EL ARBITRAJE EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Cuando leemos alguna sentencia reciente del Tribunal Supremo relativa a la liquidación de la sociedad de gananciales y hacemos un cómputo del tiempo que han tardado los cónyuges en repartirse los bienes que adquirieron durante su convivencia, los gastos que ello les ha ocasionado y el bloqueo patrimonial y psicológico que ha supuesto la contienda judicial, no nos queda otra opción que pensar lo ilógico, irracional y antieconómico del proceso.

Con ocasión de reformar la LEC, el legislador se planteó instaurar un nuevo procedimiento para liquidar la sociedad conyugal; rápidamente se dio cuenta de lo complicado del tema, tan es así que en el anteproyecto de la ley no se hacía ninguna referencia al mismo. Los trámites liquidatorios parecían interminables con la anterior legislación, que nos remitía a la partición de la herencia, pero la realidad es que el nuevo proceso de liquidación no implica reducción de tiempos de tramitación; es más, agotadas todas las posibilidades de impugnación, podríamos decir que se han aumentado en exceso.

La verdad es que no es fácil diseñar un proceso liquidatorio que a la vez sea rápido y que por otro lado permita ejercer todos los medios de defensa a las partes, máxime cuando forzosamente hay que pasar por dos fases: la "declarativa" (determinación del activo y pasivo de la sociedad) y la "ejecutiva" (reparto efectivo de los bienes y deudas entre los cónyuges).

Mi querido amigo Eusebio Aparicio siempre dice que el procedimiento ideal para liquidar la sociedad de gananciales es que uno haga dos lotes y el otro elija primero, puesto que aquel, por la cuenta que le trae, ya se cuidará de que los lotes sean totalmente igualitarios.

Quizás cansados de tener que esperar tanto tiempo para liquidar la sociedad de gananciales, algunos letrados están comenzando a acudir al arbitraje. Es cierto que en nuestro país no tenemos tradición de solucionar los conflictos si no es acudiendo a los tribunales, pero quizás vaya siendo hora de intentar otra vía más rápida que permita que los cónyuges pongan un punto y final a sus relaciones económicas.

No existe ningún obstáculo en la ley de arbitraje para que los cónyuges se acojan a sus disposiciones, y ello no es contrario a lo establecido en el art. 806

de la LEC, ya que el trámite liquidatorio previsto en dicho precepto se aplicará "en defecto de acuerdo entre los cónyuges", y dicho acuerdo puede consistir perfectamente en liquidar la sociedad acudiendo al arbitraje; incluso, a nivel de hipótesis, cabría la posibilidad de que este acuerdo se pactase en capitulaciones matrimoniales o en el convenio regulador de la separación y el divorcio.

Quizá muchos piensen que el problema será encontrar árbitros suficientemente preparados y que inspiren confianza a ambos cónyuges. Habrá que ir pensando en la formación de árbitros especializados en liquidación de sociedades de gananciales y en la posibilidad de liquidaciones sin necesidad de acudir a los saturados juzgados de familia.

ÍNDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

— El Convenio regulador como elemento imprescindible en la separación y el divorcio consensuales. Las cuestiones más polémicas. *Antonia Nieto Alonso* 17

— Reflexiones sobre la protección de menores en el Ordenamiento jurídico español. *José Manuel Ruiz-Rico Ruiz, M.ª Soledad de la Fuente Núñez de Castro y M.ª Carmen Luque Jiménez* 53

— Relación matrimonial y derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas. *Aurelia María Romero Coloma* 87

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 101

I. Regímenes económicos matrimoniales *(S. de 14 de febrero de 2002)* 101

II. Embargo de la vivienda familiar *(S. de 6 de mayo de 2002).* 106

TRIBUNAL SUPREMO 111

I. **Filiación** 111

1. Recurso de casación *(Auto de 5 de junio de 2001)* 111

2. Citación para la práctica de la prueba biológica *(S. de 18 de junio de 2001)* 113

Página

3. Reconocimiento de filiación materna y solicitud de entrega de la hija dada en adopción *(S. de 9 de julio de 2001)* 115
4. Reclamación de filiación paterna no matrimonial *(S. de 10 de julio de 2001)* 119
5. Negativa al sometimiento a la prueba biológica *(S. de 20 de julio de 2001)* 121

II. **Regímenes económico-matrimoniales** 126

1. Responsabilidad de los bienes gananciales *(S. de 11 de junio de 2001)* 126
2. Acción de rescisión de capitulaciones matrimoniales instada por un acreedor *(S. de 6 de julio de 2001)* 129
3. Rescisión de la liquidación de gananciales por lesión en más de una cuarta parte *(S. de 23 de julio de 2001)* 132
4. Responsabilidad de los bienes gananciales *(S. de 24 de julio de 2001)* 136

III. **Convenio regulador** 138

1. Eficacia frente a terceros *(S. de 31 de mayo de 2001)* .. 138

IV. **Patria potestad** 141

1. Declaración de desamparo *(S. de 2 de julio de 2001)* ... 141

V. **Procesal** 144

1. Recurso de casación *(Auto de 12 de junio de 2001)* 144
2. Recurso de casación contra sentencia dictada en procedimiento de filiación extramatrimonial *(Auto de 31 de julio de 2001).* 146
3. Recurso de casación contra sentencia dictada en procedimiento de liquidación de gananciales con base en el interés casacional *(Auto de 31 de julio de 2001)* 150

VI. **Uniones de hecho** 153

1. Concesión de una cantidad en concepto de pensión compensatoria *(S. de 5 de julio de 2001)* 153

Página

VII. **Seguridad Social** 158

1. Pensión de viudedad *(S. de 29 de mayo de 2001)* 158

VIII. **Responsabilidad civil** 160

1. Lesiones sufridas por menor en escalera mecánica *(S. de 29 de junio de 2001)* 160

IX. **Penal** 163

1. Alzamiento de bienes *(S. de 4 de junio de 2001)* 163
2. Privación de patria potestad *(S. de 6 de julio de 2001)* . . 166
3. Delito de amenazas cometidas frente al ex cónyuge *(S. de 11 de julio de 2001)* 167

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA 171

I. **Procesal** 171

1. Inadmisión del recurso de casación que cuestionaba el traslado de la menor a Chile, ya que se pretende realmente una revisión de los criterios de valoración de prueba, confundiendo lamentablemente la casación con una tercera instancia *(TSJ Cataluña, Auto de 15 de noviembre de 2001)* 171
2. Inadmisión del recurso de casación, ya que lo que pretende la parte es una nueva valoración de la prueba *(TSJ Cataluña, Auto de 21 de enero de 2002)* 172
3. Disuelta la sociedad de gananciales, no puede embargarse el sueldo que percibe la esposa para cubrir las deudas generadas por el esposo constante la sociedad *(TSJ Asturias, S. de 12 de febrero de 2002)* 173

II. **Fiscal** 175

1. Las transmisiones onerosas de bienes efectuadas por los cónyuges a la sociedad conyugal constituyen transmisiones sujetas al impuesto, pero exentas al tratarse de aportaciones a la sociedad de gananciales *(TSJ Galicia, S. de 29 de junio de 2001)* 175

Página

AUDIENCIAS PROVINCIALES 177

I. **Causas de separación, divorcio y nulidad** 177

1. La circunstancia de que después del cese de la convivencia el esposo llegase a estar empadronado un mes en el domicilio de la esposa no impide estimar la acción de separación. *AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 20 de noviembre de 2001* 177

II. **Patria potestad** 178

1. El ejercicio de la patria potestad por la madre hay que entenderlo en la esfera de las actividades cotidianas, pero no de los actos que tienen trascendencia en la formación y educación del menor, en los cuales dada su repercusión requieren la intervención del padre. *AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 29 diciembre de 2001* 178

III. **Guarda y custodia** 179

1. Para la atribución de la guarda y custodia no es determinante que el padre resida en la ciudad y la madre en un caserío, máxime cuando ambos progenitores estuvieron viviendo en el mismo cuando permanecían unidos. *AP VIZCAYA, Sec. 4.ª, S. de 21 de diciembre de 2001* 179

IV. **Régimen de visitas** 180

1. Cuando el hijo tiene 14 años ha de sobreentenderse que el régimen de visitas no puede llevarse hasta el límite de imponer el mismo de forma coactiva. *AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 29 de noviembre de 2001* 180

V. **Vivienda familiar** 181

1. Cumplimiento de pacto de convenio regulador que acordaba la venta de la vivienda familiar y el reparto del precio entre ambos cónyuges. *AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 16 de octubre de 2001* 181

Página

2. Aun cuando se haya atribuido el uso de la vivienda familiar a la esposa, no existe ningún obstáculo para que el esposo pida la división de la cosa común e incluso la subasta, debiendo respetarse en todo momento aquella atribución de uso. *AP LAS PALMAS, Sec. 5.ª, S. de 13 de noviembre de 2001* . 182

VI. **Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio** 183

1. Interpuesto un procedimiento de reclamación de alimentos para un hijo no matrimonial, la misma debe limitarse a la fecha de presentación de la demanda, sin que pueda reclamarse los gastos ocasionados desde el nacimiento de la menor. *AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 16 de noviembre de 2001* 183

2. Mantenimiento de la pensión alimenticia de la hija mayor de edad que, hasta la fecha, sólo ha desempeñado trabajos temporales de muy corta duración. *AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 29 de noviembre de 2001* 183

VII. **Pensión compensatoria** 184

1. No fijación de pensión compensatoria en un matrimonio que duró escasamente cuatro meses, donde no hubo descendencia y en el que ambos cónyuges continuaron realizando sus respectivas actividades laborales. *AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 11 de diciembre de 2001* 184

VIII. **Cuestiones procesales** 186

1. Para la fijación de la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad es preceptivo que estos acrediten la necesidad de recibirlos; no habiéndolo hecho así dentro del procedimiento matrimonial procede declarar extinguida la obligación sin perjuicio de que el hijo pueda reclamarlos, si procede, por el procedimiento de alimentos. *AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 4 de diciembre de 2001* 186

2. Inaplicabilidad del procedimiento establecido en los arts. 806 y ss. de la LEC cuando el régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes. *AP LLEIDA, Sec. 2.ª, S. de 17 de diciembre de 2001* 187

Página

3. Falta de legitimación de la hija mayor de edad para recurrir la sentencia en la que se extinguió la pensión alimenticia, cuando la madre se aquietó con el fallo de la misma. *AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, S. de 21 de diciembre de 2001* 188

IX. **Ejecución de sentencias** 190

1. Cuando el pronunciamiento de la sentencia consista en el pago de prestaciones periódicas, el plazo de caducidad de la acción ejecutiva comenzará a contarse desde que se produce el impago, ya que carecería de sentido instar la ejecución judicial mientras se efectúa el cumplimiento voluntario. *AP LLEIDA, Sec. 1.ª, Auto de 22 de noviembre de 2001* 190

X. **Regímenes económicos** 191

1. No procede incluir en el activo el saldo que existiese en la cuenta corriente a la fecha de presentación de la demanda, habida cuenta que cuando se disolvió la sociedad de gananciales tenía un saldo 0, y no se han acreditado gastos injustificados. *AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 22 de noviembre de 2001* 191

2. No procede incluir en el pasivo de la sociedad el importe de reparaciones menores que se hicieron en la vivienda cuyo uso tenía atribuido judicialmente la espos*a. AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 22 de noviembre de 2001* 192

3. No procede incluir en el pasivo de la sociedad el importe de las obras realizadas por el esposo después de disuelta la sociedad de gananciales al no haberse acreditado que fuesen necesarias para su conservación y que la esposa notificó de forma fehaciente su oposición a las mismas. *AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 4 de diciembre de 2001* 193

XI. **Filiación** 194

1. En los supuestos intermedios, donde la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial, y por tanto, habiéndose negado injustificadamente a su práctica el demandado, procede declarar la paternidad. *AP ALICANTE, Sec. 7.ª, S. de 11 de septiembre de 2001* 194

Página

2. Los alegados perjuicios que el reconocimiento de la paternidad no matrimonial pueden causar a la menor que se encuentra inscrita en el Registro Civil con la filiación paterna del marido de la madre, no son obstáculo para dictar la sentencia declarando dicha filiación, pues si bien inicialmente puede resultar inevitablemente traumático, a la larga se va a consolidar su verdadera filiación. *AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 30 de noviembre de 2001* 199

XII. **Procedimientos de menores** 204

1. Procede declarar a los padres incursos en causa de privación de la patria potestad cuando acreditada la omisión de los deberes de asistencia moral y material respecto a su hijo menor, no muestran una actitud positiva y efectiva de superación. *AP ÁLAVA, Sec. 1.ª, S. de 31 de octubre de 2001* 204

2. Constitución del acogimiento ya que la madre puso a sus hijas en una situación de peligro físico y espiritual. No procede fijar régimen de visitas en favor de la madre ya que crearía confusión y desasosiego en el proceso de adaptación a la nueva familia. *AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 24 de noviembre de 2001* 207

XIII. **Uniones de hecho** 208

1. Inexistencia de unión de hecho entre la demandada y el fallecido. *AP CÓRDOBA, Sec 1.ª, S. de 6 de noviembre de 2001.* 208

2. Existencia de una comunidad de bienes formada entre los convivientes respecto a la vivienda adquirida constante esa convivencia sin que sea obstáculo para ello que la misma figure registralmente inscrita a nombre de la conviviente, ya que el préstamo contraído para su pago se domicilio en una cuenta de la que es único titular el conviviente. *AP BARCELONA, Sec 4.ª, S. de 20 de diciembre de 2001* 211

XIV. **Temas penales** 212

1. Establecida una pensión en una resolución judicial firme y no instada su modificación por el obligado al pago, ha de presumirse que éste tiene capacidad económica suficiente para afrontar el cumplimiento de sus obligaciones. *AP TARRAGONA, Sec. 2.ª, S. de 19 de noviembre de 2001* 212

Página

2. Delito de revelación de secretos cometido por el esposo al grabar las conversaciones telefónicas de su esposa y aportarlas como prueba de infidelidad en el procedimiento de separación matrimonial. *AP MADRID, Sec. 3.ª, S. de 11 de enero de 2002* 214

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Filiación 219

1.1. Estando los padres separados de hecho, corresponde designar el nombre del hijo a la madre que es con quien convive en la actualidad. *R. de 8 de septiembre de 2001* 219

1.2. Denegación de la inscripción de nacimiento acaecido en Guinea en el año 1989 al existir serias dudas de la filiación materna. *R. de 24 de octubre de 2001* 221

1.3. El reconocimiento de un menor hecho en escritura pública necesita para ser eficaz el consentimiento de la madre y representante legal del reconocido, y si ésta no presta su consentimiento hay que enviar de oficio las actuaciones al órgano judicial competente para la aprobación del reconocimiento. *R. de 22 de diciembre de 2001* 222

2. Matrimonio 224

2.1. Se inscribe el matrimonio celebrado en Cuba entre un español y una cubana porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial. *R. de 23 de octubre de 2001* 224

2.2. Denegación de la inscripción del testimonio de la sentencia por la que se reconoce la sentencia de divorcio dictada por los tribunales de Uruguay al corresponder la competencia para el exequátur al Tribunal Supremo. *R. de 11 de diciembre de 2001* 227

Página

3. Regímenes económico-matrimoniales 228

3.1. Validez y eficacia de la escritura pública en virtud de la cual uno de los cónyuges aportaba un bien privativo a la sociedad de gananciales con derecho a su reembolso económico con valoración actualizada al tiempo de la disolución. *R. de 21 de julio de 2001* 228

3.2. Apareciendo inscrito un inmueble en el Registro de la Propiedad con carácter privativo del esposo, para que en la liquidación de la sociedad de gananciales pueda adjudicársele a la esposa en pago de deudas, será necesario que se acredite el correspondiente negocio jurídico que recoja la voluntad de los cónyuges. *R. de 11 de diciembre de 2001* 231

DERECHO COMPARADO

— La filiación ¡no es cuestión de sexo, es cuestión de piel! *Enrique Varsi Rospigliosi* 237

TRIBUNA ABIERTA

— Dos cuestiones relativas a la proteccion legal de las personas mayores. ¿Qué debemos proteger? ¿Qué significa capacidad para decidir por sí mismas? 265

— A propósito de los registros de uniones civiles de hecho 281

— Actitudes legales ante la situación de embarazo de una incapaz o de una menor de edad y su posible interrupción 292

CRÓNICA LEGISLATIVA

— Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables. Comunidad de Asturias 301

Página

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

— Publicaciones, Noticias y Datos de Interés 307

AVANCES JURISPRUDENCIALES

— Avances jurisprudenciales 321

Estudios Doctrinales

EL CONVENIO REGULADOR COMO ELEMENTO IMPRESCINDIBLE EN LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO CONSENSUALES. LAS CUESTIONES MÁS POLÉMICAS

ANTONIA NIETO ALONSO

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO

I. NATURALEZA DEL CONVENIO REGULADOR.

1. El artículo 90 del Código Civil —convenio regulador— y su naturaleza de excepción a la norma general contenida en el artículo 1814 del Código Civil, prohibitiva de la transacción sobre... cuestiones matrimoniales.
2. La naturaleza mixta del convenio regulador, al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial homologándolo.

II. EL CONTENIDO DEL CONVENIO REGULADOR ORDENADO POR EL ARTÍCULO 90 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL CONTENIDO RECOMENDABLE A LA HORA DE REDACTARLO PARA ASEGURAR LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL.

III. EL PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO REGULADO EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: EL ARTÍCULO 777 DE LA LEY 1/2000.

IV. LA APROBACIÓN JUDICIAL NO SE HA DE PREDICAR DE FORMA INDISCRIMINADA RESPECTO DE TODOS LOS ACUERDOS RECOGIDOS EN EL CONVENIO REGULADOR.

1. Posición adoptada por el Tribunal Supremo.
2. Criterio seguido por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

I. NATURALEZA DEL CONVENIO REGULADOR

1. El artículo 90 del Código Civil —convenio regulador— y su naturaleza de excepción a la norma general contenida en el artículo 1814 del Código Civil, prohibitiva de la transacción sobre... cuestiones matrimoniales.

Para un sector doctrinal debe relacionarse el art. 90 CC con el art. 1814 CC al que habría derogado (1).

Recordemos que el art. 1814 CC dispone: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las *cuestiones matrimoniales,* ni sobre alimentos futuros" —la cursiva es mía—.

Esta regla prohibitiva —del art. 1814 CC— la toma el Código Civil del Proyecto de 1851 (art. 1720) que GARCÍA GOYENA no extendía a las transacciones a favor del matrimonio, sólo a las que iban en su contra. En efecto, el art. 1720 del Proyecto de 1851 dispone: "No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre cuestiones matrimoniales, ó cualquiera otra en que deba ser oído el ministerio público, a menos que la ley permita la transacción, con intervención del mismo" (2).

Aunque, como después se verá, puede defenderse que el convenio regulador es como una excepción a la prohibición de transigir sobre cuestiones matri-

---

(1) Vid. ROCA TRIAS, Encarna, Comentario al art. 90 en *Comentario del Código Civil,* Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 383.

(2) Vid. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español,* Ed. Cometa, Zaragoza, 1974.

En las Partidas de Alfonso X el Sabio se dispone: "Contienda ó pleyto que naciesse sobre casamiento de algunos, non se podría meter en manos de advenidores", Ley 24, Título 4, Partida 3.

moniales —art. 1814 CC—, un sector doctrinal y jurisprudencial no lo admite. En este sentido, por el sector doctrinal, destaco, por todas, la opinión de GARCÍA CANTERO [3], que señala que habrá de respetarse el art. 1814 CC, en consecuencia, si aparece del acuerdo que alguno de los cónyuges ha recibido una suma de dinero para no oponerse o acceder a la nulidad, separación o divorcio, tal acuerdo, señala, será radicalmente nulo. Tampoco, dice, podrán vulnerarse los principios constitucionales, como la igualdad entre los cónyuges con relación a los derechos y deberes resultantes del matrimonio nulo, separado o disuelto. A su juicio, tampoco serían válidos los acuerdos que violasen normas imperativas del Código Civil, por ejemplo, si uno o ambos cónyuges renunciasen a la patria potestad sobre sus hijos. Es cierto que el mismo autor reconoce que la mayoría de las veces tales cláusulas serán dañosas para los hijos o perjudiciales para uno de los cónyuges, luego no merecerán homologación judicial —art. 90.2 CC—. Y por la jurisprudencia acentúo la importancia de la STS de 8 de marzo de 1995 [RJA, 2158 (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros)]. Partimos de la Audiencia de Badajoz —SAP Badajoz de 23 de septiembre de 1991— que sostiene que en una liquidación de sociedad de gananciales en convenio regulador de una separación matrimonial se está ante un contrato de transacción en el que no caben más causas de ineficacia que las señaladas en el art. 1817 CC. El Tribunal Supremo, en la Sentencia citada, casa la Sentencia de la Audiencia Provincial y, para lo que aquí importa, se opone a la naturaleza transaccional del convenio regulador declarando: "...carece de la más mínima base legal la extraña tesis de la Audiencia. En la partición, los copartícipes que la llevan a cabo especifican y concretan en bienes y derechos la cuota abstracta que les corresponde en la titularidad del patrimonio ganancial, pues una vez producida su disolución, la sociedad de gananciales no se atomiza en tantas comunidades como bienes y derechos haya (...). Este negocio jurídico no es una transacción, las partes nada discuten sobre sus derechos en la titularidad, y aceptan transformar sus cuotas sobre objetos singulares por propias conveniencias" [4].

A pesar del carácter absoluto de la prohibición del art. 1814 CC y de su redacción tajante, y en coherencia con la prohibición de transigir sobre el estado

---

[3] Vid. GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, comentario al art. 90 CC, EDERSA, Madrid, 1982, p. 375.

[4] En esta Sentencia el Tribunal Supremo, en relación a la naturaleza jurídica de la liquidación de la sociedad de gananciales practicada en convenio regulador, declara el carácter particional y no transaccional de una liquidación y adjudicación de bienes practicada en convenio regulador del juicio de separación matrimonial. Se declara, además, que procede la rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte de los bienes —arg. art. 1074 CC—.

civil de las personas, será posible la transacción sobre los aspectos puramente patrimoniales derivados del matrimonio. En este sentido, la STS de 4 de diciembre de 1985 '[RJA, 6202 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz)] que señala "...puesto que acordada su separación, aunque temporal pero indefinida, y extinguida la sociedad de gananciales, la naturaleza de las cosas induce a interpretar que tal convenio no implica unas capitulaciones sino una verdadera transacción de las diferencias existentes acerca de la liquidación patrimonial del matrimonio, y así la califica reiteradamente la propia parte recurrente (...). En definitiva, la tan citada estipulación sobre los bienes no es más que reflejo de los pactos que suelen convenirse cuando los cónyuges acuerdan el cese de su vida en común, acomodando su situación patrimonial a la personal resultante de la separación y concertando pactos que impidan a los esposos tener participación en las ganancias o beneficios del otro, y liquidar la sociedad de gananciales; supuesto normal fáctico que no es el de las capitulaciones matrimoniales constante matrimonio y vida en común" (5).

De esta sentencia se deduce la posibilidad de transacción sobre los aspectos puramente patrimoniales derivados del matrimonio. Hay que entender que también es admisible la transacción sobre aspectos puramente personales, interpretación respaldada por la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio (conocida como Ley del Divorcio), que ensancha el ámbito del juego de la voluntad otorgando una cierta dosis contractualista al contemplar, por ejemplo, la separación de mutuo acuerdo (art. 81.1 CC), admitiéndose, de otra parte, los convenios de separación en cualesquiera supuestos de crisis matrimonial (6).

Por todo esto hay que entender que el art. 1814 CC lo que prohíbe es transigir sobre la existencia o subsistencia del matrimonio. Su nulidad por las causas legalmente determinadas o la ruptura del vínculo por divorcio han de ser objeto en todo caso de decisión judicial (7).

---

(5) En el Fundamento de Derecho Cuarto de la Sentencia citada se aclara que el documento en cuestión no contiene unas capitulaciones matrimoniales otorgadas al celebrarse o con posterioridad a su celebración de un matrimonio en plenitud de existencia, sino un *convenio transaccional* (la cursiva es mía) sobre la situación económica de los cónyuges para adaptarse a su separación indefinida, por lo que al ser así no es requisito *ad substantiam* el otorgamiento de escritura pública para su validez —que sí sería requisito *sine qua non* en un supuesto de capitulaciones matrimoniales (cfr. art. 1327 CC)—.

(6) Vid. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho Civil,* tomo tercero, *Contratos,* Trivium, Madrid, 2001, p. 463.

(7) Vid. GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, comentario al art. 1814 CC, en *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1773.

Ya el Alto Tribunal en la Sentencia de 5 de junio de 1926 declaró que el allanamiento a la demanda tiene en orden procesal igual concepto y la propia virtud que la transacción, con lo que tiene esencial conformidad en cuantos elementos la constituyen y estando prohibida respecto a las cuestiones matrimoniales y que afectan al estado civil de las personas, es evidente la ineficacia del allanamiento que a la demanda de doña E.I. otorgó su marido al contestarla; porque si se admitiera como posible, quedaría así: *inter volentes,* quebrantado el principio cardinal de la indisolubilidad que constituye norma de derecho público y fundamento del vínculo matrimonial cualquiera que sea la legislación aplicable al mismo, conforme al estatuto por el que se hubiere de regir.

Nótese que esta doctrina, aunque el matrimonio es actualmente disoluble (art. 85 CC), es aplicable en cuanto no puede ser el vínculo matrimonial objeto de transacción sino previo juicio sobre disolución y correspondiente sentencia (cfr. arts. 74 y 1814 CC) [8].

También el Tribunal Supremo declara la imposibilidad de transigir sobre cuestiones de filiación. Así, la STS de 28 de octubre de 1928 dispone que el derecho a pedir la declaración de filiación legítima se caracteriza por ser de los excluidos expresamente de la facultad de transigir sobre él, conforme lo dispone el art. 1814 CC, en virtud de que la permanencia del estado civil afecta al interés social y, consiguientemente, al orden público, que es fundamento esencial de dicho precepto.

Destaco la claridad con que se pronuncia la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia de 19 de julio de 1995 [*Actualidad Civil* § 1360 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón)] cuando dispone que los artículos 81.1, 86 párrafo último, 90 y 103 del Código Civil tienen naturaleza de excepción a la norma general contenida en el art. 1814 del Código Civil, prohibitiva de la transacción sobre el estado civil de las personas y cuestiones matrimoniales, autorizándola en los procesos de separación y divorcio, aunque no en los de nulidad matrimonial.

Sin embargo, tal excepción no determina que en tales cuestiones quepa la aplicación de las normas generales que regulan la transacción judicial, sino que la someten a las especialidades regladas en los citados artículos, en cuanto plazo de duración del vínculo y sobre extremos que deben ser objeto de transacción.

El convenio regulador, su existencia, sí está prevista en la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar. Así, en su art. 4 señala que

---

[8] Vid. ALBÁCAR LÓPEZ, José Luis, *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia,* Trivium, Madrid, 1991, pp. 619-622.

podrán promover la mediación familiar: "1. Las personas unidas por vínculo matrimonial a los efectos de: (...) b) Buscar salida pactada a los conflictos planteados en los procesos judiciales de separación, divorcio o nulidad que se encuentren en trámite, bien mediante la aceptación de común acuerdo del convenio regulador de la separación o del divorcio propuesto, o bien para la instrumentación de los medios adecuados que posibiliten el mejor cumplimiento y ejecución de las sentencias dictadas en dichos procesos, con arreglo a lo pactado previamente entre las partes".

2. La naturaleza mixta del convenio regulador, al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial homologándolo.

Un amplio sector doctrinal considera que el convenio regulador debe calificarse como un acto mixto. Así, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN [9] señalan que el convenio regulador no es un puro negocio jurídico de Derecho privado, obra exclusiva de la voluntad de las partes. En él interviene de manera decisiva la voluntad de un órgano público, que es la autoridad judicial. Por ello —recuerdan— el artículo 90 del Código Civil dice que "Los acuerdos de los cónyuges (...) serán aprobados por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges".

Precisamente, la cuestión jurídica esencial que plantea la STS de 22 de abril de 1997 [RJA, 3251 (Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz)] es la de la naturaleza jurídica del convenio regulador, en las situaciones de crisis matrimonial, y contemplado y previsto su contenido mínimo en el artículo 90 del Código Civil. En principio, señala el Alto Tribunal, debe ser considerado como negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial como *conditio iuris,* determinante de su eficacia jurídica [10].

Es tan importante la aprobación judicial del convenio que es posible la inscripción en el Registro de la Propiedad del convenio regulador homologado judicialmente y válido por sí mismo y sin necesidad de escritura pública, así lo

---

[9] Vid. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil,* vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones,* Tecnos, Madrid, 8.ª ed., 2001, p. 126.

[10] Nótese que en esta misma Sentencia también se reconoce que si bien el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva, hay que reconocer que el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico.

declara la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 30 de marzo de 1995 (RJA, 2668) (11).

Además, en parecido sentido, también el Tribunal Supremo destaca la importancia de la homologación judicial del convenio en la Sentencia de 18 de octubre de 1994 [RJA, 7722 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil)] cuando señala que el convenio regulador, una vez homologado judicialmente e incorporado como válido a la sentencia, eleva su condición y rango de simplemente privado a la categoría de oficial-público, conforme al art. 1280 CC. Documento que tiene eficacia frente a terceros desde su fecha y además se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el art. 96 CC (12).

II. EL CONTENIDO DEL CONVENIO REGULADOR ORDENADO POR EL ARTÍCULO 90 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL CONTENIDO RECOMENDABLE A LA HORA DE REDACTARLO PARA ASEGURAR LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL

El art. 90 CC se encuadra en el Libro Primero —"De las personas"—, Título IV —"Del matrimonio"— y capítulo IX —"De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio"—. Por esta razón considero que el convenio regulador también se aplica a los casos de nulidad —salvo, eso sí, el apartado E del art. 90 CC, que se refiere a la pensión que únicamente procede en los casos de separación y divorcio, porque en caso de nulidad existe la posibilidad de

---

(11) La cuestión que se discute en este recurso es la de si es necesario que se acompañe el convenio regulador del divorcio para la inscripción en el Registro de la Propiedad de una escritura en la que la ex-esposa cede una mitad indivisa de un piso al ex-esposo, indicándose en una de las cláusulas que "la presente cesión lo es sin contraprestación alguna para la cedente, por tratarse de formalización del convenio asumido por los ex-cónyuges, en su expediente de divorcio". La escritura calificada parte de la base de que ha existido un divorcio y éste presupone un convenio regulador (confróntense los arts. 86 y 90 CC). Por lo tanto, si ahora se indica que esa cesión gratuita constituye la formalización del convenio, es imprescindible contrastar esa afirmación con el contenido del convenio regulador y de su homologación judicial. Puesto que estos convenios, una vez que recaiga la aprobación judicial, son, por sí y sin necesidad de escritura pública, válidos e inscribibles, en su caso, en el Registro de la Propiedad, la validez y eficacia de la propia cesión gratuita posterior está supeditada (conforme al art. 1224 CC) a que la misma no sea incompatible con lo pactado anteriormente por los mismos interesados.

(12) La Sentencia contempla un caso en el que la atribución de uso y disfrute que en el convenio regulador llevó a cabo don Juan F. C., como esposo y padre, lo fue actuando como condómino del mismo, ya que la herencia de su padre no se justificó que hubiera sido aceptada por los herederos, con lo que permanecía en estado de indivisión.

obtener una indemnización (arg. art. 98 CC)—; aunque el art. 90 CC se remita sólo a supuestos de separación —art. 81 CC— y divorcio —art. 86 CC— hay que pensar que la idea que se desprende de los términos del enunciado del capítulo IX incluye también el supuesto de crisis matrimonial que es la nulidad.

Me voy a referir no sólo al contenido mínimo que establece el art. 90 CC sino también al contenido recomendable, cohonestando cada apartado del tan citado artículo con otras normas, con la finalidad de que a la hora de redactar un convenio regulador —normalmente por abogados— se consiga la homologación judicial. Desde esa perspectiva que anuncio procedo a examinar los apartados del art. 90 CC y aspectos de interés que también deben comprenderse en una buena y adecuada redacción del convenio regulador.

En efecto, el art. 90 CC comienza señalando que "El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, *al menos,* (la cursiva es mía) a los extremos...". Obsérvese que la *ratio legis* de este primer inciso es que el contenido que precisa el citado artículo es el mínimo, lo que no empece que lo ampliemos, como he señalado anteriormente, para que el juez al homologarlo no tenga duda alguna.

Comienzo con el contenido propiamente dicho:

A) *La determinación de la persona a cuyo cuidado han de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos.*

No se trata de atribución exclusiva de la patria potestad, sino de su ejercicio, que deberá asignarse al padre o madre que los tenga en su guarda, custodia y compañía, o, excepcionalmente, a otra persona. El régimen de visitas deberá asimismo preverse.

Según DÍEZ-PICAZO [13], la persona que cuidará de los hijos deberá ser uno u otro cónyuge, no un extraño, es ésta una cuestión residual y excepcional (arg. art. 103.1 CC).

Únicamente está permitido a los progenitores el pacto sobre el ejercicio de la patria potestad y no sobre su titularidad, que es indisponible.

Además, las situaciones de conflicto conyugal no eximen a los padres de sus deberes para con sus hijos, en aplicación del art. 39 de la Constitución

---

[13] Vid. DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil,* volumen IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones,* Tecnos, Madrid, 8.ª ed., 2001, p. 126.

Española de 1978, en concreto, art. 39.3: "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".

El convenio puede contener pactos sobre el ejercicio de la patria potestad —en conformidad con el principio general del derecho de libertad de pacto o autonomía de la voluntad, art. 1255 CC—, permitiéndose la disociación de funciones concretas que se atribuirán a cada progenitor, la representación legal del menor o incapacitado, etc.

Se pueden tomar también acuerdos sobre la guarda y custodia de los hijos sometidos a la patria potestad, atribuyéndose a los progenitores de forma individual, bien a un tercero —aunque esta última posibilidad debe ser considerada excepcionalmente, atendiendo al art. 103.1, segundo apartado CC: "Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a otra persona y, de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez".

También pueden existir pactos sobre comunicación del progenitor no guardador con los hijos, determinando el llamado "régimen de visitas" e incluso pactarse sobre las relaciones de los hijos con terceras personas, como abuelos, etc.

Estos acuerdos deben tomarse teniendo en cuenta el interés de los hijos, aunque éstos no sean partes del convenio.

Adviértase que el art. 92 CC confiere al juzgador competencia para que en la sentencia modifique, de acuerdo con la propuesta aprobada por los cónyuges (cfr. art. 90.1 y 2 CC) o según el propio criterio (art. 91 CC), el contenido legal del ejercicio de la patria potestad, dejando inafectada su titularidad. Dispone, al efecto, el art. 92.4 CC que: "Podrá también acordarse, cuando así convenga a los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges o que el cuidado corresponda a uno u otro, procurando no separar a los hermanos". El criterio a que debe atenerse el juez en la decisión a adoptar sobre la guarda y cuidado de los hijos es, de acuerdo con la idea del *favor filii* y según la concreta exigencia de este precepto, la conveniencia de los hijos, para cuya ponderación son propuestos por el legislador diversos elementos de discernimiento —como la corta edad, la convivencia con un progenitor o la reunión de los hermanos, además de los acuerdos propuestos por los cónyuges— pero en cuya apreciación también podrá tomar en consideración otros, como la oportunidad de no sustraer al menor de su entorno social y relaciones habituales, los riesgos para su formación o para su salud o la mayor garantía de los progenitores para el cumplimiento de esta función, que podrán valorarse, como con frecuencia se hace en las resoluciones judiciales, conjuntamente.

En su caso, según LACRUZ BERDEJO (14), aunque no lo indique directamente el precepto, que en cualquier caso no lo impide, el ejercicio de la patria potestad por parte de los esposos puede ser parcial y distribuirse objetivamente o por funciones entre los cónyuges o con alternativas de temporalidad.

En cualquier caso, como dispone el art. 92.1 CC: "La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con sus hijos".

El convenio regulador debe afectar sólo a los hijos comunes y no a los propios de uno solo de los cónyuges; también afectará a los adoptados que lo hayan sido conjuntamente por ambos cónyuges (15).

El convenio no parece que pueda extenderse a decidir sobre la atribución de la patria potestad a uno solo de los cónyuges; de contener la renuncia de uno o de ambos padres a la misma (con ingreso de los hijos en una institución benéfica o adopción por terceros) podría incurrir en nulidad por violación de normas imperativas.

El texto legal parte de la distinción entre titularidad de la patria potestad —que en principio corresponde a ambos progenitores— y atribución de la guarda que puede hacerse variadamente —a uno de los padres, distribución de los hijos entre los padres, atribución a otros miembros de la familia, etc.—.

En cuanto al ejercicio de la patria potestad no parece norma imperativa la contenida en el último párrafo del art. 156 *in fine* CC: "Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor queden los hijos menores de edad. El juez oirá, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueren mayores de doce años".

Es fundamental que los padres acuerden medidas sobre la orientación y plan educativo de los hijos, sobre la educación religiosa de los mismos, sobre el centro en el que han de cursar estudios, etc. La falta de previsión o ambigüedad en relación con estos extremos puede originar graves conflictos en el futuro. Por todo esto considero que es fundamental que al redactarse el convenio regulador se precisen bien estos puntos (16).

---

(14) Vid. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil,* IV, *Derecho de Familia,* Bosch, Barcelona, 1997, p. 168.

(15) Vid. GARCÍA CANTERO, Gabriel, al comentar el art. 90 CC, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* EDERSA, Madrid, p. 380.

(16) Además esta *ratio* parece deducirse del art. 225 CC que dispone: "Cuando existieren disposiciones en testamento o documento público notarial del padre y de la madre, se aplicarán unas y otras conjuntamente, en cuanto fueren compatibles. De no serlo, se adoptarán por el juez, en decisión motivada, las que considere más convenientes al tutelado".

Al objeto de posibilitar el cumplimiento del deber de velar por los hijos, que corresponde a los padres siempre, aunque no ostenten la patria potestad (cfr. arts. 110 y 111 CC), dispone el art. 94.1 CC: "El progenitor que no tenga consigo a sus hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía". Esta norma es una explicitación concreta del derecho que a los padres reconoce, aunque no ejerzan la patria potestad, para relacionarse con sus hijos menores. Así, el art. 160.1 CC dispone: "El padre y la madre, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en la resolución judicial".

El derecho denominado ya habitualmente en la doctrina "de visita" —que en realidad, se proyecta en las visitas propiamente dichas, la comunicación o correspondencia y la convivencia o estancias del menor en casa del beneficiario— es por sí mismo delimitado y puede ser objeto de limitación y aun de suspensión, sea por las particulares circunstancias de su ejercicio, en un ambiente familiar tenso; sea, sobre todo, por el preeminente interés del hijo. Dispone, en efecto, el art. 94.2 CC: "El juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieren graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos en la resolución judicial".

B) *La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.*

Se trata de pactar sobre el uso de la vivienda y ajuar familiar, aunque el convenio es el documento idóneo para la creación de derechos reales de uso y disfrute a favor del cónyuge no titular [17].

Este punto de atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar entiende GARCÍA CANTERO [18] que ha de convenirse de conformidad a lo establecido con carácter general por el art. 1320 CC, integrante del llamado régimen matrimonial primario, y, por tanto, en alguna medida inderogable. Recordemos que el citado artículo señala: "Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos perte-

---

[17] Vid. ROCA TRIAS, Encarna, Comentario al art. 90 CC, en *Comentario del Código Civil,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 384.

[18] Vid. GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* EDERSA, Madrid, 1982, p. 381.

nezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá consentimiento de ambos cónyuges o, en su caso, autorización judicial".

La STS de 3 de enero de 1990 [RJA, 31 (Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba)] se refiere a la atribución del uso de la vivienda en el convenio regulador y declara que debe tenerse en cuenta, sobre todo, el interés familiar más necesitado de protección; se remite, además, a los artículos 96 y 1320 del Código Civil [19].

