la regulación de las relaciones paterno filiales, exige la audiencia de los menores (si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueran mayores de 12 años), pero sólo cuando los padres viven separados y no deciden de común acuerdo al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores.

Ante esta dicotomía, Luis ZARRALUQUI<sup>(11)</sup>, en consonancia con el tenor de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del menor señala que, en la aplicación de esta Ley, *primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro*

---

(10) Ramón BUSCALLÀ I COROMINAS. “Los niños sujetos de violencia en los procesos de separación y divorcio”. *I Jornadas de protección al menor y su proyección hacia Iberoamérica*. Ed. El Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, Madrid, 1999, p. 103.

(11) Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA. “La participación del menor en el proceso matrimonial de sus padres”. *Encuentros de la Asociación Española de Abogados de Familia. Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar*. Dykinson, Madrid, 2002.

*interés legítimo que pudiera concurrir; “por lo que la obligación del Juez de oírle debe estar condicionada por el derecho del menor a ser oído. O lo que es lo mismo, cuando el interés del menor sufra con la audiencia o la misma sea dañina para el mismo, el Juez no sólo no debe imponerla, sino que tendrá el deber de negarla, de forma motivada y comunicada a los interesados y al Ministerio Fiscal, como previene el art. 9.3 de la LO 1/1996”.*

Al igual que en los procesos penales en los que el menor es víctima de abusos sexuales, las tres fases del procedimiento civil (la fase previa a la celebración del juicio, la exploración del menor y la posterior al conocimiento de la sentencia) producen una gran ansiedad al menor<sup>(12)</sup>.

En la **fase previa al juicio**. Se somete al menor (si es mayor de 12 años o tiene capacidad para ser oído) a interrogatorios múltiples (con los abogados, psicólogos, los progenitores, quienes intentan sugestionar al menor). A lo que se une la demora del propio procedimiento judicial: Lo cual crea ansiedad en el menor y los sentimientos de culpa, normalmente por las presiones que recibe de sus padres.

En este período de espera, tal y como pone de relieve Margarita DIGES, se fomenta el miedo a lo desconocido asociado al procedimiento legal: “la ansiedad provocada por la demora es mayor cuanto mayor es el desconocimiento que tiene el niño acerca de los procedimientos legales. Al tener que enfrentarse a lo desconocido, el niño desarrolla una gran angustia, así como una serie de aprensiones sobre la forma o el propósito de juicio”.

**Exploración del menor.** Suele ocurrir que, el día señalado para tal exploración, el menor acuda al Juzgado acompañado por uno de los progenitores, quien consciente o inconscientemente sugestiona al menor. A lo que se une su situación física en la Sala, la vestimenta del Juez, el vocabulario legal, etc.

Sin embargo, la Ley Orgánica 1/1996 de Protección jurídica del menor, de 15 de enero, en su art. 9.1.2 señala que “en los procedimientos judiciales, las comparecencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste”. Lo que pone de manifiesto, y así lo ha resaltado Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA<sup>(13)</sup>, la pauta a seguir para llevar a efecto esta audiencia, pero no desarrolla cómo ha de realizarse esta diligencia judicial. A todo ello, se unen las diferentes maneras en que se practica esta diligencia (en Sala, en el despacho de su Señoría, en presencia del Ministerio Fiscal, con auxilio del psicólogo adscrito al Juzgado, ante el Secreta-

---

(12) Margarita DIGES. “Los niños doblemente víctimas: su tratamiento en el proceso judicial”. En *Infancia y Sociedad*, n.º 27/28, 1994, p. 109-119.

(13) *O.c.*, p. 49.

rio, etc.). Porque, como ya ha pasado, en más veces de las deseadas, uno de los progenitores entra en la Sala, con la excusa de que se quiere despedir de ellos y les reprocha su comportamiento contra él, increpándoles su actitud hostil.

Por su parte, la Oficina del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid<sup>(14)</sup> también pone de relieve la inexistencia de una preparación específica acerca de cómo se ha de practicar la audiencia a los menores de edad. Lo que supone que la práctica de esta diligencia queda en manos de la especial vocación y sensibilidad del titular de cada Juzgado para suavizar una situación en la que el menor percibe cómo va a depender de sus respuestas el otorgamiento de su custodia a uno u otro de sus progenitores.

En este sentido, Pilar GONZÁLVEZ<sup>(15)</sup>, titular del Juzgado de Familia de Madrid n.º 29, señala que la exploración se debería efectuar en consonancia con tres objetivos:

— Que se desarrolle de la forma menos dolorosa y que termine de una forma tranquila.

— Que se respeten las normas procesales sin utilizar al menor.

— Que se deje claro al menor que él no resuelve la crisis familiar, por lo que no ha de sentirse culpable.

Asimismo, considera que esta diligencia ha de ser practicada o al principio del pleito, para evitar posibles manipulaciones (y evitar que el menor exprese “no me has preguntado lo que me tenías que preguntar”), o al final, como diligencia para mejor proveer, cuando el Juez conozca mejor los extremos que afectan al pleito, para evitar incidir en temas que ya están claros.

A lo que añade que, dado que la exploración no está dirigida a conocer la vida de la familia, considera imprescindible que, antes de realizarla, se haga una valoración de la misma para conocer la situación del niño, dirigiendo la exploración al tema concreto que deba aclararse.

Como tampoco existe una regulación acerca de lo que debe constar o no en el acta, según su propia experiencia, se considera que lo más conveniente es

---

(14) M.ª Sonsoles RODRÍGUEZ ÁLVAREZ. “Organización y funcionamiento de los Juzgados de Familia de Madrid”. Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid. *Estudios e investigación 1998*, p. 401 y ss.

(15) Pilar GONZÁLVEZ, Ponencia sobre “Cómo escuchar a la Infancia desde el ámbito institucional y judicial”. *IV Jornadas sobre infancia maltratada en la Comunidad de Madrid*, organizadas por la Asociación Madrileña para la prevención de los Malos Tratos en la Infancia.

recoger escuetamente el resultado de la diligencia, y añadir algún detalle peculiar por el que recordar al menor. Incluso ante situaciones de gran tensión, en la que los progenitores insisten en conocer el resultado de la exploración, ha mantenido el acta en sobre cerrado, sin revelar su contenido en el pleito, pero conservándolo, si fuera necesaria ante una posible Apelación.

Por su parte, la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid ha concluido, de las reuniones mantenidas con Letrados especializados en Derecho de Familia, Jueces y Fiscales, que, cuando de la exploración el Juez no obtenga elementos de juicio, de oficio solicite una pericial psicológica (*lo que nos lleva a alargar el trauma del menor...*).

En la **fase post-juicio**. El resultado de la sentencia acrecienta en el menor su sentimiento de culpa.

#### IV. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA VIDA DE LOS MENORES

Una de las consecuencias de una crisis familiar es su extensa y excesiva judicialización.

Una vez resuelto el pleito principal, se pueden suceder cuantas demandas de modificación de medidas se crean necesarias o, ante el desacuerdo de los progenitores, cualquiera de ellos podrá acudir al Juez para su resolución (art. 156 del CC); lo que lleva consigo un nuevo proceso judicial con una potencial exploración del menor.

A todo ello se une que, ante la imposibilidad de acudir directamente al divorcio, se vuelva a judicializar una situación, ya resuelta, con la consiguiente carga procesal.

##### 1. De la Ejecución de las Resoluciones Judiciales.

La propia ejecución de las resoluciones judiciales puede aparejar problemas de adaptación. De hecho, la puesta en práctica del régimen de visitas puede llevar al Juez a acordar cautelarmente la limitación del régimen de visitas, hasta que, con la intervención del Equipo Psicosocial, se estime superada la fase de adaptación.

O el trauma que puede producir al menor ser visitado por uno de sus progenitores ante personal de la Policía o Guardia Civil, cuando el régimen de visitas ha de ser tutelado.

##### 2. Del incumplimiento de las Resoluciones Judiciales.

Otro aspecto importante es el conocer cómo afecta al menor el incumplimiento de los términos de las resoluciones judiciales.

En cuanto al régimen de visitas, su incumplimiento apareja la incertidumbre del menor si va a ser o no recogido, lo que puede llevar a que SS.<sup>a</sup> decida que las “entregas” de los menores se hagan a través de los Puntos de encuentro.