Se pueden también crear derechos personales de un cónyuge a favor de otro e incluso pueden existir acuerdos que produzcan una subrogación de la titularidad arrendaticia, en cuyo caso deberán seguirse las normas establecidas por la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, sobre notificación al arrendador. El local destinado a vivienda puede ser atribuido por el convenio regulador a uno de los cónyuges o a los hijos. Así, el art. 15 de la citada Ley dispone que: "1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90 y 96 del Código Civil. 2. La voluntad del cónyuge de continuar con el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda".

Existe una serie de normas que debemos traer a colación para que la homologación judicial del convenio resulte más segura; aunque se trate de preceptos establecidos para sustituir o, eventualmente y en su caso, confirmar las medidas provisionales adoptadas sobre la vivienda y ajuar familiares, el juez adoptará las medidas definitivas pertinentes con arreglo a lo establecido en el art. 96 CC.

---

[19] Aunque en la liquidación se había adjudicado a la esposa la vivienda mediante las oportunas compensaciones. El Tribunal Supremo declara que esto incurre en la inconsecuencia de atribuir al esposo, en pago de su haber, la vivienda propiedad de la sociedad conyugal cuyo uso en el convenio regulador, aprobado a instancia de ambas partes, fue asignada en atención a la familia, a la esposa e hijos que con ella quedan "hasta que se proceda a las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales". De manera que aquella atribución ahora al marido supone, tanto desde la inicial voluntad de los interesados expresiva de que el cónyuge a cuyo cuidado fueron puestos los hijos quedase en el uso de la vivienda, mobiliario y enseres en ella existentes, como desde el evidente deseo del legislador —bien patente en la normativa de los artículos 96 y 1320, entre otros, del Código Civil— de atender a la necesidad de alojamiento familiar.

Hay que distinguir:

a) Existiendo hijos sujetos a la patria potestad, establece el art. 96.1 CC: "En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden".

Puede ocurrir que los hijos comunes de los cónyuges cuyo matrimonio se anula, separa o disuelve, queden repartidos, en cuanto a su guardia y custodia, entre sus dos progenitores. Para este supuesto, respecto del que sería difícil dictar en abstracto una regla precisa, se confía al juez la decisión que considere, a su prudente arbitrio, más conveniente y adecuada sobre el uso de la vivienda familiar y de su dotación mobiliaria. Dispone, en efecto, el art. 96.2 CC que: "Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el juez resolverá lo procedente".

Al tomar la decisión a que se refiere este precepto, el juez deberá atender, habida cuenta de las circunstancias del caso, al interés familiar más necesitado de protección.

b) En el caso de que no existan hijos del matrimonio menores o incapacitados sujetos a la patria potestad, el juez podrá, si lo considera oportuno, conceder el uso de la vivienda familiar y del ajuar de la misma al cónyuge que no sea titular de dichos bienes, atendida su situación y las circunstancias del caso. Tal posibilidad discrecional se configura en el art. 96.3 CC, en el que se dispone que: "No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias lo hicieren aconsejable y su interés fuere el más necesitado de protección".

c) Establece finalmente el art. 96.4 CC que: "Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponde al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial".

La mayor efectividad de este precepto se logra, sin duda, mediante la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho real de uso constituido sobre la vivienda.

En relación con el n.º 4 del art. 96 CC, la STS de 31 de diciembre de 1994 [RJA, 10330 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo)] declara que la decisión judicial respecto de la atribución de la vivienda —cfr. art. 96.4 CC— es oponible *erga omnes* y no genera un derecho real; la protección que proporciona es de carácter absoluto, ejercitable *erga omnes*, pero limitada a que subsista la ocupación durante todo el tiempo que disponga el juez que aprobó el

convenio; no impide la enajenación compatible con el uso, una vez disuelto el matrimonio (20).

Recuerda la STS de 4 de abril de 1997 [RJA, 2636 (Ponente. Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz)] que el art. 96 del Código Civil prevé la atribución a uno de los cónyuges (en el presente caso se había atribuido a la esposa y al hijo) de la vivienda familiar. Cuando la atribución se hace a quien es propietario de la vivienda, coinciden la titularidad y posesión, pero éste no es el caso habitual y desde luego no es caso conflictivo. Lo frecuente es que se atribuye a quien no es propietario total o parcial. En el presente caso se atribuyó a la esposa siendo la vivienda parte ganancial y parte privativa (21).

Una cuestión abordada con frecuencia por el Tribunal Supremo es la de la compatibilidad de la atribución del uso a un cónyuge con la propiedad de otro o de ambos; en este sentido reconoce la STS de 20 de mayo de 1993 [RJA, 3807 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz)] que "la atribución de la vivienda —ya superadas las medidas provisionales a que se refieren los arts. 91, 103 y concordantes del Código Civil— puede hacerse de manera no provisional, sino, como también resulta de una lógica interpretación del art. 1407 CC, con la duración que al derecho de uso y habitación y con las características de este

---

(20) Se trataba de una vivienda poseída por el matrimonio por mera tolerancia del padre —propietario— del esposo. Ocurre un posterior divorcio y atribución de su uso a la esposa. Fallece el titular dominical y transmite la propiedad al hijo —ex cónyuge—. Entonces, según el Alto Tribunal, la situación posesoria que antes dependía sólo de la voluntad de su padre pasa a depender de la decisión judicial en virtud de la aprobación del convenio. Se aclara en el Fundamento de Derecho Sexto que el art. 96.4 CC, aunque excluya la aplicación del art. 1320.2 CC, en cualquier caso proporciona una protección de la vivienda familiar, atribuida a uno de los cónyuges en bien propiedad de otro, de carácter absoluto, ejercitable *erga omnes* pero limitado a que subsista la ocupación durante todo el tiempo que disponga el Juez de familia que aprobó el convenio, que no impide la enajenación compatible con el uso, una vez disuelto el matrimonio.

(21) La Sentencia declara que la atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar, en la Sentencia de separación conyugal, según el art. 96 CC y con la temporalidad y provisionalidad que señala el art. 91 CC, no es un derecho de usufructo como pretende la parte recurrente, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación que es oponible a terceros —cfr. STS de 11 de diciembre de 1992 (RJA, 10136)— sin que sea unánime la opinión de si es derecho real: "derecho real familiar" dice la STS de 18 de octubre de 1994 (RJA, 7722); "no tiene en sí mismo considerado la naturaleza de derecho real", dice la STS de 29 de abril de 1994 (RJA, 2945).

En todo caso, afirma la Sentencia analizada, lo que se pretende es garantizar este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido el uso —STS de 22 de diciembre de 1992 (RJA, 10684)— y en último término a la familia: "la protección de la vivienda familiar se produce a través del derecho que la familia tiene al uso..." —STS de 31 de diciembre de 1994 (RJA, 10330)—.

derecho que regulan los arts. 523 y ss. del Código Civil (...) aparte de la atribución de la propiedad, que puede ser compatible con aquel derecho de uso, de modo análogo a la coexistencia de la nuda propiedad y un usufructo... (22).

También cabría pensar, en relación a esa efectividad, en la posibilidad de que se solicite por el cónyuge que tenga el uso de la vivienda de la que sea dueño otro, la correspondiente anotación preventiva en el Registro de la Propiedad —cfr. art. 26 LH—. A ello podría oponerse, ciertamente, que no se trata aquí de una prohibición de disponer sino de la necesidad de otro consentimiento para la disposición; pero la aplicación, por extensión analógica, de dicho precepto podría socorrer, en su caso, a la efectividad de la norma comentada —art. 96.4 CC—.

Conviene advertir que el hecho de que el uso de la vivienda familiar se atribuya a un cónyuge en el convenio regulador no empece que en una posterior liquidación de la sociedad de gananciales la vivienda familiar sea adjudicada a los cónyuges por mitad, porque son cuestiones diferentes, no relacionadas. Así

---

(22) En este sentido, la STS de 16 de diciembre de 1995 [RJA, 9144 (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez)] dispone la compatibilidad de la atribución del uso a un cónyuge con el hecho de ser propiedad de ambos. Es posible en la liquidación atribuir en proindiviso la vivienda a los cónyuges, sin perjuicio de ulterior venta con participación en 50% del precio, respetando el derecho al uso familiar a favor de la ex-esposa *ope sententiae*.

Obsérvese que la STS de 3 de mayo de 1999 [RJA, 3428 (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales)] se refiere a que la atribución del uso a la esposa en convenio regulador aprobado por sentencia de separación y posterior adjudicación a ambos cónyuges proindiviso en la liquidación de la sociedad conyugal y la subsistencia inalterada de la medida atributiva del uso impide acceder a la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños.

También con parecido criterio ya se manifestaba la STS de 14 de julio de 1994 [RJA, 6439 (Ponente: Excmo. S. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez)] que se refiere a la compatibilidad de la atribución del uso a un cónyuge con el hecho de ser la vivienda propiedad del otro o de ambos, y declara no infringido el art. 96 CC. Señala que en cuanto al art. 96 CC se tiene que los requisitos establecidos en su párrafo 4.º para disponer de la vivienda cuyo uso corresponda al cónyuge no titular no son exigibles cuando aquélla es propiedad de ambos ex-cónyuges, pues ha de prevalecer —en cuanto a la cesación de la comunidad— el criterio inspirador del art. 400 CC, fundado en los graves inconvenientes que comporta la indivisión, sin que sea suficiente para desconocerlo la medida adoptada a consecuencia del divorcio, siempre y cuando, como sucede en el caso de autos, al constar expresamente en la sentencia recurrida que en ejecución de la misma podría producirse la venta (art. 404 CC), se garantice el derecho dimanante de aquélla, por lo que la sentencia impugnada no infringe el art. 96 CC ni tampoco, desde la perspectiva constitucional, cuanto derive de la protección a la familia y, en particular, a los hijos menores. Obsérvese que la técnica jurídica que se sigue por el Alto Tribunal es la impuesta, entre otras, por la STS de 20 de mayo de 1993 [RJA, 3807 (Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz)], en donde se posibilita la coexistencia de este derecho de uso, fijado por el art. 96 CC, con un derecho de propiedad.

lo declara la STS de 10 de noviembre de 1997 [RJA, 7892 (Ponente. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta)]. La base de la cuestión que se plantea está en el hecho del dato derivado de la contradicción existente entre el convenio regulador suscrito por ambos cónyuges y el cuaderno particional redactado por el contador-dirimente y que fue aprobado y validado por la sentencia que se recurre. El núcleo de dicha discordancia está constituido por la vivienda familiar del matrimonio, ya que la misma en dicho convenio regulador era entregada en uso a la esposa hoy recurrente y en el cuaderno particional se adjudicaba por mitad a los integrantes del matrimonio disuelto. El Tribunal Supremo considera que no es posible establecer la concatenación lógica, que pretende la parte recurrente, entre el convenio regulador del proceso de separación matrimonial y el cuaderno particional aprobado en el juicio de disolución de la sociedad de gananciales (23).

En relación con este punto de atribución de la vivienda familiar, debo señalar, en fin, que en ocasiones entra en juego la figura jurídica del comodato cuando se trata de una cesión de vivienda; así lo contempló la STS de 2 de diciembre de 1992 [RJA, 10250 (Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elipe)]. Se había cedido la vivienda al hijo con el fin de atender a la necesidad de habitación de todos ellos, no se trató de un precario por destinarse la vivienda a un uso preciso y determinado por el tiempo indefinido que dure la necesidad. Los propietarios de la vivienda intentan una acción recuperatoria tras el divorcio del hijo y la asignación del uso de la vivienda a la ex nuera y nietas. El Alto Tribunal declara su improcedencia por persistencia de la necesidad familiar para la que se cedió el uso y reconoce la inexistencia de necesidad urgente en los cedentes.

(23) Explica el Alto Tribunal que es imposible tal interacción —entre lo dispuesto en el convenio regulador y en el cuaderno particional— porque una cosa son las medidas de tipo patrimonial derivadas de un proceso de separación matrimonial que establece, siguiendo un convenio regulador, el uso exclusivo de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, medida susceptible de modificación judicial si se comprueban causas suficientes, y que además al favorecido por el uso no se le permite disponer de la misma unilateralmente, ni para enajenarla ni para la constitución de derechos reales; y otra cosa es proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, uno de cuyos bienes constitutivos es la vivienda en cuestión, que forma parte de una comunidad de tipo germánico en la que cada uno de los bienes no está atribuido individualmente por cuotas a uno u otro cónyuge, sin que a estos bienes en ese sentido les afecte para ello a quién tenga atribuido su uso en aquel momento. Por lo tanto, la adjudicación de la vivienda a los cónyuges por mitad no supone contradicción con el hecho de que en el convenio regulador de la separación se atribuyera su uso a la esposa, porque son cuestiones diferentes, no relacionadas.

C) *La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.*

De "contribución a las cargas del matrimonio" no puede hablarse en las hipótesis de separación, nulidad y divorcio porque hay suspensión de la vida común sin disolución del vínculo o este último efecto, respectivamente. Lo que ocurre es que del "contenido de las cargas del matrimonio" que da el art. 1362 CC subsiste lo relativo al "sostenimiento y educación de los hijos comunes", por derivación del art. 92 CC, que dispone en su párrafo primero: "La separación, nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos".

En relación a lo que he señalado, ROCA TRIAS [24] afirma que los conceptos del apartado C) del art. 90 CC son ciertamente inciertos, puesto que el concepto de cargas del matrimonio presupone la convivencia. Así y todo, puede interpretarse en el sentido de que con respecto al cónyuge, sólo subsistirán cargas si se trata de una separación matrimonial, puesto que la subsistencia de la relación matrimonial implica la del deber de socorro y ayuda (arts. 66 y 67 CC); ello no ocurre, como se ha visto, en los casos de nulidad y divorcio. En relación a los hijos, las cargas se originan como consecuencia de la patria potestad y si bien es normal que se produzcan dentro del matrimonio, la inexistencia del mismo no implica su desaparición, por lo que resulta más correcto hablar de cargas familiares.

En este apartado tiene especial relevancia el deber de prestar alimentos. Esta obligación es contemplada con mucho rigor por los tribunales a la hora de apreciar la necesidad, requisito necesario para tener derecho a ellos. Nótese que el principio en el que se basa la obligación de prestar alimentos es el de "solidaridad familiar"; en este sentido, la STS de 1 de marzo de 2001 [RJA, 2562 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta)] señala que ante todo hay que decir que la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar, y que tiene su fundamento constitucional en el art. 39.1 CE 1978. Ahora bien —dice el Alto Tribunal— la obligación alimentaria supone la existencia de dos partes, una acreedora que ha de reunir, aunque sea hipotéticamente, la condición de necesitado, y otra deudora que ha de tener los bienes y medios suficientes para atender la deuda. Pues bien —señala el Tribunal Supremo—, teniendo además en cuenta que, a tenor de lo dispuesto entre otras cosas en el art. 3.1 CC, las normas se interpretarán atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas —criterio sociológico—, no cabe la menor

---

[24] Vid. ROCA TRIAS, Encarna, comentario al art. 90 del CC, en: *Comentario del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, p. 385.

duda de que en el caso de autos no hay base suficiente para que siga vigente tal obligación alimenticia. Se dice lo anterior porque dos personas graduadas universitariamente, con plena capacidad física y mental y que superan los treinta años de edad, no se encuentran hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que las pueda hacer acreedoras de una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un "parasitismo social".

El juez es el que determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento —cfr. art. 93.1 CC—. El Código Civil aclara en el párrafo 2.º del art. 93 CC que si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieren de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los arts. 142 y ss. CC. Así, en la STS de 24 de abril de 2000 [RJA, 3378 (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda)] se declara que del art. 93.2 CC emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. Se concluye que el cónyuge con el cual conviven los hijos mayores de edad que se encuentran en situación de necesidad, a la que se refiere el art. 93.2 CC, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre comunes progenitores [25].

---

[25] Advierte el Tribunal Supremo en esta Sentencia que como consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en estas familias monoparentales las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a estos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el art. 93.2 CC de adoptar, en la sentencia que recaiga en esos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indisoluble derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como un simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término, con lo que la misma comporta entre las personas que la integran.

Respecto de los alimentos debidos al cónyuge separado, sólo urge esta obligación cuando exista separación, no en los casos de divorcio o nulidad —arg. arts. 142 y ss.—.

Si los ex cónyuges pactan alimentos en el convenio regulador, nos hallamos frente a la figura de los alimentos convencionales. En todo caso, debe pactarse sobre los alimentos debidos a los hijos.

Las bases de actualización no están limitadas, pueden fijarse de conformidad con el salario mínimo, o con el índice de precios al consumo, o con la paridad del oro o del dólar.

Tampoco hay un *numerus clausus* de garantías, pudiendo ser hipotecarias, pignoraticias o personales, incluso a cargo de terceros.

D) *La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.*

Los cónyuges no pueden disolver el régimen, sino sólo establecer las bases para la liquidación del que hasta aquel momento regía sus relaciones económicas. La disolución la produce la sentencia —art. 95.1 CC: "La sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial"— [26].

Si el convenio contiene estas bases, el juez puede exigirlo o proceder a aplicar las correspondientes normas de liquidación del régimen de que se trate (gananciales, separación, participación). La liquidación del régimen produce sus efectos a partir de la sentencia de separación, nulidad o divorcio.

Nótese que la STS de 16 de febrero de 1998 [RJA, 868 (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales)] reconoce que en materia de procedimiento de liquidación es posible la aplicación de las normas del Código Civil establecidas para la partición y liquidación de la herencia. Así, declara el Alto Tribunal, la igualdad cualitativa que, en toda partición de la herencia, establece el art. 1061 del Código Civil —aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales, por la remisión que hace el art. 1410 CC— ha de entenderse siempre sobre la base de que dicha igualdad "sea posible", como el propio precepto proclama,

---

[26] En los casos de nulidad el cónyuge de buena fe puede ejercitar en el convenio la opción prevista en el art. 95.2 CC: "Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte".

posibilidad que, indudablemente, no concurre cuando, en el patrimonio partible, solamente existe un bien de naturaleza inmueble y éste, además, sea indivisible o desmerezca mucho por su división, pues en dichos supuestos el precepto aplicable es el art. 1062 CC, con arreglo al cual el referido bien inmueble podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, si ninguno de ellos ha pedido su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños.

Obsérvese que este apartado D) se refiere a la liquidación, *cuando proceda* (la cursiva es mía); señala MARTÍN MELÉNDEZ (27) que se cree mayoritariamente que la necesidad de plasmar la liquidación del régimen económico matrimonial en el convenio regulador solo rige cuando el vigente en el momento de la demanda fuera de comunidad o de participación, ello porque sólo en un sentido muy amplio puede hablarse de liquidar en los regímenes de separación y porque la labor que ha de llevar a cabo el juez aprobando los acuerdos cuando, entre otras cosas, no perjudiquen gravemente a uno de los cónyuges, será verdaderamente útil si la complejidad de las operaciones liquidatorias hace posible que alguno de los esposos resulte lesionado en sus derechos; en un régimen de separación la liquidación quedaría reducida a un simple ajuste de cuentas entre los cónyuges como consecuencia de que alguno de ellos no haya contribuido en la proporción debida a las cargas del matrimonio y el otro lo haya hecho en exceso —cfr. art. 1438 CC—, lo cual es mucho menos problemático y, por consiguiente, mucho más fácil para los cónyuges mismos velar por sus derechos.

No parece que baste con hacer constar en el convenio el resultado final de la liquidación sino, como opina GARCÍA CANTERO (28), el detalle de sus bienes (bienes privativos, bienes comunes si los hay, deudas, cargas, cuota de gananciales, cuota de participación en su caso, etc.) pues sólo así será posible saber que no se ha llevado a efecto con grave perjuicio para alguno de los cónyuges. La aprobación judicial no impedirá las ulteriores reclamaciones de los terceros contra una liquidación lesiva o fraudulenta para ellos. Por lo tanto existe la posibilidad de acudir a un complemento y adición en caso de omisión voluntaria o involuntaria aunque se hubiese efectuado ya la liquidación definitiva que es vinculante para las partes, como señala la STS de 23 de diciembre de 1998 [RJA, 9758 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil)]. Así, la

---

(27) Vid. MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª Teresa, *La sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre las masas patrimoniales,* McGraw-Hill, Madrid, 1995, pp. 155-172.

(28) Vid. GARCÍA CANTERO, Gabriel, comentario al art. 90 CC, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* EDERSA, Madrid, 1982, p. 383.

Sentencia declara que el hecho de que en el convenio regulador se haya omitido todo el pasivo no le quita eficacia y se mantiene subsistente, pues lo que procede es que se complete o adicione con lo olvidado [29].

Por último, la liquidación así proyectada producirá sus efectos una vez dictada la sentencia de nulidad, separación o divorcio.

E) *La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.*

Inspirada principalmente en el Derecho francés: *prestation compensatoire* y probablemente también en el Derecho italiano: *assegnazione per divorzio* y en el inglés, establece la reforma española, en beneficio de la conservación del nivel de vida de cada cónyuge divorciado o separado, una pensión a percibir por el de menor fortuna o medios, como recurso o remedio corrector del desequilibrio generado entre los cónyuges como consecuencia inmediata de la separación o del divorcio acordados.

Nótese, es importante, que este derecho a la pensión no procede en los casos de nulidad del matrimonio, supuesto en el que si concurren determinadas circunstancias lo que existe es un derecho de indemnización tal y como establece el art. 98 CC: "El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97". Otra cuestión es determinar si procede en los casos de uniones extramatrimoniales; jurisprudencia reciente resuelve en sentido positivo la duda. En efecto, la STS de 5 de julio de 2001 [RJA, 4993 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez)] reconoce las uniones extramatrimoniales como realidad social cuya existencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional. Así que admite en el caso de ruptura de la relación una indemnización a quien resulte perjudicado, admitiendo, como consecuencia, la aplicación, por analogía, del art. 97 CC. Señala el Alto Tribunal que 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 la voluntad unilateral de una de las partes, con algunos efectos recogidos para las sentencias de separación y divorcio por el Código Civil y así su art. 97 atribuye al cónyuge, al que tal contingencia produzca un desequilibrio económico con relación al otro y que

---

[29] En el mismo sentido se pronuncia la STS de 20 de noviembre de 1993 (RJA, 9175) que declara que esto es conforme a lo autorizado por el art. 1079 CC, al que remite expresamente el art. 1410 CC *favor partitionis.*

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 (art. 99 CC). Concluye el Tribunal Supremo señalando que el precepto de aplicación a las uniones de hecho en caso de ruptura y desequilibrio entre las partes es el art. 97 CC, a través de la analogía —arg. art. 4.1 CC— (30).

Tras la separación o el divorcio (no en los casos de nulidad) no se produce automáticamente una pensión de un cónyuge a otro, sino sólo en el supuesto de que se produzca un desequilibrio económico en relación con la posición de otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio (art. 97.1 CC), en cuyo caso la pensión la fijará el juez teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1.º Los acuerdos a que hubieren llegado los cónyuges (31). 2.º Edad y estado de salud (32). 3.º La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo (33). 4.º La dedicación pasada y futura a la

---

(30) En esta sentencia el Tribunal Supremo recuerda que las llamadas "uniones de hecho" o *more uxorio* constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ser admitida, no sólo por esta Sala Primera del Tribunal Supremo —*ad exemplum* en sus Sentencias de 21 de octubre de 1992 (RJA, 8589) y 11 de diciembre de 1992 (RJA, 9733), 18 de febrero de 1993 (RJA, 1246) y un largo etcétera— sino por el propio Tribunal Constitucional —Sentencias de 18 de enero de 1993 (RTC 1993, 6) y 8 de febrero de 1993 (RTC 1993, 47), entre otras—.

En relación con esta Sentencia del Tribunal Supremo de 2001, vid. el comentario de SALAZAR BORT, Santiago, en *Actualidad Civil*, n.º 22, semana 27 de mayo a 2 de junio de 2002.

También la Audiencia Provincial de Albacete reconoce en las "uniones de hecho" o extramatrimoniales el derecho a la pensión compensatoria en la Sentencia de 13 de febrero de 2001 [*Aranzadi Civil* § 985 (Ponente. Ilma. Sra. D.ª M.ª del Carmen González Carrasco)]; además le atribuye a dicha pensión por desequilibrio una limitación temporal.

(31) Esta circunstancia primera sólo puede entenderse referida a la cuantía, forma de pago, garantías de efectividad, índice de actualización, etcétera; pero no en cuanto a la existencia del derecho en sí mismo, que establece con carácter de *ius cogens* el art. 97.1 CC.

(32) Obsérvese que aquí, segundo supuesto, la edad del cónyuge que solicita la pensión es independiente de la duración del matrimonio, de suerte que en las nupcias en que exista una gran disparidad de edad entre los cónyuges, el más joven ha de contar con la posibilidad de que, en caso de divorcio, tenga que abonar una elevada pensión al mayor. El estado de salud también es independiente de la edad, debiendo atenderse a la naturaleza de la enfermedad y a su carácter crónico o accidental.

(33) No basta, en este supuesto tercero, con una aptitud genérica para trabajar, sino, en concreto para la persona determinada del cónyuge, con su especialización o falta de especialización, con su nivel de vida y entorno socioeconómico.

familia [34]. 5.º La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge [35]. 6.º La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal [36]. 7.º La pérdida eventual de un derecho de pensión [37]. 8.º El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge [38].

Debo advertir que la enumeración de circunstancias a tener en cuenta por el Juez a la hora de fijar el *quantum* de la pensión es puramente ejemplificativa, pudiendo basarse en otras aquí no contempladas [39].

Nótese que en la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad (art. 97 *in fine* CC). Completa este último apartado del art. 97 CC lo dispuesto en el art. 100 CC: "Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge".

Además de esta posibilidad de actualización, se permite su sustitución en cualquier momento si así se conviene, por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero (art. 99 CC).

---

[34] Aquí, circunstancia cuarta, el legislador introduce un dato no exclusivamente económico en la valoración del monto de la pensión. En los casos en que el sacrificio de uno ha sobrepasado lo normal, parece justo compensarle de alguna manera.

[35] Este supuesto quinto puede beneficiar tanto a la mujer como al marido y no debe interpretarse restrictivamente, incluyéndose también en su texto las actividades artísticas, deportivas, etc. En todo caso, se trata de una circunstancia que admite fácil traducción a términos monetarios (sueldo de un pasante, de una secretaria, de un contable...).

[36] Parece que la regla, en esta circunstancia sexta, debe ser: a mayor duración de la vida matrimonial, pensión más elevada. Esta tampoco es una circunstancia estrictamente económica, lo que ha llevado a algunas legislaciones, como la francesa, a prescindir de ella.

[37] Prestación periódica, sea de derecho público o privado, cuyo disfrute futuro no llegue a producirse por haberse disuelto el matrimonio que le servía de base. Puede tratarse, por ejemplo, de la póliza de un seguro de vida en que figuraba el cónyuge como beneficiario y cuyas primas se abonasen con cargo a la sociedad de gananciales; un legado de pensión mientras permanezca casado...

[38] La última circunstancia, octava, hay que entenderla en el sentido de que el juez no debe fijar una pensión cuyo abono arruine al obligado, sino que debe estar dentro de sus posibilidades económicas.

[39] Vid. GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales,* EDERSA, Madrid, 1982, pp. 432-436.

Se extingue el derecho a la pensión por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. No se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima (art. 101 CC).

Explica con precisión el sentido de los arts. 100 y 101 de Código Civil la STSJ-Cataluña de 26 de julio de 1999 [RJA, 748 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Vidal Andreu)] cuando declara que el efecto, el fundamento fáctico y jurídico de los arts. 100 y 101 CC son distintos. El primero —art. 100 CC— permite una modificación de la pensión, partiendo de la obligación personal convenida o fijada judicialmente, por alteración sustancial de la fortuna de uno u otro cónyuge; se trata, pues, de un cambio en tal *status* económico de los intervinientes primarios de la obligación. El segundo precepto —art. 101 CC—, en cambio, marca un rumbo inesperado y excepcional: el pago de la pensión compensatoria que, en puridad, es una obligación de carácter personalísimo derivada de una situación de matrimonio y, más en concreto, de su quiebra, se transmite a los herederos. Pasa a ser, pues, como antes se decía, una obligación de la herencia y de esta forma varía un elemento de comparación: es ya la propia herencia la que ha de poder hacer frente a la carga. De ahí que el párrafo segundo del art. 101 CC permita la supresión o la reducción de la pensión sólo si el caudal hereditario no pudiera satisfacer —se entiende que total o parcialmente— la deuda o afecte a los derechos legitimarios.

Hay que observar que no es causa de pérdida de la pensión compensatoria la infidelidad conyugal. En este sentido, la STS de 30 de julio de 1999 [RJA, 5726 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala Trillo-Figueroa)] señala que indudablemente el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los arts. 67 y 68 CC son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su art. 82; pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que de ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el art. 97.E); igualmente no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del art. 1101 CC, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar.

La lista que ofrece el art. 97 CC es meramente ejemplificativa, por lo cual pueden alegarse otras justificaciones de la pensión por desequilibrio. Sólo así

será posible la valoración judicial del convenio, debiendo tenerse en cuenta que el daño grave puede darse tanto a favor del pensionista (si le fija una cuantía ridícula en razón a las circunstancias de hecho) como del obligado al pago de la pensión (si, por ejemplo, la carga resulta exorbitante en relación a los ingresos).

Los interesados deben pactar la cuantía de la pensión de acuerdo con los parámetros del art 97 CC; si no lo pactan, puede el juez imponerla. En este sentido se pronuncia la SATC de 28 de enero de 1987.

Hay que destacar que, con arreglo a la naturaleza de esta pensión compensatoria, puede el cónyuge con derecho a ella renunciar a la misma, o pueden ambos cónyuges acordar su improcedencia. En este último sentido la STSJ-Baleares de 23 de junio de 2000 [RJA 8026 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez)], que declara: "...en la cláusula sexta del convenio regulador los esposos estipularon que, dadas las circunstancias de cada uno de ellos y que la separación no producía a ninguno desequilibrio económico, ambos renunciaron a exigirse recíprocamente el abono de pensión o indemnización, renunciando a cualquier reclamación".

En relación a la duración de la pensión, se critica la duración indefinida de la pensión. El equilibrio patrimonial en ningún caso debe ser equiparado con un "seguro de vida" ya que, en último término, debe propugnarse que a través de esta institución que es la pensión —art. 97 CC— se posibilite la readaptación de aquella persona que como consecuencia de las circunstancias existentes durante el matrimonio se encuentra, una vez producida la crisis matrimonial, en una desfavorable situación económica en relación con la posición del otro esposo; tal finalidad se logra más fácilmente, según CAMPUZANO TOMÉ [40], introduciendo en la pensión la nota de temporalidad, la cual lleva aparejado un afán de recuperación y de readaptación. Así lo entendió también el Consejo de Europa a través del Comité de Expertos sobre derechos relativos a los esposos —Estrasburgo, 20 a 24 de octubre de 1980— que se pronunció contrario al carácter indefinido de la pensión expresándose en los siguientes términos: "la pensión no debería normalmente ser atribuida sino por un período de tiempo limitado con el fin de permitir al esposo acreedor instalarse de nuevo y recuperar su independencia financiera en relación al otro esposo. No obstante cuando la necesidad de una ayuda financiera revista un carácter permanente, en razón por ejemplo de la edad del acreedor, el pago puede ser mantenido en tanto que la necesidad subsista.

---

[40] Vid. CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: "Revisión jurisprudencial en torno a la figura de la pensión por desequilibrio económico: tendencia a su concesión con carácter temporal", *Actualidad Civil*, n.º 44, 28 de noviembre a 4 de diciembre de 1994, pp. 897-908.

Conforme a una consolidada línea jurisprudencial menor, emanada de reiteradas sentencias de las Audiencias Provinciales, se configura la pensión compensatoria como un derecho relativo, condicional y sobre todo, limitado en el tiempo. En este sentido la Audiencia Provincial de Zamora, en su Sentencia de 15 de enero de 1999 [*Aranzadi Civil* § 109 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Longinos Gómez Herrero)], aclara esas características: es un derecho relativo y circunstancial por cuanto depende de la situación personal, familiar, laboral y social del beneficiario; condicional, ya que una modificación de las concretas circunstancias concurrentes al momento de su concesión o reconocimiento puede determinar su modificación o supresión (arts. 100 y 101 CC), y además, y para lo que aquí señalamos importa, limitado en cuanto al tiempo de duración, por cuanto que su legítima finalidad no es otra que paliar el desequilibrio económico producido a uno de los cónyuges por la crisis del matrimonio (separación o divorcio), colocándole en una situación de potencial desigualdad de oportunidades a la que habría tenido de no haber mediado el anterior vínculo matrimonial, no pudiéndose admitir con carácter general e indiscriminado la concepción de dicha pensión como una especie de pensión vitalicia, a virtud de la cual el beneficiario tendría un derecho de tal naturaleza frente al otro (41).

Sin embargo en otros casos—minoritarios— se rechaza la limitación temporal de la percepción de la pensión. En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 10 de febrero de 2001 [*Aranzadi Civil* § 165 (Ponente. Ilmo. Sr. D. Carlos José de Valdivia Pizcueta)] cuando declara que la limitación temporal de la pensión no se extrae de la Norma; lo que no quiere decir que tenga una condición de vitalicia: desaparecerá, se extinguirá cuando se den los presupuestos prevenidos en la Ley. En aquélla no se establece

(41) Por tanto, según la Sentencia de la Audiencia, una interpretación del art. 97 CC más ajustada y conforme a la realidad del tiempo actual, como exige el art. 3.1 CC —interpretación sociológica—, en el caso enjuiciado, impone la supresión de la pensión y no ya su simple limitación temporal, pues se ha dejado constancia de que la esposa, aparte de los ingresos obtenidos a través de los diferentes trabajos de orden académico, realizados, dispone de la precisa aptitud necesaria para competir, con indudable éxito, en el mundo laboral, mediante las titulaciones apropiadas, que en este caso resultan de indudable cualificación en el ámbito de la enseñanza, que le ha permitido hasta el momento, y le permiten actualmente, obtener los ingresos medios precisos para sufragar el ámbito vital en el que se encuentra inscrita, demostrándose que el desequilibrio económico, que la ruptura matrimonial le pudiera haber reportado, ha desaparecido.

Son numerosas las Sentencias de Audiencias Provinciales en las que se declara la limitación temporal del derecho de pensión: SAP-Álava de 21 de marzo de 2001 (*Aranzadi Civil* § 789); SAP-Navarra de 16 de julio de 2001 (*Aranzadi Civil* § 1704); SAP-Zaragoza de 19 de septiembre de 2001 (*Aranzadi Civil* § 1734) —entre otras muchas—.

que pueda fijarse un término final a la misma sino, sencillamente, que se extingue (concluye) en los supuestos previstos en el art. 101 CC.

No sólo la jurisprudencia menor se ha ocupado de la cuestión relacionada con la limitación temporal de la pensión. En efecto, la STS de 21 de julio de 2000 [RJA, 5501 (Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán)] reconoce implícitamente la limitación temporal de la pensión compensatoria, cuando señala que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 6 de marzo de 1980 (asunto 120/1979, caso Luise de Cavel contra Jacques de Cavel, también conocida como Cavel II), cuyo fallo establece que el Convenio de Bruselas (de 17 de septiembre de 1968) es aplicable tanto a la ejecución de una medida provisional de pensión de alimentos a favor de uno de los cónyuges litigantes en un juicio de divorcio como a una pensión compensatoria provisional a pagar mensualmente y acordada en juicio de divorcio.

Esta limitación temporal podría acarrear consecuencias injustas para uno de los cónyuges; en este sentido merece especial mención la postura adoptada por CAMPUZANO TOMÉ (42), que ante situaciones injustas propone una solución intermedia. Sería recomendable, dice, fijar *a priori* un plazo de disfrute de la pensión pero considerado no como plazo de extinción del derecho a pensión sino como plazo de revisión; esto es, transcurrido el plazo fijado en la sentencia se abriría un procedimiento automático de revisión de la pensión en el que correspondería al cónyuge acreedor probar que su situación de desequilibrio sigue subsistiendo, de forma que a falta de prueba habría que entender que su situación ha quedado restablecida y se procedería a la extinción de la pensión (43).

---

(42) Vid. CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, "Revisión jurisprudencial en torno a la pensión por desequilibrio económico: tendencia a su concesión con carácter temporal", *Actualidad Civil*, n.º 44, 28 de noviembre a 4 de diciembre de 1994, pp. 906-908.

(43) Insiste la autora citada que para el futuro sería recomendable que los Tribunales fijaran un período temporal de disfrute de la pensión en los términos en que lo vienen haciendo, pero no como plazo de extinción sino como plazo de revisión temporal a favor del cónyuge acreedor, de forma que si transcurrido el plazo legal fijado inicialmente por el juzgador no ha cesado el desequilibrio económico, la pensión se prorroga por un nuevo plazo. Con esta solución lo que se pretende es invertir la carga de la prueba para extinguir la pensión. Teniendo en cuenta la causa de extinción prevista en el art. 101 CC, "el cese de la causa que lo motivó" —el derecho de pensión—, la pensión se extinguirá cuando el deudor logre demostrar que la situación de desequilibrio del cónyuge acreedor ha cesado.

III. EL PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO REGULADO EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL: EL ARTÍCULO 777 DE LA LEY 1/2000

Dedica la Ley procesal —LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero— el art. 777 al típico y especial procedimiento consensual de separación y divorcio (44).

Adviértase que la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000 declara: "1. Quedan derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones: 10.º Las Disposiciones Adicionales 1.ª a 9.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio".

El nuevo texto, según un importante sector doctrinal, mejorará técnicamente el tratamiento procesal del mutuo acuerdo de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio —que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio—, Ley que presentaba notables deficiencias. Se suprime el auto de admisión que resultaba innecesario y se ordena sistemáticamente la proposición y práctica de la prueba en los casos en los que no se acredite la causa de la separación o el divorcio documentalmente, así como la que resulte necesaria para acreditar la conveniencia de alguno de los pactos que puedan apartarse de los criterios habituales de homologación. Sin embargo han quedado expresamente excluidas las pretensiones de similar naturaleza respecto a las parejas no matrimoniales, con la excepción de las controversias en el ejercicio de la patria potestad y alimentos para hijos menores.

Comienza el procedimiento con la presentación de un escrito —no demanda, pues no estamos en un verdadero proceso, sino más bien en un expediente de jurisdicción voluntaria—, en el que aparezca como accionante un solo cónyuge con el consentimiento del otro, o ambos cónyuges conjuntamente. En la actualidad se permite que en este segundo caso la representación y defensa de las partes corran a cargo de un solo abogado y procurador, si bien cuando la

(44) Procedimiento que ahora se amplía también a la regulación del régimen de la patria potestad de hijos no matrimoniales, por remisión del n.º 6 del art. 770 LEC introducido en el trámite parlamentario, así como los sucesivos procesos de modificación de las medidas, siempre que se soliciten de mutuo acuerdo. No parece que sea de aplicación para la regulación de los efectos de la nulidad, puesto que la asimilación de su tramitación al proceso de familia en los arts. 770 y 778 LEC debe entenderse al procedimiento contencioso, sin perjuicio de que en sede del mismo puedan proponer las partes la aprobación de la sentencia del acuerdo que hubiesen alcanzado sobre la regulación de las medidas.

petición sea conjunta podrán valerse de representación y defensa única. En los casos en que sea un solo cónyuge el que inste la acción con el consentimiento del otro, éste no precisa disponer de procurador y abogado propio, lo que genera algunos problemas prácticos en relación con las citaciones por comparecencias y con las notificaciones de las resoluciones, aun cuando se admite la designación del mismo procurador del solicitante a los solos efectos de la recepción de los referidos actos de comunicación, que suele realizarse mediante apoderamiento *apud acta* el mismo día de la ratificación (45).

El art. 777 LEC se refiere a la separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro. Así, las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento que dicho artículo establece.

Para lo que aquí importa, el **convenio regulador,** veamos su importancia en este procedimiento: En efecto, la propuesta de **convenio regulador** conforme a lo establecido en la legislación civil —entiéndase, redactado según los términos del art. 90 CC— deberá acompañar al escrito por el que se promueva el procedimiento —art. 777.2 LEC— (46).

El siguiente trámite es la ratificación por separado de los cónyuges dentro de los tres días siguientes a la fecha de la oportuna citación mediante providencia —art. 777.3 LEC— (47).