Los *Puntos de Encuentro Familiar* (en ciudades como Valladolid, Málaga, Sevilla, Valencia, Palma de Mallorca, Madrid...) son lugares donde tiene lugar la entrega y recogida de los menores y suelen estar decorados de manera apropiada (a modo de guardería, sala de juegos, sala de estar, biblioteca, cocina...) en caso de que las visitas sean tuteladas y donde profesionales como asistentes sociales, psicólogos, educadores y abogados velan por los menores, tranquilizándolos y neutralizando las presiones o influencias ajenas...

Con todo ello, lo que se pretende es que se facilite el encuentro del menor con el progenitor no custodio y con la familia de éste; se busque una estabilidad emocional del menor, se facilite una orientación profesional para la mejora de las relaciones paterno-filiales, se facilite una información fidedigna al Juzgado que conozca de los autos sobre la evolución de la relación y su cumplimiento; y se alcance una progresiva normalización del régimen de comunicaciones, evitando una nueva judicialización del conflicto.

## V. CONSECUENCIAS

Por su parte, el psiquiatra Javier DE LAS HERAS<sup>(16)</sup> ha apuntado cómo afectan a los menores las transformaciones familiares y sociales.

En esta línea, el aumento de familias monoparentales apareja el aumento, tanto de dificultades económicas, tensiones familiares (antes, durante y después del proceso judicial); cierta *inseguridad* ante la incertidumbre de tener un nuevo padre o madre; o estar ante padres permisivos o sobreprotectores que adoptan una actitud compensatoria y de sentimiento de culpa. Se observa la ausencia de un modelo afectivo; largos períodos de ausencia del padre o de la madre por cuestiones laborales; *descenso de la autoestima y culpabilidad* (al sentirse responsables de la separación de sus progenitores y, al mismo tiempo, responsables en la búsqueda de una solución); se aprecia un importante aumento del fracaso escolar (niños que no quieren estudiar porque no se les ha acostumbrado a hacer un esfuerzo, con gran intolerancia a la frustración (con comportamientos agresivos, irritables y comportamiento disocial).

---

(16) D. Javier DE LAS HERAS. “¿Quién educa a nuestros hijos?” *Cursos de Verano de la Universidad Complutense de Madrid*. El Escorial, 5-6 de agosto de 2002.

“Familia y familias: una institución dinámica y en cambio”. Jornadas ABUMAR 1998-2001. Publicado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, pp. 158-165.

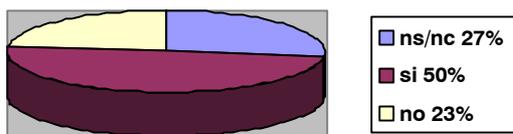
Estos puntos que reitera el psicólogo Javier URRA PORTILLO<sup>(17)</sup> al afirmar que los menores “pueden padecer pasivamente situaciones en las que son implicados por los padres en un proceso de hostilidades, denigraciones y recriminaciones, encontrándose en un **conflicto de lealtades**”. Asimismo, expone que “la utilización del menor por uno u otro padre como aliado produce una profunda disensión, presentando un alto nivel de culpabilidad o rechazo”.

A todo ello se unen las dificultades relacionadas con los segundos matrimonios de sus progenitores, dado que, para el menor, los vínculos se vuelven más inestables; los entienden como disolubles; con modelos educativos diferentes; con la consecuente ruptura entre lo biológico y lo social, delegación de la educación a terceros (guardería, escuela, TV); con tendencia al consumismo y al hedonismo.

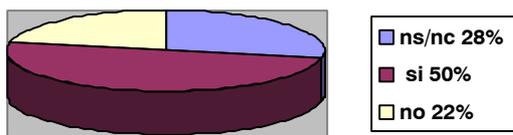
Recientemente, la Fiscalía de Menores de Madrid ha puesto de manifiesto el importante número de expedientes sobre menores violentos, que no superan la separación de sus padres y los maltratan (art. 153 CP).

En este sentido, la Oficina del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid ha expuesto de manera estadística el resultado de un cuestionario de cómo afectan a los menores estos procedimientos. Los resultados que nos parecen más significativos son los siguientes:

#### INCLINACIÓN A ADOPTAR UNA POSICIÓN DE VENTAJA CON RESPECTO A LOS PADRES



#### TENDENCIA A UTILIZAR LA SITUACIÓN DE SUS PADRES COMO EXCUSA ANTE DIFICULTADES O PROBLEMAS



(17) Javier URRA PORTILLO. *Menores, la transformación de la realidad*. LO 4/1992. Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1995, p. 260.

De igual manera, son significativos los resultados publicados por el CIS (Centro de Investigaciones Sociológicas) en su estudio sobre las Actitudes y opiniones de los españoles ante la infancia<sup>(18)</sup>.

A la pregunta: En su opinión, ¿los hijos de padres separados o divorciados están en una situación de desigualdad respecto al resto de los niños/as?

- SÍ ..... 58%
- NO ..... 28%
- No sabe ..... 13%
- No contesta ..... 1%

A la pregunta: ¿Podrá decirme, entre las posibilidades que le voy a indicar, cuáles cree usted que afectan a los hijos de padres separados o divorciados?

	SÍ	NO	NS	NC
Carencias afectivas .....	61	25	13	1
Dificultades económicas .....	44	30	24	2
Rechazo social .....	26	59	14	1
Problemas en su relación con el resto de los niños .....	34	50	15	1
Relación difícil con los padres	57	25	6	2
Inclinación a adoptar una posición de ventaja con respecto a los padres .....	48	25	26	1
Tendencia a utilizar la situación de sus padres como excusa ante las dificultades o problemas ...	57	21	21	1
Otras .....	23	22	39	16

## VI. SOLUCIONES

Ante este panorama descrito parece importante poner en marcha una serie de medidas y actuaciones que suavicen las dificultades que de por sí plantea

(18) CIS. Estudios y Encuestas. "Actitudes y opiniones de los españoles ante la infancia", n.º 26, octubre de 1991.

esta situación de indefensión del menor en las situaciones de crisis familiares. Entendemos que podrían reducirse a las siguientes:

- La mediación. Sistema alternativo que impide la excesiva judicialización de la vida de los menores y evita repercusiones negativas en la formación de su personalidad, provocadas por el enfrentamiento de los padres.
- Educación y formación a los progenitores (Escuela de padres). Lo que ya se sugería J.L. DESPERT<sup>(19)</sup>, quien en 1962 manifestaba que *siendo a menudo que los niños puedan ser instrumento, a través del cual los cónyuges expresan su resentimiento mutuo. Ante esto sería conveniente (...) que los padres tienen que educarse para minimizar el conflicto de cara a los hijos, de tal modo que les disminuyan el trauma y les ayuden a adaptarse a la nueva situación familiar.*
- Formación personal de los órganos judiciales y profesionales de Derecho y entorno educativo. *Dado que los esfuerzos por mejorar los dispositivos y el sistema de protección social a la infancia debe contemplar proyectos encaminados a dotar de criterios y procedimientos claros que ayuden a los profesionales a tomar decisiones con una alta fundamentación en las necesidades de los niños en riesgo y sus familia*<sup>(20)</sup>.
- Actuación más activa de los Servicios Sociales y del entorno educativo.
- Creación de Puntos de Encuentro.
- Especialización del Ministerio Fiscal.
- Medidas Legislativas. El Plan de acción contra la violencia doméstica, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de abril de 1998, propone la incorporación a la conducta típica del art. 153 CP de la violencia psicológica habitual.
- Coordinación jurisdiccional. Que las medidas fijadas en el proceso penal sean coherentes con las adoptadas en el proceso civil (evitando que el juez de lo civil determine un régimen de visitas al agresor y el juez de lo penal dicte una orden de prohibición de aproximación a sus hijos).

---

(19) J.L. DESPERT. *Children of divorce*. Doubleday and Co. Nueva York, 1962. En ALBERDI. *Historia y sociología del divorcio en España*. CIS, Madrid, 1979, p. 56.

(20) “Informe sobre la situación de la familia en España”. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1995, p. 255.