En el caso de que, ratificada por ambos cónyuges la solicitud, la documentación aportada fuere insuficiente, el tribunal concederá mediante providencia a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Durante este plazo

---

(45) Vid. ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* —Coordinador: Miguel Ángel Fernández Ballesteros *et alii*—, Iurgium editores, Barcelona, 2000, p. 3615.

(46) Deberá acompañarse, además de la citada propuesta de convenio regulador, la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, la de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil y el documento o documentos en el que el cónyuge o cónyuges funden su derecho. Si algún hecho relevante no pudiere ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo —art. 777.2 LEC—.

(47) Si la petición no fuere ratificada por alguno de los cónyuges, se acordará de inmediato el archivo de las actuaciones, sin ulterior recurso, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover la separación o el divorcio conforme a lo dispuesto en el art. 770 LEC —trámites del juicio verbal—.

se apreciará también la procedencia de aprobar la propuesta de **convenio regulador** —art. 777.4 LEC— [48].

Si hubiere hijos menores o incapacitados el tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del **convenio** relativos a los hijos y oirá a éstos si tuviesen suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años —art. 777.5 LEC— [49].

El pronunciamiento, en su caso, sobre el **convenio regulador** tendrá lugar: cumplido lo dispuesto en los apartados cuatro y cinco del art. 777 LEC o, si no fuere necesario, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges —art. 777.6 LEC— [50].

El juez deberá referirse al convenio regulador transcribiéndolo o detallándolo íntegramente en la parte dispositiva de la Sentencia, o bien en los antecedentes fácticos de la misma. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de julio de 1995 [*Actualidad Civil* 1995 § 1360 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón)] dispone que: "...la resolución definitiva que recaiga, y la complementaria, en su caso, han de ajustarse a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, decidiendo de forma expresa y con la debida separación sobre todos y cada uno de los puntos litigiosos objeto del proceso, sin que quepa una remisión genérica a documentos, que aun habiendo sido aportados a los autos, al no ser transcritos en la Sentencia, siquiera en los antecedentes fácticos de la misma, aun cuando es más propio hacerlo en la parte dispositiva de la resolución..." [51].

---

[48] Además —según el art. 777.4 LEC— en este plazo de diez días se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y las demás que el tribunal considere necesarias para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil.

En relación al plazo para subsanar faltas, también lo posibilita ya con carácter general el art. 231 LEC: "El tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley".

[49] Estas actuaciones —dice el art. 777.5 LEC— se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior —diez días— o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.

[50] Además en este momento el tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio —art. 777.6 LEC—.

[51] Adviértase que al haberse incidido en el caso de autos en tal omisión, al referirse la parte dispositiva de la Sentencia a la aprobación de la totalidad del **convenio regulador** de fecha 1 de marzo de 1995, sin transcribir el contenido del mismo, o al menos detallarlo en su integridad en los antecedentes fácticos de la Sentencia dictada, es claro que debe estimarse el recurso de apelación del Ministerio Fiscal, denunciando, por la

La posibilidad de proponer un nuevo **convenio** está admitida en el punto séptimo del art. 777 LEC, para el caso de que sea concedida la separación o el divorcio, si la sentencia no aprobase en todo o en parte el **convenio regulador** propuesto; se concederá, entonces, a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo **convenio,** limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal (52).

Tanto la sentencia que deniegue la separación o el divorcio como el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del **convenio** propuesto por los cónyuges podrán ser recurridos en apelación. El recurso contra el auto que decida sobre las medidas no suspenderá la eficacia de éstas, ni afectará a la separación o al divorcio.

Nótese que la sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de **convenio** sólo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o incapacitados, por el Ministerio Fiscal —art. 777.8 LEC—.

En relación a la modificación del **convenio regulador** o de las medidas acordadas por el tribunal en los procedimientos a los que se refiere este artículo se sustanciarán conforme a lo dispuesto en el mismo cuando se solicite por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y con propuesta de nuevo **convenio regulador.** En otro caso, se estará a lo dispuesto en el art. 775 LEC —que se refiere a la modificación de las medidas definitivas— art. 777.9 LEC.

IV. LA APROBACIÓN JUDICIAL NO SE HA DE PREDICAR DE FORMA INDISCRIMINADA RESPECTO DE TODOS LOS ACUERDOS RECOGIDOS EN EL CONVENIO REGULADOR

1. Posición adoptada por el Tribunal Supremo.

Aunque de una lectura rápida del art. 90 CC parece deducirse que la aprobación judicial es requisito *sine qua non* para la plena eficacia del convenio

---

adecuada vía procesal, el art. 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985/1578, 2635 y ApNDL 8375), la existencia de vicio comprendido en el art. 238.1 de la misma y determinante de la *nulidad de pleno derecho* (la cursiva es mía) de la Sentencia apelada, por lo que procede así declararlo, y devolver los autos al juzgado de que proceden para que dicte nueva Sentencia con inexcusable observación de las normas procesales citadas —vid. Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de julio de 1995 (*Aranzadi Civil* 1995 § 1360).

(52) Nótese que presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente —art. 777.7 LEC—.

regulador, no hay que perder de vista la naturaleza del mismo; así, como señala la STS de 22 de abril de 1997 [RJA, 3251 (Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz)], la cuestión judicial que se plantea en la Sentencia es la naturaleza jurídica del convenio regulador, en las situaciones de crisis matrimonial, contemplado y previsto su contenido mínimo en el art. 90 CC, que no ha obtenido la aprobación judicial. En principio, debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada, que como el convenio regulador requiere la aprobación judicial, como *conditio iuris,* determinante de su eficacia jurídica.

Esta Sentencia dota de plena validez los pactos de derecho dispositivo, aun cuando no haya sido objeto de aprobación judicial, al distinguir entre la eficacia procesal y la eficacia como negocio jurídico. En efecto, el Alto Tribunal en el Fundamento de Derecho Primero señala que deben distinguirse tres supuestos:

— en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia;

— en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva;

— en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 CC.

Ya, en este sentido, la STS de 26 de enero de 1993 [RJA, 365 (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros)] destaca que la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses querido por las partes; se limita a homologarlo después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos [apartado E) del art. 90 CC], pero de ninguna manera examina la corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias ni mucho menos la ausencia de vicios de la voluntad en el consentimiento prestado a los mismos por los cónyuges.

En este orden de preocupaciones, la STS de 27 de enero de 1998 [RJA, 110 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete)] declara que el convenio de separación matrimonial produce efectos *inter partes* y que se producen aunque falte la aprobación judicial, dejando a salvo los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario. Claro está, siempre que el convenio se desenvuelva dentro de los límites lícitos del principio de autonomía de la voluntad.

Recuerda, por su parte, la STS de 21 de diciembre de 1998 [RJA, 9649 (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda)] que la Ley de 7 de julio de 1981 —"Ley del Divorcio"— ha supuesto un amplio reconocimiento de la

autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación o el divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas cuestiones afectadas por la separación o el divorcio, cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges; los convenios así establecidos tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el art. 1261, siendo la aprobación judicial que establece el art. 90 CC un requisito o *conditio iuris* de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar el convenio integrado en la Sentencia. Ahora bien, ello no impide que, al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez (53).

Siguiendo con esta misma línea, la STSJ-Baleares de 23 de junio de 2000 [RJA, 8026 (Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez)] desarrolla fundamentalmente esta postura en el Fundamento de Derecho Cuarto. Recuerda que el Tribunal Supremo ha admitido la fuerza de obligar entre los esposos de lo pactado por ellos en los convenios de separación no presentados ni por ende aprobados judicialmente en el proceso matrimonial (54).

---

(53) También la STS de 23 de diciembre de 1998 [RJA, 9758 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil)] señala que "...los aspectos patrimoniales no contemplados en el convenio y que sean compatibles, pueden ser objeto de convenios posteriores, que no precisan aprobación judicial...". Lo que ocurre en el caso de autos, al haber fijado de conformidad el pasivo pendiente de liquidación, y ningún precepto impide reclamarlo al otro ex-cónyuge que resulte deudor del mismo.

(54) Cita la STS de 22 de abril de 1997 (RJA, 3251) y afirma con ella que el acuerdo de los cónyuges es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes; afirma que no hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que ocurrió el consentimiento, el objeto y la causa, y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico. La Sentencia añade que en virtud de lo dispuesto en el art. 1265 CC las partes deben cumplir el negocio jurídico, concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el art. 1255 CC.

En parecido sentido, la STS de 14 de mayo de 2001 [RJA, 6205 (Ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote)], en un supuesto de liquidación de una sociedad de gananciales se valora a esos efectos por el Alto Tribunal el convenio regulador no ratificado en el proceso de separación matrimonial.

2. Criterio seguido por la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Se centra el Alto Cuerpo Directivo, fundamentalmente, en los aspectos económicos del convenio.

En este sentido la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de noviembre de 1995 (RJA, 8086) señala que "Si bien el art. 90 CC inciso final de su párrafo segundo después de definir el contenido mínimo del convenio regulador, establece de forma indiscriminada que 'los acuerdos de los cónyuges (...) serán aprobados por el juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges'. Sin embargo esta aprobación judicial no se ha de predicar respecto de todos los acuerdos recogidos en el convenio regulador sino, exclusivamente, de los que afectan a los hijos o de aquellos que de modo expreso quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad, como el eventual derecho de alimentos".

Se aclara en esta Resolución que el tenor literal del art. 90.D) CC (que exige que el convenio regulador se refiera a la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio) llevaría a exigir igualmente la aprobación judicial para la eficacia de la liquidación del régimen económico matrimonial pactada durante la tramitación de la separación o el divorcio, lo cual no resulta congruente con el derecho de los cónyuges para, en cualquier momento (y, por tanto, durante la tramitación de la separación o el divorcio), pactar el régimen de separación de bienes y la consiguiente liquidación del anterior consorcio conyugal [55].

Ya la RDGRN de 31 de marzo de 1995 (RJA, 2669) señala que es obvio que aspectos patrimoniales no aprobados en el convenio, siempre que sean compatibles con el mismo, han de poder ser objeto de acuerdos o convenios

---

[55] Recordemos que el art. 1315 CC dispone: "El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales sin otras limitaciones que las establecidas en este Código" y, sobre todo, el art. 1326 CC: "Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio".

Con la misma *ratio,* la RDGRN de 1 de septiembre de 1998 (RJA, 6593) dispone que la aprobación judicial, que el art. 90 CC exige para los acuerdos adoptados por los cónyuges al regular las consecuencias de la separación o el divorcio —o para su posterior modificación—, se predica no de todos aquellos que afectan a los hijos o que inciden sobre aspectos que de modo expreso quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad, lo que no ocurre con las previsiones de índole patrimonial que afecten únicamente a los cónyuges.

posteriores, sin necesidad de aprobación judicial, pues ésta es únicamente precisa cuando se trata de alterar medidas anteriores (56).

Desde este punto de vista no hay ninguna incompatibilidad entre el uso de la vivienda familiar que se reconoce al ex-marido en el convenio y la titularidad dominical que sobre esta vivienda se cede a la misma persona (57).

Es contundente y aclaratoria la RDGRN de 1 de septiembre de 1998 (RJA, 6593) cuando declara que los acuerdos adoptados por los cónyuges al regular las consecuencias del divorcio —o para su posterior modificación— requieren aprobación judicial para los acuerdos que afecten a los hijos o que de modo expreso queden sustraídos a la autonomía de la voluntad. Se excluyen las previsiones de índole exclusivamente patrimonial. Insiste el Alto Cuerpo Directivo en la innecesidad de aprobación judicial para las estipulaciones de contenido exclusivamente patrimonial que sólo a los cónyuges incumben.

---

(56) Se trata de una escritura en que la ex-esposa cedía sin contraprestación la mitad indivisa de un piso al ex-esposo. Se necesita acompañar el convenio. Y en dicho convenio se señala que el esposo continúa en el uso de la vivienda conyugal. El amplio juego que tiene la autonomía de la voluntad en el ámbito contractual —cfr. art. 1255 CC— obliga a entender que los cónyuges o ex-cónyuges no quedan privados de esa autonomía por el solo resultado del convenio regulador del divorcio homologado judicialmente.

(57) No hay tampoco contradicción entre la causa gratuita expresada en la escritura, cesión sin contraprestación alguna, y el contenido del convenio.

No está de más indicar, señala el Alto Cuerpo Directivo, que en el convenio regulador el derecho de uso se concede al esposo junto con sus hijos menores, como consecuencia de la convivencia por razón de patria potestad en el mismo domicilio. No es seguro que ese derecho de uso pueda mantenerse después de que, como ahora ocurre, los hijos hayan alcanzado la mayoría de edad y tampoco es seguro que tal derecho de uso se haya configurado como un verdadero derecho real, y no como un derecho personal establecido como contrapartida de la obligación del padre de tener a los hijos menores en su compañía.

REFLEXIONES SOBRE LA PROTECCIÓN DE MENORES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

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

M.ª SOLEDAD DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO
Ayudante E. Universitaria
Universidad de Málaga

M.ª CARMEN LUQUE JIMÉNEZ
Becaria de Investigación

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. EL MENOR Y SU MADUREZ: HACIA UN NUEVO ESTÁNDAR DE EDAD DEL MENOR EN MATERIA DE ASIGNACIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA.

III. EL MENOR Y SUS PADRES. LOS PODERES PATERNOS: SU ALCANCE Y LÍMITES.

1. Padres e hijos en la Constitución Española: los artículos 39 y 27 CE.
2. La patria potestad como derecho.

IV. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

1. La privación de la patria potestad como sanción civil.
2. La privación total de la patria potestad. Análisis de sus características y modo de funcionamiento.
3. La privación parcial de la patria potestad: delimitación conceptual en relación a otras figuras y términos. La privación parcial también como sanción civil.

V. LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

VI. EL DESAMPARO DEL MENOR: PRINCIPIOS RECTORES Y ASPECTOS BÁSICOS DE SU REGULACIÓN. LA CORRELACIÓN CON LAS SITUACIONES DE RIESGO.

1. La pautas o criterios legales para resolver las situaciones de desasistencia de menores.
2. Las llamadas situaciones de riesgo como alternativa a la declaración de desamparo.
3. El desamparo como medida excepcional. Los problemas jurídicos derivados de la declaración de desamparo.

I. INTRODUCCIÓN

En este breve trabajo pretendemos simplemente hacer un replanteamiento crítico de algunos aspectos relacionados con la protección de menores, la posición del propio menor respecto de su futuro, el poder de decisión de los padres, y el intervencionismo público, judicial y administrativo, en la materia.

Nos movemos en un campo que reconocemos desde el principio lleno de subjetividad y relativismo, en el que es prácticamente imposible llegar a conclusiones universales o generalizables, seguramente por aquello de que cada persona —y también cada menor— es un "mundo", diferente de otros "mundos".

No obstante, armados de cierta dosis de optimismo jurídico, creemos que aún se puede aportar ideas que permitan una reinterpretación de las normas sobre protección de menores e incluso una modificación futura de las existentes, sin duda perfectibles. Sobre todo, se observa en nuestra legislación una

cierta descoordinación, motivada por la pluralidad de leyes que en los últimos veinte años se han ocupado de esta cuestión —Leyes de 1981, 1983, 1987 y 1996—, y que han venido a sembrar un panorama poco consistente y con frecuencia inconexo en las soluciones adoptadas. Sirva, pues, este trabajo para contribuir, aunque sea mínimamente, a resolver esos problemas.

II. EL MENOR Y SU MADUREZ: HACIA UN NUEVO ESTÁNDAR DE EDAD DEL MENOR EN MATERIA DE ASIGNACIÓN DE GUARDA Y CUSTODIA

Resulta llamativo que tanto doctrina como jurisprudencia se muestren concordes en la protección a ultranza de los intereses del menor como criterio guía en la interpretación de las normas y en la resolución de conflictos en que aquél se vea envuelto, y sin embargo exista una escasa preocupación por encontrar fórmulas de orden legal o práctico para fomentar la participación del menor en lo atinente a su propia vida. Incluso la última normativa española, en concreto la Ley del Menor de 1996, no va más allá de reconocer al menor, junto a los derechos constitucionales, un así llamado "derecho a ser oído" (art. 9), de impreciso alcance en caso de infracción.

Tampoco la doctrina española se ha interesado demasiado por propiciar, *de lege lata* o *de lege ferenda,* esa intervención del menor en su propio destino. Fuera de las opiniones, por lo demás bastante genéricas y de discutible eficacia en algún caso, de los profesores JORDANO FRAGA y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, quienes propugnan diversas soluciones para otorgar al menor una cierta capacidad de obrar [(1)], el panorama doctrinal resulta desolador. Quizás puede ser el momento de volver a plantearse el regreso a los mecanismos legales de fijación de topes o estándares de edad, históricamente usados con carácter general para establecer las mayorías de edad legales o la capacidad de intervención por sí solo en actos concretos (testamentos, matrimonios...), topes o estándares a partir de los cuales se pueda considerar lícita y no impugnable la decisión que un menor tome sobre un concreto aspecto de su propia vida. Es cierto que, en el ámbito contractual, resulta difícil recurrir a edades concretas, por cuanto habría que descender al detalle de cada tipo de acto, su trascendencia actual y futura, su alcance económico, etc. Sin embargo, frente a ello, razones de seguridad jurídica, en cuanto se evitan soluciones judiciales contradictorias —por desgracia frecuentes en las sentencias de nuestros Tribunales—, y de equiparación

---

(1) Cfr. JORDANO FRAGA, "La capacidad general del menor", *Revista de Derecho Privado,* 1984, pág. 883 ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, "La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad", *Anuario de Derecho Civil,* octubre-diciembre de 1992, pág. 1391 ss.

legal entre todos los menores, abonan sin duda una posición favorable a la fijación de los referidos estándares de edad. Así creemos que puede defenderse, si no para todo tipo de actos jurídicos, sí al menos para grupos de ellos, cuando guarden semejanzas entre sí.

Esto mismo pensamos que puede defenderse **en el ámbito particular de la asignación de la guarda y custodia del menor,** ya sea a uno de entre sus dos progenitores, ya sea a un tercero en concepto de acogedor o guardador en general. Es perfectamente posible, inclusive *de lege lata,* esto es, sin forzar una reforma legislativa futura, sino con base en la vigente normativa civil, alcanzar un criterio uniforme sobre la edad que debe concurrir en el menor para que se le tenga en cuenta con carácter decisivo. Esa edad será sin duda la de **doce años.** Este límite de edad puede ser considerado como razonable, en los momentos presentes, dado el grado de conocimiento del entorno y la formación recibida por la generalidad de los menores, y puede permitir solventar los graves problemas de inseguridad jurídica que se presentan en este ámbito ante los Tribunales.

En efecto, tenemos ya en nuestra legislación dos "ejemplos" o manifestaciones legales de gran trascendencia sobre el poder decisorio del menor con doce años cumplidos en orden a la asignación del sujeto o sujetos encargados de su guarda y custodia. El más claro es el art. 173 CC, al regularse el "acogimiento de menores", donde explícitamente se establece el carácter imprescindible del consentimiento de dichos menores para que proceda ese acogimiento. El otro ejemplo, de consecuencias mucho más graves, dada la estabilidad del vínculo, se recoge en materia de adopción, donde es imprescindible también el consentimiento del menor mayor de doce años para que prospere, junto a los demás consentimientos y la decisión judicial última, el paso a los vínculos adoptivos.

Estos dos "ejemplos" no constituyen situaciones aisladas, sin conexión con los otros posibles casos (atribución de la guarda en crisis matrimoniales, guardas de entes públicos, incluso desamparos...). Son señal inequívoca de la instauración de un verdadero **modelo,** que debe ser inmediatamente extendido a los restantes supuestos de asignación de la guarda. A nuestro juicio, el legislador ha adoptado ya una decisión, que entendemos inquebrantable y utilizable analógicamente, acerca de en qué casos es decisoria la intervención del menor [(2)].

Obviamente, antes de sacar esta conclusión, hay que efectuar una comprobación: debemos averiguar si existen razones especiales para instituir una edad concreta de doce años sólo para casos de acogimiento y adopción, o si efectivamente no las hay y por coherencia debe postularse lo mismo para situaciones similares.

---

(2) En contra, MÉNDEZ PÉREZ, *La adopción,* Barcelona, 2000, pág. 50.

Por lo pronto, la doctrina que ha estudiado el acogimiento de menores y la necesaria presencia del consentimiento de los menores de doce años no alberga duda ninguna acerca de la imposibilidad de prescindir de ese consentimiento o aprobación de la persona del acogedor o acogedores.

Como características de ese consentimiento, decir que se trata de un consentimiento que no puede ser suprimido ni suplido por la autoridad judicial: no hay posibilidad de control judicial acerca de la decisión del menor (3). En la norma no se recogen excepciones de ningún tipo a la posibilidad del menor de doce años de vetar a los acogedores que se le propongan, en definitiva, de tener la última palabra en cuanto a su propia convivencia (4).

No existen, por lo demás, cauces para que se puedan atender otras consideraciones que no sean la voluntad del menor expresada por él mismo. Tampoco se trata de un consentimiento de carácter genérico, en cuanto expresado con antelación y sin atender a los sujetos concretos cuya guarda se le propone, sino que es individualizado, prestado caso por caso (en el supuesto de que haya más de una propuesta de sujetos "acogedores").

Por último, en cuanto a su revocabilidad, la redacción del art. 173.4 CC, al no incluir la cesación del acogimiento "por decisión del menor", ha suscitado no pocas críticas en la doctrina, quien parece inclinarse mayoritariamente a favor de la revocabilidad de su consentimiento. No tiene sentido permitir el control de la constitución por el menor de doce años, y no permitirlo en cuanto a su revocación. Se trata —y como veremos no es la única— de una disfunción en la regulación legal sobre menores, ahora en tema de acogimiento.

Es cierto, no obstante, que la doctrina ha criticado algunos aspectos de la normativa del acogimiento, en cuanto a las facultades decisorias del menor con doce años. Pero no se han formulado para criticar ese poder de decisión, sino para proponer como alternativa —sin demasiados argumentos, por cierto— una edad mínima de catorce años o el criterio de atender a la madurez del menor en cada caso concreto.

---

(3) Vid. por todos VARGAS CABRERA, *El menor y la familia: conflictos e implicaciones,* Univ. Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, pág. 91; IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial, tutela* ex lege *y acogimiento de menores,* Barcelona, 1996, pág. 358-359.

(4) Conviene no olvidar además que el nuevo párrafo 5.º del art. 172, al conceder al menor la posibilidad de solicitar la remoción de la persona a quien se hubiese encomendado su guarda, reitera esta visión favorable a la intervención decisoria del menor a la hora de revocar, dándose así cumplida respuesta a la duda doctrinal planteada con la Ley de Adopción de 1987.

Más complejo resulta el tratamiento legal de los consentimientos adopcionales (art. 177.1 CC), en el cual no podemos entrar con el necesario detenimiento. Baste aquí exponer que, siendo la decisión de ser adoptado un asunto de gravísimas consecuencias, mucho mayores que las del acogimiento, en cuanto tendrá carácter indefinido, y sin posibilidad de revocación, la ley pone en manos del menor con doce años el control de su cambio de filiación, al resultar imprescindible su consentimiento —un consentimiento también *ad hoc,* no genérico— para pasar a la fase final de la aprobación judicial (5). Obviamente, nuestro interés se centra en que estamos ante un supuesto que tiene implicaciones, además de en otros aspectos (alimentos, sucesiones, etc.), en el ámbito convivencial del menor, que es el que ahora nos interesa, y conforme a ello cabe deducir la toma de un modelo concreto y bien definido —el del control de su propia vida personal por el menor de doce años— sobre la asignación de la guarda y custodia de los menores. Nuestro Ordenamiento jurídico, pues, está dando indudables muestras de haber optado ya abiertamente por seguir las pautas clásicas de fijar un estándar de edad para determinado grupo de actos, en este caso los convivenciales, y en general los relativos a la esfera personal.

Contrastando estas situaciones con **los casos de crisis matrimoniales,** sobre todo, es patente que las normas atinentes al tema de la asignación de la guarda del menor en supuestos de crisis (art. 90 y 103 CC) no permiten a dicho menor, cuando tenga ya doce años cumplidos, participar decisivamente en la elección del progenitor con quien va a convivir en el futuro. No hay que olvidar que dicha norma procede de la reforma de 1981, siendo la de 1987 la que introdujo el estándar de los doce años por primera vez.

Un sector doctrinal —seguramente para justificar la falta de poder decisorio del menor en estos casos— ha intentado destacar como nota característica en las separaciones o divorcios la particular situación de presión o manipulación de los menores, ejercida habitualmente por ambos progenitores (6).

La justificación no resulta convincente. Un buen número de sentencias de Audiencias sobre la asignación de la guarda a los menores en casos de crisis matrimonial han aceptado el criterio de la voluntad o deseo del menor para

---

(5) Cfr. VARGAS CABRERA, "Régimen jurídico-sustantivo de la adopción y funciones del Ministerio Fiscal en la protección de menores a la luz de la Ley Orgánica 1/1996", en *Protección jurídica del menor,* Asociación de letrados de la Junta de Andalucía, Granada, 1997, pág. 91.

(6) Así GONZÁLEZ VICENTE, "Anotaciones a la situación del menor en los supuestos de crisis familiar", en *El menor y la familia: conflictos e implicaciones,* Univ. Pontificia de Comillas, Madrid, 1998, pág. 118. Vid. también la SAP Granada 15 marzo 1993, en esta línea de no atender a las posibles "veleidades" del menor.

decidir sobre este tema [7]. Y en esas sentencias simplemente se ha entendido que la voluntad estuvo bien formada, ya que la exploración del menor se hizo en ambiente distendido, sin la presencia de los progenitores, y con las suficientes garantías para la obtención de una postura o decisión verdaderamente sopesada. Por lo tanto, asegurando que la voluntad del menor (mayor de doce años) se forma en circunstancias de plena libertad, o de máxima libertad y mínimo condicionamiento, no hay razón para negar que esos menores tengan el mismo poder decisorio que tienen en materia de acogimiento o de adopción.

Es más, creemos que en estos supuestos de crisis familiares es todavía más razonable que la decisión del menor con doce años cumplidos sobre la persona con quien convive sea esencialmente suya, más que en los casos de adopción o acogimiento, dado el mayor grado de **conocimiento previo** que se tiene de las personas entre las que se ha de elegir [8].

Yendo un poco más lejos, si esto es así en casos de crisis matrimoniales, no hay razón para que ese menor con doce años, una vez asegurada la correcta formación de su voluntad, no tenga el mismo poder decisorio o, si se quiere, el mismo derecho de "veto", en las restantes hipótesis en que se dilucide un cambio en la persona con la que el menor va a convivir. Nos estamos refiriendo principalmente a los supuestos de "guarda de entes públicos" (art. 172.2 CC), así como a los casos de declaración administrativa de desamparo, con subsiguiente e inmediata asignación del sujeto guardador (art. 172.1 CC).

Así pues, resulta razonable, atendiendo al interés del menor, expresado por él mismo en la fase procedimental oportuna —que en todo caso debe existir, a la vista del citado art. 9 de la Ley del Menor de 1996—, que éste pueda orientar la fórmula que haya de adoptarse cuando los padres soliciten a la entidad pública competente que asuma "la guarda" de dicho menor, por no poder aquéllos atenderlo adecuadamente (art. 172.2 CC). En este campo, el menor podría negarse a entrar en un centro masificado, y propiciar, con su "veto", otra solución más provechosa para él, como podría ser permanecer con otro miembro de su

---

[7] Sobre la importancia y valor real de la exploración del menor y su voluntad, vid. SSAP Murcia 12 de enero de 1990, AP Cádiz 21 de diciembre de 1992, AP Pontevedra 17 de febrero de 1993, AP Castellón 26 de julio de 1993, entre otras.

[8] Por estos motivos, resulta especialmente discutible el criterio empleado por el Auto de la AP Sevilla de 3 de febrero de 2000, en el conocido caso de la "niña de Benamaurel", respecto a la petición de reingreso de la menor (de doce años ya) en su familia adoptiva, tras haber sido dada en acogimiento a otra familia: se rechazó tener en consideración la voluntad de la menor de permanecer con sus acogedores por entender que, aun poseyendo doce años, tenía una madurez de nueve.

familia (abuelos, tíos, etc.) o con allegados, siempre que éstos lo consintiesen y se pudiese garantizar al menor un nivel mínimo de prestaciones [9].

Lo mismo se puede propugnar cuando se declare el desamparo de menores, y éstos tengan ya la edad de doce años. En tales circunstancias, resulta coherente mantener las mismas pautas, y conceder al menor la posibilidad de decidir la medida de convivencia que más le convenga, bien porque así se lo proponga —y lo acepte— la entidad pública, bien porque él mismo tome la iniciativa de proponerlo.

En definitiva, con la tesis que propugnamos se trata de lograr la coherencia de nuestro ordenamiento, una coherencia que, de momento, no ofrece nuestro legislador, al menos de manera explícita. No hay razón —ya se ha visto— para mantener un criterio diferente al propio de la ley en los arts. 173 y 177 CC, en estos otros casos (crisis familiares, guarda de entes públicos, desamparo). Recurriendo a la analogía, y pensando siempre en la protección efectiva de los intereses de los menores, entendida ahora en unos términos más acordes con la realidad social y las modernas exigencias derivadas de la más reciente normativa, la solución a tales casos ha de ser la misma: propugnar el poder decisorio del menor cuando tenga doce años cumplidos.

III. EL MENOR Y SUS PADRES. LOS PODERES PATERNOS: SU ALCANCE Y LÍMITES

1. Padres e hijos en la Constitución Española: los artículos 39 y 27 CE.

No está suficientemente aclarado en la doctrina el valor constitucional y legal de las funciones asignadas a los padres titulares de la patria potestad en el artículo 39 de la Constitución Española. ¿Cuál será el alcance real del citado precepto constitucional cuando afirma que los padres "deben prestar asistencia de todo orden" a sus hijos? ¿Cómo se complementa esta norma con la otra de la Constitución que atribuye a los padres la facultad de elegir la educación de sus hijos (art. 27.3 CE)?

---

[9] Lógicamente, tanto en los casos de "guarda de entes públicos", como en hipótesis de desamparo, a que ahora nos referiremos, la disyuntiva que se planteará el menor será entre ir al centro asistencial (con la posible guarda asistencial del director o de una familia acogedora) o permanecer al lado de otro miembro del grupo familiar de origen o de un allegado. No sería legalmente admisible, por suponer un grave perjuicio al menor, que éste pudiese optar por cuidarse de sí mismo, al margen o fuera de algún núcleo familiar o centro asistencial (salvo, claro está, que reuniera las condiciones para una "vida independiente" *ex* art. 319 CC).

La doctrina constitucionalista ha sido excesivamente parca en el tratamiento y estudio de este precepto constitucional (art. 39.3 CE). Se trata de una norma un tanto atípica, en cuanto que no impone a los poderes públicos un deber de garantizar alguna facultad o poder a los particulares, sino una suerte de deber en las relaciones entre dos particulares (padres e hijos).

Aunque la norma podría tener otros sentidos o fines (10), creemos en cualquier caso que la conexión de dicho precepto con el art. 27.3 CE conforma un panorama en el que se reconoce a los progenitores, no sólo deberes, sino además un poder de intervención prioritario en el cuidado y asistencia de los hijos.

De hecho, otras constituciones, v.gr. la italiana o la alemana, conceden rango constitucional, y además de manera expresa, al derecho natural de los padres a convivir y prestar asistencia y formación a sus hijos, por delante de los poderes públicos (11). En estos términos, podría pensarse que tanto estos textos constitucionales como nuestra propia Constitución, aunque ésta menos explícitamente, parten de un apriorismo preconstitucional, incluso prejurídico, a saber: que los padres son quienes *prima facie* deben prestar esa asistencia a los menores de edad. Sólo cuando esa asistencia falle habrá que recurrir a otras opciones o medidas. Como puede pensarse, aquí encontraría un cierto apoyo constitucional la institución de la patria potestad, concebida como un derecho subjetivo, además de como un conjunto de deberes paternos en relación al hijo. Patria potestad entendida hoy en su concepción moderna, no autoritaria, sino complementadora y sustento imprescindible de la futura personalidad del menor.

Por lo demás, esto que decimos debe acarrear como efecto el que los poderes públicos, y singularmente el legislador, no deben partir de un prejuicio de "desconfianza" generalizada hacia los padres, aun asumiendo que no son perfectos, y cometen errores. Desde esta perspectiva, es razonable concebir de forma restrictiva las causas por las que legalmente deben los padres ser excluidos de esas facultades derivadas de la patria potestad.

Cuestión diferente será la delimitación de los casos y circunstancias en que los poderes públicos podrán, siempre de forma subsidiaria, intervenir en el cuidado y asistencia de los menores. La idea de la intervención subsidiaria de

---

(10) Por ejemplo, el de garantizar a los hijos extramatrimoniales que sus padres legalmente reconocidos también deben asistirles, además de a los hijos matrimoniales, y en iguales condiciones.

(11) Es más, resulta bastante habitual en la jurisprudencia aludir a ese carácter de derecho natural de la institución de la patria potestad: vid. a título de ejemplo las SSTS 30 de abril de 1991 y 31 de diciembre de 1996, o la SAP Gerona de 27 de enero de 1999.

los poderes públicos es opinión bien extendida en la doctrina (12), y sobre ella pocas dudas cabe albergar.

Sin embargo, esa intervención pública estará sujeta a mayores restricciones aún que la potestad reconocida a los padres. De hecho, como es sabido, la reciente normativa (Ley del Menor de 1996) le pone mayores cortapisas. No sólo se concibe como último remedio, siempre procurando alcanzar la satisfacción del máximo interés del menor, sino que además ha de cumplir otros principios, que actuarán como límites: el fundamental, el de la carga de mantenimiento o, en su defecto, reinserción futura del menor en la familia de origen; en cualquier caso, la búsqueda de otra familia o núcleo familiar que sustituya con garantías a la familia de origen.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que cuando la Constitución impone a los poderes públicos la protección integral de los hijos (art. 39.2 CC), subsidiariamente a los padres, está pensando en un elenco mucho más amplio de medidas que las propias de la asistencia paterna o familiar. Es más, ni siquiera se piensa sólo en que tales poderes o instituciones públicas actúen "como sustitutivos" paternos, sino que pueden —y deben a veces— concurrir con ellos y complementarlos. Ocurre sin embargo que la índole de esa intervención pública administrativa no ha sido siempre bien entendida por nuestro legislador: se ha optado por medidas legales casi siempre traumáticas, antes que apoyar a la familia evitando a ultranza la última solución de la salida del menor de su ambiente familiar.

2. **La patria potestad como derecho.**

Aunque a algunos pueda resultar sorprendente e incluso aparentemente contrario a las actuales convicciones sociales, desde un punto de vista cuando menos legal, si no constitucional, como hemos visto, la patria potestad sigue siendo un verdadero derecho subjetivo.

Si tomamos por base los preceptos legales básicos en la materia, nuestro Ordenamiento otorga de manera expresa a los padres cuya filiación haya quedada determinada por los cauces legales la patria potestad, que es entendida, además de como un "deber", también como un "derecho". Lo reconoce explícitamente el básico artículo 154 del Código Civil.

Así pues, es preciso reconocer y otorgar a los padres un auténtico **derecho subjetivo,** de origen constitucional, a convivir, educar y formar a sus

---

(12) Cfr. VARGAS CABRERA, "El Ministerio Fiscal y el principio del interés del menor", en *El menor y la familia: conflictos e implicaciones,* cit., pág. 91.

hijos. Así lo ha defendido, certeramente a nuestro juicio, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, quien, contrariamente a la doctrina mayoritaria, defiende, no ya que los padres ostentan un derecho-función, esto es, un derecho en todo supeditado a la obtención del máximo beneficio del menor, sino un verdadero derecho subjetivo, sólo que fuertemente limitado. Dice este autor que todo derecho subjetivo, incluido el de propiedad, tiene límites: también la patria potestad, siendo su límite básico el del "interés del hijo" de que habla nuestra legislación civil (13).

Sucede, sin embargo, que la doctrina de los últimos años, concretamente desde 1981 hasta ahora, y muy especialmente la jurisprudencia, no han sabido en general destacar el sentido de ese auténtico derecho concedido a los padres.

Indudablemente, el objeto del derecho (patria potestad como derecho) no puede ser el hijo. Seguramente, en otros momentos históricos, se pudo llegar a esa conclusión, al identificar al padre con un dios, con poderes omnímodos sobre sus hijos. Hoy no puede ser así, dado el profundo cambio de mentalidad social y del espíritu legal al respecto. Ni siquiera el hijo puede considerarse de algún modo como sujeto "vinculado" u obligado por ese derecho, salvo quizás en relación al levantamiento de las cargas familiares *ex* art. 155.2.º CC (14). Ahora bien, ese presunto "derecho" frente al menor parece que queda al margen del núcleo de derechos-deberes a que se refiere el esencial artículo 154 CC, hasta el punto de resultar dudoso que integren el contenido de lo que es la patria potestad, a pesar de estar incluido dentro del Título VII del Libro I del Código Civil.

La cuestión es entonces determinar frente a quién se ejerce ese "derecho" paterno. La respuesta sólo puede ser una: frente a terceros o, en última instancia, frente a los propios poderes públicos (15). **Frente a terceros,** cuando éstos nieguen las facultades paternas o se opongan de alguna manera a las decisiones tomadas en relación a los hijos (por ejemplo, terceros, parientes o no, que se

---

(13) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de familia,* Madrid, 1989, pág. 505-506.

(14) Nada impide a los padres accionar judicialmente contra su hijo menor, y en ese sentido se puede decir que sí tienen derechos ejercitables frente al menor. Así sucede sobre todo en lo que concierne al deber de contribuir al levantamiento de las cargas familiares (art. 155.2 CC). En este supuesto, seguramente los padres pueden ejercitar acción contra el hijo (más exactamente, contra el "defensor judicial" que habría que nombrarle al hijo para este litigio) para obtener lo necesario con lo que subvenir —proporcionalmente— a las necesidades familiares.

(15) Vid. de nuevo PEÑA, ob. cit., pág. 505

irroguen un poder de intervención en la educación de los hijos, o que se consideren con facultades para convivir con ellos).

Pero en cualquier caso es un derecho ejercitable **frente a los poderes públicos**. No en vano el propio art. 154 *in fine* concede a los padres la facultad de recabar "el auxilio de la autoridad", no pudiendo en consecuencia negarse esta última, sea de la índole que sea, a prestar su ayuda a los padres, en tanto en cuanto lo hagan dentro de los límites legales de sus atribuciones.

Esa relación entre patria potestad como derecho y como deber no ha sido bien aclarada por la doctrina, en especial tras la reforma de 1981. Parece, pues, que debemos diferenciar entre el propio menor, que no puede ser en ningún caso el sujeto frente al que se ejercita ese "derecho" paterno, justamente por ser el beneficiario del mismo, y los terceros, contra los que sí es factible que los padres se dirijan esgrimiendo las facultades y poderes reconocidos por la ley.

Hay algunas sentencias, v. gr. la STS de 31 de diciembre de 1996, entre otras, en las que literalmente se afirma que la patria potestad "está formada más por deberes que por derechos". Se trata de una afirmación ambigua y poco técnica, en cuanto que no sirve en modo alguno para aclarar el alcance de esa potestad. Es más, resulta inútil, porque el art. 154 no dice que haya más deberes que derechos o facultades, sino que son estrictamente **los mismos.** Lo único que sucede es que el ejercicio de esas facultades ha de hacerse con un límite tan fuerte (el supremo interés del menor) que se llega a crear la apariencia de ser mayor la faceta vinculante que el ámbito de poder de los padres. Pero en todo caso se trata de una afirmación técnicamente inexacta. No son cuantitativamente parangonables los deberes con los derechos derivados de la potestad paterna, ya que operan en campos diferentes, los primeros en las relaciones entre padres e hijo, los segundos, entre padres y terceros (con el límite citado del interés del menor).

IV. LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

1. La privación de la patria potestad como sanción civil.

Tema especialmente interesante y también poco estudiado por la doctrina es el de la privación de la patria potestad, en su vigente regulación codificada (art. 170 CC).