---

# **CRÓNICA LEGISLATIVA**

---

# LEY 5/2002, DE 16 DE DICIEMBRE, DE PAREJAS DE HECHO DE ANDALUCÍA

(BOJA 28-XII-2002; BOE 13-I-2003)

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, A TODOS LOS QUE LA PRESENTE VIEREN, SABED:

Que el Parlamento de Andalucía ha aprobado y yo, en nombre del Rey y por la autoridad que me confieren la Constitución y el Estatuto de Autonomía, promulgo y ordeno la publicación de la siguiente Ley de Parejas de Hecho.

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### I

En la sociedad actual, la familia no se constituye exclusivamente sobre la base de una unión matrimonial, sino también sobre unidades de convivencia que han ido surgiendo como consecuencia del ejercicio por los ciudadanos del derecho a regular sus relaciones personales, sin la sujeción a reglas previamente establecidas que condicionaran su libertad de decisión.

Por otra parte, también se han puesto de manifiesto las legítimas aspiraciones de estos ciudadanos a que su opción sexual no supusiera un obstáculo en orden a conformar un núcleo familiar, así como que éste no fuese considerado de forma marginal, sino que quedara plenamente integrado dentro de una sociedad que, al amparo de los principios de libertad y pluralidad, admite sin reparo alguno el derecho a ser diferente.

No obstante, estos nuevos modelos familiares no han recibido un tratamiento jurídico adecuado, hasta el punto de que aun en la actualidad cabe referirse a ellos, con carácter general, como integrantes de una realidad jurídica.

### II

A esta situación no puede permanecer ajena ni la sociedad andaluza en su conjunto, ni la organización institucional con la que ésta se ha dotado, en la medida en que, por una parte, el artículo 9.2 de la Constitución y el artículo 12 del Estatuto de Autonomía impulsan a la Comunidad Autónoma de Andalucía a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, así como a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, y, de otra, el artículo 39 del Texto Constitucional encomienda a los poderes públicos la protección social, económica y jurídica de la familia.

Por ello, es necesario regular esta nueva realidad social, no ya desde la imposición de un régimen jurídico imperativo o supletorio de las relaciones interindividuales, sino mediante una intervención de las Administraciones Públicas de Andalucía que contribuya a superar reconocimientos meramente formales de derechos, y a materializar en la práctica cotidiana los derechos a la libertad y a la igualdad en el ámbito familiar.

En este sentido, se desarrolla la competencia sobre orientación familiar que el artículo 13.22 del mencionado Estatuto de Autonomía atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía, puesto que, con respeto en todo caso a la legislación civil, no sólo se facilita la constitución y autorregulación de unos nuevos modelos de convivencia, sino que se incide igualmente en aspectos sustantivos que afectan de modo importante a la familia, como la salud y los servicios socia-

les, lo que supone, en definitiva, una forma de atención, promoción y ayuda a la misma.

### III

La finalidad de la Ley es, de una parte, ofrecer un instrumento de apoyo jurídico a las parejas de hecho y, de otra, extender a éstas los beneficios que el ordenamiento autonómico en su conjunto venía confiriendo expresamente a las uniones matrimoniales. Así, conviene destacar que esta regulación nace desde el respeto a la libertad de los individuos para regular sus propias relaciones personales y patrimoniales, sin sujetarlas externamente a mayores requisitos que los necesarios para garantizar la seguridad jurídica. Este principio, pues, de intervención pública mínima aparece constante a lo largo de todos los preceptos, de forma que el contenido de los derechos y deberes que configuren la pareja de hecho será precisamente el que sus miembros hayan acordado atribuirse voluntariamente.

### IV

En consecuencia, el Capítulo I comprende un conjunto de disposiciones generales que se dedican, en primer término, a definir el concepto de pareja de hecho, otorgando primacía a la voluntad de dos personas de convivir de forma estable, con independencia de su opción sexual. Asimismo, se ocupa de establecer una serie de principios para favorecer, de una parte, la libertad y la igualdad de los miembros de las parejas de hecho, y, de otra, propiciar un mejor conocimiento social de los nuevos modelos familiares.

Conviene destacar el régimen de acreditación y de Registro que se establece, que no se emplea como instrumento limitativo de la facultad de las personas para constituir parejas de hecho, sino para dotar de efectos jurídicos a su unión en relación con las Administraciones Públicas de Andalucía y servir como elemento de prueba de su existencia frente a terceros.

Finalmente, se recogen los supuestos que dan lugar a la disolución de la pareja de hecho, con los efectos registrales que ello comporta.

### V

Por su parte, el Capítulo II se ocupa de las relaciones personales en el marco de las parejas de hecho, que no encuentra más límite a su libertad de configuración que los derechos fundamentales y las libertades públicas que todo individuo posee, y los derechos prioritarios e indisponibles de los menores que se hallen a su cargo.

Precisamente, cabe conferir especial relevancia, en materia de protección de menores, a la posibilidad que la Ley establece de constituir acogimientos familiares, simples o permanentes, por los miembros de la pareja de hecho de forma conjunta, sin que la opción sexual de éstos pueda constituir un factor discriminatorio en la valoración de su idoneidad.

### VI

El Capítulo III, referido a las relaciones patrimoniales, resulta significativo porque en su articulado se advierte tanto el respeto con que se contempla las decisiones adoptadas por la pareja de hecho, como la función de colaboración y orientación que se presta a sus integrantes, ayudándoles a configurar su esfera patrimonial con una ordenación cuya aceptación es totalmente voluntaria.

En efecto, se establece la posibilidad de recabar la orientación necesaria para hacer viable la fijación de reglas acerca de la contribución a las cargas familiares, el régimen de titularidad y disposición de bienes y ganancias, el derecho a alimentos o las consecuencias económicas de la disolución.

### VII

Por último, el Capítulo IV reconoce a las parejas de hecho de forma expresa el derecho a las prestaciones sociales, a la convivencia en centros residenciales para perso-

nas mayores, a una rehabilitación de drogodependencias basada en la pareja y a la información e intervención en materia sanitaria, declarándose finalmente su equiparación con el matrimonio en cuantas relaciones puedan establecer con las diversas Administraciones Públicas de Andalucía en el ámbito de competencias de éstas, con las únicas limitaciones que puedan resultar impuestas por la aplicación de la normativa estatal.

Sin embargo, aunque la razón de esta Ley sea promover la igualdad de todos los ciudadanos a través de la institución familiar, no cabe duda de que todavía subsisten obstáculos para que aquélla pueda alcanzarse de forma plena, si bien ello sólo podrá superarse a partir del impulso y la convicción social de que debe garantizarse el derecho a la diversidad como inherente a la propia dignidad de la persona.

## CAPÍTULO PRIMERO

### Disposiciones Generales

**Artículo 1.º Objeto.**—La presente Ley tiene por objeto establecer un conjunto de medidas que contribuyan a garantizar el principio de no discriminación en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de manera que nadie pueda ser discriminado por razón del grupo familiar del que forma parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio, o en la unión estable de dos personas que convivan en relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo.

**Art. 2.º Ámbito de aplicación.**—Las disposiciones de esta Ley serán de aplicación a las parejas que, al menos, uno de sus miembros tenga su residencia habitual en cualquier municipio de Andalucía, y que ninguno de sus miembros se encuentre inscrito en otro registro como pareja de hecho.

**Art. 3.º Definición.**—1. A los efectos de la presente Ley, se entenderá por pa-

reja 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.
- d) Los colaterales por consanguinidad en segundo grado.

**Art. 4.º Principios generales.**—Las Administraciones Públicas de Andalucía promoverán las actuaciones tendentes a garantizar el reconocimiento y la protección de las parejas de hecho, conforme a los siguientes principios:

- a) Respeto a cada persona en la libre elección de su opción sexual.
- b) Igualdad y no discriminación de los individuos por razón del modelo de unidad de convivencia de que formen parte.
- c) Respeto a la identidad sexual de cada persona.
- d) Autonomía de los integrantes de la pareja de hecho en la configuración de los derechos y obligaciones derivados de su unión, con respeto en cualquier caso de los intereses de los menores a su cargo.
- e) Información en medios educativos y de proyección social sobre la coexistencia de diversos modelos de unidad de convivencia.

**Art. 5.º Acreditación.**—1. Los interesados en acreditar la constitución de una pareja de hecho ante las Administraciones Públicas de Andalucía deberán justificar documentalmente las circunstancias siguientes:

- a) Identificación personal.
- b) Estado civil.

c) Residencia habitual en un municipio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

d) Declaración de no hallarse incurso en ninguno de los casos previstos en el apartado 2 del artículo 3 de la presente Ley.

e) Declaración de voluntad de constituir una pareja de hecho.

2. Con carácter general, la declaración de voluntad de constituir una pareja de hecho podrá realizarse mediante comparecencia personal de los interesados ante el titular del órgano encargado del Registro correspondiente, o ante el Alcalde, Concejal o funcionario en quien delegue, en la que manifiesten su consentimiento de mantener una relación de convivencia estable, conforme a lo dispuesto en la presente Ley. El acto tendrá carácter público, salvo que los interesados soliciten expresamente que éste se desarrolle de forma reservada.

3. La declaración de voluntad de constituir una pareja de hecho podrá efectuarse, asimismo, mediante el otorgamiento de escritura pública o por cualquier otro medio de prueba admisible en Derecho.

**Art. 6.º Registro de Parejas de Hecho.**—1. Las parejas de hecho cuya constitución resulte acreditada serán objeto de inscripción en el Registro instituido al efecto, previa solicitud de los interesados.

2. La inscripción registral producirá ante las Administraciones Públicas de Andalucía la presunción de convivencia de los miembros de la pareja de hecho, salvo prueba en contrario.

3. Los beneficios previstos en la presente Ley serán aplicables a las parejas de hecho a partir de su inscripción en el Registro instituido a tal fin.

4. La nulidad de la inscripción registral podrá promoverse de oficio o a instancia de los interesados, de conformidad con lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en los supuestos en que se hubiera acreditado la constitución de la

pareja de hecho mediante ocultamiento de datos, falseamiento o con una finalidad fraudulenta.

5. El acceso a los datos obrantes en el Registro, así como la expedición de certificaciones, quedarán limitados a los propios interesados, salvo que éstos autoricen a terceros para la obtención de una información determinada.

6. El Registro de Parejas de Hecho tendrá carácter administrativo y será único, sin perjuicio de su gestión descentralizada en los municipios de la Comunidad Autónoma. A tal efecto, la Administración de la Junta de Andalucía asumirá las correspondientes funciones de coordinación.

7. Reglamentariamente se regulará la organización y funcionamiento de Registro de Parejas de Hecho, así como el procedimiento para la inscripción en el mismo y su gestión descentralizada en los municipios andaluces.

8. Con la inscripción en el correspondiente Registro, las parejas de hecho gozarán de todos los derechos que les confieren los ámbitos municipales y autonómicos dentro del territorio andaluz.

## CAPÍTULO II

### De las relaciones personales

**Art. 7.º Régimen personal.**—Sin perjuicio de la libertad de los miembros de la pareja de hecho para regular los derechos y deberes derivados de sus relaciones personales, las Administraciones Públicas de Andalucía no inscribirán en el Registro los pactos que atentaren contra los derechos fundamentales y las libertades públicas de cualquiera de sus integrantes.

**Art. 8.º Derechos de los menores.**—Las Administraciones Públicas de Andalucía velarán por que el respeto de los derechos de los menores tenga carácter prioritario y prevalezca sobre cualquier pacto o situación de hecho, con independencia de la unidad de convivencia de la que aquéllos formen parte y de la relación jurídica existente entre sus miembros.

**Art. 9.º Acogimiento familiar.**—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 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.

### CAPÍTULO III

#### De las relaciones patrimoniales

**Art. 10. Libertad de pactos.**—Los miembros de las parejas de hecho, teniendo en cuenta el principio de libertad de pactos que rige sus relaciones patrimoniales, podrán solicitar de las Administraciones Públicas de Andalucía información sobre las disposiciones legales vigentes al respecto.

En cualquier caso las parejas podrán, en el momento de su inscripción, establecer el régimen económico que mantendrán tanto mientras dure la relación, como a su término. Los pactos que acordaren podrán establecer compensación económica cuando tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes, en relación a la posición del otro y que suponga una merma con respecto a su situación previa al establecimiento de la convivencia.

**Art. 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.

**Art. 12. Disolución.**—1. A los efectos de la presente Ley, se considerará disuelta la pareja de hecho en los siguientes casos:

- a) Muerte o declaración de fallecimiento de alguno de sus integrantes.
- b) Matrimonio de la pareja o de uno de sus miembros.
- c) Mutuo acuerdo.
- d) Voluntad unilateral de uno de sus integrantes.
- e) Cese efectivo de la convivencia por un período superior a un año.

2. Los miembros de la pareja podrán regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de disolución de la pareja, respetando en todo caso los derechos mínimos contemplados por la legislación general aplicable.

3. En todo caso, los pactos a que se refiere este artículo, nunca podrán perjudicar a terceros.

4. Los miembros de la pareja estable son responsables solidarios frente a terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa.

5. Acreditada la disolución, se procederá a la cancelación de la correspondiente

inscripción en el Registro de Parejas de Hecho.

El miembro de la pareja de hecho que haya tramitado la cancelación deberá notificarlo fehacientemente a la otra parte, sin perjuicio de la notificación obligatoria del Registro.

**Art. 13. Derechos en caso de fallecimiento de uno de los convivientes.**—En el supuesto de no existencia de pacto, en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el que sobreviva tendrá derecho, independientemente de los hereditarios que se atribuyan, a residir en la vivienda habitual durante el plazo de un año.

#### CAPÍTULO IV

Del ejercicio de derechos ante las Administraciones Públicas de Andalucía

**Art. 14. Régimen por la normativa andaluza en Derecho Público.**—Las parejas de hecho serán consideradas como unidades de convivencia familiar respecto a la normativa andaluza en Derecho Público que la Administración de la Junta de Andalucía pueda establecer a favor de la familia o de alguno de sus integrantes.

**Art. 15. Centros residenciales para personas mayores.**—Las parejas de hecho podrán solicitar su ingreso conjunto en los centros residenciales para personas mayores dependientes de las Administraciones Públicas de Andalucía, de forma que, acordada su incorporación a los mismos, dispondrán de habitaciones compartidas exclusivamente por ellos.

**Art. 16. Rehabilitación de drogodependencias.**—Los órganos de las Administraciones Públicas de Andalucía competentes en materia de drogodependencias tendrán en cuenta la existencia de parejas de hecho, y desarrollarán su actuación sobre las mismas, cuando éstas sean un factor determinante para la asistencia, la rehabilita-

ción y la incorporación social de sus miembros.

**Art. 17. Información e intervención sanitaria.**—1. Los miembros de la pareja de hecho podrán ejercer en todo caso el derecho que la legislación sanitaria reconoce a los familiares y allegados a una persona a obtener, en términos comprensibles, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

2. Si fuera preciso el previo consentimiento escrito de un paciente para la realización de una intervención sanitaria y éste no se hallase capacitado para tomar decisiones, los miembros de la pareja de hecho tendrán el derecho que la legislación sanitaria reconoce a los familiares y allegados de los usuarios del sistema sanitario público de Andalucía.

**Art. 18. Impulso a la equiparación de los derechos en la economía privada.**—La Administración Pública andaluza promoverá, en el ámbito de la economía privada, la equiparación de los miembros de cualquier tipo de pareja respecto a los derechos de formación, licencias, ayudas de acción social, condiciones laborales y similares que se recojan en los contratos y convenios, respecto a las personas que forman matrimonio.

**Art. 19. Equiparación en materia de vivienda pública en la Comunidad Autónoma de Andalucía.**—En la adjudicación de viviendas propiedad de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía se entenderá equiparada la pareja estable al matrimonio.

**Art. 20. Equiparación fiscal y tributaria.**—A todos los efectos tributarios y beneficios fiscales en el régimen tributario y fiscal autonómico, la convivencia por unión estable de una pareja se equiparará al matrimonio siempre que la misma y su acreditación reúnan los requisitos previstos en esta Ley.

**Art. 21. Equiparación a la función pública.**—En todo lo relativo a permisos, licencias, provisión de puestos de trabajo, ayudas de acción social y demás condiciones de trabajo en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en lo referente a los empleados públicos de la misma se entenderá equiparada la pareja estable al matrimonio y el conviviente al cónyuge.