La Constitución, como hemos comprobado, o en última instancia la ley ordinaria, reconocen a los padres, por el solo hecho de tener determinada la

filiación, la patria potestad [16]. Se trata de un derecho, especial ciertamente en cuanto posee una vertiente de deber y unos vigorosos límites en su ejercicio, pero derecho a la postre. En consecuencia, los motivos o causas por los que el Ordenamiento jurídico puede quitar ese derecho a los padres, fuera de las causas llamémoslas "naturales" de cesación (art. 169 CC: sobre extinción de la patria potestad), deben estar claramente establecidos.

Es más, esas causas, que en nuestro Ordenamiento coinciden con las causas de privación de la patria potestad del art. 170 CC, sólo pueden obedecer a la imposición de una sanción a sus titulares por un inadecuado cumplimiento de los deberes paternos, dada la imposibilidad de "expropiación" de un derecho-deber de carácter personalísimo e intransmisible como éste.

La idea de la privación de la patria potestad como auténtica "sanción" —sanción civil— es perfectamente razonable [17]. Las normas penales o administrativas no son las únicas que contienen y regulan sanciones a las personas. También existen normas civiles sancionadoras. Ejemplos indiscutibles de ellas son las relativas, por ejemplo, a la indignidad para suceder (art. 756 CC), la desheredación (arts. 852 ss. CC), así como otras menos relevantes pero más próximas a los casos que estudiamos, como las causas de remoción de la tutela (art. 247 CC). A nuestro juicio, y aunque cada una de las sanciones civiles analizadas posee un régimen jurídico y un modo de funcionamiento diferente, también el art. 170 CC participa de la naturaleza de las disposiciones sancionadoras.

2. La privación total de la patria potestad. Análisis de sus características y modo de funcionamiento.

Tratándose, pues, de sanciones civiles, deben regir los mismos principios que para todo el Derecho sancionador: carácter restrictivo y no analógico en su

---

[16] Dejamos de lado la figura de la exclusión de la patria potestad, reconocida por el art. 111 CC, supuesto en el que, a la vez que se declara la filiación, se excluye al padre de sus funciones tuitivas, entre ellas las facultades paternas. Sobre las diferencias entre privación y exclusión de la patria potestad vid. CASTILLO MARTÍNEZ, *La privación de la patria potestad (Criterios legales, doctrinales y jurisprudenciales),* Valencia, 2000, pág. 50 ss.

[17] A favor de la naturaleza sancionadora de la privación, SANCHO REBULLIDA, "La patria potestad", en *El nuevo régimen de la familia.* II. *Filiación, patria potestad, economía del matrimonio y herencia familiar,* Madrid, 1982, pág. 116; SEISDEDOS MUIÑO, en *Manual de Derecho Civil.* I. *Introducción y Derecho de la persona* (PUIG FERRIOL y otros), Madrid, 1997, pág. 215-216. Vid. también SAT Bilbao 15 de enero de 1985.

interpretación (art. 4.2 CC), irretroactividad de normas sancionadoras no favorables (art. 9.3 CE), y, sobre todo, por lo que ahora nos interesa, tipificación legal previa del posible elenco de causas generadoras de esa sanción.

Es en este último punto en el que centraremos nuestra atención. Como es sabido, el art. 170, párrafo 1.º CC establece que los padres podrán ser privados de la patria potestad "por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial". La redacción del precepto resulta llamativa, pues hace alusión *prima facie* a los cauces procedimentales para obtener la privación (sentencia civil *ad hoc* en juicio declarativo, sentencia matrimonial o sentencia penal), más que a las causas concretas de privación. Bien es cierto que se habla de "incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad", pero ello se vincula en la norma sólo al cauce concreto de la sentencia civil declarativa (sentencia *ad hoc*), y no en principio a los otros dos cauces (sentencia matrimonial o criminal), con lo que pudiera pensarse en la existencia en estos últimos de otras posibles causas de privación. La cuestión es además de gran trascendencia porque el precepto legal incluye tanto los casos de privación **total** como de privación **parcial** (concepto este último de gran ambigüedad, pues habría que distinguirlo, en su caso, de otros conceptos habitualmente usados por la doctrina y la jurisprudencia: "suspensión" de la patria potestad, "privación del ejercicio" de la patria potestad, o "privación de la guarda y custodia" —con asignación de las mismas al otro progenitor—).

A pesar de las dudas, creemos que el legislador no admite más causas de privación que las basadas en el incumplimiento de los deberes paternofiliales [18]. Por lo tanto, cuando por ejemplo el art. 92, párrafo 3.º CC establece que "en la sentencia (matrimonial: separación, nulidad o divorcio) se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello", no está haciendo otra cosa el legislador que remitir a las causas del art. 170 CC, es decir, incumplimiento de deberes paternos [19]. Por lo tanto, la privación no puede ser, como sin embargo ha dicho alguna sentencia (v. gr. SAP Córdoba 26 de mayo de 1999), una facultad de apreciación discrecional por los Tribunales.

---

[18] Salvo en causa criminal, donde procede la privación en los casos tasados en el Código Penal: vid. la reciente STS 11 de septiembre de 2000 (Sala 2.ª).

[19] Esto significa, por lo pronto, que no se puede confundir privación con extinción de la patria potestad. Sólo esta última es definitiva, de conformidad con el art. 169 CC, en cuanto desaparición "institucional". La privación es, por definición, una situación provisional. Sin embargo, existen sentencias que confunden esos términos, y hablan de "extinción" para referirse a la privación: muy clara al respecto las SSTS de 5 de octubre de 1987, 11 de octubre de 1991 y 12 de febrero de 1992.

En cuanto a los concretos casos de incumplimiento y las características que debe reunir el mismo para dar lugar a la privación de la patria potestad, la doctrina y la jurisprudencia están más o menos conformes en su carácter **excepcional:** se trata de una medida muy drástica que exige una conducta incumplidora de mucha entidad. Estamos en un ámbito en donde la falibilidad humana es general, y por ello normalmente merecedora de excusa; sólo en situaciones extraordinarias debe procederse a la medida más radical de la privación (20). De ahí que sea frecuente el exigir que se trate de un incumplimiento **grave; no** necesariamente **reiterado,** aunque será lo normal, en cuanto contrapuesto a "esporádico". Por lo demás, las sentencias del Tribunal Supremo y Tribunales inferiores recurren a pautas muy restrictivas, de dudosa legalidad (21), en el ámbito, por ejemplo, del incumplimiento del deber de alimentos, donde es frecuente excluir la privación de la patria potestad aun cuando se hubiese acreditado la infracción de aquél durante un más o menos largo período temporal (22).

Muy dudosa es, a nuestro juicio, la reiterada doctrina jurisprudencial que basa la resolución judicial de privación en el interés o beneficio de los hijos, de modo que el juez, una vez apreciado el incumplimiento de los deberes paternos, analiza y decide sobre la privación atendiendo a si resulta ser la medida más beneficiosa para el hijo (23). Desde nuestro punto de vista, este criterio del interés o beneficio del hijo como parámetro decisivo para decidir la privación, además de otorgar al juez el más absoluto de los arbitrios, en grave detrimento de la seguridad jurídica, tal como demuestra un somero análisis de la jurispru-

---

(20) Precisamente por su excepcionalidad, creemos asimismo que la privación debe ser, prácticamente siempre, una decisión judicial tomada sobre la base de un perjuicio ya producido, o bien actual (y que previsiblemente pueda seguir produciéndose en el futuro. La privación no puede obedecer a o cumplir una función meramente "preventiva". Seguramente, hay dos grupos de casos en que el juez puede decidir la privación: a) cuando la conducta del progenitor haya sido inadecuada, y haya previsión de que va a seguir produciéndose, con lo que se dejará de proteger el interés del menor; y b) cuando se haya producido un evento aislado pero tan grave, que merezca por sí solo la mayor reprobación (piénsese en casos de violación o malos tratos).

(21) Incluso alguna sentencia, como la STS 18 de octubre de 1996, parece dar a entender que la elevada edad del hijo (16 años) puede ser un motivo para denegar la demanda de privación, entendiéndose que ya no resultará especialmente relevante.

(22) Cfr. STS 18 de octubre de 1996; SAP Ávila 2 de febrero de 1994, o AP Valencia 9 de marzo de 1994, en la que incluso se afirma con rotundidad que la reclamación de los alimentos tiene su cauce legal para ser ejercitada, por lo que si no se hizo no habría razón para la privación de la patria potestad.

(23) Cfr. a este respecto SSTS de 31 de diciembre de 1996, 5 de marzo de 1998, 23 de febrero de 1999; SAP Bilbao 12 de febrero de 1992, AP Tarragona 13 de octubre de 1993, AP Ávila 14 de julio de 1994, entre otras.

dencia, ha sido mal entendido. Hay una confusión en la doctrina y la jurisprudencia entre privación de la titularidad paterna y la privación de la guarda y custodia del menor. Lo que de verdad ha de juzgarse con base en el interés o beneficio del hijo menor es la decisión de con quién va a convivir, pero no así la decisión sobre la privación de la titularidad paterna (24). Esta última se juzga exclusivamente con base en el incumplimiento (grave y normalmente reiterado) de los deberes paternos, sin tenerse en cuenta ningún otro parámetro. El padre incumplidor de sus deberes merece, por ese solo hecho, la reprobación de la sociedad, con independencia de que sea beneficioso o no para el menor: indudablemente, resulta raro y difícilmente imaginable que un incumplimiento de deberes de la entidad de que tratamos pueda ser beneficioso de algún modo al hijo, y permita por tanto la utilización de esa cláusula de cierre tan frecuentemente empleada por la jurisprudencia (25).

Esto que decimos tiene relevancia en cuanto al papel que puede desempeñar el menor, con cierto grado de madurez, en la decisión sobre la privación de la titularidad paterna. Si partimos del caso de un hijo con más de doce años, desde la óptica que se está defendiendo, la toma en consideración de sus opiniones acerca de la procedencia o no de la privación **será nula,** a diferencia de lo que más arriba se defendió. Porque, cuando entonces se sostenía el poder decisorio del menor mayor de doce años, se hacía en relación a la asignación del progenitor —o sujeto distinto del progenitor— con quien iba a convivir. Ahora no ocurre así: no se trata de decidir un problema de convivencia (de atribución de la guarda y custodia), sino de la sanción a un progenitor incumplidor (26), y en este ámbito la voluntad del menor, aun teniendo un elevado grado de madurez, debe ser absolutamente irrelevante (27).

---

(24) Ejemplo claro de esa confusión de que hablamos se encuentra en la STS de 18 de octubre de 1996 (Fudamento de Derecho Segundo).

(25) Seguramente, ha influido en la introducción de ese parámetro del "interés o beneficio del hijo" la redacción del art. 170.2 CC, sobre recuperación de la patria potestad, en donde se utiliza esa expresión como criterio para que los Tribunales decidan el restablecimiento de la titularidad paterna, una vez acreditado que cesó la causa que motivó la privación.

(26) Cfr. STS 25 de junio de 1994, donde, rechazando la pretensión del recurrente en casación de que se quebrantaron las formas esenciales del juicio por no haberse hecho la exploración de la hija menor, aduce el Tribunal Supremo que la audiencia del menor no es una fase imperativa en los procesos sobre privación de la patria potestad.

(27) Hay, no obstante, alguna resolución judicial que parece atender a la voluntad del menor para resolver sobre la privación de la titularidad paterna: vid. Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao 15 de enero de 1985.

Tema central de la privación de la patria potestad es el de exigencia o no de un incumplimiento **imputable** al progenitor de sus deberes paternos. Aunque hay jurisprudencia contradictoria, una en la línea de no exigir una conducta voluntaria en el incumplimiento (28), y otra en la de exigirlo, parece más razonable, de acuerdo con la naturaleza sancionadora de la medida, exigir un comportamiento imputable, esto es, el dolo o la culpa del progenitor. En consecuencia, si la infracción de los deberes paternos fue debida a una situación de indigencia o carestía de medios económicos, a una enfermedad o anomalía prolongada, no debe procederse a la privación de titularidad paterna. Esto es especialmente significativo en los casos de toxicomanía o drogodependencia de los padres, donde no tiene por qué procederse a la privación, aunque sí puede ser razonable la asignación al otro progenitor, o a un tercero, de las facultades de guarda y custodia del menor. Del mismo modo, el tema se ha planteado juriprudencialmente respecto del ingreso en prisión, por un largo período de tiempo, de uno de los progenitores (29). En contra, la SAP Asturias de 15 de marzo de 1995, ya citada, que considera —erróneamente— que tras el internado en establecimiento penitenciario no se puede dar cumplimiento al conjunto integral de las facultades paternas. De nuevo se confunde lo que es la decisión sobre aspectos importantes de la vida del menor, con cuestiones que son de mera convivencia, para las que obviamente está imposibilitado el sujeto encarcelado (aunque para ello ya se habrá atribuido la guarda al otro progenitor o a un tercero).

La exigencia de una conducta imputable del progenitor cuya privación se pretende es una consecuencia necesaria del principio de **presunción de inocencia** (salvo prueba fehaciente en contrario), que debe regir en estos procesos sobre privación de la patria potestad. Dada la índole sancionadora del art. 170 CC, se ha de garantizar a los padres que se pruebe de forma indubitada el incumplimiento grave e imputable de sus deberes paternos, sin que se produzca, ni legalmente ni de hecho, una alteración de la carga probatoria, que acabe presumiéndolos culpables de esos hipotéticos incumplimientos, o con-

---

(28) Cfr. SAP Asturias 15 de marzo de 1995, que cita la STS de 20 de enero de 1993.

(29) Como ha dicho certeramente la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2000, la privación de la patria potestad en tales casos, además de añadirse a las sanciones penales, se revela innecesaria, en cuanto ya la ley prevé que se haga cargo de la custodia el otro progenitor. A ello añadiríamos nosotros que conservar la titularidad otorga a ese progenitor facultades decisorias importantes en cuanto a la formación o educación de su hijo, que pueden ser perfectamente ejercitables desde la prisión, y que por tanto no hay motivo para quitárselas.

denando a la privación con base en meras sospechas, como a veces sucede en la práctica.

Resulta finalmente muy trascendente una referencia a otros aspectos de la privación de la patria potestad, de orden formal o procedimental: se trata de los aspectos "garantistas" de la regulación. Nada se dice a este respecto en el Código Civil, pero parece obvio que, siendo una facultad concedida a los padres con entronque o base en la propia Constitución, su privación por sentencia judicial esté rodeada de las adecuadas garantías.

Esto es muy importante por cuanto, con cierta frecuencia, de los textos de las sentencias se desprende la idea de que los Tribunales deciden con cierta ligereza la privación de tales funciones, sin haber dado suficiente oportunidad a los padres de ese concreto menor de defenderse contra las imputaciones de incumplimiento procedentes del Fiscal, o del propio Juez, que toma su decisión sobre la marcha, a la vista de las circunstancias.

A nuestro juicio, ya se proceda a la privación en un juicio civil *ad hoc,* ya se haga en causa matrimonial, al hilo de una demanda de separación o divorcio, la actitud del juez debe ser siempre la misma: conceder un trámite de audiencia específico a los padres, consultar a otros parientes o allegados, explorar y dar audiencia a los menores, y finalmente tomar la decisión.

Los problemas más graves, a nuestro juicio, se están dando en los procedimientos matrimoniales, ya que en ellos es relativamente frecuente privar de la patria potestad sin excesivas garantías [30].

Esto debe desaparecer. Parece poco correcto que, tramitándose una demanda de separación o divorcio (se entiende que "contencioso", y no consensual [31]), con base en una determinada causa para ello, y orientándose todas las pruebas permitidas en esa dirección, se pueda proceder a la privación de las facultades paternas con base en datos tangenciales. La causa de privación deberá estar en estrecha conexión con la causa de separación o divorcio ("abandono del hogar" o "violación de deberes respecto de los hijos": art. 82.1.ª y 2.ª CC;

---

[30] Especialmente llamativa es la STS 18 de octubre de 1996, donde parece admitirse que el art. 92 CC da pie para una mayor flexibilidad en la apreciación de las causas de privación de la patria potestad.

[31] Parece poco probable una privación de patria potestad en una demanda de separación o divorcio consensual, no sólo por lo improbable de que haya acuerdo en tales casos —con grave riesgo de que encubra en realidad una "renuncia" a la patria potestad, prohibida por nuestro Ordenamiento—, sino además por la dificultad de entrar a conocer este asunto en un procedimiento de esta índole.

causas correlativas del art. 86 CC), pues de otro modo hay riesgo de indefensión del presunto incumplidor [32].

3. La privación parcial de la patria potestad: delimitación conceptual en relación a otras figuras y términos. La privación parcial también como sanción civil.

La reforma del Código Civil de 1981 ha venido a generar graves problemas doctrinales y de aplicación práctica, por cuanto ha alterado las instituciones existentes hasta entonces, sin proceder a definir las nuevas figuras creadas. Así, dicha reforma suprimió toda referencia a la suspensión de la patria potestad, sobre cuya continuidad se ha dudado en la doctrina (al menos hasta la Ley Orgánica del Menor de 1996 [33]); introdujo además nuevos conceptos, como la distinción entre titularidad y "ejercicio" de la patria potestad (art. 156 CC), de modo que es posible ostentar la titularidad, pero carecer del "ejercicio", y a ello se ha unido la figura de la "guarda y custodia", frecuentemente usada en situaciones de crisis matrimonial, y de perfiles borrosos. Finalmente, la reforma de 1987 ha arrojado mayores dudas, al incluir el concepto de "desamparo", cuyos efectos han sido fuertemente discutidos, y promover dos nuevas instituciones tutelares, la "guarda" de los entes públicos y el "acogimiento de menores". La falta de delimitación clara de muchos de estos conceptos o instituciones ha planteado el tema de su identificación, asimilación o al menos comparación con la situación creada tras una "privación parcial" de la patria potestad.

Sin perjuicio de referirnos en el apartado siguiente al desamparo y sus consecuencias, parece preciso detenerse en esa distinción entre titularidad y ejercicio de la patria potestad. Aunque son muchas y diversas las opiniones doctrinales, nos limitaremos, por motivos de espacio, a exponer nuestro punto de vista al respecto. La expresión "ejercicio de la patria potestad" es utilizada en el art. 156 CC para resumir y abreviar todas aquellas situaciones en que, con o sin declaración judicial o administrativa que lo establezca, uno de los dos

---

[32] La idea que se defiende implica automáticamente la exclusión de los procedimientos de nulidad matrimonial como cauce para una privación de la patria potestad: en ellos, el objeto de disputa no es nunca un posible incumplimiento de deberes paternos o conyugales, sino la adecuada formación del consentimiento matrimonial, la capacidad de los contrayentes o los posibles defectos de forma.

[33] Es de todos sabido que la Ley 1/1996, de 15 de enero, Orgánica de Protección Jurídica del Menor, ha modificado la redacción del artículo 172 CC, regulador de la figura del desamparo de menores, y ha dispuesto en su párrafo tercero: "La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública (en situaciones de desamparo) lleva consigo **la suspensión de la patria potestad** o de la tutela ordinaria" (subrayado nuestro).

titulares de la potestad paterna desempeñe de hecho las funciones ordinarias de asistencia a los hijos. Son dos los grupos de casos incluidos, por un lado, los supuestos de imposibilidad general de uno de los progenitores, ya sea por no poder materialmente, ya por estar ausente o incapacitado: en concreto, a estos casos se refiere el vigente art. 156, párrafo 4.º, y curiosamente coinciden en buena medida con las situaciones que en la normativa anterior a 1981 daban lugar a la "suspensión" de la patria potestad (34), sólo que ahora no es imprescindible una declaración judicial previa. El otro grupo de casos concierne —y será sin duda, el más habitual en la práctica— a las situaciones de separación de los padres, declarada o no (art. 156, párr. 5.º).

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que este ejercicio unipersonal de que trata el art. 156 CC guarda una estrecha relación con la nueva concepción de la patria potestad como **titularidad dual** de ejercicio compartido e igualitario por parte de padre y madre. Es decir, la distinción tiene relevancia sólo cuando son dos los titulares (no cuando uno solo de ellos es progenitor declarado, por no haberse aún determinado legalmente la filiación paterna respecto del otro), y uno está imposibilitado, o se opta por el otro por ser preferible para el hijo.

Junto a ello, la ley no aclara la conexión entre titularidad y ejercicio, en cuanto que no resuelve lo que sucede en aquellos casos, v.gr., cuando los padres están separados judicialmente o de hecho, en que ambos ostentan la titularidad, están, pues, en perfectas condiciones físicas y mentales para desempeñar sus tareas plenamente y sin obstáculos, pero sólo uno de ellos ostenta el "ejercicio". Aunque hay autores que consideran que en tales circunstancias la titularidad del no ejerciente queda vacía de contenido, nuestra postura va preferiblemente en la línea de quienes consideran que **las decisiones fundamentales** sobre el menor deben seguir tomándose **de forma dual** y compartida, por supuesto salvo desacuerdo (en cuyo caso resolvería el juez, de conformidad con el art. 156, párr. 2.º CC), quedando las decisiones ordinarias de menor entidad (vestido, régimen de estudios, diversiones, horarios de salida, etc.), al progenitor "ejerciente". No hacen falta mayores explicaciones para comprender que, en situaciones de separación física —las más habituales—, existe un entendimiento tácito de que el padre guardador o encargado habitualmente de la custodia debe contar con el otro para decisiones relativas a estudios, viajes, gastos importantes, etc.

Lo anterior nos conduce al examen de la expresión "guarda y custodia", tan frecuentemente empleada en las situaciones de separación judicial o divorcio, en donde se atribuye aquélla en exclusiva a uno de los progenitores. La situa-

---

(34) Decía al respecto el antiguo artículo 170: "La patria potestad se suspende por incapacidad o ausencia del padre o, en su caso, de la madre, declaradas judicialmente, y también por la interdicción civil".

ción especial en que se encuentran los titulares de la patria potestad cuando existe esa separación física judicialmente declarada de los progenitores es lo que justifica ese tratamiento legal. Debe desterrarse toda idea, por desgracia presente a veces en la doctrina de los Tribunales, de que la asignación del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores es una suerte o especie de castigo al otro. En modo alguno. Se trata simplemente de una decisión judicial **basada exclusivamente en la protección del interés del hijo o hijos menores.** Puesto que los hijos comunes han de vivir por fuerza, ante la imposibilidad de reconciliación o restablecimiento de la convivencia conyugal, separados físicamente de uno de sus padres, la autoridad judicial simplemente decide quién va a convivir con ellos, con todo lo que eso supone de decisiones relativas a la convivencia diaria, y que por lo tanto quedan excluidas de la intervención del progenitor no conviviente. Hay, pues, una mera razón fáctica que imposibilita el mantenimiento de la situación anterior —esto es, durante la convivencia— de decisión dual o conjunta, **no una razón de orden sancionador.**

En conclusión, cuando en situaciones de crisis matrimonial el juez o Tribunal asigna la llamada "guarda y custodia" a uno de los progenitores, no hace otra cosa que resolver a quién corresponderá el "ejercicio" de la patria potestad, esto es, el desempeño de las tareas cotidianas y ordinarias del cuidado, vigilancia, alimentación y educación de los hijos menores. Ello no puede cerrar el paso a la participación del no conviviente en la toma de decisiones fundamentales, al no haber razones para su exclusión, ya que el juez no ha examinado la conducta de cada uno de los padres respecto de sus hijos —o al menos no lo ha hecho con técnica inquisitorial—, sino simplemente sopesado la conveniencia de que los hijos estén en compañía de uno o de otro en el futuro. En suma, la "guarda y custodia" atribuida a uno de los padres es exactamente lo mismo que atribuir el "ejercicio" de la patria potestad (art. 156 CC). De hecho, el art. 92 CC, después de referirse en su párrafo 2.º a la posibilidad de privación de la patria potestad en el mismo proceso matrimonial, admite que se acuerde asignar "el ejercicio" de la misma a uno de ellos [35].

---

[35] Es cierto que la norma habla de que "podrá también acordarse (...) que la patria potestad sea ejercida **total o parcialmente** por uno de los cónyuges...", generándose en la doctrina la duda acerca de qué significa "ejercicio total" y qué "ejercicio parcial" de la patria potestad. En nuestra opinión, la expresión no tiene excesiva relevancia, y simplemente sirve para indicar **al juez** que tiene un amplio margen para decidir la fórmula más conveniente para los intereses del menor, adaptada a las circunstancias de cada caso. Téngase en cuenta que en alguna ocasión se ha planteado ante los Tribunales la posibilidad de compartir ambos padres la guarda y custodia del hijo de manera fragmentada en el tiempo (media semana cada uno, medio año...).

Frente a estas dos figuras, la **privación parcial** de la patria potestad, acogida por el texto del art. 170 CC, comprende otros supuestos muy distintos de los anteriores. Aun cuando se trata de un recurso legal escasamente utilizado por los Tribunales, con la privación parcial se otorga a la autoridad judicial, cuando considere excesivo despojar al progenitor de todos sus atributos ante el concreto tipo de incumplimiento producido, la posibilidad de desposeerle sólo de algunos de ellos. Dentro de las diferentes posibilidades, la que nos interesa —y sin duda la más frecuente— será la relativa a la privación de las facultades de índole personal (guarda, educación y formación).

Pues bien, poco se puede decir sobre la privación parcial que no se haya dicho ya sobre la privación total. Entendemos que, al tener un mismo encaje legal, debe otorgársele un mismo régimen jurídico, por lo que habrá que considerarla como una medida **sancionadora,** que participará de las mismas características que la privación total (carácter restrictivo y tasado de las causas, aplicación del principio de presunción de inocencia, exigencia de conducta imputable, resolución judicial que la declare con las suficientes garantías para los progenitores, etc.). No hay razón para darle un tratamiento diferenciado, más flexible si se quiere, a los casos de privación parcial que a los de privación total.

Esto nos lleva a plantear finalmente la diferenciación entre la privación parcial de la patria potestad y la figura de la "suspensión" de la patria potestad.

Es sabido que la suspensión desapareció de nuestra legislación civil con la reforma de 1981, aunque la gran mayoría de la doctrina, y la jurisprudencia, han seguido manteniendo su vigencia a pesar de no aparecer ni descrita, ni siquiera nombrada, en precepto civil alguno (hasta la Ley del Menor de 1996, que la reintrodujo en el campo concreto del desamparo y sus efectos) (36).

La confusión doctrinal y jurisprudencial ha sido, sin embargo, enorme en este campo, y merece una recomposición. Por lo pronto es usual encontrar sentencias en las que se alude a la "suspensión" de la patria potestad, para referirse a casos de privación temporal (total o parcial) de las funciones paternas, con posibilidad de recuperación o restablecimiento. Estas decisiones olvidan que la privación total o parcial de la patria potestad es en todo caso provisional, en tanto el propio art. 170.2 CC admite, sin restricciones, la recuperación de la misma.

Pero siendo claramente inexactas estas apreciaciones, tenemos que llegar a la conclusión inexorable de que la figura de la "suspensión" no tiene ya encaje en el art. 170 CC, por no existir campo libre para su operatividad, fuera de los

---

(36) Vid. por todos ALBACAR/MARTÍN GRANIZO, *Comentarios al Código Civil,* tomo I, Madrid, 1991, pág. 1045-1046, quienes se apoyan en el argumento textual pero poco sólido del art. 243 CC.

casos de privación total o de privación parcial, siempre —como regla— provisionales, y susceptibles de desaparecer.

Si por suspensión se entiende una privación de funciones paternas por un lapso de tiempo, con carácter temporal, automáticamente sería identificable con la privación total. Si se trata de una medida judicial de privación, también temporal, de sólo algunas funciones paternas —básicamente, las de guarda y custodia— el supuesto encajaría dentro del concepto de privación parcial (siempre temporal).

Ahora bien, si por suspensión se entiende aquellas hipótesis en que se solicita del juez que se despoje a uno de los progenitores la guarda del menor para atribuirla al otro, o a un tercero, por considerarse que ello repercutirá beneficiosamente en el hijo, entonces estaremos en la órbita de lo que antes hemos denominado "atribución del ejercicio" de la patria potestad, o en sentido negativo, privación del ejercicio, y ello podría tener su base legal en el citado artículo 156 CC, y su cauce procedimental en el artículo 158 CC. Pero entonces los presupuestos para la adopción de esa medida no podrán parangonarse con la privación total o parcial de la patria potestad, en cuanto que la finalidad de la misma será la de proporcionar al menor el guardador más idóneo, entre los varios posibles (los dos progenitores o un tercero), sin que ello implique sanción de ningún tipo, ni repercusión en la titularidad de la patria potestad. El padre o padres excluidos de esa guarda sobre el menor **conservarán intactas todas sus facultades paternas,** al menos las fundamentales en relación a la vida, alimentación y educación del hijo, perdiendo sólo el control cotidiano y rutinario sobre éste, al no haber sido objeto de un procedimiento típicamente sancionador como sería la privación de la patria potestad *ex* art. 170 CC.

Este posible sentido del término "suspensión" es el que, con seguridad y plena corrección, podría haber empleado el art. 172.1 CC cuando ha reitroducido el término "suspensión de la patria potestad" como efecto subsiguiente a la declaración administrativa de desamparo. Sin embargo, no lo ha hecho así, y, como se verá más abajo, ha generado un grave problema jurídico difícil de resolver.

V. LA RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

Otro de los asuntos poco estudiados por la doctrina, además de muy escasamente tratado en la jurisprudencia, es el de la recuperación de la patria potestad. Resulta verdaderamente difícil encontrar en el elenco de sentencias del Tribunal Supremo o de las Audiencias Provinciales alguna aportación novedosa o complementadora de lo que dispone el art. 170.2 CC. Prácticamente se limitan a

reproducir el art. 170 CC, o añadir algunas afirmaciones dudosas, cuya relevancia resulta ser nula, al constituir casi siempre meros *obiter dicta* (37).

La norma del art. 170.2 fija como pauta para que el juez decida la recuperación el que "hubiere cesado la causa que motivó la privación". Por tanto, y en teoría, parece que cualquier causa generadora de la privación, esto es, cualquier tipo de incumplimiento de deberes paternos, en tanto se produzca su cese, puede dar paso a un restablecimiento a la situación de origen.

Sin embargo, no siempre va a ser así. La norma remite, a nuestro juicio, a aquellas situaciones de incumplimiento que resulten reversibles, que permitan una vuelta al estado originario de relaciones entre padre e hijo. Pudiera suceder, y a veces se comprueba en algunas sentencias, que la causa de la privación fue de tal gravedad, y con efectos tan traumáticos (piénsese en casos de lesiones al menor, o violación), que la vía de la recuperación quede en la práctica cegada.

Ahora bien, con independencia de estas situaciones excepcionales, no se puede perder de vista un dato que no siempre se tiene en consideración. A saber, que la recuperación de la patria potestad **no tiene por qué implicar un restablecimiento de la convivencia** entre el padre y el hijo, ni la recuperación de la potestad de guarda y custodia. Recuperar la patria potestad significa que el padre previamente privado recobra su poder de control sobre el menor, y en teoría también el derecho de convivir con él y custodiarle. Pero nada impide que no sea así, y que se acuerde —lo que con frecuencia sucede en otros ámbitos, como el de las situaciones de riesgo, desamparo o cesación del acogimiento de menores— una progresiva reanudación de las relaciones, comenzando por la asignación de un derecho de visita, en domicilio privado o en centro de acogida, evolucionando finalmente hacia otras fórmulas de convivencia más intensas.

Es cierto que la propia norma ordena a los Tribunales acordar la recuperación cuando vaya "en beneficio e interés del hijo", de modo que estos supuestos en ningún caso permitirán la recuperación, por cuanto nunca en ellos habrá ese "beneficio" del menor.

Ahora bien, la remisión a la pauta genérica del "beneficio e interés del menor" no constituye, en nuestra opinión, el punto de referencia para resolver sobre la recuperación. La Ley no creemos que conceda al juez un arbitrio tan absoluto. Para decidir la recuperación, la norma (art. 170) marca un único criterio: el cese de la causa que motivó la privación, es decir, el cese en la actitud de incumplimiento, en tanto en cuanto resulte seria, continuada y además suficientemente contrastada. La alusión al interés del menor no es el criterio que debe tenerse en cuenta para decidir sobre la recuperación. Ese interés

(37) Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, ob. cit., pág. 153 ss.

tendrá valor quizás como medida de cierre u objeción a la recuperación, como límite al criterio general de cese del incumplimiento de los deberes paternos. Por tanto, sólo cuando el menor, no sólo no se beneficie, sino que salga claramente perjudicado con esa recuperación, podría denegarse la recuperación, aun concurriendo causa para ello.

Pero automáticamente esto nos lleva precisamente a conectar las dos ideas anteriores, y nos pone sobre la pista del verdadero sentido que debe tener esa máxima del "beneficio o interés del menor". El legislador está seguramente pensando, al referirse al "beneficio e interés del hijo", en que la recuperación traiga consigo **la reanudación de la convivencia** entre padre e hijo, y es entonces cuando va a tener relevancia el interés del menor. Sólo si esa convivencia va a traerle beneficios al menor, o al menos no le resulte traumática, se acordará la recuperación (con asignación de la guarda y custodia). De otro modo, esto es, no siendo provechosa esa convivencia, el juez podría, no obstante, seguir tomando la decisión de la recuperación, dada la natural temporalidad de la sanción que supone la privación de la patria potestad, pero acaso mantendría la guarda tal como estaba, y acordaría, en su caso, un régimen de visitas del progenitor, u otra fórmula de adaptación progresiva.

En definitiva, como se ha venido sosteniendo a lo largo de este trabajo, la privación, conservación o recuperación de la titularidad de la patria potestad juegan de acuerdo con unas pautas que no son estrictamente las del beneficio del hijo, sino con los específicos criterios legales del incumplimiento de los deberes paternos, o el cese en su incumplimiento (y aquí además la seguridad de las intenciones de ocuparse de él en el futuro). Donde sí jugará decisivamente ese interés del menor, y de forma abierta, será a la hora de resolver, en cada caso y momento, con quién va a convivir el menor, quién ostentará el poder ordinario de guarda y custodia.

VI. EL DESAMPARO DEL MENOR: PRINCIPIOS RECTORES Y ASPECTOS BÁSICOS DE SU REGULACIÓN. LA CORRELACIÓN CON LAS SITUACIONES DE RIESGO

Pocos temas han sido objeto de estudio jurídico en los últimos años como el del desamparo del art. 172 CC, y la problemática que rodea a su declaración y efectos. Los asuntos discutidos han sido de diversa índole, empezando por los presupuestos y la vía empleada para proceder a su declaración (vía administrativa, frente a la judicial), siguiendo por las garantías de que deberían gozar los progenitores a la hora de serles retirada la custodia de sus hijos, y terminando por los efectos derivados de la declaración de desamparo.

1. La pautas o criterios legales para resolver las situaciones de desasistencia de menores.

Hay pocas máximas de experiencia que se puedan utilizar para resolver los problemas de desasistencia de menores, dado lo delicado de las situaciones, la diversidad de casos y la gravedad de cualquier decisión, sea en el sentido que sea. Seguramente hay dos en las que convendrán toda la doctrina y los expertos ajenos al Derecho, y que además encuentran un adecuado refrendo legal en la normativa vigente:

a) La introducción del menor en centros masificados y en donde se generen relaciones plurales entre éste y educadores o profesionales, es **el último recurso posible** (38).

Este criterio, sin embargo, fue deformado legalmente tras la Ley de Adopción de 1987. Nuestra legislación anterior a esta Ley era ya suficientemente clara a este respecto, ya que, por ejemplo, la reforma del Código Civil de 1981 mantuvo (arts. 92 y 103 CC), respecto de situaciones de crisis matrimonial, que el recurso a institución idónea constituye la última alternativa, debiendo pasar la decisión judicial primero por la asignación del menor a uno de sus padres —el mejor preparado— o en segundo lugar a tercera persona (normalmente, familiar o allegado con que se pudiera sentir bien el menor); pautas éstas que no fueron alteradas por la Ley de Tutela de 1983. Pero la Ley de Adopción del 87 provocó un vuelco radical en esa mentalidad, al propiciar la protección de menores a través de las declaraciones de desamparo, que automáticamente llevaban a aquéllos a centros públicos, en general bien atendidos pero muy masificados, en donde desaparecía inevitablemente el afecto individualizado y personalizado que todo menor necesita.

Por fortuna, la situación ha cambiado —aunque sólo en parte— con la Ley Orgánica del Menor de 1996. Esta Ley ha establecido, seguramente en desarrollo del principio general de "mantenimiento del menor en el seno de su propia familia", al que ahora nos referiremos, que en casos de desamparo, o en general en situaciones de riesgo, el menor debe permanecer bajo la guarda y custodia de su otro progenitor, si aquel con quien convivía no prestó la asistencia precisa, o

---

(38) Sobre las desventajas complementarias para el menor que conlleva su internamiento en instituciones, vid. a título de ejemplo *Informe al Parlamento del Defensor del Pueblo Andaluz,* julio 1999, pág. 182, donde se habla de la reacción negativa por la separación de su medio, y de la existencia de múltiples intervinientes en el cuidado del menor, cada uno con sus propios criterios educativos, como principales inconvenientes.

bajo la de algún otro miembro de su familia, en calidad de tutor [39]. Se adopta, pues, el mecanismo tutelar —tutela individual y personal, no institucional— como alternativa a un incumplimiento (imputable o no) de los deberes paternos.

Sin embargo, las autoridades administrativas aún muestran un gran desconcierto acerca de los criterios que deben seguir en las situaciones de desasistencia de menores.

b) La nueva Ley del Menor ha marcado, junto al anterior, un criterio claro, de carácter legal, y dirigido a los poderes públicos, sean judiciales o administrativos, sobre el destino del menor en situaciones de gravedad: **el mantenimiento en la familia de origen,** o lo que es lo mismo, el mantenimiento del *status quo* del menor [art. 11.2 letra b) de la Ley del Menor]: los cambios de residencia o de titulares de la guarda suelen ocasionar problemas psicológicos graves al menor, salvo que (además de los casos de malos tratos o inviabilidad absoluta del mantenimiento) se trate de menores de cierta edad y sobre todo madurez (menores mayores). Téngase en cuenta que ahora ya se habla de "mantenimiento", y no ya de "reinserción" (después de haber estado bajo la custodia de terceros acogedores), como hacía originariamente la reforma de 1987 sobre Adopción [40].

2. Las llamadas situaciones de riesgo como alternativa a la declaración de desamparo.

El novedoso artículo 17 de la Ley Orgánica del Menor ha introducido el concepto de "situaciones de riesgo", matizando y reduciendo la amplitud de casos incluibles hasta entonces en el otro concepto de "desamparo". Ahora nos hallamos —al menos así se desprende de una primera lectura de la norma— ante situaciones de teórica menor gravedad, en las que quedará constancia de un peligro actual o inminente en el desarrollo personal o social del menor, y en donde la intervención de los poderes públicos se dirigirá a asegurar el pleno disfrute de los derechos del menor apoyando a la familia en los términos que corresponda.

Escaso ha sido el aporte doctrinal al esclarecimiento de esta figura, seguramente decisiva en los próximos años, y lo que se ha defendido sólo ha contri-

---

[39] Vid. sobre el tema la interesante STC 25 de noviembre de 1996, comentada por BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo..., cit.,* pág. 150, nota núm. 333.

[40] Aunque todavía el art. 172.4 CC sigue manteniendo la redacción originaria de que "...se procurará (...) su **reinserción** en la propia familia".

buido a confundir, más que a aclarar. Así, por ejemplo, se ha dicho (41) que la intervención pública en situaciones de riesgo constituye una "forma de ejercicio atípica de la guarda asistencial", y remite al art. 172.2 CC, regulador de la llamada "guarda de entes públicos". A nuestro juicio, no son en modo alguno equiparables ambas figuras jurídicas, ni en sus presupuestos (en la guarda de entes públicos hay una solicitud paterna por imposibilidad; en los casos de riesgo, es absolutamente innecesario: es más, lo habitual va a ser la iniciativa unilateral del organismo público asistencial) ni en sus efectos (en la guarda del art. 172.2 CC se asume la guarda y custodia del menor por el ente público, mientras en supuestos de riesgo el menor no sale del entorno familiar (42)).

En teoría, pues, el legislador ha pretendido afinar y discernir entre dos grupos de situaciones, unas más graves y otras menos graves (desamparo y riesgo), atribuyendo distinto tratamiento legal a unas y a otras.

Sin embargo, somos de la opinión de que la inclusión de las situaciones de riesgo constituye la manifestación más patente del fracaso de la fórmula unitaria (desamparo como única solución a los casos de desprotección de menores) creada por la Ley de Adopción de 1987. El resultado de la citada Ley ha sido, a la postre, la introducción en centros asistenciales masificados de un número elevadísimo de menores, que finalmente, por su edad y otras circunstancias probablemente, ni siquiera han podido ser dados en acogimiento familiar, permaneciendo largos períodos de tiempo en dichos centros, con grave detrimento para su afectividad y sus vínculos sociales. Por lo tanto, no es ilógico considerar que las actuaciones en situaciones de riesgo se superpongan de hecho a las propias de desamparo, concediéndose a las administraciones públicas competentes un abanico de opciones hasta entonces cerrado y limitado a la declaración de desamparo (43).

En consecuencia, las llamadas situaciones de riesgo se van a erigir en una interesante alternativa a las declaraciones de desamparo, utilizables, si no en todos, sí en un número muy abultado de los supuestos en que teóricamente

---

(41) IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial, tutela* ex lege *y acogimiento de menores,* Barcelona, 1996, pág. 398-400.

(42) Así lo reconoce la propia Exposición de Motivos de la Ley 1/1996, Orgánica de Protección del Menor, al decir que en estos casos "...la citada intervención se limita a intentar eliminar, **dentro de la institución familiar,** los factores de riesgo..." (subrayado nuestro).

(43) Todo ello sin olvidar el importante componente económico que subyace a la introducción de la figura del "riesgo", en cuanto que puede ser preferible, por su menor coste económico, mantener al menor en su ambiente y proporcionar a su familia un apoyo económico, normalmente coyuntural, que asumir la tutela de una serie de menores que casi seguro durará, en casi todos los casos, hasta su mayoría de edad.

procedería el desamparo. Así sucederá en supuestos de carencias económicas, y en cualesquiera otros en que se acredite alguna carencia de orden personal (absentismo escolar, falta de higiene del menor, necesidad de apoyo material o personal...), educativo o afectivo, que pueda ser objeto de corrección o encauzamiento en el seno de la propia familia, entendida ésta en sentido amplio, no limitada a los solos progenitores, tal como vimos más arriba. Sólo en circunstancias que conlleven una irreversibilidad de la desasistencia se habrá de optar por declarar el desamparo, aunque en tales casos lo sensato será instar inmediatamente la privación de la patria potestad, porque habrá seguramente una coincidencia de presupuestos. Las situaciones de riesgo no se pueden considerar como una fase o estadio previo al desamparo, sino que compartirán con éste sus mismos presupuestos de hecho.

Desgraciadamente, hasta la fecha, el uso por la Administración y el tratamiento por los Tribunales de los supuestos de riesgo de menores ha sido escasísimo. Tan sólo cabe citar hasta la fecha una sentencia de la AP Álava de 25 de enero de 1999 (44), donde se analizan comparativamente los casos de "riesgo" y de "desamparo", en una hipótesis en la que a nuestro juicio era preferible la adopción de medidas de apoyo más que de extracción del menor de su entorno, pero en donde el Tribunal se decide finalmente por la opción del desamparo. Esto demuestra que, por el momento, ni las distintas Administraciones, ni tan siquiera los Tribunales, han tomado plena consciencia de la figura que se acaba de introducir en nuestro Ordenamiento, y que tan esperanzadora resulta.

3. El desamparo como medida excepcional. Los problemas jurídicos derivados de la declaración de desamparo.

Aun cuando son muchos los aspectos de la regulación legal de desamparo que pueden ser objeto de comentario, nos centraremos sólo en algunos de ellos. No obstante, sí que conviene anotar algunos datos que no siempre son tomados en consideración.

Por lo pronto, es necesario no perder de vista cuál es la verdadera *ratio* subyacente a esta institución. A nuestro juicio, el desamparo procede como una fórmula de **intervención rápida** de la Administración, para prestar asistencia a un menor carente de ella (45). Para eso surgió el desamparo como figura separada y teóricamente independiente de la adopción y del procedimiento adopcional: habiendo menores desasistidos, los poderes públicos estarán obligados, en

(44) Cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, *La privación..., cit.,* pág. 65-66.

(45) Cfr. BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo..., cit.,* pág. 127.

defensa de los intereses de aquéllos, a proporcionar esa asistencia, con independencia de la actitud intencionada o no de los padres o tutores.

Precisamente por eso, el art. 172 CC insiste en que el desamparo exige como efecto necesario una falta de asistencia moral o material, sea cual sea la conducta de los padres. Es, pues, indiferente la concurrencia o no en éstos de un comportamiento imputable o inimputable (46). Dándose "de hecho" ese efecto o consecuencia de la falta de asistencia, la Administración puede intervenir tomando esa medida radical de declarar el desamparo del menor. No hay, por tanto, debajo de esta figura en modo alguno una medida de orden sancionador, como sucede con la privación total o parcial de la patria potestad. Al menos, esa debería haber sido su teórica filosofía subyacente, justamente porque es un modo de prestar asistencia inmediata al menor. La privación de la patria potestad se produciría al margen del desamparo, una vez comprobada la conducta reprochable de los progenitores, y decidida, en su caso, la pretensión de solicitar judicialmente esa sanción.

Pero precisamente porque, en principio, la declaración de desamparo busca cubrir de forma inmediata lo que los padres o tutores no han querido o no han podido prestar —es indiferente lo uno o lo otro—, el desamparo resultará **improcedente si de hecho no se carece de asistencia** (moral y material). Este es un dato del que con frecuencia se olvidan nuestros Tribunales. La improcedencia del desamparo será patente si el menor está asistido, aunque no sea por sus padres. Puede que lo esté por otros parientes, señaladamente abuelos o tíos, y entonces no corresponderá el desamparo. Otra cosa es que sea posible la privación de la patria potestad, pero entonces habrá que probar la conducta imputable del o de los progenitores.

Junto a estos aspectos hay, sin embargo, otros dos que nos causan perplejidad en la regulación del desamparo (y subsiguiente asunción de la tutela automática por los entes públicos correspondientes), sobre los que ahora vamos a incidir, y que guardan una estrecha relación con los temas hasta ahora tratados en este trabajo.

El primero concierne a la participación del menor en la declaración de desamparo. Ya sabemos que la Ley del Menor de 1996 ha introducido una modificación sustancial en la regulación del desamparo, y ha sido la de establecer como efecto de la declaración administrativa de desamparo "la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria", quedando a los padres las facultades de administración y representación del menor en cuanto actúen de modo beneficioso para éste. Esa declaración de desamparo va a conllevar la introducción del menor en un centro público, como mínimo de forma transitoria (acogi-

(46) En contra, IGLESIAS REDONDO, *Guarda asistencial..., cit.,* pág. 177.

miento residencial), hasta que se proceda, si es posible, a un acogimiento familiar (art. 172.3 CC). Pues bien, resulta inconcebible que, en los casos en que el menor disfrute ya de madurez suficiente, y más en concreto tenga doce años cumplidos, no se tomen en consideración ninguna sus deseos o aspiraciones de convivencia en este ámbito. Por ese motivo, dado que nos encontramos ante una decisión ciertamente administrativa, pero de índole y con efectos civiles, creemos defendible que el menor con doce años ya cumplidos pueda decidir —y eso significa también **vetar**— su propio internamiento en un centro masificado. No es en modo alguno razonable que un internamiento de esta naturaleza pueda ser decidido unilateralmente por la entidad pública. Es mucho más sensato, siguiendo el espíritu vigente de nuestra normativa civil sobre menores, no ya un simple trámite de audiencia previa, sino reconocer específicamente a esos menores la facultad de decidir la situación que más les convenga en orden a su convivencia. Lo contrario supondría un atentado a los derechos del menor y una negación injustificada de su capacidad de obrar [47].

El segundo aspecto del tratamiento del desamparo al que queremos aludir es el relativo al procedimiento de declaración. Es llamativo que el legislador, siendo consciente de los problemas que se han venido planteando en la aplicación práctica de esta figura, haya prescindido de todo tipo de trámites previos que aseguren una correcta decisión, básicamente se omite cualquier trámite de audiencia o de alegaciones por los progenitores, así como del propio menor, como ya se ha comprobado. Estos trámites se sustituyen por una simple notificación *a posteriori* en la que, "siempre que sea posible", se les informe de las causas que han dado lugar a la intervención administrativa.

Es cierto que la nueva redacción dada al art. 172.1 CC resuelve la duda sobre si es o no precisa una declaración judicial declarando el desamparo, tesis que en otro momento defendimos con base en la redacción de 1987 [48]: hoy no hay ninguna duda de que tal intervención judicial no es precisa, bastando la resolución administrativa de la entidad correspondiente.

---

[47] Quizás aquí sí que tendría un cierto valor esa declaración un tanto retórica e incoherente, del art. 2 de la Ley Orgánica del Menor, cuando afirma: "Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva". A pesar de la opinión de ilustres juristas, como GULLÓN BALLESTEROS, "Sobre la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor", *La Ley,* 1996-1, pág. 1690-1693, acerca de la inutilidad de este artículo y de otros contenidos en el articulado de dicha Ley, y con quien coincidimos en lo sustancial, éste que anunciamos podría ser un caso en donde la norma puede y debe ser interpretada en términos de exigencia de una participación decisoria del menor en la declaración de su desamparo, y las consecuencias a ella anejas.

[48] RUIZ-RICO RUIZ, "La tutela 'ex lege', la guarda y el acogimiento de menores", *Actualidad Civil,* núms. 2 y 3, 1988, págs. 57-83 y 137-160.

La Ley del Menor de 1996 ha pretendido salvar el grave obstáculo que suponía la redacción otorgada por la Ley de Adopción de 1987, en cuanto que, al atribuir *ope legis* la tutela (tutela ordinaria) al ente público, automáticamente ello implicaba una privación de la patria potestad del o de los progenitores, sin participación judicial, tal como exigía —exige— el art. 170 CC, incurriendo, pues, en flagrante contradicción. La forma de salvar ese escollo ha sido estableciendo que no hay privación, sino **suspensión de la patria potestad:** los padres conservan la titularidad, pero parte de sus atribuciones son asignadas al ente público, en concreto las de índole personal (convivencia, vigilancia, educación y formación...).

Pero hemos de señalar que el legislador de nuevo se ha equivocado. En primer lugar, porque, como más arriba se comprobó, la "suspensión de la patria potestad" es una figura inexistente en nuestro Ordenamiento jurídico, tras las diversas reformas legislativas. Y en todo caso, si se quiere conceder ese nombre a aquellas situaciones en las que uno o los dos progenitores se ven privados de sólo algunas, no todas, de sus funciones, con carácter temporal, hasta que se produzca, en su caso, la reinserción en la propia familia (art. 172.4 CC), no podemos olvidar que eso no es otra cosa que una **privación parcial de la patria potestad.**

Por desgracia, no hay en modo alguno en la regulación de los efectos del desamparo, como sin embargo hubiera sido razonable, una medida de mera asunción de funciones de guarda y custodia del menor para cubrir sus carencias de hecho. Esto es, no hay una fórmula como la de la asunción por el ente público del mero "ejercicio" de la patria potestad (en sus aspectos personales sólo), o si se quiere de la sola "guarda y custodia" a que aludimos más arriba, que hubiera permitido al progenitor o progenitores, como sería lógico, conservar su titularidad paterna, con todas sus facultades activas, en orden a las decisiones fundamentales. Al menos, mientras no se hubiese procedido a solicitar judicialmente la privación de la patria potestad por alguna causa imputable.

Automáticamente, esta idea nos conduce a la siguiente conclusión: si para el legislador viene a ser lo mismo —y lo es porque no hay diferencia alguna en su régimen jurídico— "suspensión de la patria postestad" (art. 172.1, párr. 3.º CC) que privación parcial de la misma (cuando ésta implica asignación plena y efectiva de los poderes de guarda y custodia, así como de los de educación y formación, al otro, o a un tercero), **el tratamiento legal debería ser también idéntico.** En concreto, el efecto de suspensión de la patria potestad que el desamparo trae consigo **debería ser una vez más objeto de una sentencia judicial,** aplicando el mismo e idéntico régimen **sancionador,** con todas sus características, que en su momento se vio respecto de la privación total o parcial *ex* art. 170 CC.

No vale a estos efectos la idea, esgrimida por algún autor, de considerar que la "suspensión" de que habla el art. 172.1 *in fine* del Código Civil es asimilable a la que se prevé en el art. 156.5 CC, en cuanto privación del ejercicio. Como ya se propuso más arriba, no es equiparable a los casos de desamparo la situación del menor en casos de crisis familiar, en donde su guarda es por la fuerza de los hechos asignada a uno de los progenitores, sin que haya un motivo de sanción o castigo al otro, sino la simple comprobación de con cuál de ellos es preferible que conviva el menor. Dándose los presupuestos para declarar el desamparo, es decir, habiendo un imposible o inadecuado ejercicio de los deberes paternos, generador de hecho de una falta de asistencia moral o material, la medida resulta mucho más drástica y de orden sancionador, por lo que debería intervenir la autoridad judicial, no bastando una decisión administrativa para privar de manera efectiva y plena a los padres de buena parte de sus funciones paternas (49).

En cuanto a la solución del control judicial posterior sobre la procedencia del desamparo, de poco servirá que se haya previsto en la normativa procesal (arts. 748.6.º y 753 LEC) la revisión judicial, por el juez civil, de la procedencia o no del desamparo. No sólo porque, en cierto modo, el funcionamiento de ese procedimiento juega de hecho en contra de los progenitores, en cuanto se les fuerza a demostrar la improcedencia de la decisión administrativa, cuando debería ser al revés, acreditar por parte de la entidad pública que hubo motivos fundados para declarar el desamparo (50), y que no se pudo adoptar otra medida asistencial diferente, dada la absoluta subsidiariedad y la condición de "último remedio" de la declaración de desamparo, tal como más arriba se vio. Además de por lo anterior, la revisión judicial ulterior ocasiona un efecto absolutamente perverso conocido en la práctica judicial, a saber: que el tiempo juega en contra de los padres reclamantes, de modo que es demasiado habitual que, tras los respectivos trámites judiciales, demoras, recursos de apelación, etc., el Tribunal

---

(49) Ni siquiera prevé la ley, a la vista de la situación creada a los padres al verse excluidos plenamente de sus funciones asistenciales y educativas, una medida suavizadora mientras se dilucida el más que probable pleito sobre la procedencia o no de privarles de su titularidad *ex* art. 170 CC o sobre la impugnación judicial del desamparo, como podría ser la concesión de un "derecho de visita" o relación con los hijos, por si finalmente se declarara improcedente el desamparo y hubiera que restituir al menor a su ambiente originario.

(50) Incluso algún autor, como BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *El desamparo..., cit.,* págs. 131 y 142, admite abiertamente y con cierta ingenuidad que en estos procedimientos de impugnación judicial *a posteriori* de la declaración de desamparo se produce una inversión de la carga de la prueba, en cuanto se obliga a los padres a probar que dicha situación de desasistencia no se produjo por culpa suya y que no existe causa de suspensión de la patria potestad.

acabe optando por mantener al menor en el ambiente ya creado (generalmente, una familia acogedora) antes de ocasionarle nuevos transtornos haciendo que regrese a la familia de origen. Se llega así a un estado en el que **no existen posibilidades reales de defensa jurídica** de su derecho, y se acaba por infringir el objetivo último que la ley persigue, el reingreso en la familia de origen, cuando hayan cesado las causas que obstaculizaban el restablecimiento de la convivencia.

RELACIÓN MATRIMONIAL Y DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES TELEFÓNICAS

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

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

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA.
II. DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS CÓNYUGES E INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES MATRIMONIALES.
III. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

La relación matrimonial origina una serie de deberes u obligaciones en los componentes de la pareja. A veces, esas obligaciones parece que chocan, frontalmente, con los derechos de los esposos. Quizás, uno de los derechos más afectados sea el derecho a la intimidad, derecho fundamental, constitucionalmente reconocido, garantizado y protegido en la Norma Constitucional en el artículo 18.

Uno de los temas que pueden plantearse —y de hecho, se plantean en la práctica forense— tiene que ver con una faceta o aspecto de este derecho a la intimidad: El secreto de las comunicaciones telefónicas (o de cualquier otra índole, sea epistolar, telegráfica, etc.). En este sentido, pueden, efectivamente, presentarse problemas que el Ordenamiento Jurídico-Civil ha de afrontar y, con ello, el intérprete de la legislación ha de ofrecer soluciones.

En el tema que voy a analizar, se planteó la cuestión de si el incumplimiento de obligaciones matrimoniales implicaba la admisión de conductas delictivas. Es esta problemática la que entro a examinar a continuación.

II. DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS CÓNYUGES E INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES MATRIMONIALES

La cuestión que voy a analizar se reconduce a una Sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo, en fecha 7 de mayo de 2001, cuyos Antecedentes paso a considerar.

El Juzgado de Instrucción número 3 de Alcobendas incoó diligencias previas contra Pedro S.L. y, una vez conclusas, las remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, que, con fecha 18 de marzo de 1999, dictó Sentencia, conteniendo una serie de hechos probados: El acusado Pedro S.L., mayor de edad y sin antecedentes penales, instaló un mecanismo para interceptar y grabar conversaciones telefónicas en el aparato situado en el dormitorio del domicilio conyugal, con objeto de comprobar si su esposa, María Elena M.A., le era infiel. De este modo, logró grabar las conversaciones mantenidas por su esposa con la madre de ésta, con una amiga, María Paz C.G., y con Carlos D.R. A estos dos últimos les hizo oír fragmentos de dichas conversaciones grabadas, con el fin de demostrarles que, al igual que ellos, conocía las infidelidades de su esposa. En idéntico sentido y con igual finalidad, el acusado participó a su Médico Psiquiatra parte del contenido de las cintas magnetofónicas, las cuales iban referidas a citas de Elena con conocidos suyos. En el proceso penal, la esposa del acusado renunció a cualquier indemnización que pudiera corresponderle.

La Audiencia condenó al acusado como autor responsable de un delito de descubrimiento de secretos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, a la pena de un año de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de doce meses y pago de las costas procesales.

El acusado recurrió la Sentencia por infracción de ley e infracción de precepto constitucional. Por infracción de ley, en cuanto se alegó que la Sentencia recurrida había cometido error de Derecho, al calificar los hechos enjuiciados como constitutivos de un delito de descubrimiento de secretos. También se alegó infracción de ley al haberse apreciado en la prueba error de hecho, al desestimar el Tribunal la concurrencia de la eximente de error de prohibición, entendiendo que estaban totalmente huérfanas de prueba las manifestaciones del acusado de que "consultó con un abogado quien le indicó que las grabaciones en el propio teléfono no constituían un ilícito, que era importante tener pruebas para la separación y le aconsejó contratar un detective privado". Asimismo, alegó el acusado infracción del artículo 24 de la Constitución, al haberse vulnerado su derecho a la presunción de inocencia.

Si me detengo en los Fundamentos de Derecho, muy interesantes, es porque son reveladores de hasta qué punto la conducta del esposo, Pedro S.L., traspasó los límites propios de la relación conyugal. En este sentido, es muy

esclarecedor el primer motivo que el recurrente había formulado por el cauce del error de Derecho del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim, en adelante), denunciando infracción de ley por indebida aplicación a los hechos probados del artículo 197.1 del Código Penal: "El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses (apartado 1).

El esposo, Pedro S.L., alegó, como fundamento medular del reproche, la ausencia del elemento subjetivo del tipo, esto es, el propósito de descubrir secretos o vulnerar la intimidad de otro —de su esposa, en el presente supuesto—. Como argumento básico que fundamenta la censura casacional, alegó el recurrente que, en el caso que se debatía, no se había lesionado el derecho a la intimidad de su esposa, porque, según razonaba, el derecho a la intimidad que el artículo 18 de la Constitución ampara tiene una doble dimensión: Personal y familiar, y aquí estaríamos ante la dimensión familiar de ese derecho, ya que, siempre a juicio del recurrente, "los hechos imputados afectan única y exclusivamente a una familia".

Partiendo de esta idea, que, desde mi punto de vista, es correcta, ya que, efectivamente, el asunto debatido estaba referido al derecho a la intimidad familiar, no hay que olvidar que las dos facetas o aspectos de este fundamental derecho —la personal y la familiar— son, en muchas ocasiones, difíciles de deslindar o delimitar la una de la otra. Interpretar, por tanto, qué cuestión, asunto o conducta pertenece al ámbito de la intimidad personal y cuál al ámbito de la familiar no es siempre una tarea fácil, sobre todo teniendo en cuenta la relación conyugal subyacente.

Fundamentado el esposo en esas ideas previas, recuerda, asimismo, que el deber que a los cónyuges impone el artículo 68 del Código Civil de guardarse fidelidad —que es un deber jurídico, recordemos, y no ético o moral, como se ha dicho en algunos sectores doctrinales—, y que la infidelidad no forma parte de la intimidad de un cónyuge frente al otro: "...por libre voluntad de las partes, el contrato matrimonial deja fuera del derecho fundamental a la intimidad personal el ámbito que afecta al derecho-obligación de fidelidad", "el derecho a la intimidad no es personal, sino familiar, de ambos cónyuges frente a terceros, pero no de uno frente a otro...".

De lo expuesto cabe concluir, tal como hizo el esposo, que no había, en el caso enjuiciado, bien jurídico protegido, ya que la conducta del acusado se había proyectado en el ámbito de la obligación de fidelidad matrimonial.

A mi juicio, la fundamentación del recurrente se asentaba sobre afirmaciones erróneas e inaceptables en la actualidad. Hay que partir, en primer lugar, de considerar el derecho a la intimidad como un derecho fundamental, y que no se pierde o se extingue por el hecho de que una persona esté casada. El estado civil, aquí, es indiferente a ese respecto. Hay, en el concepto de intimidad, una idea clara de exclusión de la comunicación total, del conocimiento o de la intervención de los terceros —no se hace distinción si ese tercero es el esposo o esposa de la persona afectada, por lo que habría que reseñar que "donde la Ley no distingue, nosotros no debemos distinguir"—, si bien es lógico apuntar que algunas personas, como el esposo, por razones especiales de convivencia, están llamadas a participar, de alguna manera, en el ámbito de la vida reservada o privada. Esto no quiere decir que la Ley imponga la obligación de esa participación, de ese compartir con el otro, sino que, en buena medida, son los propios usos sociales, así como la idea de la convivencia marital, íntima, la que invita a pensar en ese compartir de un esposo con el otro.

A pesar de ello, es importante que toda persona conserve una esfera de libertad, de autonomía y de intimidad, de modo que pueda defenderse, así, de las intromisiones de sus semejantes. Visto desde una perspectiva negativa, tal como hace años tuve oportunidad de exponer (1), el derecho a la intimidad sustrae al sujeto al conocimiento de los demás, satisfaciendo una necesidad que consiste en el aislamiento, en la no comunicación externa de todo lo que se refiera a la persona. Hoy en día, en efecto, se admite la existencia de una esfera secreta del ser humano, que debe ser protegida contra las intromisiones e indagaciones ajenas. En este sentido, ya en la doctrina italiana, PUGLIESE afirmaba que el derecho a la intimidad era el tener lejos de aquella esfera ojos y oídos indiscretos, y DE CUPIS apuntaba que consiste en la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la propia persona (2). En España, LACRUZ BERDEJO puntualizaba diciendo que el derecho a la intimidad sigue, en la jerarquía de los modos de ser de la persona, al derecho al honor, no formando parte de la esencia física de la persona, sino que satisface una necesidad de

---

(1) ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Los derechos al honor y a la intimidad frente a las libertades de expresión e información. Problemática Procesal,* Ediciones Serlipost, Barcelona, 1991.

(2) PUGLIESE, *Il diritto alla riservateza e la indiscrezione cinematografiche,* Foro Italiano, Tomo I, 1954.

DE CUPIS, Adriano, *Il diritto alla personalitá,* Milán, 1959.

orden espiritual, consistente en la exigencia de no comunicación externa de cuanto afecta a la persona (3).

El derecho a la intimidad termina donde empieza el interés y la exigencia social del conocimiento, quedando relajado cuando la vida de la persona se hace pública, o en la faceta pública de esa vida, cediendo ante intereses históricos, culturales, científicos o sociales.

La Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su artículo 1.º, ya señala el significado y alcance del derecho —o derechos— protegido civilmente, "frente a todo género de intromisiones ilegítimas". Jaime VIDAL MARTÍNEZ subrayaba las ventajas que implica la configuración como derecho subjetivo de la protección de la intimidad, que pueden alcanzar incluso planos diferentes del estrictamente jurídico. Así, este autor pone el ejemplo del efecto psicológico, al enraizar en la realidad social la convicción de que existe el instrumental jurídico adecuado para prevenir o, cuanto menos, rechazar los ataques a la intimidad (4).

Este mismo autor citado configura la construcción de la protección de la intimidad como derecho subjetivo que comporta la atribución de un contenido a ese derecho, o sea, de una serie de facultades (5), como lo son las siguientes:

1) Facultad de realizar directa o inmediatamente el interés del titular;
2) Facultad de exclusión *erga omnes;*
3) Facultad de configurar, dentro de ciertos límites, el ámbito protegido;
4) Prioridad frente a otros derechos y libertades.

Hay que subrayar que la facultad de exclusión se da frente a todos, por lo que la argumentación realizada, en el supuesto que me ocupa, por el esposo recurrente queda vacía de contenido.

El Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia estudiada declaró que "el razonamiento de la parte recurrente es manifiestamente insostenible e ina-

---

(3) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la Persona,* Barcelona, 1983.

(4) VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *El Derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982,* Editorial Montecorvo, Madrid, 1984.

(5) VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, "Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar", en *Revista General de Derecho,* Valencia, 1980, Separata página 42.

ceptable, por más que deba destacarse el meritorio esfuerzo realizado en pos de su pretensión.

En efecto, lo primero que debe significarse es que el desarrollo del motivo plantea cuestiones muy diferentes, porque a la denuncia básica de la falta del elemento subjetivo del tipo, se añade posteriormente una pretendida ausencia de antijuridicidad de la acción típica por la supuesta inexistencia de lesión al bien jurídicamente protegido por la norma penal, o —como se expone en otro lugar del recurso— por la concurrencia de una causa de legitimación o justificación de la conducta.

La figura delictiva del artículo 197.1 del Código Penal se integra por la ejecución de alguna de las acciones que se describen en el tipo (elemento material), y por el ánimo que impulsa la acción del sujeto activo, que debe dirigirse a 'descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro sin su consentimiento' (elemento subjetivo). La presencia en el caso enjuiciado del elemento material es incuestionable y no ha sido cuestionada. En cuanto al elemento interno requerido por el tipo, su concurrencia no admite la menor duda, por cuanto del hecho probado se infiere de manera inequívoca que la acción del agente estaba encaminada a conocer secretos de la persona así espiada sin el consentimiento de ésta, invadiendo y violentando el ámbito de su intimidad personal como medio de acceso a dichos secretos, por lo que aparece incuestionable que el acusado sabía lo que hacía y quería hacer lo que hizo, con lo que se cierra el círculo del dolo, propio de este tipo delictivo".

Un comentario merece, sin duda, esta parte transcrita del Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia objeto de análisis. Efectivamente; el artículo 197 del Código Penal protege y garantiza el secreto de las comunicaciones, siempre en defensa del fundamental derecho a la intimidad. En este sentido, es oportuno recordar que, entre las acciones y aspectos del ser humano que forman parte del contenido mínimo de la intimidad, se pueden mencionar, siguiendo la tesis propuesta por José Luis MANZANARES SAMANIEGO y Javier CREMADES [6], lo que ellos denominan como "intimidad psicológica", que comprende, además de las ideas y creencias religiosas, filosóficas, parapsicológicas y políticas que la persona desea sustraer al conocimiento de terceros, aquellos aspectos concernientes a la vida de relación, como los amores, simpatías, afectos, etc., y las comunicaciones, escritas u orales, de tipo personal, dirigidas únicamente al conocimiento de varias personas determinadas y que tenga como contenido alguno de los puntos expuestos.

---

[6] MANZANARES SAMANIEGO, José Luis y Javier CREMADES, *Comentarios al Código Penal,* La Ley-Actualidad, Madrid, 1996.

Hay que reseñar que los artículos 197 y 198 del actual Código Penal se inscriben en la línea de los artículos 192 bis y 497 bis del anterior Texto Punitivo, que fueron introducidos en el mismo por la Ley Orgánica 7/1984, de 15 de octubre. En el anterior Código Penal se configuraban dos tipos de delitos: En primer lugar, las interceptaciones acústicas de las comunicaciones en los términos descritos por el tipo penal. En segundo término, la revelación y divulgación de lo ilegalmente descubierto. La primera modalidad constituía el tipo básico, y la segunda el tipo cualificado del delito, según COBO DEL ROSAL (7). En cualquier caso, tanto entonces como en la actualidad lo que se está intentando proteger es una de las manifestaciones del derecho a la intimidad que gira en torno al sonido. Se protege la faceta oral de la intimidad como interés personal frente a las intromisiones ilícitas de los demás individuos, *ex* artículo 197.1 del Código Penal. También se otorga una garantía jurídico-política a los ciudadanos frente a los poderes públicos, en virtud del artículo 198 del Código Penal. Por tanto, hay que concluir en que se distingue entre las intromisiones en la intimidad o, por mejor decir, en el derecho a la intimidad, cometidas por funcionarios públicos, de un lado —que no son objeto de análisis en este momento—, y, del otro, las cometidas por particulares y, por lo que respecta al tema que me ocupa, por el esposo.

El derecho al secreto de las comunicaciones es un derecho constitucional autónomo, con tratamiento específico, que se afirma como uno de los bastiones del derecho a la intimidad. Un sector doctrinal ha afirmado que, sin ese círculo de vida exclusiva que el secreto de las comunicaciones ayuda a garantizar, la persona no podría subsistir (8). Entre las acciones y aspectos del ser humano que forman parte del contenido mínimo del derecho a la intimidad y que, en consecuencia, quedan sustraídos al ejercicio por terceros del derecho a la información, se encuentran las comunicaciones, escritas u orales, cualquiera que sea el medio que se utiliza y, por tanto, también las telefónicas, de tipo personal, dirigidas únicamente al conocimiento de una o varias personas determinadas. Con el derecho al secreto de las comunicaciones, se viene a consagrar, implícitamente, la libertad de las comunicaciones, y, de modo expreso, su secreto frente a terceros, estableciendo la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas.

Hay que apoyarse, con carácter previo, en la propia norma constitucional, artículo 18.3, que garantiza el secreto de las comunicaciones, que, básicamente,

---

(7) COBO DEL ROSAL, *Manual de Derecho Penal. Parte Especial,* Madrid, 1993.

(8) ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Honor, intimidad e imagen de las personas famosas,* Ediciones Civitas, Madrid, 2001.

consiste en la facultad de comunicar ideas o noticias de una manera reservada, con relación a destinatarios específicos. Estamos hablando, como puede comprenderse fácilmente, de comunicaciones privadas.

El recurrente justificaba su actitud en la intención de descubrir la infidelidad de su esposa, infidelidad de la que él estaba convencido y en la que, en todo momento, se amparaba para fundamentar la acción procesal entablada. A este respecto, hay que señalar que la pretendida dimensión familiar de la intimidad —recordemos que la propia Ley Orgánica del 82 se refiere a "la intimidad personal y familiar"— no autoriza a uno de los cónyuges a violar o transgredir, de algún modo, esa esfera privada del otro. En este sentido, el Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia declaró que "en cuanto a las alegaciones del recurrente de que la subrepticia injerencia en el ámbito de la intimidad de la esposa para descubrir supuestas infidelidades mediante aparatos de interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas de aquélla carecen de contenido penal —según se afirma— los secretos en esa esfera de la intimidad matrimonial no son secretos personales, ni afectan a la intimidad de quien los posee, sino que forman parte de lo que el recurrente denomina dimensión familiar de la intimidad; tales alegaciones, repetimos, deben ser repelidas rotundamente, porque esa invocada dimensión familiar de la intimidad no autoriza en modo alguno a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que a toda persona otorga el artículo 18 de la Constitución Española, tanto en el ámbito individual como en el familiar de su existencia".

Cabe plantearse, a la vista de estas consideraciones, si, por el hecho de contraer matrimonio y, por ende, de vivir en estado de casado o casada, la persona pierde, de algún modo, su derecho a la intimidad o éste se ve sensiblemente disminuido o alterado, desde el punto de vista jurídico.

La respuesta a esta interrogante, forzosamente, entiende que ha de ser negativa. La persona, por el hecho de casarse, no pierde su derecho a la intimidad, porque es éste un derecho fundamental, personal, irrenunciable e intransferible. Así lo entendió la mencionada Sentencia, "se trata de derechos básicos del ser humano que proscriben la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de contraer matrimonio, y que explícita y específicamente establece el secreto de las comunicaciones telefónicas como una de las manifestaciones más relevantes de la intimidad personal que se ampara constitucionalmente en el apartado primero del artículo 18 de la Constitución con vocación de universalidad y sin otras excepciones que las expresamente contempladas en el precepto, que tiene su reflejo sancionador en el artículo 197 del Código Penal. Por ello mismo, resulta sencillamente inadmisible la alegación del recurrente de que, por tratarse de su esposa, el acusado está exento de la obligación constitucional y penal

de respetar el bien jurídico protegido de su cónyuge bajo la excusa de cerciorarse y alegar pruebas de la infidelidad de la esposa. Porque la única excepción a la invasión ajena de esos espacios íntimos y exclusivos del ser humano, cuya impenetrabilidad por terceros se establece *erga omnes,* la constituye la autorización judicial que, además, debe estar rigurosamente fundamentada, y motivada en graves y poderosas razones de interés público que justifiquen el sacrificio del derecho y la prevalencia del interés común, pero en ningún caso —como razona la sentencia impugnada— podrá dejarse la restricción del derecho fundamental al arbitrio de un particular y menos aún cuando se dirige a la satisfacción de un interés privado.

Esta realidad consagrada en el artículo 18 de la Constitución Española tiene su correspondiente reflejo en el artículo 197 del Código Penal donde el sujeto activo del tipo es "el que realice alguna de las acciones típicas, es decir, cualquier persona, sin distinción y sin excepción; y donde el sujeto pasivo es otro, quienquiera que sea este otro, sin exclusión alguna, siendo igualmente significativo que en el Código Penal vigente haya desaparecido incluso la dispensa penal que favorecía a padres o tutores respecto del descubrimiento de secretos de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia que figuraba como excepción en el artículo 497 del Código Penal de 1973, todo lo cual evidencia, al entender de esta Sala, que ningún tipo de relación paterno-filial, matrimonial, contractual, ni de otra clase, ni las incidencias o vicisitudes que puedan surgir en su desarrollo, constituye excusa absolutoria o causa de justificación que exima de responsabilidad penal a quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona el bien jurídicamente protegido por la norma penal que, como sucede en el supuesto actual, no sólo afectaría a la esposa del acusado, sino también a los interlocutores de ésta que habrían visto también quebrantada su intimidad, sus secretos y su derecho a la privacidad de sus comunicaciones telefónicas, captadas, interceptadas, grabadas y conservadas por el acusado. Queremos decir con esto que el incumplimiento —real o sospechado— por una de las partes de las obligaciones derivadas de la relación matrimonial tendrá las consecuencias establecidas por el Ordenamiento Jurídico en las disposiciones de distinta naturaleza que regulan esa institución, pero en absoluto la infracción de tales obligaciones habilita a la parte perjudicada para la comisión de acciones tipificadas como delito por la Ley Penal ni, desde luego, es motivo de exoneración o de exención de la responsabilidad criminal que la comisión de todo delito acarrea, a salvo, naturalmente, de la eventual concurrencia de alguna de las tasadas causas que el legislador ha establecido a tales efectos y que, en todo caso, habrán de ser debida y cumplidamente probadas".

El razonamiento de la Sentencia es, desde mi punto de vista, impecable. En efecto; la infidelidad conyugal de la esposa —si es que en realidad era real y no infundada— es causa de separación en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil y, como tal, aparece enunciada en el elenco de causales del artículo 82 del Código

Civil. Pero la infidelidad conyugal —o la sospecha de esa infidelidad, aunque sea infundada— no es causa de exclusión de la antijuridicidad de la conducta realizada por el esposo recurrente.

El artículo 2.º 2 de la citada Ley Orgánica del 82 expresa que no se apreciará intromisión ilegítima —en el derecho a la intimidad, honor y propia imagen— cuando el titular del derecho hubiere otorgado, al efecto, su consentimiento expreso.

Es evidente que, en el supuesto examinado, la esposa no conocía que sus conversaciones estaban siendo grabadas por su marido. Por tanto, si no lo conocía, es evidente que no tuvo siquiera ocasión de otorgar su consentimiento para la grabación de sus conversaciones telefónicas.

El Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia aborda el segundo motivo de casación que se formuló al amparo del artículo 849.2 de la LECrim, por error de hecho en la apreciación de la prueba. El recurrente sostenía que el Tribunal sentenciador había valorado erróneamente los elementos probatorios que acreditaban que el acusado desconocía la ilegalidad de su actuación, lo cual determinaba la concurrencia del error de prohibición invencible.

El Tribunal Supremo declaró, a este respecto, que "el motivo debe ser desestimado por distintas razones. En primer lugar, porque el requisito esencial e inexcusable para el éxito de esta clase de motivo casacional consiste en que la equivocación que se denuncia venga acreditada por una genuina y auténtica prueba documental y no por otro medio, siendo incesante y pacífica la doctrina de esta Sala al sostener que no revisten el carácter de "documento" a efectos del artículo 849.2 de la LECrim, las declaraciones o manifestaciones de acusados, coacusados o testigos, que son pruebas de naturaleza personal aunque figuren documentadas en las actuaciones de una u otra forma y, por no tener la condición de prueba documental, la valoración de esas manifestaciones o declaraciones correspondientes en exclusiva al Tribunal sentenciador con la soberana libertad de criterio que le asigna el artículo 741 de la LECrim (...) el motivo designa como documento las declaraciones prestadas por el acusado ante el Juez de Instrucción y en el acto del Juicio Oral, y el escrito de la demanda de separación matrimonial, siendo así que ni uno ni otro son pruebas documentales como las que exige el artículo 849.2 citado, sino meras manifestaciones formuladas por la persona que firma el soporte material que las contiene, razón suficiente para rechazar el reproche.

Pero, además, ocurre que los sedicentes "documentos" que señala el recurrente carecen del requisito de literosuficiencia, es decir, que su contenido demuestre de manera inequívoca, definitiva e incontestable el error que se atribuye al juzgador, puesto que tanto las declaraciones prestadas en fase sumarial como las efectuadas en plenario y el escrito de demanda de separación a que se refiere el motivo no acreditan del modo indubitado exigido que el acusado no

tuviera conciencia de lo ilícito de su proceder, ni ofrecen elementos indicativos suficientes que puedan fundamentar el error de prohibición que se postula, máxime si tenemos en cuenta los contundentes razonamientos de la sentencia impugnada a este respecto, cuando rechaza la explicación del acusado de que, después de efectuar las grabaciones, consultó con su abogada (lo que ya revela una significativa duda incompatible con el error invencible), quien le manifestó que las grabaciones efectuadas en el propio domicilio no constituían ningún ilícito, subrayando el Tribunal, por un lado, que ese supuesto asesoramiento habría tenido lugar después del hecho, es decir, una vez consumada la infracción criminal, sin haber acudido antes a los medios adecuados a su alcance facilitadores del conocimiento y trascendencia de su acción y, por otro, que no se ha probado tal consulta al no haberse siquiera solicitado como testigo a la abogada, que fácilmente hubiera podido confirmar la alegación del acusado. Además de ello, el Tribunal destaca el testimonio en la vista oral del detective designado por el acusado, quien manifestó no haber tenido conocimiento de las grabaciones realizadas por aquél, lo que claramente indica "que el acusado era consciente de la irregularidad de esas grabaciones, ya que, en caso contrario, habría puesto al corriente de las mismas al detective, encargado precisamente de confirmar el contenido de las conversaciones...".