**Art. 22. Equiparación al matrimonio.**—En las materias no reguladas expresamente en esta Ley, las parejas de hecho quedarán equiparadas al matrimonio en las relaciones jurídicas que puedan establecer con las diversas Administraciones Públicas de Andalucía en su propio ámbito de competencias, con las únicas limitaciones que puedan resultar impuestas por la aplicación de la normativa estatal.

#### DISPOSICIÓN TRANSITORIA

**Única. Integración de inscripciones registrales.**—El Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Autónoma de An-

dalucía prolongará su vigencia hasta que se regule y constituya el Registro previsto en esta Ley, en el que se integrarán de oficio, salvo manifestación expresa en contrario, las inscripciones obrantes en aquél, considerándose las mismas como acreditativas de la existencia de las parejas de hecho respecto de las personas a que hagan referencia.

#### DISPOSICIÓN DEROGATORIA

**Única. Normas derogadas.**—Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango en cuanto contradigan o se opongan a lo establecido en la presente Ley.

#### DISPOSICIONES FINALES

**Primera. Desarrollo reglamentario.**—Se autoriza al Consejo de Gobierno para dictar en el plazo de un año desde su entrada en vigor las disposiciones necesarias en desarrollo y ejecución de esta Ley.

**Segunda. Entrada en vigor.**—La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

---

# **PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS**

---

**TÍTULO: LAS UNIONES DE HECHO ANTE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.  
ASPECTOS SUSTANTIVOS Y ADJETIVOS.**

*Autor: Antonio-Alberto Pérez Ureña.  
Granada, 2003.*

El autor, abogado de profesión, galardonado en diversas ocasiones con el Premio de la Asociación Española de Abogados de Familia, y colaborador habitual de esta revista, es un consumado especialista en materia de parejas de hecho. A lo largo de sus múltiples artículos ha abordado esta cuestión desde distintos puntos de vista, analizando una por una todas las materias que la convivencia de dos personas sin existir vínculo matrimonial puede generar.

Este libro se dedica en exclusiva a la “pensión compensatoria” en favor de uno de los convivientes tras la ruptura de la relación, y se estructura en tres capítulos. En el primero de ellos se contienen unas atinadas reflexiones sobre la situación actual de las parejas de hecho resaltando la conquista social que ha supuesto su regulación, si bien, y dado que aún existen muchas lagunas, apunta el tratamiento que se debe dispensar a este tipo de convivencia.

El capítulo segundo está destinado a recoger los aspectos sustantivos de la compensación económica en las uniones de hecho, comenzándose con unas precisiones en torno al alcance y fundamento de la pensión, su carácter dispositivo, el momento a tener en cuenta para determinar el desequilibrio económico y la tan discutida cuestión en torno a la limitación temporal de la misma. A continuación se adentra en las distintas regulaciones de la materia que se contienen en las distintas leyes autonómicas y por último, estudia con detalle la posición del Tribunal Supremo sobre esta cuestión y las distintas posturas y cambios de criterios que ha mantenido que a su entender confluyen en la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico.

El capítulo tercero se centra en los aspectos procesales que se van a plantear en la solicitud de dicha pensión, tanto cuando la misma venga determinada por el acuerdo entre los convivientes o, por la falta de éste, sea necesario acudir a la vía contenciosa. En este último supuesto, resulta obligado tratar las cuestiones de jurisdicción y competencia, las medidas cautelares y el procedimiento a utilizar.

En la parte final del libro se incluye un anexo de jurisprudencia y la bibliografía imprescindible en la materia.

**TÍTULO: LA SOCIEDAD DE GANANCIALES: SU LIQUIDACIÓN SIMULTÁNEA.**

*Autor: Jacobo B. Mateo Sanz.  
Editorial Dykinson. 2001.*

Señala el artículo 1.409 del Código Civil que, siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona, para determinar el capital de cada sociedad se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios. En caso de duda se atribuirán los gananciales a las diferentes sociedades proporcionalmente, atendiendo al tiempo de su duración y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges.

Aunque no es un supuesto que se presente en la práctica con mucha frecuencia, el olvido en que la doctrina ha tenido a esta cuestión viene a cubrirse con la presente obra. Su autor, Doctor en Derecho y profesor de Derecho civil en la Universidad de Valladolid, realiza un detallada y completa exégesis de su regulación legal, y nos ofrece un material imprescindible para resolver la problemática que se pueda plantear, ante la ausencia de jurisprudencia sobre la liquidación simultánea de dos sociedades de gananciales.

La estructura de la obra comprende ocho capítulos precedidos de una Introducción. En el capítulo segundo, el autor fija las bases históricas para la comprensión de la institución: las segundas nupcias y la existencia de hijos y su protección.

El capítulo tercero expone la regulación legal de la liquidación simultánea de los gananciales, haciendo referencias a los Derechos forales catalán, aragonés y navarro.

El capítulo cuarto desarrolla los presupuestos subjetivos para que opere el artículo 1409. Además del sujeto necesario e imprescindible como es que existan dos o más matrimonios de una sola persona, como por ejemplo si el marido viuda y se vuelve a casar por segunda o más veces, también hay otros sujetos legitimados para solicitar la liquidación de la sociedad de gananciales de acuerdo con el Código Civil y con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (los que ejerzan la patria potestad o curador del cónyuge heredero menor no emancipado, el tutor con autorización judicial de un cónyuge incapacitado, el cónyuge o heredero pródigo con asistencia del curador, el representante legal del cónyuge o heredero ausente, los acreedores).

El capítulo quinto recoge los presupuestos objetivos para la aplicación del precepto en estudio. Dichos presupuestos se refieren al requisito de la simultaneidad de la liquidación, al elemento probatorio y la fuerza de las pruebas, y al criterio de la proporcionalidad.

El capítulo siguiente comprende las situaciones en las que puede aparecer el caso regulado en el artículo 1409, o los supuestos de aplicación de la norma. En este sentido, el autor estudia cada uno de ellos: las causas de disolución automática y las causas que requieren una previa resolución judicial.

El capítulo séptimo analiza el papel de los hijos del primer matrimonio. El autor opina que con la norma que estudia se ha tratado de dar solución a la liquidación simultánea de gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona y también mantener una puerta abierta a la protección de los derechos patrimoniales de los hijos del primer matrimonio cuando su progenitor supérstite contrae segundas nupcias. Según este planteamiento cabe plantearse ¿qué consecuencias tiene la ausencia de hijos en el supuesto del artículo 1409?

Para resolver esta cuestión el autor se centra en el supuesto de que la liquidación simultánea derive de una primera o anterior sociedad que se disolvió por muerte y no llegó a liquidarse, y ahora, llegado el momento de la disolución de la segunda, se pretenden liquidar todas. A su vez habrá que distinguir si la sucesión es testada o intestada.

El capítulo octavo trata de la aplicación del artículo 1409 en el supuesto de la reserva sucesoria del cónyuge bínubo.

Para finalizar, el autor nos aporta una completa bibliografía y una relación de sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias Provinciales y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

**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								

**Tabla estadística de pensiones alimenticias  
(cuando un solo progenitor obtiene ingresos)**

<b>Ingresos</b>	<b>1 hijo</b>	<b>2 hijos</b>	<b>3 hijos</b>	<b>4 hijos</b>
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
<b>600</b>	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
<b>650</b>	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
<b>700</b>	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
<b>750</b>	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
<b>800</b>	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
<b>850</b>	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
<b>900</b>	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
<b>950</b>	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
<b>1.000</b>	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
<b>1.050</b>	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
<b>1.100</b>	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
<b>1.150</b>	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
<b>1.200</b>	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
<b>1.250</b>	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
<b>1.300</b>	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
<b>1.350</b>	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
<b>1.400</b>	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
<b>1.450</b>	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
<b>1.500</b>	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
<b>1.550</b>	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
<b>1.600</b>	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
<b>1.650</b>	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
<b>1.700</b>	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos.  
Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