A la vista de esta Sentencia, parece evidente que el esposo era consciente de la ilicitud de su proceder, al grabar las conversaciones telefónicas de su esposa en el domicilio conyugal o, al menos, tenía conciencia de una alta probabilidad de la ilicitud de su conducta, lo cual parece verosímil si tenemos en cuenta, además, la formación y cultura general del acusado, deducible de su titulación universitaria.

En cuanto al último motivo denunciado, vulneración del derecho a la presunción de inocencia —artículo 24 de la Constitución—, alegando que el ciudadano medio no considera delictiva la acción del acusado y que el principio de intervención mínima del Derecho Penal determinaría su absolución, al no exceder su conducta de una simple "indiscreción", el Tribunal Supremo rechaza, asimismo, esta fundamentación, calificándola de inapropiada e inocua, pues la definición de una conducta como constitutiva de delito —y no como simple indiscreción— corresponde al Poder Legislativo del Estado a través de los representantes del pueblo democráticamente elegidos, que también determina los límites del principio de intervención mínima del Derecho Punitivo.

III. CONCLUSIONES

El supuesto examinado en esta Sentencia, sin duda interesante y polémico, plantea un punto de partida importante en lo que respecta a la configuración y desenvolvimiento de la relación matrimonial. En efecto; tiene gran importan-

cia, en este supuesto, la noción del matrimonio o, por mejor decir, del estado matrimonial, como estado en el que casi todas las conductas, incluso las ilícitas, son admisibles, amparándose el recurrente, precisamente, en el estado civil de casado. Ello fue lo que le llevó a grabar las conversaciones telefónicas de su esposa, de la que sospechaba que le era infiel, entendiendo que había incurrido en una causa de separación. La delimitación entre las normas civiles y las penales aparece aquí fuertemente contrastada. La infidelidad conyugal es una causa de separación, pero hay que probarla fehacientemente y nunca con los medios empleados por el esposo.

La relación matrimonial origina una serie de deberes de un cónyuge para con el otro, deberes recíprocos, mutuos, entre ellos el deber de respeto hacia la dignidad del otro y, como no podía ser menos, el deber de respeto hacia el derecho a la intimidad del otro consorte. Ese derecho a la intimidad de la esposa, en orden a mantener relaciones amistosas, sociales, profesional, etc., se vio claramente transgredido cuando su esposo interceptó y grabó sus conversaciones telefónicas en el domicilio conyugal. Por tanto, desde el punto de vista del Ordenamiento Jurídico-Civil, la lesión al derecho a la intimidad de la esposa fue manifiesta. Pero, además, el Ordenamiento Jurídico-Penal prevé estas conductas en su artículo 197 y en ellas, igualmente, incurrió el esposo.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 39/2002, de 14 de febrero de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez.

Se declara inconstitucional y derogado por la Constitución el art. 9.2 del Código Civil, según la redacción dada por el texto articulado aprobado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, en el inciso "por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración", ya que dicho precepto discriminaba injustificadamente a la mujer al someterla al régimen económico matrimonial de la ley personal del esposo.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don José Antonio, de vecindad civil común, y doña María Pilar, de vecindad catalana, contrajeron matrimonio en Cambrils (Tarragona) el día 3 de febrero de 1984 sin otorgar capitulaciones matrimoniales. Desde entonces y hasta el momento de su separación de hecho (18 de abril de 1989) residieron habitualmente en la mencionada localidad de este partido judicial de Reus.
- Promovido juicio de menor cuantía, en solicitud de formación de inventario de los bienes integrantes de la sociedad conyugal, a fin de que se proceda al avalúo de los bienes inventariados, nombrándose contador-partidor, y a su adjudicación, una vez concluso el procedimiento el órgano judicial acordó, por providencia de 13 de febrero de 1995, oír a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la pertinencia o no de plantear cuestión de inconstitucionalidad respecto al art. 9.2 del Código Civil, en su redacción anterior a la de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, "vigente el día 3 de febrero de 1984 en que contrajeron matrimonio don José Antonio y doña María Pilar, y, por tanto, aplicable, pese a su posterior derogación por la Ley 11/1990, de 15 de febrero, al presente caso por la expresa remisión que al mismo hacían los

artículos 9.3 y 16.1 del propio C.c.", por si pudiera ser o no "contrario a los artículos 1, 9, 14 y concordantes del texto constitucional que reconocen los principios constitucionales de igualdad y no discriminación por razón de sexo como derechos fundamentales, o si, por el contrario, siendo clara la inconstitucionalidad sobrevenida de dicha norma no es siquiera preciso un pronunciamiento explícito del Tribunal Constitucional sobre su nulidad...".

- El Tribunal Constitucional estimó la cuestión de inconstitucionalidad.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El Auto del Juez de Primera Instancia núm. 1 de Reus, de 11 de abril de 1995, cuestiona la constitucionalidad del art. 9.2 del Código Civil en la redacción anterior a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, por estimarlo contrario a los arts. 1.1, 9.2 y 14 CE. De la fundamentación de tal Auto puede desprenderse, sin esfuerzo interpretativo alguno, que tan sólo se cuestiona el último inciso del párrafo aludido, en cuanto que, en defecto de los puntos de conexión principalmente establecidos para la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges, impone la aplicación de la "ley nacional del marido al tiempo de la celebración" del matrimonio. Tal preferencia del varón sobre la mujer discrimina a ésta injustificadamente, siendo preciso, entiende el Juez proponente de la cuestión, un pronunciamiento expreso de este Tribunal dada la existencia de un elevado número de "matrimonios mixtos" (expresión con la que alude a la circunstancia de que los cónyuges tengan distinta vecindad civil), lo que aconseja que se resuelva con carácter general el problema que éstos suscitan, consideración que en el caso que da lugar al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad resulta reforzada por la insuficiencia de las disposiciones transitorias de la Ley 11/1990 para determinar el régimen económico en el que estuvieron casadas las partes del proceso *a quo*.

Para efectuar el enjuiciamiento de la cuestión bueno será recordar la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la igualdad y las prohibiciones de discriminación, recogida de forma extensa y precisa en la reciente STC 200/2001, de 4 de octubre, en cuyo fundamento jurídico 4 se puntualizan los siguientes extremos:

a) El art. 14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.

Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino

tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas).

b) La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (con carácter general respecto al listado del art. 14 CE, SSTC 83/1984, de 8 de febrero, FJ 3; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; en relación con el sexo, entre otras, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 6; 207/1987, de 22 de diciembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 3; 147/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con el nacimiento, SSTC 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5; ATC 22/1992, de 27 de enero; en relación con la edad, STC 31/1984, de 7 de marzo, FJ 11).

No obstante este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con las condiciones

personales o sociales, SSTC 92/1991, de 6 de mayo, FFJJ 2 a 4; 90/1995, de 8 de julio, FJ 4; en relación con la edad, STC 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; en relación con la raza, STC 13/2001, de 29 de enero, FJ 8), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación.

Al respecto tiene declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione,* que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2)."

Pues bien, de acuerdo a los anteriores parámetros ha de coincidirse con el criterio sustentado tanto por el Ministerio Fiscal como por el Abogado del Estado para el caso en que, como así hemos razonado con anterioridad, puedan y deban superarse los obstáculos procedimentales para la admisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad que cada uno opuso y que han sido ya estudiados.

Para realizar el juicio sobre la vulneración del principio de igualdad venimos exigiendo, de un lado que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10), y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3). Y, una vez verificado que tanto uno como otro presupuesto se cumplen, habremos de entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma. Pues bien, no cabe duda de que el art. 9.2 CC, al establecer la ley nacional del marido al tiempo de la celebración del matrimonio como punto de conexión, aun cuando sea residual, para la determinación de la ley aplicable, introduce una diferencia de trato entre el varón y la mujer pese a que ambos se encuentran, en relación al matrimonio, en la misma situación jurídica. El precepto cuestionado se opone, por tanto, no sólo al art. 14 CE, sino también al más específico art. 32 CE, que proclama que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, pues no existe ninguna justificación constitucionalmente aceptable para la preferencia por la normativa relacionada con el varón. Este Tribunal, partiendo de la Constitución y de los textos comunitarios e internacionales sobre la igualdad, ha reaccionado siempre frente a toda norma o acto aplicativo que supusiese la discriminación de la mujer, alineándose

así tanto con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 22 de febrero de 1994, caso Burghartz, en relación con la determinación del apellido familiar) como con la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y otros Tribunales Constitucionales. En este mismo sentido, la Sentencia de 22 de febrero de 1983 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, con relación a un supuesto que guarda esencial identidad al que es objeto de nuestro estudio, declaró inconstitucional el art. 15, apartados 1 y 2, primer párrafo, de la Ley de Introducción del Código Civil Federal en cuanto establecía la ley personal del marido como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio, afirmando que tal preferencia resulta contraria al principio de igualdad, con independencia de que el resultado de la aplicación de la norma sea o no más beneficioso para la mujer, pues basta con la preterición de ésta para que haya de entenderse lesionado el art. 3.2 de la Ley Fundamental, y sin que pueda considerarse que constituya una justificación constitucionalmente legítima del otorgamiento de preferencia a la ley personal del marido a los indicados efectos que el establecimiento de tal punto de conexión confiera una mayor certeza a la determinación de la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio.

Con idéntica orientación y sentido la Corte Constitucional italiana sostuvo en su Sentencia de 26 de febrero de 1987 que la preferencia por la ley nacional del marido como punto de conexión en una norma de Derecho internacional privado semejante a la aquí estudiada es contraria al principio de no discriminación por razón de sexo y, con carácter específico, al derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

Como ya se ha anticipado el desajuste de la norma cuestionada con la Constitución tiene lugar con independencia de si el resultado de su aplicación en cada caso concreto es más o menos favorable a la mujer. Ello dependerá de la ordenación sustantiva del régimen económico del matrimonio que resulte aplicable, pero, antes de ello, la discriminación constitucionalmente proscrita reside en la utilización en la norma de conflicto de un punto de conexión que no sea formalmente neutro. La mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí, superada la llamada neutralidad formal de las normas de conflicto, una vulneración del derecho a la igualdad.

Todo ello conduce derechamente a la estimación de la presente cuestión, restando únicamente por precisar que no es a este Tribunal, sino a los órganos judiciales, a quienes les corresponde integrar, por los medios que el Ordenamiento jurídico pone a su disposición, la eventual laguna que la anulación del inciso del precepto cuestionado pudiera producir en orden a la fijación de un punto de conexión subsidiario.

II. EMBARGO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Tribunal Constitucional, Sala Segunda, Sentencia de 6 de mayo de 2002.

Ponente: Excmo. Sr. D. Guillermo Jiménez Sánchez.

No se vulnera el art. 24 de la Constitución cuando se dicta auto no admitiéndose a trámite la demanda de tercería de dominio instada por la esposa frente al embargo de la vivienda familiar, puesto que la misma no acreditó la disolución de su sociedad de gananciales en un momento anterior al embargo cuyo levantamiento pretendía, no constando tampoco en la nota simple del Registro de la Propiedad que se aportó con la demanda la existencia de un eventual derecho de uso exclusivo sobre la vivienda arrendada.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Josefa y don Antonio contrajeron matrimonio el 16 de febrero de 1980, de cuya unión nacieron dos hijos. Por Auto de 14 de marzo de 1994 el Juez de Primera Instancia núm. 4 de Ibiza acordó diversas medidas provisionales dentro del proceso de separación matrimonial de estos cónyuges, entre las cuales se incluyó la asignación del uso del domicilio conyugal a la esposa para que residiera en él con los hijos. Por Sentencia de 22 de mayo de 1995 el mismo Juez declaró la separación matrimonial de los esposos, acordando como medida definitiva, entre otras, la atribución de la vivienda familiar a la esposa y a los hijos.
- Al conocer la esposa que ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Ibiza se seguía el juicio de menor cuantía, a instancia de A., S.A., contra don Antonio, en reclamación de 3.685.937 pesetas, intereses y costas, en el que, con fecha de 18 de abril de 1995, se decretó el embargo de la vivienda familiar, que consta en el Registro de la Propiedad como bien ganancial a nombre de ambos cónyuges, el 23 de mayo de 1997 la ahora recurrente interpuso demanda de tercería de dominio contra A., S.A., y contra don Antonio en solicitud de que se declarase que la mitad de la finca embargada en el referido juicio de menor cuantía era propiedad de la actora, al estar ya disuelta la sociedad de gananciales, ordenando el alzamiento del embargo trabado sobre dicha parte indivisa.
- El Juez de Primera Instancia núm. 4 de Ibiza admitió a trámite la demanda de tercería por providencia de 29 de mayo de 1997. Pero, emplazados los demandados, A., S.A., interpuso recurso de reposición contra la resolución indicada alegando infracción del art. 1537 LEC, ya que la tercerista había

aludido a una Sentencia de separación conyugal que ni tan siquiera aportó por fotocopia "cuando se halla en archivo público del que no sólo puede obtener copia, sino que ha sido parte en el proceso en que ha recaído".

- El Juez, por Auto de 17 de junio de 1997, declaró haber lugar al recurso de reposición interpuesto contra la providencia de 29 de mayo de 1997, que dejó sin efecto, declarándose la inadmisión de la demanda de tercería presentada por doña Josefa A.M., decretándose el archivo de las actuaciones.
- Interpuesto recurso de apelación por la tercerista, el Juez, tras diversas vicisitudes, admitió a trámite el recurso de apelación; por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca se dictó Auto el 23 de noviembre de 1998, desestimando la apelación e imponiendo las costas de la alzada a la recurrente.
- D.ª Josefa interpuso recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La demanda de amparo denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE que, a juicio de la recurrente, se ha producido porque los órganos judiciales han inadmitido la demanda de tercería de dominio que en su día interpuso con apoyo en el art. 1537 LEC sin justificación, ya que se aportó nota simple del Registro de la Propiedad que acreditaba el título de la actora, y si no se aportó la Sentencia de separación matrimonial fue porque el Juez denegó el testimonio solicitado por no haber acreditado la demandante la venia de la Letrada que anteriormente la había asistido. Asimismo se alega indefensión porque no fueron notificados a la recurrente el embargo trabado sobre la finca ganancial ni los posteriores actos del procedimiento de apremio. En este punto se alega confusamente la vulneración del art. 14 CE por la discriminación que representa que a su esposo se le notificasen dichos actos mientras que a la recurrente no. Por todo ello la demanda solicita que se declare la nulidad de la diligencia de embargo y la de todos los actos de ejecución posteriores, así como la de la resolución que acordó la no admisión a trámite de la tercería de dominio.

1. **Falta de notificación del embargo.**

Se alega, en primer lugar, que la falta de notificación del embargo de la vivienda familiar acordado en el juicio de menor cuantía seguido contra el esposo de la recurrente, así como la de los posteriores actos del proceso de ejecución que culminaron con la subasta y remate del bien trabado, en la medida en que han impedido a la recurrente ejercer su derecho de defensa han causado una indefensión contraria al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE, lo cual obliga a otorgar el amparo solicitado.

Para resolver esta queja debe partirse de lo que resulta de las actuaciones. En este sentido el examen de los autos, tanto del juicio de tercería como del juicio de menor cuantía, pone de manifiesto que la ahora recurrente, al menos desde el 23 de mayo de 1997, fecha de interposición de la demanda de tercería de dominio, conocía la existencia del embargo de la vivienda familiar acorda-

do en el juicio de menor cuantía seguido contra su esposo. Asimismo consta en las actuaciones que con fecha de 9 de mayo de 1997 compareció mediante Abogado y Procurador en el juicio de menor cuantía, y solicitó que se le tuviera por parte y se entendieran con ella las sucesivas diligencias que se practicasen en el procedimiento, a lo que accedió el Juez mediante providencia de 12 de septiembre de 1997, por lo que, en su calidad de parte personada, se le notificaron, entre otros, el señalamiento de las subastas, la aprobación de la cesión del crédito reclamado a favor del Letrado, la concesión al rematante (una vez practicado exclusivamente con su esposo el trámite del art. 1506 LEC) de ocho días para que pudiera ceder el remate a un tercero, y el Auto de adjudicación de la finca subastada a la sociedad mercantil La G., S.L.

Frente a la notificación de los actos que se dejan reflejados la demandante de amparo sólo recurrió en reposición la providencia que aprobó el señalamiento de las subastas, alegando que procedía la suspensión de la ejecución al haber interpuesto la tercería de dominio, recurso que fue desestimado por Auto de 11 de noviembre de 1997 y contra el cual interpuso recurso de apelación. Todo ello permite concluir, con independencia de lo que luego proceda establecer al examinar la queja dirigida contra la resolución por la que se inadmitió a trámite la demanda de tercería de dominio, que la recurrente no sufrió indefensión en el proceso de ejecución de la Sentencia dictada en el juicio de menor cuantía, pues conoció la existencia del embargo, el señalamiento de las subastas, la cesión del crédito reclamado y la postura de la tercera subasta, por lo que tuvo oportunidad de actuar e intervenir en el proceso de ejecución en defensa de sus intereses de la forma que estimó conveniente (STC 188/1993, de 14 de junio).

2. **Inadmisión de la demanda de tercería de dominio.**

La segunda queja se dirige contra la resolución que inadmitió a trámite la demanda de tercería de dominio que la recurrente interpuso con la finalidad de que se levantase el embargo sobre la mitad de la vivienda que fue trabada en el juicio de menor cuantía seguido contra su esposo.

Doña Josefa, al conocer el embargo de la vivienda familiar acordada en el juicio de menor cuantía seguido exclusivamente contra su esposo, interpuso ante el Juez de Primera Instancia núm. 4 de Ibiza una demanda de tercería de dominio en solicitud de que se declarase que la mitad indivisa de la finca embargada era de su propiedad, por estar ya disuelta la sociedad de gananciales, y se ordenara el alzamiento del embargo trabado sobre dicha parte indivisa del inmueble en cuestión.

Con la demanda de tercería de dominio se acompañó nota simple del Registro de la Propiedad en la que se acreditaba la inscripción de la finca objeto del embargo a nombre de la actora y de su esposo, como bien ganancial, remitiéndose la señora A.M. a los archivos del propio Juzgado núm. 4 de Ibiza para todo lo relativo al proceso de separación matrimonial al haberse seguido ante esta dependencia judicial dicho procedimiento.

El Juez, que en un primer momento admitió a trámite la demanda de tercería de dominio, por providencia de 29 de mayo de 1997, posteriormente, al estimar el recurso de reposición que contra esta resolución interpuso la entidad mercantil ejecutante, declaró la inadmisión de dicha demanda y decretó el archivo de las actuaciones mediante Auto de 17 de junio de 1997, por infracción del art. 1537 LEC, resolución que fue confirmada en apelación por la Audiencia en Auto de 23 de noviembre de 1998.

Debemos examinar, por consiguiente, si la inadmisión a trámite acordada por los órganos judiciales de esta demanda de tercería de dominio ha vulnerado o no el derecho a la tutela judicial efectiva de la solicitante del amparo.

El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que el derecho a obtener de los órganos jurisdiccionales integrantes del

Poder Judicial 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 fundamental consagrado en el art. 24.1 CE. No obstante, al ser el derecho a la tutela judicial efectiva un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que, en cada caso, haya establecido el legislador, quien 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), razón por la cual también se satisface el derecho a la tutela judicial con la obtención de una resolución de inadmisión que impida entrar en el fondo de la cuestión planteada si esta decisión se funda en la existencia de una causa legal que así lo justifica y resulta 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; y 201/2001, de 15 de octubre, entre otras muchas).

Con la finalidad de lograr la máxima efectividad del derecho a la tutela judicial los Jueces y Tribunales están constitucionalmente obligados a aplicar las normas que regulan los requisitos y presupuestos procesales teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos y evitando cualquier exceso formalista que los convierta en meros obstáculos procesales impeditivos de la tutela judicial efectiva que garantiza el art. 24.1 CE, pero sin que tampoco el criterio antiformalista conduzca a prescindir de los requisitos establecidos por las leyes que ordenan el proceso y los recursos en garantía de los derechos de todas las partes (SSTC 17/1985, de 9 de febrero; 157/1989, de 5 de octubre; 64/1992, de 29 de abril). En este sentido los órganos jurisdiccionales integrantes del Poder Judicial han de llevar a cabo una adecuada ponderación de los defectos que adviertan en los actos procesales de las partes (vid. arts. 11.3, 240.2, 242 y 243 LOPJ), guardando en sus decisiones la debida proporcionalidad entre la irregularidad cometida y la sanción que debe acarrear, y procurando siempre que sea posible la subsanación del defecto o irregularidad a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial (SSTC 163/1985, de 2 de diciembre; 117/1986, de 13 de octubre; 140/1987, de 23 de julio; 5/1988, de 21 de enero; 39/1988, de 9 de marzo; 57/1988, de 5 de abril; y 164/1991, de 18 de julio). En dicha ponderación debe atenderse a la entidad del defecto y a su incidencia en la consecución de la finalidad perseguida por la norma infringida, a su trascendencia para las garantías procesales de las demás partes del proceso y a la voluntad y grado de diligencia procesal apreciada en la parte en orden al cumplimiento del requisito procesal omitido o irregularmente observado (SSTC 41/1992, de 30 de marzo; 64/1992, de 29 de abril; 331/1994, de 19 de diciembre; y 145/1998, de 30 de junio).

Además debe tenerse en cuenta que en el acceso a la jurisdicción, es decir, en el derecho a provocar la actividad jurisdiccional que desemboque en una primera decisión judicial, el principio *pro actione* actúa con toda su intensidad, por lo que las decisiones de inadmisión sólo serán conformes con el art. 24.1 CE cuando no eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva la pretensión formulada (SSTC 6/1986, de 21 de enero; 118/1987, de 8 de julio; 216/1989, de 21 de diciembre; 154/1992, de 19 de octubre; 55/1995, de 6 de marzo; 104/1997, de 2 de junio; 112/1997, de 3 de junio; 8/1998, de 13 de enero; 38/1998, de 17 de febrero; 130/1998, de 16 de junio; 207/1998, de 26 de octubre; 16/1999, de 22 de febrero; 63/1999, de 26 de abril; 108/2000, de 5 de mayo; 201/2001, de 15 de octubre) sin que ello suponga, como ha señalado este Tribu-

nal (por todas SSTC 191/2001, de 1 de octubre, y 78/2002, de 8 de abril), que deba necesariamente optarse por la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles.

En el presente caso, la lectura de la motivación del Auto de la Audiencia que desestimó el recurso de apelación y confirmó el Auto del Juzgado que había acordado la inadmisión de la tercería de dominio pone de manifiesto que la Sala fundó su decisión en la circunstancia de que la ahora demandante del amparo no había acreditado la disolución de su sociedad de gananciales en un momento anterior al embargo cuyo levantamiento pretendía, no constando tampoco en la nota simple del Registro de la Propiedad que aportó con la demanda la existencia de un eventual derecho de uso exclusivo sobre la vivienda arrendada. La resolución judicial se apoyaba en una "doctrina jurisprudencial muy reiterada" (de la que es exponente la STS de 24 de abril de 1994, que se cita expresamente) según la cual, durante la vigencia del régimen de la sociedad de gananciales, los esposos, al ostentar sólo un derecho expectante sobre los bienes gananciales, no tienen el carácter de "terceros", por lo que carecen de legitimación para interponer una demanda de tercería de dominio dirigida a levantar el embargo sobre dichos bienes comunes trabados por deudas del otro cónyuge, ya que para este fin el procedimiento adecuado es el ejercicio de la facultad prevista en el art. 1373 del Código civil.

En función de estas premisas la Sala confirmó la inadmisión de la demanda de tercería acordada por el Juzgado, ya que la ahora recurrente en amparo no había aportado sentencia de separación matrimonial que acreditase la disolución del régimen ganancial, cuando la aportación de esta documentación podía haberse realizado fácilmente. Al efecto precisó que, si bien el Juzgado pudo conceder un plazo para subsanar defectos, sin suspender entre tanto la ejecución, "lo que no es admisible por abusivo, es que la recurrente no se haya molestado, pudiendo hacerlo, en aportar la supuesta documentación alusiva a la existencia de una separación matrimonial anterior al embargo, en un plazo de veinte días, llegando hasta el extremo de que ni siquiera se ha aportado en la actualidad" (FJ 2).

Los razonamientos de la Audiencia podrán o no compartirse en el plano de la legalidad ordinaria, sin embargo, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, única que corresponde examinar a este Tribunal, permiten concluir que la decisión adoptada no resulta arbitraria ni manifiestamente irrazonable. En efecto, la Audiencia, tras justificar la necesidad de que la tercerista, de conformidad con el art. 1537 de la entonces vigente Ley de enjuiciamiento civil, hubiera acreditado la disolución o extinción de la sociedad de gananciales mediante la aportación de la sentencia de separación, confirmó la decisión de inadmisión de la demanda de tercería del Juzgado con fundamento en la falta de diligencia procesal observada por la actora, que no aportó dicha sentencia pese a que tuvo oportunidad y tiempo para realizarlo. En este sentido un análisis de las actuaciones revela que la demandante, que interpuso la demanda de tercería el 23 de mayo de 1997, pudo aportar la sentencia de separación matrimonial al formular el escrito de impugnación del recurso de reposición interpuesto contra la providencia que inicialmente admitió la demanda, lo que tuvo lugar el día 12 de junio de 1997. Asimismo pudo aportar dicha documentación al personarse ante la Audiencia para mejorar el recurso de apelación que presentó contra el Auto de 17 de junio de 1997 que inadmitió la demanda, lo que efectuó el 24 de octubre de 1997, e, incluso, en el acto de la vista del recurso, celebrada el 18 de noviembre de 1998. En consecuencia, desde el momento en que la Audiencia funda su decisión de inadmisión en la falta de aportación de una documentación que, resultando necesaria, pudo ser fácilmente aportada por la recurrente incluso en la fase del recurso de apelación, nos encontramos ante una resolución que no puede tildarse de arbitraria ni de manifiestamente irrazonable.

TRIBUNAL SUPREMO

I. FILIACIÓN

1. *Recurso de casación.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 5 de junio de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

Inadmisión del recurso de casación interpuesto con base en la infracción de los arts. 127 y 135 del Código Civil, 39.2 de la Constitución y de la jurisprudencia que, en desarrollo y aplicación de los mismos, considera que la negativa a someterse a las pruebas biológicas no es suficiente para declarar la paternidad al no poder ser considerada una ficta confessio.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Ángel presentó escrito de interposición de recurso de casación contra la Sentencia dictada, con fecha 9 de junio de 1999, por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.ª) dimanante de los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Vilanova i la Geltrú.
- Entregadas las actuaciones al Ministerio Fiscal, éste las ha devuelto con dictamen contrario a la admisión del único motivo del recurso, por considerarlo incurso en la causa de inadmisión prevista en la regla 3.ª, caso primero, del art. 1.710.1 de la LEC de 1881.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se articula el presente recurso de casación en un único motivo de impugnación que denuncia la infracción de los arts. 127 y 135 del Código Civil, 39.2 de la Constitución y de la jurisprudencia que, en desarrollo y aplicación de los mismos, considera que la negativa a someterse a las pruebas biológicas no es suficiente para declarar la paternidad al no poder ser considerada una *ficta confessio*. Con dicha denuncia intenta la parte recurrente someter a la Sala la falta de elementos de prueba bastantes para determinar la filiación reclamada de contrario, pues, a su juicio, la Sentencia impugnada ha basado principalmente su pronunciamiento estimatorio de la demanda en la prueba de presunciones derivada de su negativa a someterse a la prueba pericial biológica, careciendo los resultados que arrojan el resto de las pruebas practicadas de la consistencia requerida para formar el juicio lógico en el que se basó el fallo.

Frente a semejante alegato, señala el Tribunal Supremo, no está de más significar, de un lado, cómo el Tribunal Constitucional ha declarado que el derecho a la integridad física consagrado en el art. 15 de la Constitución no se infringe cuando se trata de realizar una prueba prevista en la ley y acordada razonadamente por la Autoridad Judicial en el seno de un proceso, y que, además, tampoco se vulnera el derecho a la intimidad proclamado en su art. 18 cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio sobre filiación (AATC 103/1990 y 221/1990 y SSTC 103/85 y 7/1994), y, de otro, cómo esta Sala también tiene declarado que la actitud obstruccionista a la prueba biológica produce "infracción del art. 118 de la Constitución (vid. también el art. 17.1 de la LOPJ) en cuanto manda a los ciudadanos que presten la colaboración requerida por los órganos jurisdiccionales en el curso de un proceso, y esta colaboración se niega si no se facilita, como ha ocurrido con la conducta del demandado, la investigación de la paternidad, principio también con rango constitucional según establece el art. 39 del texto legal supremo" (STS 28-11-95, y en igual sentido STS 28-2-97). En línea con lo anterior, esta Sala ha ido acuñando también una consolidada doctrina —que el propio recurrente demuestra no desconocer— al enfrentarse a la cuestión de la prueba de los hechos determinantes de la filiación, siempre teniendo presente la que cabe extraer de la STC 7/1994; en ella se indica que dicha acreditación no puede venir dada exclusivamente por la negativa injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica, la cual, si bien no constituye una *ficta confessio*, sí es un muy valioso indicio probatorio de paternidad, siempre que concurra con otras pruebas directas que conduzcan al juzgador de instancia a declarar probada la existencia de unas prolongadas relaciones sentimentales o amorosas entre la madre del niño o niña y el demandado, y la subsiguiente probabilidad de las relaciones sexuales entre ellos al tiempo de la concepción del referido o referida menor, en cuanto posiblemente determinantes de su paternidad (SSTS 3-10-98, 16-1-99, 16-9-99, 11-10-99, 11-12-99 y 22-5-2000, entre otras). En el caso examinado, no puede desconocerse que, junto con la prueba pericial biológica a la que se negó injustificadamente el ahora recurrente, la Sala de instancia tuvo presente —al pronunciar su fallo— el resultado que arrojó la prueba documental, la testifical y la propia confesión judicial del demandado. Esta concurrencia es, precisamente, la que soslaya intencionadamente el recurrente a fuerza de negar eficacia a las pruebas que sirvieron a la Audiencia para tomar en consideración el indicio que arrojaba la abierta negativa del demandado de someterse a las pruebas biológicas. Así las

cosas, el argumento que se quiere hacer valer en el motivo elude la resultancia de determinados medios de prueba para desvirtuar la deducción del Tribunal de instancia, presentando la negativa a la práctica de la prueba biológica huérfana de todo apoyo probatorio y convirtiendo el indicio —siempre valioso— en una mera *ficta confessio* determinante del sentido del fallo, y semejante forma de argüir supone partir de la propia valoración fáctica en el desarrollo del proceso deductivo en que consisten las presunciones, lo que está terminantemente vetado en casación (SSTS 28-1-97, 7-3-97 y 1-3-99, entre otras). En consecuencia, procede inadmitir el motivo examinado por incurrir en la causa de inadmisión prevista en la regla 3.ª, caso primero, del art. 1.710.1 de la LEC, para cuya apreciación no se exige el previo trámite de audiencia, conforme reiterada doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional (SSTC 37, 46 y 98/1995, y 152/1998).

2. *Citación para la práctica de la prueba biológica.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de junio de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

Convalidación de la posible nulidad de actuaciones por no llamar a los autos al Ministerio Fiscal al haberse acordado el traslado de los autos al mismo antes de la vista del recurso.

Eficacia y validez de las citaciones para la práctica de la prueba biológica llevadas a efecto con el Procurador de la parte demandada.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Roberto interpuso demanda de menor cuantía contra D. Máximo, solicitando se dicte sentencia por la que se declare que el demandante es hijo no matrimonial del demandado D. Máximo, con todos los efectos legales y registrales que esta situación conlleva, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración, con expresa imposición de costas a la parte demandada.
- Admitida la demanda y emplazado el demandado, se personó en autos contestando a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, para terminar suplicando "en su día se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, por la improcedente pretensión que en ella se ejercita, absolviendo a mi mandante de cuantos pedimentos en ella se suplican, todo ello, con expresa imposición de las costas de este procedimiento a la parte actora".
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de León dictó sentencia el 20 de junio de 1995 estimando la demanda.

- En grado de apelación la Sec. 1.ª de la AP de León dictó sentencia el 12 de febrero de 1996 confirmando la sentencia.
- D. Máximo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primero de los motivos del recurso de casación se denuncia la infracción del artículo 524 de la LEC por cuanto se ha omitido por el actor traer a los autos al Ministerio Fiscal. Se señala que, alegado este defecto en fase de apelación, la Audiencia se limitó a declarar la nulidad del acto de la vista de dicho recurso y a dar traslado de los autos al Ministerio Fiscal para conocimiento e instrucción, entendiendo convalidada con ello la posible nulidad de actuaciones. Sin embargo el recurrente entiende que la posición procesal del Ministerio Fiscal en esta clase de procesos no es la de mero dictaminador o garante, sino la de verdadera parte.

Para decidir acerca de esta cuestión se hace preciso tener en cuenta ante todo, que ya el Ministerio Fiscal ha interesado la desestimación del motivo, pues aun no habiendo comparecido en primera instancia por no haber sido convocado por el actor, su intervención en los recursos de apelación y de casación subsana cualquier defecto formalista que con base en tal circunstancia pudiera ser alegado. Ha de recordarse, asimismo, la doctrina sentada por esta Sala en el mismo sentido en sentencias, entre otras, de 21 de mayo de 1988, 18 de mayo de 1990, 2 de enero de 1991, 9 de julio de 1992 y 30 de enero de 2001. Por las razones anotadas, debe ser desestimado el motivo objeto de estudio.

En otro motivo se denuncia la aplicación indebida del artículo 135 del Código Civil y la infracción de los artículos 1249 y 1253 del mismo, relativos a la prueba de presunciones. Se alega por el recurrente que su negativa a someterse a las pruebas biológicas solicitadas por el actor no equivale a una *ficta confessio*, sino que constituye un indicio que ha de ser apreciado conjugándolo con los demás elementos probatorios obrantes en autos. Añadiéndose que ni existen pruebas de posesión de estado, ni de reconocimiento alguno por parte del demandado, sino únicamente unas declaraciones vagas e irrelevantes sobre hechos acaecidos hace más de cuarenta y siete años. Se echa en falta otras pruebas que serían más convincentes como las de carácter epistolar o de naturaleza gráfica que constatasen directamente y no por simples conjeturas las pretendidas relaciones extramatrimoniales que se dicen mantenidas entre la madre del actor y el demandado. Se significa, finalmente, que no puede hablarse de una actitud obstruccionista del recurrente, pues no ha existido una negativa, formulada directamente por el mismo a someterse a las pruebas biológicas, ya que únicamente se realizaron dos señalamientos para la práctica de ellas y el demandado no fue citado personalmente sino a través de su Procurador. No hay constancia, por tanto, de la actitud que se le imputa, al no ser suficiente para su citación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 260 y siguientes del Código Civil, la comunicación realizada a través de dicho representante procesal.

Comenzando por la última de las alegaciones que contiene, es decir, la falta de citación personal del demandado para la práctica de las pruebas biológicas, señala el Tribunal Supremo que ha de tenerse en cuenta que a través de ella trata de introducirse una cuestión nueva, no invocada en fase de apelación, según se deduce de los términos en que se halla redactada la sentencia de la Audiencia Provincial. Aparte de este dato, que es decisivo para el rechazo del submotivo, olvida el recurrente el contenido de los artículos 6 y 271, segundo párrafo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que habilitan a los Procuradores que representan a

quienes son parte en el juicio, para que sean entendidas con ellos las citaciones y los emplazamientos de sus poderdantes. En definitiva, si D. Máximo no asistió a las pruebas a que nos referimos, impidiendo la práctica de las mismas, ha de entenderse que ello obedeció a decisión propia reiterada, ya que tuvo debido conocimiento de su convocatoria, a través de su representante procesal.

En cuanto al punto fundamental del motivo que nos ocupa, ha de coincidirse con el recurrente en que la casación no puede ser convertida en una tercera instancia, con la pretensión de obtener una valoración probatoria distinta de la llevada a cabo por la Audiencia Provincial. En este aspecto, existe una reiterada doctrina de esta Sala, relativa a que debe ser respetada en casación la base fáctica resultante de la instancia, impidiendo nuevas valoraciones de prueba, por cuanto se trata de un recurso extraordinario encaminado a determinar si unos hechos que han quedado incólumes y, por ello, son vinculantes, han tenido o no la solución jurídica adecuada (sentencias, entre muchas otras de 3 de febrero y 11 de julio de 1991, y de 15 de febrero y 18 de abril de 1992). Se impone, por ello, la desestimación del motivo, por cuanto la Audiencia Provincial no se ha limitado a valorar como *ficta confessio* la resistencia de D. Máximo a someterse a las pruebas biológicas cuya práctica había sido acordada, sino que tiene en cuenta el análisis ponderado realizado por el Juez de Primera Instancia de la totalidad de los elementos probatorios obrantes en los autos —que expresamente acepta (Fundamento Jurídico Primero)—, en el que se valora: a) El reconocimiento por el demandado en su confesión del hecho de haber conocido en su juventud a la madre del actor. b) La afirmación de la relación de noviazgo entre ellos existente, realizada por los testigos D.ª María y D.ª Eugenia. c) La firmeza y persuasión de la declaración testifical de la propia madre del demandante, cuyo desplazamiento desde Oviedo a la sede del Juzgado fue ordenada por el titular del mismo, dada su evidente trascendencia, quien ha dado precisos pormenores respecto a las características de su noviazgo con el demandado concretando incluso los lugares en que en el curso de las mismas llegaron a desarrollarse relaciones sexuales. Se dispone, por ello, de serios y convincentes elementos indiciarios, con los que ha de ponerse en relación la injustificada negativa del demandado a someterse a una prueba que, como ha declarado el Tribunal Constitucional en Sentencia de 17 de enero de 1994, aparte de no vulnerar los derechos a la integridad y a la intimidad, resulta indispensable para alcanzar fines constitucionalmente protegidos, dada su alta fiabilidad.

3. *Reconocimiento de filiación materna y solicitud de entrega de la hija dada en adopción.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de julio de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

Aun cuando se ha reconocido la filiación materna, no procede que la entidad pública proceda a reintegrar la menor con su madre, ya que se ha constituido la adopción por terceras personas, siendo necesario que dicha petición se ventile en un nuevo procedimiento en el que intervengan los adoptantes de la menor.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª María interpuso demanda de menor cuantía contra la Junta de Andalucía, siendo parte el Ministerio Fiscal, en la que solicitaba que se dictase sentencia obligando a la Junta de Andalucía a que le entregase a su hija.
- Admitida a trámite la demanda la Junta de Andalucía contestó alegando la excepción de falta de legitimación activa y como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos, para terminar suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que, desestimando la demanda, se absolviera a la Consejería de Asuntos Sociales de cuantos pedimentos se contenían en la demanda, con expresa condena en costas a la parte actora. El Ministerio Fiscal solicitó la inadmisión a trámite de la demanda formulada.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 5 de Jaén dictó sentencia el 6 de abril de 1994 estimando la demanda y condenando a dicha demandada "a que haga entrega a la actora de la hija que dio a luz en el Hospital de Linares, el día 4 de noviembre de 1991; determinándose la identidad de la nacida en el trámite de ejecución de sentencia. Con imposición de las costas causada a la parte demandada".
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Jaén dictó sentencia el 9 de septiembre de 1994, estimando el recurso y revocando la sentencia de instancia desestimó la demanda.
- Contra dicha sentencia D.ª María interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de septiembre de 1999 acordando reponer las actuaciones al momento posterior a la celebración de la vista, ordenando como diligencia para mejor proveer la práctica de la prueba biológica.
- Recibidas las actuaciones en la AP de Jaén, se acordó la práctica de las pruebas oportunas, y dictó nuevamente sentencia el 8 de mayo de 2000 estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal y la Junta de Andalucía declara que la actora es la madre biológica de la niña que dio a luz el día 4 de noviembre de 1991, y que la madre la identifica con el nombre y apellidos de Estela G.G., con las consecuencias inherentes a tal filiación materna extramatrimonial que se declara, desestimando el pedimento de que se le haga entrega a la actora de dicha menor.
- D.ª María interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

A pesar de que se declara que D.ª María es la madre biológica de la menor, la Audiencia no accede a la entrega de la hija a dicha madre "en este momento procesal y, en este proceso concreto", no obstante que, como ya estableció la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 1999, "el asentimiento que la actora D.ª María prestó en 24 de septiembre de 1991, resulte radicalmente nulo por su patente contradicción con una norma imperativa, consignada en el último párrafo del artículo 177.2 del Código Civil, por haberse presentado antes de que transcurrieran treinta días desde el parto, que imperativamente impone el indicado precepto legal", al no ser objeto del presente asunto y al no haber intervenido ni sido oídos en el mismo los adoptantes, lo que podría, sin duda, causarles indefensión, pese a que la referida nulidad del asentimiento, puede posibilitar el que se declare ilegalmente constituida la adopción conforme a lo previsto en el artículo 180.2 del Código Civil, por faltar "el asentimiento de la madre" del adoptando, que es un requisito esencial que afecta a la validez del negocio adopcional establecido por el artículo 177.2.2 del Código Civil, y máxime cuando la adopción se llevó a cabo de espaldas a la madre a pesar de que ésta intentó repetidamente sin éxito personarse en el expediente de adopción.