---

# **AVANCES JURISPRUDENCIALES**

---

## TRIBUNAL SUPREMO

### I. FILIACIÓN

- Validez de la citación efectuada al procurador del demandado personado en autos a los efectos de someterse a la prueba biológica. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 12 de febrero de 2002*).
- Legitimidad del progenitor no matrimonial sin posesión de estado para reclamar la filiación, habiendo quedado por los demás debidamente acreditada con el contundente resultado de la prueba practicada que acreditaría sin duda alguna la paternidad del demandante, reconocida incluso por la demandada en varias cartas manuscritas y unidas a los autos por más que luego se negara reiteradamente a colaborar en la práctica de la prueba biológica. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 22 de marzo de 2002*).
- Aunque la prueba de ADN practicada no puede considerarse fiable al existir impurezas y otras circunstancias debidas a la putrefacción del cadáver del presunto padre, de los hechos resultan actos contundentes como la existencia de relaciones de noviazgo, el reconocimiento de la paternidad tiempo atrás en documento privado y la entrega de diversas sumas de dinero a favor de la madre por desistir del procedimiento y repudiar la herencia del recurrido, por lo que debe reconocerse sobre la base de la prueba de presunciones la relación parental que une a la hija-recurrente con su padre ya fallecido. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 1 de abril de 2002*).
- Desestimación de la demanda de reclamación de paternidad a pesar de no haberse podido practicar la prueba biológica que fue admitida en su momento, ya que las causas de su no práctica se han debido a la falta de localización de las personas implicadas, no pudiendo por ello entenderse una voluntad renuente por los demandados a su práctica. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 25 de abril de 2002*).

### II. REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

- Nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales al haberse incluido en la misma un inmueble que tiene carácter ganancial, puesto que el mismo fue dona-

do por los padres del esposo a éste, y aunque el mismo se subrogó en la hipoteca que gravaba el inmueble, no es aplicable el art. 1.355 del CC habida cuenta que es posible atribuir el carácter ganancial por capitulaciones al bien en cuestión al haberse preadquirido a título gratuito. (T.S., Sala 1.ª, S. de 26 de febrero de 2002).

- Al ser la vivienda un bien privativo de la esposa y ser ella la que incumplió sus obligaciones de entregar la cosa arrendada con las debidas condiciones para su uso por los arrendatarios, responsabilidad producida por las deficiencias advertidas en la instalación eléctrica de la vivienda arrendada y que ha causado la muerte de tres personas, no pueden repercutir las consecuencias de este ilícito a la sociedad ganancial ni al marido pues escapa de la administración ordinaria de los frutos de los bienes privativos que sí se incorporan al común consorcial. (T.S., Sala 1.ª, S. de 14 de marzo de 2002).
- Inexistencia de préstamo en la entrega de un cheque por parte de los padres al hijo, ya que la misma solo puede calificarse como de una donación. (T.S., Sala 1.ª, S. de 15 de marzo de 2002).
- Carácter privativo de los bienes adquiridos con anterioridad a contraer matrimonio, pese a que la compraventa se elevara a escritura pública con posterioridad y constar registralmente la presunción de ganancialidad de los bienes en cuestión, sin que haya existido acuerdo conyugal que les atribuyera este carácter. (T.S., Sala 1.ª, S. de 17 de abril de 2002).
- Carácter ganancial del inmueble adquirido por el esposo en documento privado constante la sociedad de gananciales, declarándose la nulidad de la escritura de compraventa otorgada con posterioridad en la que se vende con carácter privativo al esposo. (T.S., Sala 1.ª, S. de 17 de abril de 2002).

### III. CONVENIO REGULADOR

- Validez y eficacia de un convenio regulador que suscribieron extrajudicialmente los cónyuges que no se redactó como propuesta para presentar en proceso matrimonial, ni quedó supeditado o condicionado en su eficacia a la homologación judicial. (T.S., Sala 1.ª, S. de 15 de febrero de 2002).
- Derecho del esposo a cobrar las cantidades que le adeudaba la esposa en virtud del reconocimiento de deuda que aquélla había realizado en el convenio regulador de la separación y que estaba motivado por el exceso de adjudicación en la liquidación de la sociedad conyugal, sin que se haya acreditado que tal reconocimiento se hiciese bajo coacción para poder obtener la separación. (T.S., Sala 1.ª, S. de 14 de mayo de 2002).

### IV. DIVISIÓN DE COSA COMÚN

- Procede declarar la división de la comunidad existente entre los esposos litigantes sobre el aparcamiento y vivienda, cuyo uso tiene atribuido la esposa deman-

dada por decisión judicial, sin que la cesación de la comunidad afecte al derecho de uso que ha de ser mantenido en caso de venta de la cosa en pública subasta. (T.S., Sala 1.<sup>a</sup>, S. de 26 de abril de 2002).

#### V. PROCESAL

- Rescisión de la sentencia de divorcio dictada sin haber intervenido en el proceso la esposa, sin haber existido el más mínimo esfuerzo en hallar el paradero de la misma, y sin que esta hubiese tenido conocimiento de la sentencia dictada hasta que se interpuso el recurso de revisión. (T.S., Sala 1.<sup>a</sup>, S. de 16 de febrero de 2002).
- Estimación del recurso de revisión interpuesto por la esposa con base en la aportación extemporánea de un informe pericial psicológico con el fin de inducir a error al órgano judicial, que no fue sometido a contradicción y en virtud del cual se basó la sentencia recurrida que al final atribuyó la guarda y custodia de los hijos al padre. (T.S., Sala 1.<sup>a</sup>, S. de 25 de marzo de 2002).

#### VI. RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

- Reconocimiento del divorcio decretado en Cuba ante Notario y sin intervención judicial, habida cuenta que en dicho país y a tenor del derecho cubano parece desprenderse que la intervención del Notario no se limita a funciones fedatarias, autorizando un mutuo disenso sobre el vínculo matrimonial, sino que se le atribuyen competencias en cuanto a la comprobación de determinadas condiciones a las que quedan sujetos la ruptura del vínculo y los efectos derivados de él en orden a los hijos menores comunes, ello dentro de un determinado procedimiento al que de modo preceptivo deberán acomodarse las solicitudes de divorcio de mutuo acuerdo (T.S., Sala 1.<sup>a</sup>, Auto de 11 de diciembre de 2001).
- Denegación del exequátur solicitado por el padre que pretende ejecutar en España una sentencia dictada en el Reino Unido y que le atribuía la guarda y custodia del hijo al no acreditarse la firmeza de la resolución que se pretende ejecutar y existir un procedimiento de separación en España en el que se ha dictado un auto de medidas provisionales que es contradictorio con la resolución a ejecutar, con lo que se contraría el orden público. (T.S., Sala 1.<sup>a</sup>, Auto de 20 de marzo de 2002).
- El Tribunal Supremo declina su competencia para conocer de un exequátur al ser de aplicación el Reglamento 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, habida cuenta que cuando se dictó la sentencia que se pretende reconocer ya estaba en vigor dicho Reglamento, siendo indiferente que no estuviese vigente cuando se inició el procedimiento de divorcio. (T.S., Sala 1.<sup>a</sup>, Auto de 9 de abril de 2002).

#### VII. RESPONSABILIDAD CIVIL

- Condena por responsabilidad extracontractual a un menor de diecisiete años que golpea con un balón a otra menor causándole lesiones, ya que dicho menor

reunía la suficiente capacidad volitiva e intelectual como para comprender la trascendencia de sus actos y los posibles riesgos y resultados de los mismos. (T.S., Sala 1.<sup>a</sup>, S. de 8 de marzo de 2002).

#### VIII. CUESTIONES FISCALES

- Aun participando de la sensibilidad social que le llevaría a asimilar los efectos jurídico-tributarios del matrimonio a las uniones de hecho estables o *more uxorio*, no se puede obviar, ni tergiversar, el estricto sometimiento a la Ley a que está obligada, en tanto que la presión social no sea lo suficientemente intensa como para inducir al Poder Legislativo al cambio que en este caso sería necesario, en la norma fiscal. Por ello, el hecho imponible en el supuesto que se enjuicia no es otro que la transmisión hereditaria de una serie de bienes entre dos personas que mantenían una convivencia de hecho, por lo que no puede considerarse producida una transmisión hereditaria de bienes entre personas casadas. (T.S., Sala 3.<sup>a</sup>, Sec. 2.<sup>a</sup>, S. de 8 de febrero de 2002).