Las primeras palabras de los razonamientos jurídicos se dedican a censurar la actuación de la entidad pública: "No cabe duda que a este resultado, tan desolador para la actora, ha contribuido el empecinamiento tanto de los representantes de los órganos administrativos como de la representación del Ministerio Fiscal, encargada del caso en la instancia, y especialmente, en el procedimiento de adopción, movidos ambos por un celo desorientado y apoyados en una interpretación, poco acorde con la Constitución de normas reglamentarias sobre 'registro civil' (afortunadamente ya corregidas por disposiciones reglamentarias nuevas), para conseguir a toda costa la adopción, aún con las reticencias del propio Juez del expediente, siempre urgido a concluir y sometido al recurso de sus decisiones, algunas tan acertadas como la relativa a la audiencia de la madre biológica, que luego no llevó a efecto. Así lo reconoce la sentencia recurrida, en su ejemplar fundamento sobre 'costas' al referirse al auténtico 'calvario' que este proceso ha supuesto para la actora, debido, en su mayor medida, a la actuación negligente de los órganos administrativos de dicha institución, que, primeramente, recogieron, en forma anticipada y extemporánea (antes del parto, en vez de hacerlo una vez transcurridos treinta días desde el parto como dispone el artículo 177.2 del Código Civil), el asentimiento de la actora a la hora de renunciar a darle su filiación a la niña que iba a dar a luz, y, posteriormente, ya dentro del proceso adoptaron una actitud obstruccionista incompatible con el artículo 39.2 de la Constitución Española, como tuvo ocasión de señalar nuestro Tribunal Supremo.

La tozudez, por tanto, de los hechos consumados, inesquivables, como tales, muestra, la existencia de una adopción concluida, durante la tramitación de las presentes actuaciones, cuya valoración y efectos no puede ser ignorada por cuanto implica jurídicamente a otras personas, adquirentes de unos *status* relevantes, pues aun advertidos los padres adoptivos, durante la tramitación del expediente, de la pendencia del presente proceso, ellos actúan bajo la legítima cobertura legal, que les proporciona la resolución judicial acordando la adopción; función capital corresponde, asimismo y muy especialmente, en este asunto, a la menor pues nunca debe olvidarse que son sus intereses los prevalentes, de acuerdo con las disposiciones nacionales e internacionales en vigor".

Entrando ya en los motivos del recurso, la recurrente denuncia la que ha sufrido

frente a la decisión judicial por vulneración de la norma imperativa del artículo 177.2 del Código Civil que dispone sobre el asentimiento de la madre para dar en adopción, que no se puede producir hasta que hayan transcurrido "30 días" después del parto, todo ello en relación con los artículos 6.4 del Código Civil (sobre fraude de Ley), 6.2 (sobre la renuncia de los derechos), 7.1 (sobre la exigencia de la "buena fe" en el ejercicio de los derechos) y 7.2 (la ley no ampara el "abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo").

A tal respecto señala el Tribunal Supremo que no obstante, cualquiera que sean las responsabilidades en que hubieran podido incurrir los funcionarios públicos o empleados administrativos promoventes e intervinientes en el expediente de adopción, colocando a la recurrente en difícil posición defensiva, no cabe que tal situación objetiva se pueda reparar mediante entrega de la niña adoptada como orden que emane del presente proceso. Se opone a ello la necesidad de respetar, a su vez, el derecho de defensa de los padres adoptivos que han de ser oídos contradictoriamente con la madre biológica y la propia naturaleza jurídica del negocio jurídico familiar de adopción que al crear con fuerza constitutiva, un nuevo estado jurídico, exige para conseguir su ineficacia, la declaración de extinción, dado el carácter irrevocable de la adopción, en los supuestos permitidos (artículo 180 del Código Civil), o, como admite un cualificado y especializado sector doctrinal, con argumentos que esta Sala comparte, para el caso de que concurran vicios jurídicos insalvables, por sus efectos invalidantes, mediante el oportuno ejercicio de la acción de nulidad (en este supuesto no sometida al plazo de caducidad de los dos años). Entre estos últimos, destaca la invalidación o anulación del negocio por vulneración de derechos fundamentales. A la nulidad de la adopción, por infracción de derechos fundamentales, se refiere la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de septiembre de 1990 (recurso de amparo 373/1998) sobre un asunto en que "el órgano judicial desestima la pretensión de la actora sin tener en cuenta que la falta de un trámite legal, como es la audiencia de la madre, sin culpa de ella, produce la nulidad de la adopción, porque esa infracción adquiere dimensión constitucional al producir indefensión y constituir, en consecuencia, una vulneración del artículo 24.1 de la Constitución". Por tales razones no es viable la estimación del motivo.

El segundo motivo del recurso no añade nada específicamente a lo ya razonado, pues se inspira en dos líneas complementarias de impugnación de la sentencia recurrida que carecen de fuerza para destruir, sin precisa declaración judicial, la realidad creada por el auto de fecha 17 de marzo de 1995, en el que se acordó la adopción de la menor por los adoptantes propuestos. La primera línea hace hincapié en las responsabilidades y funciones del Ministerio Fiscal en relación con sus dictámenes y peticiones respecto de la cuestión pretendida (artículos 6, 11.3, 435.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los artículos 9, 10, 14, 24, 39, 47, 118 y 124.1.2 de la Constitución Española). Más es lo cierto que cualquiera que sean estas, como ya se explicó en el Fundamento Jurídico segundo no inciden directamente sobre la resolución. Como razona la Fiscalía del Tribunal Supremo en su dictamen, "el punto clave del problema radica en el objeto del proceso, que ha quedado definido como pretensión de reconocimiento de la filiación, y, derivadamente, de entrega de la hija. La pretensión de reconocimiento de filiación ha quedado satisfecha por su estimación. Se desestima la petición de entrega en base a dos argumentos: la existencia de una adopción que, al ser constituida por resolución judicial, precisaría ser anulada o extinguida por sentencia judicial y previo ejercicio de la correspondiente acción, que en este caso no se ejercitó. El recurso, por tanto, plantea una cuestión nueva. Por otra parte, la intervención de los padres adoptantes en la eventual impugnación de la adopción sería absolutamente necesaria, de suerte que su anulación *inaudita parte* daría lu-

gar a indefensión prohibida por el artículo 24 de la Constitución Española. La segunda línea hace referencia a la falta de colaboración de los órganos de la Administración autonómica con la Administración de Justicia (artículos 6.7 y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 124.1 y 118.2 de la Constitución Española) y de sus argumentos cabe inferir las mismas conclusiones que ya se han expuesto, a saber, que la situación creada, bajo cobertura legal suficiente de la que son sujetos necesarios otras personas que han de ser demandadas, no permite resolver en este proceso, cuestiones que escapan a su propio contenido y objetivo. En suma se desestima el motivo.

4. *Reclamación de filiación paterna no matrimonial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de julio de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes.

Declarada la filiación paterna no matrimonial, no procede acceder a lo solicitado por la madre de excluir la imposición del apellido paterno, ya que esta pretensión sólo cabría si el progenitor, como dispone el art. 111 CC, se hubiera opuesto "de forma reprobable" a la filiación, sin que dicha oposición se haya producido.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª M.ª Jesús formuló demanda de menor cuantía contra D. Manuel, solicitando se dicte sentencia por la que, estimando la demanda, se acuerde que D. David es hijo no matrimonial de D. Manuel y obligando a éste a abonar una pensión alimenticia a D.ª M.ª Jesús de 90.000 ptas. mensuales actualizable anualmente de acuerdo con la variación que experimente el IPC, hasta que el menor alcance la independencia económica, con expresa imposición de costas a la parte demandada.
- D. Manuel se personó en autos y solicitó que se dictase sentencia acorde con el resultado que arrojen las pruebas biológicas que deberán practicarse. Así mismo y para el supuesto que del resultado de las pruebas biológicas se determine que D. Manuel es padre de D. David se establezca a su cargo una pensión alimenticia a favor del menor por importe de cuarenta mil pesetas (40.000 ptas.) que se actualizarán anualmente con fecha 1 de enero, de conformidad con las variaciones que experimente el IPC.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 26 de Madrid dictó sentencia el 6 de abril de 1995 estimando parcialmente la demanda, declarando que el menor D. Da-

vid es hijo no matrimonial del demandado, y en consecuencia, en lo sucesivo ostentará los apellidos D.E., condenando al demandado a que satisfaga a la actora en concepto de alimentos para el hijo común desde la fecha de la presentación de la demanda y mientras el menor no alcance su independencia económica la cantidad de 65.000 ptas. mensuales, a satisfacer anticipadamente dentro de los 5 primeros días de cada mes, cuyo importe se revisará anualmente a partir del 1 de enero de 1996 conforme al IPC, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento respecto de las costas procesales.

- En grado de apelación, y en virtud del recurso interpuesto por D.ª M.ª Jesús, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 7 de marzo de 1996, desestimando el recurso y confirmando íntegramente la sentencia de instancia.
- D.ª María interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Promovida acción en reclamación de filiación paterna no matrimonial y estimada aquélla en ambas instancias jurisdiccionales, se interpone por la promovente, que representa a su hijo menor destinatario de la pretensión, recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia, confirmando la que recayó en la primera que había recurrido dicha promovente al haberse declarado, además de otros extremos que se consintieron, que aquel menor ostentara en lo sucesivo los primeros apellidos del padre y de la madre, por este orden, extremo que se dice no había sido solicitado en demanda.

Se compone el recurso de un solo motivo que se formula al amparo el art. 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento civil en cuanto se estiman infringidos el art. 111 del Código Civil en su núm. 2 y párrafo subsiguiente del mismo y el art. 693.3 de la precitada Ley Procesal.

Los arts. 109 del Código Civil y 53 de la Ley de Registro Civil establecían, y siguen estableciéndolo después de las modificaciones legislativas que se han sido sucediendo, las normas de identificación personal a través del nombre y de los apellidos, apellidos que serán, independientemente del orden con que se establezcan según las últimas posibilidades legales, el paterno y el materno como consecuencia inexorable de la filiación reconocida, conseguida o impuesta al constituir —según establecieron las sentencias de 1 de junio de 1908 y 26 de febrero de 1919— un patrimonio moral del hijo y un patrimonio de la familia en que éste queda integrado.

Esta norma, que constituye principio imperativo, encuentra enfrentamiento en el no menos imperativo art. 111 del Código Civil desde supuestos verdaderamente graves —cuando la generación del hijo obedezca a relaciones que hayan determinado la condena penal del progenitor o cuando la filiación haya tenido que ser impuesta judicialmente pese a la oposición del progenitor— que entrañan medidas muy graves, sin duda justificadas por la exclusión de la esencia de lo que ha de ser la relación paterno-filial que aquellos presupuestos reprobables encierran, pero que han de ser valoradas, en sí y en sus orígenes, con la delicadeza que su especial naturaleza requiere.

Es el segundo de esos supuestos el único que aquí se suscita y respecto a él ha de tenerse presente que el precepto establece una exclusión —"restricciones" le llama— del ejercicio de la patria potestad y de la participación de derechos hasta que se ponga término a la medida a instancia del menor o de su representante y en la forma que el artículo establece además de conceder una liberación, respecto a la obligación legal de los apellidos, salvo petición contraria también, del hijo en ello interesado o de su representante legal.

Pero esta liberación así impuesta solo puede darse cuando a la determinación de la filiación se haya producido oposición del progenitor, oposición que ha de ser frente a lo que es evidente y al final resulta demostrado y ha de ser firme, sin poder identificarla con el derecho de defensa que a nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundamentados seriamente.

En el supuesto aquí contemplado, ambas sentencias de instancia —la de la segunda reproduce las valoraciones de la primera sobre la situación de hecho en que se pretenden respaldar los recursos, facultad que les corresponde y ha de ser respetada su casación dado que es correcta en su ejercicio— señalan que demandante y demandado admiten que en la época de la concepción del menor mantenían una relación sentimental y que el demandado no interesó más que una sentencia acorde con el resultado de la prueba biológica a cuya práctica se sometió, todo lo cual evidencia una actuación procesal sometida a unos principios que están muy lejos de originar la oposición de consecuencias sancionadoras en el orden civil del reseñado art. 111.

Esa misma valoración hace desestimable la denunciada infracción del art. 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento civil —que en la instancia no se silencia su utilización por la demandante en lo que ahora convierte en objeto de recurso aquí— porque pretendida en demanda, o en la comparecencia que regula ese precepto, la no imposición de los apellidos del menor con los de su padre y su madre, la pretensión no puede prosperar si no se ha producido esa oposición y que no se ha producido aquí ha quedado claramente establecido, con toda la ponderación exigible, en la instancia y el motivo de recurso ha de ser desestimado.

5. *Negativa al sometimiento a la prueba biológica.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de julio de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Si bien la negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica no supone una ficta confessio, *sí supone un valioso indicio puesto en relación con los demás medios probatorios aportados, revelador de una falta de solidaridad y colaboración con la Administración de Justicia para determinar derechos del hijo cuya paternidad se reclama.*

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Pilar interpuso demanda de menor cuantía contra D. Francisco, solicitando se dictase sentencia por la que declarase que el demandado, don

Francisco, es el padre de la menor Rocío, que como consecuencia de la anterior declaración se proceda a la cancelación de asiento registral contradictorio, lo que tendrá como consecuencia que la menor figure como hija de don Francisco y doña Pilar, pasándose a llamar Rocío M.M.

- Admitida a trámite la demanda la representación procesal del demandado contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia por la que, estimando nuestras alegaciones, rechace totalmente las pretensiones actoras, declarando la imposición de costas a la demandante no sólo por su falta de razón sino por su especial temeridad y mala fe.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Cabra dictó sentencia el 24 de octubre de 1995 estimando íntegramente la demanda
- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Córdoba dictó sentencia el 12 de abril de 1996 desestimando el recurso interpuesto por D. Francisco.

  D. Francisco interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, basa la estimación de la demanda, en cuanto consta en su fundamento jurídico segundo "...de la apreciación conjunta de la prueba ha de entenderse acreditado, que entre diciembre de 1981 y abril de 1982 existieron relaciones sentimentales entre don Francisco y doña Pilar, de forma que el propio don Francisco reconoce tácitamente al absolver la posición octava conocer el domicilio de la demandante al manifestar que no podría asegurar que lo fuera o no, al exhibirle una de las fotografías aportadas con la demanda, que asimismo ha de considerarse probado que en dicha época existía una más que razonable posibilidad de relaciones sexuales entre la hoy demandante y el hoy demandado por reconocérselo el propio demandado al testigo Sr. F. según consta en la declaración del mismo y dado que no cabe esperar una prueba plena y directa de dichos hechos. Que asimismo y siguiendo con el estudio de las pruebas practicadas no ha quedado acreditado que en dicha época don Francisco estuviese impedido para mantener relaciones sexuales por padecer fimosis muy cerrada, conclusión que ha de deducirse de las declaraciones de los doctores Sres. G. y C., concluyendo que aun cuando también queda acreditado según manifestaciones del testigo Sr. B. que la demandante tuvo relaciones sexuales con el mismo y otra persona en dicha época, ello no desvirtúa lo anteriormente expuesto, a mayor abundamiento y en concordancia con todo lo anteriormente expuesto el testigo Sr. F. manifestó que sabe que 'hubo follón porque el don Francisco se negaba a casarse hasta que no terminara la carrera...".

Por su parte, la Sala sentenciadora, tras estudiar la negativa del demandado a la práctica de las pruebas biológicas, afirma en su fundamento jurídico segundo, que del conjunto de las pruebas practicadas, hay que deducir que existieron relaciones de noviazgo y afectividad determinantes de la presunción racional de la paternidad, lo que unido

a la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas, son suficientes para presumir citada paternidad, explicitándose al respecto que, "...cobra especial importancia la propia conducta procesal de don Francisco, al negarse a contribuir al esclarecimiento del hecho, no sometiéndose a las tan repetidas pruebas biológicas, siquiera sea este un derecho que le reconocen los arts. 15 y 18 de la CE, en cuanto protectores de la intimidad personal y de la integridad física —aunque el último aspecto es matizable— porque de un lado, no ha aducido motivos convincentes para no aceptar el mandato judicial, y de otro, porque difícil resulta aceptar que una persona, médico de profesión, desconozca que según las técnicas actualmente en uso, la certeza de la prueba es matemática en el aspecto negativo y casi exacta en el positivo, a menos que fuera precisamente ese conocimiento el que forzase a su oposición...".

El primer motivo del recurso se basa en la vulneración del art. 359 de la LEC y 248.3 de la LOPJ, porque la Sentencia recurrida basa la estimación de la demanda, no sólo en la negativa a la práctica de las pruebas biológicas, sino también a la relación de noviazgo existente entre la demandante y su representado, pues, es evidente, que en caso alguno, la demanda basó su pretensión en la existencia de dicha relación de noviazgo y, que en el plano de la valoración, no es lo mismo la existencia de la relación esporádica más o menos íntima, que la de un noviazgo que puede mantenerse en el tiempo y que denota un carácter afectivo, por lo que declarar dicha relación de noviazgo entre la demandante y mi representado supone un exceso por *ultra petita.*

El motivo no se acepta por el Tribunal Supremo, ya que, lo que la Sala sentenciadora ha querido indicar (y con independencia de que haya aplicado correcta o incorrectamente ese sustantivo de noviazgo) es la existencia indiscutible de las relaciones personales, afectivas o sentimentales existentes entre las partes, no sólo por lo que se deriva del conjunto de la resultancia probatoria, sino, incluso, al ratificar cuanto al respecto se ha hecho constar en la *ratio decidendi* transcrita del Juzgado de Primera Instancia, por lo cual, el motivo se rechaza.

En el segundo motivo se alega que, en efecto, la regulación en nuestro ordenamiento jurídico de instituto de la denominada *ficta confessio* exigen la incomparecencia del llamado a confesar o su negativa a responder a las posiciones que el Juez le dirige y, que no es posible por tanto, el acogimiento de semejante figura en la incomparecencia de la persona llamada a someterme a la práctica de una prueba pericial, máxime cuando su cuerpo ha de ser objeto de la misma prueba, con afectación de derechos constitucionales sobradamente conocidos... en consecuencia, la construcción de valoración del resto de prueba practicada sobre la base de tener por confeso a mi representado está incorrectamente realizada, pues la analogía operada para llevar a cabo semejante traslado de normas procesales hacia la valoración de una prueba pericial impracticada no ha sido suficientemente fundamentada. Por otro lado, se alega que se incurre por la sentencia recurrida en manifiesta infracción de los preceptos 1249 y 1253 C.c., al realizarse en la sentencia la presunción de paternidad del demandado no deducida de hechos demostrados, y aduce que, la inexistencia de medios indirectos no puede dar prosperidad a una acción a efectos de inferir la filiación, dado que no existen posesión de estado ni reconocimiento paterno de la menor y los medios practicados, aun en conexión con la negativa de sometimiento a prueba biológica, no pueden acreditar la existencia de relaciones entre demandante y demandado, y menos con la calidad de pretendido noviazgo que establece la sentencia. Por ultimo, se denuncia la infracción de normas de la Jurisprudencia aplicable al objeto del debate, y que las Sentencias del TS que se especificarán contradicen la doctrina apreciada en la sentencia de la segunda instancia en lo relativo a la valoración de la negativa de someterse a la práctica de las pruebas biológicas, dado que lo fundamental es la conexión entre negativa a la prueba

y resto de pruebas indirectas practicadas y, que el Tribunal Supremo ha sentado tesis que pueden resumirse en el sentido de no constituir una admisión del hecho de la paternidad en litigio.

Sobre la cuestión valorativa jurídico/judicial de la negativa a la practica de la prueba biológica en relación con los demás elementos de convicción, existe ya un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial, a saber: "...que, partiendo de la jurisprudencia constante existente al respecto en cuanto al valor que tiene la negativa a la práctica de la prueba biológica, que sin alcanzar el carácter de *ficta confessio*, debe ser determinante de la convicción del órgano enjuiciador cuando, a su vez, aparte de esta negativa existen otros elementos de prueba que, en el sentir del Tribunal sentenciador propenden a alcanzar la paternidad discutida (entre las sentencias de esta Sala cabe destacar la de 8 de julio de 1991, que en su F.J. 6.º, decía: "...cuando acontece, como en el caso de autos, que sin la apoyatura de las pruebas pertinentes que posibilita el art. 127 —sobre cuya no práctica y su significado se expuso en STS de 6-6-91 'Como indican las sentencias, entre otras de 19-6-86, 17-7 y 14-11-87, 11-3, 21-5, 14-6, 3 y 7-12-88 y 24-3-90—, admitido en el ordenamiento jurídico español el principio de investigación de la paternidad, concretamente en el art. 127 CC, como consecuencia del principio constitucional consagrado en el art. 39.2 CE con la consiguiente admisión de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, si bien la negativa a someterse a éstas no implica, ni supone, desde luego una *ficta confessio*, sí supone, un valioso indicio, puesto en relación con los demás medios probatorios aportados, revelador de una falta de solidaridad y colaboración a la administración de justicia para determinar derechos de terceros, cual es el hijo cuya paternidad —sic— se reclama, ciertamente lamentable si se tiene en cuenta el elevadísimo índice de fiabilidad respecto a la determinación positiva de la paternidad en cada caso concreto, y cuya actividad obstructiva a su práctica hace ilusorias las posibilidades que el legislador establece en el art. 24 CE, para lograr la tutela efectiva de los derechos legítimos como los de filiación, y concretamente el derecho primario del hijo a que se le declare su filiación biológica y significar un evidente ejercicio antisocial del derecho concretamente rechazado por el art. 7 CC; y, como tiene declarado esta Sala en sentencias de 4-4 y 19-6-86, si bien el legislador español no ha dictado por el momento ninguna norma legal para regular la situación que se produce cuando cualquiera de los involucrados rehúsa ponerse a disposición de los peritos, o simplemente permitir que se lleven a cabo sobre su cuerpo las operaciones que son imprescindibles —por mínimas o nocivas que resulten— para el desenvolvimiento y éxito de la pericial, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, donde unas veces la negativa injustificada a someterse a la inspección heredobiológica es sancionada con multa disciplinaria, y, caso de persistencia, se autoriza el recurso de los apremios directos, especialmente a la conducción por la fuerza, o bien se equipara la negativa a la confesión, o da lugar a la inversión de la carga de la prueba, o se faculta para extraer libremente argumentos de prueba de rechazo injustificado de la parte a consentir la inspección sobre la persona..."; asimismo la de 22 de marzo de 1996, que en su F.J.7.º, señalaba que: "...ante la terminante prescripción del ordenamiento vigente (arts. 39 CE y 127 CC), es patente que la investigación de la paternidad, si bien no puede imponerse a la fuerza, hoy día obligatoriamente, en punto al sometimiento a la práctica de pruebas biológicas, porque ello quizá vulneraría el art. 10.1 CE, por lo que actualmente pudiera reflejar una cierta vejación, es lo cierto que, aquellos preceptos son portadores de un mensaje legal enderezado al bien público —la primera célula de la sociedad es la familia y su átomo más irradiante es la relación paterno-filial—, cuyas exigencias merecen una mayor y más específica protección, sobre todo en su instrumentación jurídica finalista y adecuada... Ahora bien ante esa deficiencia

y la consiguiente negativa a prestar su colaboración el hipotético padre biológico interesado por injustificadas causas... se ha tenido que perfilar una doctrina que en la medida de lo posible resuelva satisfactoriamente los derechos en pugna. Y de esta doctrina cabe extraer como esencia fundamental, que tal negativa no puede considerarse como *ficta confessio* y por ello ha de estar relacionada con las demás pruebas para obtener la convicción indispensable en orden a la estimación de la demanda por la vía probatoria de los indicios obrantes en el litigio...” (S. 19-9-96); lo que se completa con el reciente estudio de esa doctrina, consolidada al sistematizarse los siguientes criterios relevantes sobre el problema. Asimismo, como doctrina más reciente, se dice en la Circular 1/2001 de 5 de abril de la Fiscalía General del Estado: “...La plena conformidad constitucional de la resolución judicial, que en el curso de un proceso de filiación ordena llevar a cabo una prueba biológica para la investigación de la relación de paternidad o de maternidad, siempre que sea considerada pertinente por la autoridad judicial, no entrañe un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarla, y su práctica resulte proporcionada atendida la finalidad perseguida con su realización (SSTC 7/1994 y 95/1999). La obligación que tienen las partes de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso (art. 118 de la Constitución), 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 negarse a la realización de la prueba biológica para colocar al otro litigante en una posición de indefensión contraria al art. 24.1 de la Constitución, por no poder justificar su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el art. 24.2 del texto constitucional (SSTC 7/1994 y 95/1999). La prueba biológica despliega con plenitud sus efectos probatorios en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad (STS 88/2000, de 20 de septiembre). La negativa a la práctica de las pruebas biológicas, por sí sola, no basta para tener acreditada la paternidad, sino que es necesaria la existencia de otros indicios o pruebas que revelen la razonable posibilidad de la unión carnal al tiempo de la concepción (STS 88/2000, de 20 de septiembre). Por lo mismo, resulta posible denegar la paternidad reclamada, aun mediando aquella negativa, si el resto de las pruebas no aportan base alguna mínimamente fiable para afirmarla (SSTS 1222/1997, de 12 de diciembre y 863/2000 de 2 de octubre). La finalidad constitucional de las pruebas biológicas es la protección integral de los hijos, no de los padres biológicos, conforme al art. 39.2 de la Constitución...”.

La aplicación de esa jurisprudencia, es claro, conduce al fracaso de todos y cada uno de los Motivos, ya que pretenden, con base a alegaciones inconsistentes, desvirtuar la recta convicción de la Sala sentenciadora, que respetando esa conocida doctrina jurisprudencial, declara la constatación de la paternidad extramatrimonial reclamada, en base no sólo a la negativa a la práctica de las pruebas biológicas, sin razón alguna que pudiera ser vinculante, sino, sobre todo, por el complemento de la especie del otro sumando en cuanto al resultado de los medios probatorios que se han expuesto en la transcripción antes inserta; todo ello deriva en la desestimación de los motivos y del recurso con los demás efectos derivados.

II. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES.

1. *Responsabilidad de los bienes gananciales.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de junio de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

Aun cuando el esposo no tuviese conocimiento del contrato de corretaje suscrito por la esposa, ante el carácter ganancial del bien objeto de la mediación es evidente que la sociedad de gananciales debe responder del cumplimiento del mismo y ello legitima perfectamente la llamada al pleito al esposo al regir el régimen de administración conjunta, pues el contrato debe considerarse válido al no haber sido solicitada su anulación por el esposo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Teófilo interpuso demanda de menor cuantía frente a los cónyuges D.ª Magdalena y D. Juan, solicitando se dicte sentencia por la que se condene a los demandados a abonar la cantidad de 8.000.000 de pesetas más los intereses legales desde la fecha de presentación de la demanda y las costas del juicio.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 21 de Madrid dictó sentencia el 11 de enero de 1993 estimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 10.ª de la AP de Madrid dictó sentencia admitiendo el recurso interpuesto por D.ª Magdalena, revocando la sentencia de instancia absolviendo a los demandados de las peticiones que se contenían en el suplico de la demanda.
- D. Teófilo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, condenando a ambos cónyuges a abonar la cantidad de 8.000.000 de pesetas, intereses y costas.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo del recurso se centra en la existencia de indefensión ya que la sentencia recurrida ha basado su fallo en una excepción no aducida por los demandados; recae sobre una cuestión nueva (inexistencia de causa en el contrato), traída al pleito

la propia Sala sentenciadora pues no fue suscitada en la fase alegatoria por los demandados; ha sustituido alterando la causa de pedir.

Para juzgar sobre estos motivos hay que traer a colación la doctrina reiteradísima de esta Sala según la cual las sentencias absolutorias son congruentes por principio, salvo que el fallo absolutorio se base en excepciones o defensas procesales no alegadas por las partes o responda a un problema o problemas no debatidos en el pleito por alterarse la *causa petendi.* Justamente, en su riguroso análisis de la sentencia, es lo que hace el recurrente en los cuatro primeros motivos de su recurso.

Las quejas del mismo, señala el Tribunal Supremo, son atendibles, pues examinando los escritos de las partes en la fase expositiva del pleito es patente que la parte demandada, hoy recurrida, en ningún momento de su contestación de la demanda negó haber efectuado el encargo al actor, hoy recurrente. Sólo alegó que no podía producir efectos jurídicos porque faltaba en la carta en que se consignaba aquel encargo el consentimiento de su esposo y que el actor carecía de la cualidad de Agente de la Propiedad Inmobiliaria. Con estos escuetos apoyos solicitó la desestimación de la demanda.

Frente a la razonada sentencia de primera instancia que dio respuesta a estas cuestiones estimando las pretensiones del actor, la Audiencia la revoca por la siguiente *ratio decidendi:* "Del examen conjunto de la prueba practicada se estiman acreditados los siguientes hechos: 1.º) A partir del día 1 de abril de 1987 D. Jacobo se dispuso a vender la parcela y chalé núm. ... de la 'Urbanización P.'. 2.º) Hizo saber esta decisión en las oficinas de la Administración de la urbanización en que se encontraba y que había fijado el precio en 100.000.000 de pesetas. 3.º) El día 15 de mayo siguiente D. Teófilo acompañó a la apelante y su esposo a visitar el inmueble. Decidieron adquirirlo ofreciendo 100.000.000 pesetas. 4.º) D. Teófilo hizo saber al vendedor el interés de los adquirentes, pero que no pagaban más de noventa millones, a lo que se avino casi de inmediato. 5.º) El día 18 de mayo de 1987 la apelante firmó al actor el documento con el que satisfacía su mediación con tres millones de pesetas y más el cincuenta por ciento del descuento que obtuviera sobre el precio de 100.000.000 pts. 6.º) La finca se vendió el día 1.º de junio de 1987 en noventa millones. 7.º) El vendedor gratificó al demandante con 500.000 pesetas.

Evidencian estos hechos que el negocio cuestionado no pasa los límites de una relación casi cotidiana y meramente casual: Hay un simple anuncio de la decisión de vender que coincide al cabo de más de cuarenta días con la visita de un interesado en la compra, a quien se le hace saber. No hay, por tanto, encargo de gestión ni obtención de información, como tampoco intervención en la negociación: El actor se limitó a conocer que había una parcela en venta y cuando alguien vino casualmente a interesarse así lo participó, y, si alguna intervención tuvo en el negocio, fue para perjudicar a ambos contratantes, avisando al vendedor de un precio inferior y obteniendo de los compradores una remuneración complementaria aleatoria, sabiendo que era cierta. No había, por tanto servicio que remunerar y, además el consentimiento para acceder al pago se obtuvo con la insidiosa maquinación de hacer creer que la mediación era necesaria, cuando no lo era y que era sólo posible un beneficio que ya se había obtenido. Como a los efectos del art. 1.261 del Código Civil no hay contrato por ausencia total de causa (arts. 1.274 y 1.275 del Código Civil) y procede admitir el recurso y rechazar la demanda".

El texto transcrito evidencia que la desestimación de la demanda se produce por una falta de causa contractual al no existir servicio que remunerar, cuestión ésta que en modo alguno entró en el ámbito de la contradicción de las partes y que sorprendentemente la introduce *motu proprio* la Audiencia, sustituyendo unas defensas de la parte demandada por otras que no ha formulado, cuando además no es de orden públi-

co, afecta a intereses privados y son sus titulares los llamados a defenderlos con los argumentos legales, no los tribunales, los cuales no constituyen bufetes que reparen lo que otros bufetes han hecho o dejado de hacer.

Entrando a analizar el fondo del asunto, la parte demandada solicita la absolución a la demanda con fundamento en la falta de legitimación pasiva de su esposo y en que el actor no es Agente de la Propiedad Inmobiliaria.

Respecto de la primera excepción, el Tribunal Supremo hace suyo el razonamiento de la sentencia de primera instancia que se contiene en su fundamento de derecho segundo, y que dice textualmente: "La falta de legitimación pasiva del marido debe ser analizada desde un doble punto de vista, atendiendo a si ha consentido o no la celebración del contrato de corretaje que estamos analizando. Entendiendo que puede sostenerse perfectamente que el marido estaba al corriente del contrato de corretaje celebrado con el actor, dada la naturaleza del acto en el cual medió, compra de una vivienda por precio cuantioso en la localidad de Pozuelo de Alarcón, y a tenor de las expresiones contenidas por D.ª Magdalena en el documento núm. 2 aportado por la parte actora, ya que en el mismo se manifiesta textualmente 'sírvale la presente de confirmación por nuestra parte, de que por su mediación, es nuestro deseo comprar la finca....', lo que da a entender que debe ampliarse al esposo el consentimiento contractual manifestado, pues, en otro caso, el plural empleado carecería de justificación alguna, teniendo en cuenta además, que el documento referido debe ser considerado válido al no haber sido impugnado en forma por los demandados en la contestación a la demanda y ser reconocido durante la absolución del pliego de posiciones, ya que objeciones que se hicieron al mismo en el escrito de resumen de prueba no pueden ser tenidas en cuenta, al rebasar el contenido propio de tal escrito (arts. 701 y 670 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Aunque aceptásemos que el esposo no tuvo conocimiento del contrato, tampoco puede adoptarse una solución diferente ya que ante el carácter ganancial de bien objeto de la mediación, es evidente que la sociedad de gananciales debe responder del cumplimiento del mismo (art. 1.362 párrafo segundo del Código Civil) y ello legitima perfectamente al marido al regir el sistema de administración conjunta para tal sociedad (art. 1.375 del Código Civil), pues el contrato debe ser considerado como válido para obligar al régimen económico matrimonial de gananciales, pues los actos de administración realizados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro no son nulos sino simplemente anulables (art. 1.322 párrafo primero del Código Civil), y, por tanto, perfectamente válidos, mientras que no se acuerde su anulación, acción, que por otra parte, no ha sido ejercitada en modo alguno por el esposo".

En cuanto a la segunda causa de oposición tampoco puede ser acogida. La jurisprudencia de esta Sala ha negado que haya que poseer la titulación de Agente de la Propiedad Inmobiliaria para tener derecho a exigir el cobro de los servicios de mediación que puedan prestarse (sentencias de 6 de octubre de 1990 y 3 de octubre de 1995, a cuyos razonamientos nos remitimos para evitar repeticiones).

En la contestación a la demanda se adujo (nada más, es decir, sin que fuese base para alguna pretensión) que el actor había cobrado de comisión del propietario del chalé la cantidad de quinientas mil pesetas. Pero ello no desvirtúa en absoluto el hecho de que los demandados se obligaron a retribuir al actor si adquirían el chalé por su intervención, que no hay ninguna duda de que se produjo y fue eficaz. Tampoco constituye ningún obstáculo para la viabilidad de la pretensión del actor que éste supiese, antes de recibir el encargo, que el propietario del chalé lo quería vender. Ello ocurre en la realidad diaria de la intermediación; lo que importa es encontrar al comprador. Que la retribución del servicio fue muy alta, nada puede ponerlo

en duda, pero tampoco que aquí no hay límite a la autonomía de la voluntad; no se ha pedido por la parte demandada la nulidad de la declaración de voluntad por error o dolo.

En consecuencia, se ha de confirmar la sentencia estimatoria de la demanda del Juzgado de Primera Instancia.

2. *Acción de rescisión de capitulaciones matrimoniales instada por un acreedor.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de julio de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

Existiendo otros bienes sobre los que hacer efectivo el crédito del actor, bienes cuya insuficiencia a tal finalidad satisfactiva no se ha acreditado, no existe interés jurídico que justifique la rescisión de las capitulaciones matrimoniales ni del subsiguiente contrato de compraventa efectuado por el esposo a favor de sus hijos.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José interpuso demanda de menor cuantía contra D. Juan S.S., D.ª María del Carmen S.B., D.ª Carmen S.S. y D. Juan S.A., solicitando se dictase sentencia por la que se declare la nulidad o en su caso la rescisión de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por los demandados D. Juan S.A. y D.ª Carmen S.B. el día 21 de marzo de 1991 ante Notario por ser simulada o hecha en fraude de acreedores, así como de la posterior escritura de compraventa otorgada por el demandado D. Juan S.A. en favor de sus hijos D.ª María del Carmen S.S. y D. Juan S.S., el propio día 21 de marzo de 1991 ante el mismo Notario, y sean canceladas las inscripciones causadas en los Registros de la Propiedad como consecuencia de dichas escrituras, condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones y a acatarlas y cumplirlas, siendo los bienes comprendidos en las indicadas escrituras pertenecientes a los esposos demandados con el carácter de bienes gananciales y sujetos a las consecuencias de la deuda de 15.000.000 ptas., según cheque acompañado por tal importe, y todo ello con expresa imposición de costas a los demandados.
- Los demandados, bajo una misma representación y defensa, se personaron en autos y se opusieron a lo solicitado en el suplico de la demanda, pidiendo su íntegra desestimación con expresa condena en costas.

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 8 de Barcelona dictó sentencia en fecha 1 de diciembre de 1994 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 14.ª de la AP de Barcelona dictó sentencia el 12 de marzo de 1996, estimando el recurso y declarando la rescisión de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada por los esposos-demandados así como la posterior escritura de compraventa otorgada por el codemandado D. Juan S.A. a sus hijos D.ª María del Carmen S.S. y D. Juan S.S., y todo ello con expresa condena en costas de la instancia a los demandados, y sin especial pronunciamiento en orden a las de la alzada.
- Los demandados interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que confirmó la sentencia del juzgado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El recurso de casación se funda en la infracción de los arts. 1291.3 y 1294 del Código Civil, con apoyo en la sentencia de esta Sala de 7 de noviembre de 1992.