#### IX. SUCESIONES

- El cómputo de los cuatro años para el ejercicio de la acción rescisoria de una donación por hacerse efectuado en fraude de acreedores comienza desde la fecha de la inscripción del acto fraudulento en el Registro de la Propiedad. (T.S., Sala 1.<sup>a</sup>, S. de 13 de febrero de 2002).

### AUDIENCIAS PROVINCIALES

#### I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

- No concurre causa alguna para declarar la nulidad del matrimonio, ya que la alegación del esposo en cuanto a que el otro cónyuge solo celebró el matrimonio con la intención de crear una apariencia de vínculo para beneficiarse de ella a efectos de adquirir la nacionalidad española no ha quedado acreditado en ningún momento, habida cuenta que el matrimonio no se celebró con precipitación y que, por ser de origen hispanoamericano, podía haber accedido a la nacionalidad española sin grandes dificultades. (AP BARCELONA, Sec. 12.<sup>a</sup>, S. de 7 de mayo de 2002).
- Concurrencia de la causa de separación por infidelidad del esposo al haber quedado acreditado que éste viene conviviendo con otra mujer, sin que pueda resultar creíble que dicha convivencia está motivada exclusivamente por que no puede pagar un alquiler. (AP MADRID, Sec. 22.<sup>a</sup>, S. de 5 de julio de 2002).

#### II. PATRIA POTESTAD

- Privación de la patria potestad cuando el demandado, desde los primeros años de la vida de su hijo, ha omitido los deberes de asistencia material y moral, lo

que ha motivado la integración del niño en la actual familia de la madre y que sólo conozca como padre al marido de la actora. (AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 16 de octubre de 2002).

### III. GUARDA Y CUSTODIA

- El beneficio del menor es un criterio objetivo que no puede fundamentarse en exclusiva en la voluntad del propio menor, pues este no tiene todas las condiciones precisas para conocer qué es lo más beneficioso o conveniente para su desarrollo personal, de forma que no puede decidirse el régimen de guarda y custodia en función a esa simple voluntad. (AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, S. de 27 de mayo de 2002).
- Estando justificado perfectamente el cambio de domicilio de la esposa e hijos a otra ciudad no procede en fase de ejecución de sentencia acordar la modificación de la guarda y custodia a favor del padre. (AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 9 de julio de 2002).

### IV. RÉGIMEN DE VISITAS

- Fijación de un régimen de visitas respecto a una menor adoptada, a favor de una mujer que formaba una unión de hecho homosexual con la adoptante. (AP TENERIFE, Sec. 1.ª, S. de 6 de mayo de 2002).
- Fijación de un régimen de visitas a favor de la abuela paterna estando privado de la patria potestad el padre, ya que no se ha acreditado que dicha visita sea perjudicial para el menor. (AP VIZCAYA, Sec. 4.ª, S. de 16 de mayo de 2002).
- No procede fijar como régimen de visitas todos los fines de semana, ya que no sería acorde al interés del menor privarle de la compañía paterna durante todas las etapas de descanso escolar que permiten unas relaciones de características especiales. (AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 19 de julio de 2002).
- Validez de la cláusula en la que los cónyuges pactan que en los supuestos de enfermedad padecida por los menores el cónyuge a cuyo cuidado estuviere se lo comunicará al otro lo más rápidamente posible, pudiendo en este caso ser visitado sin ningún tipo de impedimento y limitación. (AP VALLADOLID, Sec. 3.ª, S. de 28 de octubre de 2002).

### V. VIVIENDA FAMILIAR

- Desestimación de la demanda de precario instada por los titulares de la vivienda que ocupa la esposa y el hijo en virtud de resolución judicial, al haberse apreciado la existencia de abuso de derecho en la venta de la mitad indivisa del inmueble que pertenecía al esposo con anterioridad al procedimiento matrimonial. (AP BADAJOZ, Sec. 2.ª, S. de 8 de junio de 2002).
- Extinción del uso de la vivienda familiar cuando el hijo ya es independiente económicamente y en dicho domicilio se ha constituido el nuevo núcleo de la ex

esposa y su nuevo esposo. (*AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 2 de septiembre de 2002*).

#### VI. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

- Reducción de la pensión alimenticia al haberse acreditado que el padre perdió el trabajo como consecuencia de una regulación de empleo sin que sea obstáculo para ello que en aquel momento percibiese una indemnización de 6.000.000 de pesetas. (*AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 25 de junio de 2002*).
- Dada la honda discrepancia existente entre el hijo y el padre no puede estimarse la posibilidad de que éste preste los alimentos al hijo recibéndolo en su propio domicilio. (*AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 13 de julio de 2002*).
- Las clases de judo, el comedor escolar, los libros de texto y al material escolar no tienen carácter de gastos extraordinarios. (*AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 19 de julio de 2002*).
- Aun cuando el hijo ha cumplido 26 años de edad no procede dejar sin efecto la pensión alimenticia, ya que actualmente se encuentra en una avanzada etapa de su formación académica que le ha de permitir su próxima integración en el mercado laboral; por ello se estima prudente limitar temporalmente a un año el abono de la pensión. (*AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 13 de septiembre de 2002*).
- Los elevados ingresos del padre determinan una mayor cuantía de la pensión alimenticia por cuanto mayores son las necesidades de un menor cuyo desarrollo se circunscribe en un entorno dotado de mayores recursos. (*AP CANTABRIA, Sec. 4.ª, S. de 26 de septiembre de 2002*).

#### VII. PENSIÓN COMPENSATORIA

- Mantenimiento de la pensión compensatoria ya que en el informe de la detective se reflejan hechos y apreciaciones subjetivas carentes del obligado sustrato u origen de conocimiento fiable, y que por ello resultan ineficaces pues no se consignan los días concretos de efectiva pernoctación comprobada del supuesto conviviente, ni se objetivan con fechas y horas los hechos determinantes de valoración a los efectos de prueba de la vida común habitual y estable. (*AP GIRONA, Sec. 2.ª, S. de 6 de junio de 2002*).
- No procede fijar pensión compensatoria temporal dada la duración de la convivencia entre los litigantes, durante 24 años, la edad de la esposa a la fecha del cese convivencial, de 51 años, la dedicación a la casa y a la familia, sin que se le conozca actividad laboral retribuida fuera de la misma, la falta de calificación profesional. (*AP GIRONA, Sec. 2.ª, S. de 6 de junio de 2002*).
- No procede extinguir la pensión compensatoria por la circunstancia de que la esposa haya comenzado a cobrar una pensión no contributiva. (*AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 9 de julio de 2002*).

- No procede aumentar la cuantía de la pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio con base en que la esposa desconocía los ingresos reales que percibía el esposo cuando se tramitó la separación. (*AP BURGOS, Sec. 2.ª, S. de 13 de septiembre de 2002*).
- No es motivo para el aumento de la pensión compensatoria que la esposa tenga nuevas cargas dimanantes del préstamo hipotecario que pesa sobre la vivienda familiar que se adjudicó en la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que cuando se produjo tal adjudicación ya sabía la carga que pesaba sobre esa vivienda. (*AP BURGOS, Sec. 2.ª, S. de 13 de septiembre de 2002*).

#### VIII. CUESTIONES PROCESALES

- Los hijos no están legitimados ni para accionar ni para ser demandados en los procesos matrimoniales, aunque se den los presupuestos establecidos en el art. 93.2 CC. (*AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 2 de septiembre de 2002*).
- Condena en costas en el procedimiento de modificación de medidas cuando la demanda es desestimada. (*AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 5 de julio de 2002*).
- No procede declarar la nulidad de actuaciones por la circunstancia de que no se haya grabado la vista en soporte magnético. (*AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 5 de julio de 2002*).
- Adopción de medidas cautelares frente a una sociedad limitada propiedad de los cónyuges al haber quedado acreditada la intención de la esposa de cerrar el negocio tras haberse presentado la demanda de separación. (*AP ZAMORA, Auto de 12 de noviembre de 2002*).

#### IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

- Si la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación, las medidas que se acordaron en la sentencia de Instancia son exigibles desde la fecha en que esta se dictó. (*AP GIRONA, Sec. 2.ª, Auto de 26 de junio de 2002*).
- Los efectos de la pensión compensatoria fijada en la sentencia de apelación se retrotraen a la fecha de la sentencia de 1.ª Instancia, y por tanto desde dicha fecha se deberá abonar la cuantía fijada en apelación. (*AP LUGO, Sec. 2.ª, Auto de 12 de septiembre de 2002*).
- Estimación de la oposición a la ejecución de un convenio regulador en el que se contenía las bases para llevar a efecto la liquidación de la sociedad de gananciales y en la que aparecía un crédito a favor de la esposa, cuando con anterioridad a dictarse sentencia los cónyuges liquidaron la sociedad ante notario modificando los pactos anteriores. (*AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 27 de septiembre de 2002*).

#### X. REGÍMENES ECONÓMICOS

- La comparecencia prevista en el art. 809 de la LEC no es propiamente una vista, sino que se trata de una diligencia judicial que se lleva a cabo a la presencia del

Secretario, y por ello, la falta de asistencia de Letrado a la diligencia para la formación de inventario no determina la incomparecencia del cónyuge si éste asiste personalmente o bien interviene representado por el Procurador en una actuación facultativa de éste, y si ello es así, en este caso se debió de dar intervención al Procurador comparecido de la parte apelante para contribuir a la formación del inventario con el Secretario. (*AP TENERIFE, Sec. 4.ª, Auto de 1 de julio de 2002*).

- Carácter ganancial del préstamo contraído vigente la sociedad de gananciales y a favor de una empresa de carácter familiar siendo avalista el esposo, siendo indiferente que con posterioridad se otorgasen capitulaciones matrimoniales. (*AP LUGO, Sec. 1.ª, S. de 4 de julio de 2002*).
- Carácter privativo de la indemnización concedida a la esposa una vez disuelta la sociedad de gananciales por haber desistido del contrato de arrendamiento de la vivienda cuyo uso y disfrute tenía atribuido por resolución judicial. (*AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 14 de junio de 2002*).

## XI. FILIACIÓN

- La filiación paterna nacida en virtud de un reconocimiento podrá ser impugnada por vicios en el plazo de un año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento, que es lo sucedido en el presente caso, en el que la demanda se presentó dentro del año siguiente a obtener las pruebas biológicas en las que, tras siete años ignorando dicha circunstancia, pudo conocer de que la reconocida no era hija biológica suya. (*AP CÁDIZ, Sec. 5.ª, S. de 16 de mayo de 2002*).

## XII. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

- Mantenimiento del desamparo ya que la madre se ha desentendido de la menor y en cuanto al padre, al estar tramitándose demanda sobre impugnación de paternidad, habrá que estar al contenido de la sentencia, sin que ante la incertidumbre de la filiación sea procedente dejar sin efecto la medida de protección. (*AP PALENCIA, S. de 17 de mayo de 2002*).
- No es necesario que preste el asentimiento a la adopción el padre que fue condenado por un delito continuado de abusos sexuales a la hija menor y que ha incumplido su deber alimenticio respecto a la misma y que se fijó en el procedimiento de separación. (*AP GIRONA, Sec. 2.ª, S. de 27 de julio de 2002*).
- No se puede atender tan sólo a la estabilización de la situación de los padres, prescindiendo por completo del largo tiempo que ya duraba el desamparo hasta que se produjo la impugnación de la resolución y la evolución que han ido siguiendo los menores durante el mismo tiempo, lo que conlleva que atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes, no proceda dejar sin efecto el desamparo, máxime cuando los menores tienen un fuerte arraigo afectivo con los acogedores. (*AP GIRONA, Sec. 2.ª, S. de 12 de julio de 2002*).

- El momento en que se valora si un progenitor está o no incurso en causa de privación de la patria potestad es aquel en que la entidad pública interviene retirando a los menores de su familia biológica, y no el actual. (AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, S. de 29 de julio de 2002).

### XIII. UNIONES DE HECHO

- Improcedencia de aplicar la legislación de parejas de hecho navarra al existir un conflicto de leyes, debiendo resolverse la cuestión de acuerdo con lo establecido en el art. 9.2 del CC y por tanto, estando la residencia habitual de los convivientes fuera del territorio foral, no tienen la condición de pareja estable de hecho conforme a la Ley navarra. (AP NAVARRA, Sec. 2.ª, S. de 12 de junio de 2002).
- No fijación de indemnización alguna a favor de la conviviente al no haberse acreditado que la misma colaborase en la actividad profesional del otro conviviente. (AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 12 de julio de 2002).

### XIV. TEMAS PENALES

- Condena a un cónyuge por un delito de estafa al haber utilizado la firma del otro cónyuge para obtener un lucro patrimonial a costa del patrimonio de aquella. (AP BARCELONA, Sec. 2.ª, S. de 13 de mayo de 2002).
- Absolución del delito de impago de pensiones al no cumplirse los presupuestos del delito ya que, aunque el denunciado está obligado al pago de la pensión alimenticia, al carecer de posibilidades económicas está impedido para poder abonarla. (AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 31 de julio de 2002).

### XV. OTRAS CUESTIONES

- La dedicación de la esposa a la familia y la colaboración en tareas de auxiliar o administrativa en la consulta del esposo ha de considerarse ya debidamente compensada con la titularidad que ostenta de la mitad indivisa de la casa unifamiliar que fuera vivienda común, por lo que no procede fijar pensión alguna, pues en otro caso la pensión implicaría la sustitución del régimen de separación de bienes por el de sociedad de gananciales. (AP LLEIDA, Sec. 1.ª, S. de 4 de octubre de 2002).

## DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

### I. FILIACIÓN

- Es inscribible la adopción constituida en el extranjero por un adoptante español en favor de la hija de su consorte, sin declaración de idoneidad de la entidad

pública española, porque si esa adopción se hubiera constituido en España no sería necesaria la intervención de la entidad pública y no hay motivos para entender otra cosa, interpretando lógicamente el artículo 9.5 del Código civil, si la adopción se ha constituido en el extranjero. (*R. de 12 de junio de 2002*).

- Aun tratándose de un hijo de madre casada, se inscribe como filiación no matrimonial paterna y materna reconocidas, porque en las diligencias comprobatorias de la calificación se ha llegado a la conclusión de que el nacimiento acaeció pasados trescientos días desde la separación de hecho de los cónyuges. (*R. de 18 de junio de 2002*).
- Un reconocimiento de la paternidad no matrimonial por comparecencia ante el Encargado dentro del plazo para inscribir el nacimiento es inscribible sin otros requisitos, pero la madre, como así lo ha hecho, puede obtener la suspensión de la inscripción de la paternidad. (*R. de 10 de julio de 2002*).
- La adopción constituida en Ecuador es inscribible porque sus efectos se corresponden con la adopción española, habiéndose expedido además certificado de idoneidad expedido por la entidad española para los adoptantes españoles dominicanos en España. (*R. de 9 de septiembre de 2002*).
- Tratándose de hijo de madre casada, se inscribe la filiación matrimonial presumida legalmente porque no hay prueba ninguna de la falta de convivencia de los cónyuges en los trescientos días anteriores al nacimiento. (*R. de 9 de septiembre de 2002*).
- Teniendo en cuenta que la adoptada mayor de edad tenía nacionalidad dominicana, aplicando su ley personal, no será de aplicación la limitación del art. 175 del CC en cuanto a que solo se permite la adopción de menores de edad o de mayores de edad que hubiesen convivido con el adoptante antes de que aquella cumpliera catorce años. (*R. de 12 de septiembre de 2002*).
- Se inscribe la filiación no matrimonial de la madre cuando el hijo ha nacido pasados más de trescientos días desde la disolución del matrimonio. Aunque el nacimiento haya acaecido por virtud de un embrión criopreservado 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. (*R. de 24 de septiembre de 2002*).
- No prospera el expediente de inscripción de filiación no matrimonial materna porque no hay pruebas de la posesión de estado; no hay documento indubitado en el que la madre reconozca la filiación y no se ha probado cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo. Además hay oposición frontal del Ministerio Fiscal. (*R. de 30 de septiembre de 2002*).

## II. NOMBRE Y APELLIDOS

- Es obligado para un menor de edad, adoptado sólo por una mujer, consignar de oficio un nombre propio de padre a los solos efectos identificadores. (*R. de 9 de septiembre de 2002*).