Dice la sentencia de 7 de noviembre de 1992 que "declarado por la Sala sentenciadora que en las capitulaciones matrimoniales controvertidas se procedió a la liquidación de la sociedad de gananciales con adjudicación a la esposa de los bienes inmuebles existentes en el matrimonio y de dos turismos sin que en el inventario se incluyesen las deudas de la sociedad, no constando que al realizarse el embargo el marido dijese nada acerca de tal adjudicación ni señalase otros bienes, la declaración que hace la sentencia impugnada acordando la rescisión de las capitulaciones es contradictoria con tal resultancia probatoria. Uno de los requisitos esenciales para que los contratos puedan rescindirse por razón de fraude está constituido por la exigencia de que el acreedor no pueda cobrar de otro modo lo que se le debe (art. 1291.3 del Código Civil), pues dado el carácter subsidiario de la acción rescisoria que proclama, también, el art. 1294 del mismo Cuerpo legal, sólo puede ejercitarse cuando se carezca de todo recurso legal para obtener la reparación del perjuicio, requisito que no se da en este caso, pues, si la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales como consecuencia de las capitulaciones otorgadas vigente el matrimonio —en las que se modificó el régimen económico del matrimonio y se adoptó el de separación absoluta de bienes (art. 1392)— no perjudica en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (art. 1317 del Código Civil), si el art. 1401 de este Texto legal dispone que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservan su derecho contra el cónyuge deudor, respondiendo, también, el cónyuge no deudor con los bienes que se le hayan adjudicado si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial, y si el art. 1402 establece que los acreedores de la sociedad de gananciales tienen en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la liquidación y partición de herencias, es decir, el derecho de exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los cónyuges si no hubiese formulado debidamente inventario o hasta donde alcancen los bienes adjudicados si se hubiese formulado (art. 1084), en el presente caso, no puede afirmarse que el acreedor demandante no tuviera otro recurso legal para hacer efectivo su crédito que el ejercicio de la acción rescisoria; de otra parte, la normativa hipotecaria no constituye obstáculo alguno para la per-

secución de los bienes que en la liquidación de la sociedad conyugal se adjudicaren a cada uno de los esposos pues el art. 144.2 del Reglamento Hipotecario, prevenido expresamente la hipótesis aquí contemplada, dispone que si como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal se hubiere inscrito la partición de bienes podrá anotarse el embargo cuando la demanda se hubiere dirigido contra los respectivos adjudicatarios; en tal sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencias de 15 y 17 de febrero, y 13 de junio de 1986, 17 de noviembre de 1987 y 25 de enero de 1989. Al no haberlo entendido así la sentencia recurrida, se han infringido los artículos del Código Civil y la reiterada doctrina de esta Sala que los interpreta, lo que conduce a la estimación del motivo, estimación que procede igualmente respecto al tercer motivo en que se denuncia aplicación indebida del art. 1317 del Código Civil en relación con el 1373 del mismo Cuerpo Legal, pues la correcta aplicación del citado art. 1371 (*rectius*, 1317) no puede llevar nunca a la solución rescisoria a que llega la Sala *a quo* y en este sentido se pronuncian las sentencias de 4 de mayo y 10 de septiembre de 1987 según las cuales la pervivencia de la responsabilidad ganancial, no obstante las modificaciones del régimen económico matrimonial realizadas constante matrimonio, "no significa la invalidez de la escritura en que se estipuló el régimen de separación de bienes, se liquidó la preexistente sociedad de gananciales, y se adjudicaron los bienes de la misma, siendo, por ende, innecesario al fin de hacerse efectivas sobre tales bienes las deudas anteriores y de las que debían responder pedir la nulidad de la referida escritura o adjudicaciones ya que el precepto que se supone violado consagra una responsabilidad *ex lege,* inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones y que, en consecuencia, no requiere para su efectividad declaración de ineficacia o nulidad de clase alguna".

En el presente caso aparte de que en la demanda interpuesta no se interesó la condena de D. Juan S.A. al pago de la cantidad que se dice debida, que la propia sentencia recurrida señala la existencia de dos fincas propiedad de éste codemandado aunque se dice que resultan insuficientes para el pago del crédito, no se da ese requisito de subsidiariedad, característico de la acción rescisoria, por cuanto existen en poder del cónyuge no deudor, los bienes que le fueron adjudicados al hacerse la liquidación de la sociedad de gananciales sobre los que, en su caso, podrá hacerse efectivo el derecho de crédito que aduce el actor, de acuerdo con el art. 1317 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia transcrita. En consecuencia, procede la estimación del motivo.

La estimación del motivo provoca que la Sala del Tribunal Supremo asuma las funciones de instancia y se pronuncie sobre el objeto del procedimiento, desestimando nuestro más alto tribunal la demanda formulada no sólo en cuanto a la petición relativa a la escritura de capitulaciones matrimoniales sino también respecto a la compraventa concertada entre D. Juan S.A. y sus hijos, D.ª María del Carmen S.S. y D. Juan S.S., ya que existiendo otros bienes sobre los que hacer efectivo el crédito del actor, bienes cuya insuficiencia a tal finalidad satisfactiva no se ha acreditado, no existe interés jurídico que justifique la rescisión de ese contrato de compraventa; procede así la confirmación de la sentencia de primera, si bien, no por sus propios fundamentos, sino por lo razonado en los anteriores de esta resolución.

3. *Rescisión de la liquidación de gananciales por lesión en más de una cuarta parte.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de julio de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

Rescisión de la liquidación de gananciales por lesión en más de la cuarta parte, siendo indiferente que en la escritura de liquidación y adjudicación de bienes de la sociedad de gananciales se incluyera una cláusula por la que ambos cónyuges aceptan las adjudicaciones realizadas, reconociendo que nada tienen que reclamarse por tal concepto, puesto que la misma no implica una renuncia expresa y terminante a la acción rescisoria.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Nieves promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Marcello solicitando se dictase sentencia por la que se declare: 1.º) La rescisión por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, de la liquidación de la sociedad legal de gananciales y adjudicación de los bienes, la cual se llevó a efecto en escritura pública otorgada el 20 de octubre de 1989, lesión producida por ser superior en más de la cuarta parte el lote de los bienes adjudicados al esposo del adjudicado a la esposa, condenando al demandado a estar y pasar por dicha declaración. 2.º) Librar a tal efecto, y como consecuencia de la anterior declaración, mandamiento al Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, donde figuran inscritos los inmuebles adjudicados a cada uno de los esposos, para la constancia registral de tal declaración en los que aún figuren a nombre de cada uno de los esposos, con todo lo demás que proceda en Derecho así como con expresa imposición de costas a la parte contraria en caso de oponerse a la presente demanda.
- Admitida a trámite la demanda y comparecido el demandado, su defensa y representación legal la contestó, oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando "se dictase sentencia por la que se desestime la demanda y se absuel-

va a mi representado, con imposición de las costas a la demandante, dada su manifiesta temeridad y mala fe".

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia el 10 de febrero de 1996, estimando la demanda y declarando "rescindida por causa de lesión económica la liquidación y adjudicación de bienes de la sociedad legal de gananciales a cada uno de los cónyuges don Marcello y doña Nieves efectuada mediante escritura pública de capitulaciones matrimoniales otorgada el día 20 de octubre de 1989, condenando al demandado a estar y pasar por dicha declaración y, en su consecuencia, firme que sea la presente resolución, líbrese mandamiento al Registrador de la Propiedad donde figuran inscritas las fincas que fueron objeto de adjudicación a cada uno de los esposos litigantes por la referida escritura pública y que continúan inscritas a favor de los adjudicatarios para su constancia; todo ello con imposición de costas a la parte demandada".
- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife dictó sentencia en fecha 20 de abril de 1996, desestimando el recurso interpuesto por D. Marcello.
- D. Marcello interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso, el recurrente estima infringido el art. 1.266 del Código Civil en relación con la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de 18 de febrero de 1994, que determina que para que el error sea invalidante del contrato, además de ser esencial, ha de ser excusable, requisito que se deduce de los principios de autorresponsabilidad y de buena fe, siendo excusable cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular. La esposa, mediante una sencilla diligencia pudo haber comprobado la realidad de las valoraciones y no cabe por ello hablar de error cuando durante muchos años se ha vivido en el inmueble donde se ubican prácticamente la totalidad de las fincas objeto del debate.

Frente a tal alegato, señala el Tribunal Supremo, debe consignarse que el error al que se refiere, tanto el artículo 1266 del texto sustantivo civil, como la sentencia —única aducida y que no puede sólo por ello constituir doctrina legal— es al error inválidamente del consentimiento contractual que determina la nulidad del contrato, al paso que la rescisión por lesión supone un acto válido, pero que el ordenamiento jurídico permite su rescisión a causa de un determinado perjuicio valorado cuantitativamente. En cualquier caso, el presupuesto fáctico no es el expuesto en el motivo, porque lo real y efectivo fue que en la referida escritura de 20 de octubre de 1989, no se efectuó una valoración separada y detallada de todos y de cada uno de los bienes, pues si bien se adjudicó a cada finca urbana un valor al final de su descripción en la citada escritura, no puede olvidarse que se practicó asimismo una división horizontal y de obra nueva de una casa que de tres plantas en su título pasa a ser de cuatro y rematada de azotea y a cuya división horizontal conjunta se señaló

un valor de dieciséis millones de pesetas. Pero, además, no se tuvo en cuenta, como con acierto destaca la sentencia de instancia, ahora recurrida en esta vía casacional, la disminución objetiva del valor en las plantas más altas del edificio, ante la inexistencia de ascensor y ello, sin contar además que el perjuicio causado a la actora excede de la cuantía que la Ley estima tolerable. Ello desencadena inexcusablemente el perecimiento del motivo.

Aduce el recurrente en el segundo motivo que no se ha aplicado, ni valorado en ninguna de las sentencias de instancia el artículo 1282 del Código Civil, ni la doctrina de los actos propios —sentencias de 19 de diciembre de 1979, 18 de mayo y 9 de octubre de 1981, 16 de febrero de 1988, 3 de octubre de 1989, 20 de junio y 12 de julio de 1990, 30 de octubre y 2 de noviembre de 1995— y se apoya en que la actora remitió un escrito a la Consejería de Hacienda del Gobierno de Canarias el 23 de octubre de 1992, en el que manifiesta que la liquidación del I.B.I. como naturaleza urbana arroja un valor catastral de 7.285.359 pesetas y termina por solicitar que "se proceda a una nueva valoración sobre los bienes de referencia". De ello extrae el motivo que la propia actora ratificó y dio por válida la valoración de la escritura. A ello añade el recurrente que las fincas objeto de la división y de adjudicación fueron compradas en su día directamente por la actora o a través de su padre como apoderado, mientras el demandado se encontraba en Alemania y fue ella la que liquidó los impuestos de Transmisiones Patrimoniales e impuestos locales, siendo la encargada de llevar la contratación y pago de las reformas en las fincas y de abonar a los Colegios de Aparejadores y Arquitectos. Ello lleva al recurrente a proclamar que la actora tenía conocimiento sobre lo que era objeto de partición.

No alcanza esta Sala a entender en qué se ha podido vulnerar el art. 1282 del CC, que viene referido a la determinación de la intención de los contratantes y su aclaración con actos coetáneos y posteriores. La intención de los cónyuges fue la de liquidar y repartir entre ellos los bienes de la sociedad conyugal. El *thema decidendi* planteado en la demanda y debatido en el proceso en la instancia, es que la actora ha sido perjudicada en más de la cuarta parte del valor de los bienes (arts. 1074, 1392.4.º y 1410 del CC). Igualmente hay que destacar la relevancia de la doctrina de los actos propios, que se dice conculcada, con cita de diversas sentencias de este Tribunal, porque se exige que los denominados actos propios vinculantes causen estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto a sí mismo. Además, el acto ha de ser solemne, expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo inequívocamente la situación del que lo realiza —sentencias, por todas, de 27 de julio de 1990, 16 de diciembre de 1991, 4 de junio de 1992, 12 de abril de 1993 y 10 de junio de 1994, entre otras muchas—.

El escrito remitido a la actora a la Consejería de Hacienda del Gobierno de Canarias y que fue presentado en los autos con el escrito de contestación a la demanda, carece de la virtualidad pretendida en el motivo, y no alcanza para sostener la doctrina de la prohibición de *venire contra factum proprium*, que implica actuar contra la buena fe, como han recogido las añejas sentencias de 14 de junio de 1934 y 27 de enero de 1966. En primer lugar, no consta que fuera realizado personalmente por la actora y no fuera obra de una Gestoría o de un tercero en su beneficio y ayuda, pero, en todo caso, la única finalidad era la de no pagar mayores o indebidos impuestos. Pero, además, tal escrito valora el edificio en su conjunto y no en sus partes, que se han repartido entre los litigantes como fincas independientes, pero sujetas al régimen de propiedad horizontal, por lo que nada tiene que ver con la valoración particional de los gananciales.

Con referencia al segundo argumento del motivo relativo a que las fincas fueron compradas todas por la actora directamente o por su padre como apoderado y cuando el esposo se encontraba en Alemania, a más de no aparecer probado en el proceso, supone un hecho nuevo, una cuestión nueva que por ello no puede ser aducida ni debatida en la instancia y repudiable en el recurso de casación —ver, por todas, sentencias de 23 de mayo, 18 y 25 de junio y 20 de noviembre de 1990, 15 de abril y 14 de octubre de 1991, 24 de enero, 3 de abril y 26 de julio de 1993, 28 de abril y 19 de diciembre de 1997, 19 de junio y 31 de octubre de 1998 y 9 de febrero de 2000, entre otras—.

El brevísimo motivo tercero, al punto que confunde su formulación y desarrollo por su exigüidad, señala la inaplicación de los artículos 1311 y 1313 del Código Civil, porque la actora después de la firma de la escritura de partición y adjudicación confirma con sus actos dicha partición y se refiere al documento dirigido a la Consejería de Hacienda y entiende que con ello purifica cualquier vicio de que adoleciera el documento. Vuelve de nuevo a confundir la parte recurrente la nulidad con la rescisión y alega como violados dos preceptos referidos a la confirmación de los contratos en cuanto afecta, no a su perfección sino a la purificación de los vicios de que adolece, como ya señalaron las añejas sentencias de 7 de mayo de 1897 y 25 de junio de 1946. El motivo, además carente de fuerza suasoria, repite con parecidas palabras y menos argumentación lo recogido en el motivo segundo del recurso. La conducta de la actora ha sido de una claridad meridiana, ha interpuesto una demanda de rescisión por lesión y dentro del plazo legal concedido para ello y se pretende ahora, repetir una vez más, que con un documento con exclusiva y única finalidad fiscal de pagar a Hacienda un impuesto por un inmueble en su totalidad, sin señalamiento de los pisos en que aparece constituido, ha confirmado el documento notarial en que se le ha producido un perjuicio superior a la cuarta parte, cuando se trata de un acto y su documentación ajena al reparto de bienes de la sociedad conyugal y que no puede por ello suponer una renuncia a la acción rescisoria que ha ejercitado dentro del plazo establecido.

El cuarto motivo estima infringido el artículo 1074 del Código Civil por indebida aplicación del mismo y añade que se olvida, además, el artículo 1295 del mismo texto legal y de conformidad todo ello con el artículo 1214 del citado Código Civil. Añade que no se ha acreditado la lesión que requiere tal precepto, ya que hay que insistir en las valoraciones del Arquitecto Sr. Z y la valoración realizada por la propia Consejería de Hacienda. Concluye el anómalo e irregular motivo señalando que no procede la acción de rescisión conforme al artículo 1295 del Código Civil por hallarse uno de los bienes en poder de tercera persona, como consta en autos —local de negocios de la calle P—.

El motivo no es estimado por el Tribunal Supremo porque no respeta los hechos declarados probados en la instancia que de conformidad ambas sentencias de primer y segundo grado así proclaman y que deben respetarse en este cauce casacional. Si los hechos probados afirman que se ha practicado la disolución de una sociedad conyugal y la liquidación y adjudicación de los bienes entre los partícipes y se ha cometido una lesión en más de la cuarta parte, no resulta concebible la infracción del artículo 1074 del Código Civil por indebida aplicación. En cualquier caso, el que se encuentre uno de los bienes en poder de tercera persona, nada empece al ejercicio de la acción rescisoria, porque la declaración de ineficacia del contrato que se rescinde se produce *ex tunc* con efectos retroactivos desde su perfección y produce la restitución de las prestaciones percibidas por cada contratante incrementadas con sus frutos e intereses. En cuanto a los bienes en poder de tercero de buena fe, significa tan sólo que se excluyen tales efectos rescisorios a cargo de dicho tercero, pero el causante de la lesión o fraude está obligado a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

Finalmente, el quinto y último motivo del recurso estima infringido el artículo 6.2 del Código Civil, en relación con el artículo 1281 del mismo cuerpo legal, según establece la cláusula en la escritura notarial: "Ambos aceptan las adjudicaciones realizadas, sin que tengan que reclamarse nada entre sí por dicho concepto". Concluye el motivo que no cabe la acción de rescisión planteada, puesto que se acepta que no se reclamará. Tal es la sola argumentación del motivo que no puede prosperar, pues no existe una renuncia expresa y terminante a la acción rescisoria y así se deduce de los actos posteriores y coetáneos de la actora y mucho más cuando en la instancia se ha declarado probado con valor de dato fáctico e inatacable por ello en esta vía casacional, que se le ha producido un perjuicio superior a la cuarta parte y no ha participado en la valoración de los bienes, previa al otorgamiento de la escritura, ni que ostenta cualificación para su justiprecio o tasación.

4. *Responsabilidad de los bienes gananciales.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de julio de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

Responsabilidad de los bienes adjudicados a la esposa en la escritura de capitulaciones matrimoniales por las deudas contraídas con anterioridad por el esposo en el ejercicio de una actividad de incuestionable carácter ganancial.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 6 de abril de 1990 la Tesorería de la Seguridad Social embargó la vivienda adjudicada a D.ª Carmen en la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgadas el 15 de febrero de 1985, como consecuencia de deudas contraídas por su marido D. Enrique.
- D.ª Carmen interpuso demanda de tercería de dominio contra la Tesorería Territorial de la Seguridad Social de La Coruña, y contra D. Enrique, solicitando se dictase sentencia por la que se declare que la finca pertenece en propiedad a la actora, ordenando en consecuencia que se alce el embargo sobre la misma decretado por la Tesorería Territorial de la Seguridad Social de A Coruña, en el procedimiento de apremio seguido contra el esposo.
- La TGSS se personó en autos solicitando la desestimación de la demanda. D. Enrique no compareció siendo declarado en rebeldía.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Ribeira dictó sentencia el 26 de diciembre de 1991 estimando íntegramente la demanda.

- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de A Coruña dictó sentencia el 25 de septiembre de 1995, estimando el recurso y revocando la sentencia del juzgado, absolviendo en consecuencia a la TGSS de los pedimentos que se contenían en el suplico de la demanda.
- D.ª Carmen interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En los motivos del recurso D.ª Carmen denuncia la infracción de los arts. 348 y 349, en relación con los 1325, 1326 y 1327, todos ellos del CC, la infracción de la doctrina del Tribunal Supremo según la cual para la procedencia de la tercería de dominio solamente es necesario demostrar que la adquisición del dominio de los bienes embargados se ha realizado con anterioridad a la fecha de la traba. Se señala que la resolución impugnada no niega tal circunstancia pero a través de diversos razonamientos sobre el origen de la deuda que dio lugar al apremio, rechazó la demanda, siendo así que las cuestiones que alegaba la Tesorería de la Seguridad Social eran ajenas al debate y necesitaban ser enjuiciadas en un juicio declarativo ordinario.

La sentencia impugnada considera probado que los descubiertos en el Régimen General de la Seguridad Social que dieron motivo al embargo corresponden a diversos períodos, de los cuales el inicial discurre de noviembre de 1983 a abril de 1986. A su vez, los descubiertos relativos al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos se produjeron desde abril de 1983 a diciembre de 1984. Estima, por ello, que la deuda es, al menos en parte, anterior a 15 de febrero de 1985, en que se otorgó la escritura de capitulaciones matrimoniales que estableció el sistema de absoluta separación de bienes entre la tercerista y su esposo y en la que se adjudicó a D.ª Carmen la vivienda objeto de embargo, la cual había sido, hasta entonces, ganancial. A su vez, el carácter ganancial, al menos en parte, de la deuda contraída con la Seguridad Social dimana del hecho de haber sido causada en el ejercicio de una actividad negocial desarrollada por el marido de la tercerista durante la vigencia del régimen de sociedad de gananciales existente entre los esposos hasta el otorgamiento de capitulaciones. En consecuencia afirma la Audiencia que de dicha deuda han de responder los bienes que integraban la referida sociedad, en atención a lo dispuesto en los arts. 1362.4.º y 1365.2.º del CC, debiendo recordarse que el art. 1317 del mismo Cuerpo legal establece que la modificación durante el matrimonio del régimen económico matrimonial no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros.

No puede ponerse en duda, señala el Tribunal Supremo, la absoluta corrección tanto de la valoración de la prueba que se realiza en la sentencia impugnada en lo que se refiere al momento en que se generaron parte de las obligaciones contraídas por el marido de la recurrente en el ejercicio de una actividad de incuestionable carácter ganancial (la explotación de una cafetería-pastelería) como en la aplicación al caso debatido en la norma contenida en el art. 1317 del CC, especialmente oportuna y adecuada en supuestos como el que nos ocupa en que los bienes inmuebles se adjudican a uno de los cónyuges en tanto que al otro se asignan partidas del activo de incierta existencia o de escaso valor.

En el tercer motivo al amparo del art. 5.4.º de la LOPJ, se denuncia la violación del art. 24 de la CE, al haber sido rechazada la tercería con base en la supuesta naturale-

za y origen de la deuda contraída, sin que por la parte demandada se hubiese formulado petición alguna en tal sentido, lo que generaba manifiesta indefensión para la ahora recurrente. Se señala, al respecto, que ésta no solo no ha sido parte en el expediente administrativo tramitado para la exigibilidad de la deuda contraída por su marido, sino que se ve condenada sin ser oída y vencida en juicio, pues la sentencia se ha limitado a desestimar la demanda sin realizar pronunciamiento alguno sobre elementales cuestiones, como la supuesta nulidad de los capítulos o el origen y procedencia de la deuda.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, de una parte, porque el origen de la deuda ha sido establecido por la Audiencia Provincial tras el análisis —según ya se ha dicho— del material probatorio incorporado a los autos. En otro aspecto, la sentencia no declara la nulidad de las capitulaciones matrimoniales, sino que se limita a hacer correcta y obligada aplicación del art. 1317 del CC en orden a la limitada eficacia de las mismas en determinados supuestos, concretamente respecto a los derechos adquiridos con anterioridad por terceros, los cuales en ningún caso pueden resultar perjudicados. Finalmente, ha de asumirse expresamente el contenido del Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia impugnada que rechazando la argumentación de la entonces apelada sobre el particular, establece que no es necesario que por el demandado que se opone a la tercería se inste expresamente la ineficacia o invalidez del título esgrimido por la promovente de aquella, pues su oposición embebe por vía de excepción, todas las cuestiones, sin que sea preciso que se formule reconvención ni que se ejercite otra pretensión autónoma. El tema ha sido, por tanto, debidamente debatido y expresamente resuelto, sin que se aprecie indefensión de clase alguna para la ahora recurrente.

III. CONVENIO REGULADOR

1. *Eficacia frente a terceros.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

Validez y eficacia de la cláusula del convenio regulador en la que los cónyuges se obligaban a ceder a los hijos unos inmuebles en caso de cumplirse una determinadas condiciones, estando los hijos legitimados activamente para exigir el cumplimiento de la cláusula.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Cándido y D.ª María suscribieron un convenio regulador el 20 de junio de 1984, incorporado a la escritura de 30 de octubre de 1984, por medio del

cual liquidaron la sociedad ganancial como consecuencia económica de la separación matrimonial decretada por sentencia de 6 de julio de 1983 y posterior sentencia de divorcio de 23 de mayo de 1986, que acepta y ratifica la liquidación ganancial llevada a cabo. La referida estipulación dice: "Ambos cónyuges se comprometen por medio del presente documento a ceder dos pisos a los hijos que no tienen en su poder inmueble alguno, en caso de construir un nuevo edificio".

- D.ª María, D. Cándido (hijo) y D. Jesús instaron procedimiento de menor cuantía contra D. Cándido (padre) solicitando que se dicte sentencia condenando al demandado a la obligación de hacer entrega de dos pisos, con sus correspondientes cocheras y trasteros, a sus hijos, D. Cándido y D. Jesús que no tienen inmueble alguno, conforme a la estipulación segunda del convenio regulador suscrito por D. Cándido y D.ª María, pisos sitos en calle M., valorados en treinta millones de pesetas o subsidiariamente, para el caso de que en la actualidad D. Cándido no poseyese en propiedad inmueble alguno del edificio construido, por haber procedido de mala fe a la venta de todos los pisos a terceras personas, se acuerde indemnizar a D. Cándido (hijo) y D. Jesús en la cantidad de quince millones de pesetas a cada uno de ellos. Y todo ello con expresa imposición de costas al demandado por su temeridad y mala fe.
- D. Cándido (padre) se personó en el pleito y contestó a la demanda, a la que se opuso con las razones fácticas y jurídicas que alegó, para terminar suplicando que tras los trámites procedentes, dicte en su día sentencia que desestime la demanda en todos sus extremos, con imposición de costas a los actores.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Granada dictó sentencia el 6 de marzo de 1995 estimando la excepción de falta de legitimación activa únicamente con respecto a D.ª María, cuya pretensión se rechaza, con desestimación de la misma excepción en cuanto al resto de los actores y, estimando parcialmente la demanda, condenaba al demandado a que satisfaga a D. Cándido y D. Jesús la cantidad de 7.443.125 pesetas a cada uno de ellos, con los intereses legales desde la fecha de la presente sentencia, y con imposición a cada parte de las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.
- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Granada dictó sentencia el 18 de enero de 1996 estimando el recurso y absolviendo al demandado de las peticiones que en su contra se contenían en la demanda.
- D. Cándido y D. Jesús interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los recurrentes centran el primer motivo de impugnación en la interpretación de la cláusula del convenio regulador por la que ambos cónyuges se comprometen a ceder dos pisos a los hijos que no tienen en su poder inmueble alguno, en caso de construir un nuevo edificio.

La literalidad del acuerdo resulta clara y al utilizar el adjetivo "ambos", se está refiriendo a uno y otro, es decir a los dos. "Ceder" equivale a traspasar o transferir a otro un bien, derecho o acción, en este caso se trata de pisos, en cualquiera de las formas que la normativa jurídica habilita para ello. El Código Civil dedica a la cesión de bienes de forma puntual los artículos 1175 y 460.2. La inclusión de la condición "en caso de construir un nuevo edificio", ha de entenderse en el contexto de la cláusula y del documento que extinguió y liquidó la sociedad de gananciales, lo que autoriza a establecer que se trata de obligación asumida por los cónyuges, cuando alguno de ellos levantara un nuevo edificio sin más, es decir que no se supeditó a que se produjera exceso de pisos y por ello sobrasen dos para cederlos a título de dominio a los recurrentes —aunque implícitamente este sea el sentido—, lo que facilita, en caso de indisponibilidad de las viviendas, para su cumplimiento por equivalencia mediante la correspondiente compensación indemnizatoria.

Sentada la interpretación que ha de darse a la discutida cláusula, las condiciones que incluye resultan concurrentes en este supuesto, pues no se demostró que los dos hijos que recurren fueran dueños de algún inmueble, así como que el padre llevó a cabo efectiva construcción de un bloque de viviendas de Protección Oficial de Promoción Privada en situación de copropietario, habiéndose otorgado la calificación definitiva por la Junta de Andalucía en fecha 17 de diciembre de 1991.

Aunque la Audiencia Provincial, señala el Tribunal Supremo, no llevó a cabo interpretación hermenéutica de la estipulación en discordia, sí vino a desautorizar la correcta llevada cabo por el Juez de Instancia, considerando que se trataba sólo de simple prestación, por lo que el estudio interpretativo del clausulado se hace necesario para la adecuada resolución de la cuestión de fondo y justifica el motivo que resulta acogido en la forma que queda explicitada.

Para desestimar la demanda, la Audiencia Provincial declaró, con apoyo en la jurisprudencia que cita, que el contenido de la estipulación representaba sólo una prestación convenida por ambos ex-cónyuges, que no facultaba a los hijos a exigir su cumplimiento, con lo que se les vino a negar legitimación *ad causam.* Esta decisión no es correcta a juicio del Tribunal Supremo, pues incurre en inaplicación del artículo 1257 del Código Civil y violación del 1256, que se aportan al motivo, toda vez que se trata de un acuerdo en el marco de la partición del haber ganancial, que resulta vinculante para los progenitores de los que recurren y les obliga respecto a éstos, que han adquirido un efectivo derecho propio y autónomo.

La sentencia de 23 de octubre de 1995 (que cita las de 7-6-1976 y 12-7-1977), atiende a la intención de los contratantes, que en este caso se presenta significativa, relevante y ajustada a la jurisprudencia que define el contrato con estipulación a favor de tercero, en cuanto a que viene confirmada la relación que se celebra entre dos personas que actúan en nombre propio y otorgan un derecho a un extraño o terceros —aquí no tan extraño, pues los dos destinatarios eran los hijos— que no han intervenido en su conclusión. De este modo los beneficiarios cuentan con acción para exigir su cumplimiento, a partir de la aceptación comunicada, que en este caso se ha producido, por ser titulares del derecho hacia ellos derivado y no ser simplemente destinatarios de una prestación, pues su derecho se funda y resulta contenido en el acuerdo llevado a cabo por sus padres (Sentencias de 3-2-1983, 9-4-1985, 6-3-1989 y 26-4-1993), y que

consistía en acceder a la titularidad dominical de una vivienda para cada uno de los recurrentes, por carecer de la misma, acuerdo que en línea de moralidad se acomoda a lo relativamente querido por los padres al adoptarlo, lo que, en su condición de promitentes, quedaron definitivamente obligados a su cumplimiento.

El motivo es pues estimado por el Tribunal Supremo, pues aparte de lo que se deja expuesto, se vino aquí a superar la simple concepción jurídica de estipulación en interés de tercero o mera prestación, para entrar en una relación instaurada, que atribuye a los beneficiarios legítimo derecho para exigir el cumplimiento de lo prometido, al darse los requisitos y supuestos que la condicionaba, ya que el derecho potencial de los terceros, referido al momento de la celebración del acuerdo, se hizo de este modo definitivo, por lo que el promitente ha de soportar la situación de sujeto pasivo de tal derecho.

El Tribunal Supremo estima el recurso y confirma la sentencia del Juez de Primera Instancia, que estimó la petición alternativa suplicada de la demanda, ante la inexistencia actual en el patrimonio del padre de inmuebles para cumplir el compromiso adquirido, sustituyéndose la entrega de las viviendas por una compensación económica fijada en 7.443.125 pesetas a favor de cada recurrente, lo que representa cumplimiento por equivalencia que autoriza la doctrina reiterada de esta Sala de Casación Civil (Sentencias de 12-6-1991, 26-2-1992, 28-11-1994, 4-12-1994, 16-3-1995, 26-5-1998 y 2-7-1998 y del Tribunal Constitucional de 17-12-1985 y 17-10-1991).

IV. PATRIA POTESTAD

1. *Declaración de desamparo.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de julio de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

No procede dejar sin efecto la declaración de desamparo de la menor cuando, habiendo padecido la madre un síndrome de dependencia alcohólica, no consta su actual abstinencia para el alcohol, desprendiéndose además del informe social las graves incidencias ocurridas en el seno familiar de la madre.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 21 de enero de 1994 se declaró en desamparo a María, hija de D.ª Isabel, por la Consejería de Integración Social de la Comunidad de Madrid, en vis-

ta de que sus padres, aparte de habitar una vivienda en mal estado, eran consumidores de alcohol y por sus desavenencias matrimoniales tenían a la menor en situación de desamparo.

- D.ª Isabel interpuso demanda de menor cuantía contra la Consejería de Integración Social solicitando se dicte sentencia atribuyéndole a la actora la guarda y custodia de su hija menor declarada en desamparo. La demanda se basaba en que habían cesado los motivos por los que se le privara de la guarda y custodia de su hija, por cuanto ella y su marido se habían deshabituado del consumo de alcohol, recibían una pensión y adquirieron una vivienda digna, de la que antes carecían, manteniendo una relación estable y cordial.
- La Letrada de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, y terminó suplicando que 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 la menor.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 28 de Madrid dictó sentencia el 11 de enero de 1995 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 27 de febrero de 1996 desestimando el recurso interpuesto por D.ª Isabel.
- D.ª Isabel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega la recurrente que el Tribunal de instancia niega que de la prueba practicada se pueda deducir que se hubiera producido un cambio sustancial, estable y duradero de las circunstancias físicas y familiares de la demandante. Pero el atestado policial a que se refiere es de 22 de febrero de 1986 y todos los informes que obran en autos son del año 1992 y anteriores. Además, la Comunidad de Madrid había solicitado un informe del Gabinete Psicosocial adscrito al Juzgado y pese a haber sido admitida tal prueba, no llegó a ser practicada. Por otra parte la Audiencia denegó el informe pericial por psicólogo del Juzgado de Familia, interesado por la actora. Se alude finalmente a que la recurrente en su confesión ha evidenciado conocer cómo van los estudios de su hija y asignaturas que más le cuestan, lo que revela que han desaparecido los motivos por los que había sido constituida la tutela de la Consejería.

De la argumentación que hemos resumido, señala el Tribunal Supremo, se desprende que realmente se está intentando sustituir la valoración que de los elementos probatorios obrantes en autos ha realizado el Tribu-

nal de Instancia por la parcial e interesada de la recurrente tratando de convertir la vía casacional en una tercera instancia, lo que según ha declarado reiteradamente esta Sala es absolutamente improcedente. Por otra parte, la Audiencia no solo ha tenido en cuenta los particulares que se citan por D.ª M.ª Isabel, pues se refiere también a que en el informe de alta de la misma, después de haber padecido síndrome de dependencia alcohólica, no consta su actual abstinencia para el alcohol, a lo que ha de añadirse que la menor, en su exploración, afirma que su madre bebe dos botellines de cerveza al día. Igualmente se hace alusión en la resolución recurrida al exhaustivo informe social del Ayuntamiento de Madrid, en el que se relatan las graves incidencias ocurridas en el seno familiar y el ingreso de los hermanos de la menor en la "Ciudad de los Muchachos" ante las carencias asistenciales que sufrían en el entorno familiar.

En un segundo motivo, se denuncia la infracción del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, mencionándose que de la exploración de la menor se desprenden las dificultades de la misma como consecuencia de hallarse separada de sus padres y recordando que debe primar el superior interés del menor en las decisiones que se adopten sobre este tema. Igualmente se hace referencia al sufrimiento de la hija de la recurrente al hallarse separada de su familia, hasta el punto de que en alguna ocasión el Centro de Acogida ha puesto de manifiesto la necesidad de que la misma fuera entregada a sus padres.

Con ambos motivos, la recurrente insiste en la necesaria consideración del particular interés de la menor, si bien llegando a conclusiones diametralmente opuestas a las tenidas en cuenta por la Audiencia Provincial, a partir del examen de los elementos probatorios obrantes en los autos. Se pretende, pues, promover una nueva valoración de la prueba, lo que, según ya se ha dicho, ha de considerarse totalmente inaceptable. Además, la realizada por el Tribunal de instancia resulta lógica y razonable, a la vista de que el cambio de circunstancias que invocaba la recurrente no se consideraba fuese sustancial y duradero. Y debe recordarse que el acogimiento residencial a que la menor se hallaba sometida, era complementado por un régimen de visitas y vacaciones que no obstaculizaba sino que favorecía la comunicación entre madre e hija.

Durante el período transcurrido entre el momento en que se dictó la sentencia de apelación y el actual en que se resuelve el recurso de casación interpuesto por D.ª M.ª Isabel, la hija de ésta ya ha alcanzado la mayoría de edad lo que inexorablemente determina la extinción de la tutela cuya revocación se instaba, razón que aconseja no hacer especial pronunciamiento en cuanto a costas.

V. PROCESAL

1. *Recurso de casación.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 12 de junio de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

No tiene acceso al recurso de casación la sentencia dictada en un incidente de modificación de medidas, por estar expresamente excluidas de casación las cuestiones incidentales, entre las que se encuentra la misma.

ANÁLISIS DEL CASO

- La Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Tercera) dictó Auto de fecha 23 de marzo de 2001, declarando no haber lugar a tener por preparado recurso de casación por la representación de D. Juan Alberto, contra la Sentencia de fecha 10 de febrero de 2001 dictada por dicho Tribunal.
- Contra dicho Auto se interpuso recurso de reposición que fue denegado por Auto de fecha 23 de abril de 2001, habiéndose entregado el testimonio de ambas resoluciones a los efectos del art. 495 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.
- D. Juan Alberto interpuso recurso de queja por entender que cabía recurso de casación y debía de haberse tenido por preparado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Recuerda la Sala 1.ª del Tribunal Supremo el criterio adoptado por unanimidad de sus Magistrados, reunidos en Junta General de 12 de diciembre de 2000:

1.º) Las sentencias dictadas en segunda instancia, a partir de la fecha de entrada en vigor de la nueva LEC serán susceptibles de recurso de casación y por infracción procesal, según los criterios de la LEC 2000, lo que exige aplicar los supuestos de recurribilidad previstos en el art. 477.2 LEC;

2.º) Son susceptibles de acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la resolución dictada sea un auto o cuando debió adoptar esa forma, en función de la recaída en la primera instancia (art. 456.1 LEC);

3.º) Son resoluciones recurribles las dictadas en los casos taxativamente previstos en los tres ordinales del art. 477.2 de la

LEC que constituyen supuestos distintos y excluyentes, por lo que sólo cabrá solicitar la preparación al amparo de uno de ellos y el tribunal no podrá reconducir a otro distinto del invocado por la parte;

4.º) Atendido el art. 477.2 LEC serán susceptibles de acceso a los recursos extraordinarios: a) Las sentencias dictadas en procesos relativos a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, tramitados por el cauce del juicio declarativo o por el incidental previsto en la Ley 68/1978, de 26 de diciembre; b) las sentencias dictadas en procesos declarativos ordinarios de mayor o menor cuantía, seguidos por razón de la cuantía, siempre que esta exceda del límite de veinticinco millones de pesetas, quedando excluidos los de cuantía inferior o indeterminada, así como los juicios de cognición y verbales también por razón de la cuantía; c) las sentencias dictadas en procesos declarativos sustanciados por razón de la materia, así como en procesos especiales, serán recurribles cuando se justifique interés casacional para la resolución del recurso, excepto en los juicios ejecutivos (Disp. transitoria quinta LEC); d) la preparación, interposición y admisión se llevará a cabo conforme a las normas de la nueva LEC (Disp. transitoria tercera LEC).

Pues bien, siendo aplicables tales criterios al presente caso, habida cuenta que la Sentencia cuyo acceso a la casación se pretende data de fecha 10 de febrero de 2001, y por tanto es posterior a la entrada en vigor de la nueva LEC, procede la desestimación del recurso de queja interpuesto y la confirmación del Auto dictado por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Las razones que justifican la desestimación del presente recurso de queja vienen dadas porque el art. 477.2 de la LEC establece que serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, lo que de entrada excluye las sentencias de apelación, cuando la impugnada no puso fin a una verdadera primera instancia, tras la tramitación ordinaria de un proceso. La cuestión que se suscita entonces es si una sentencia dictada en un procedimiento de modificación de medidas adoptadas en juicio de divorcio, iniciado bajo la vigencia de la antigua LEC de 1881, se ajusta a las exigencias del art. 477.2 de la LEC 2000. Pues bien la conclusión ha de ser negativa fundamentalmente por dos razones:

1.º) porque la sentencia recurrida carece de la condición de "sentencia dictada en segunda instancia", y ello porque la propia LEC 2000 distingue entre "apelación" y "segunda instancia", configurando esta última como aquella en la que se conoce de los procesos que han puesto fin a la primera instancia, lo que no ocurre en el presente caso al tener el procedimiento de modificación de medidas, a tenor de la legislación procesal precedente, un carácter meramente incidental; y

2.º) porque la modificación de medidas aparece regulada en la nueva Ley en los arts. 771 y siguientes al no poner fin a un proceso (confrontar art. 206.2-3.ª), sino a una cuestión incidental, estableciendo el art. 771.4.º que su resolución se realizará por medio de Auto al no poner fin a un proceso (cfr. art. 206.2-3.ª), sino a una cuestión incidental, lo que pone de manifiesto la voluntad del legislador de excluir este tipo de resoluciones del recurso de casación, criterio este último utilizado por el Auto denegatorio de la preparación, el cual resulta correcto, sin que exista vulneración alguna de la Disposición transitoria tercera de la LEC como afirma la recurrente, pues de forma expresa indica la misma que cuando los procesos de declaración se encontraren en segunda instancia al tiempo de la entrada en vigor de esta Ley se sustanciará esa instancia con arreglo a la Ley anterior y, a partir de la sentencia se aplicará a todos los efectos la presente Ley. Consecuentemente al haberse dictado la Sentencia de apelación con posterioridad a la Ley 2000, habrá que estar al régimen de acceso a la casación previsto en dicha Ley lo que en el presente caso determina que el recurso de queja haya de ser desestimado por estar expresamente excluidas de casa-

ción las cuestiones incidentales, entre las que se encuentra la modificación de medidas, de modo que al no caber recurso en los procedimientos iniciados tras la entrada en vigor de la nueva legislación procesal, tampoco son recurribles en casación las resoluciones recaídas en los anteriores que tenían por objeto también esas medidas adoptadas en juicios de divorcio o separación.

Finalmente añadir que ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente se produce por la denegación preparatoria en el sentido que la misma apunta en su escrito de interposición del recurso de queja, pues la propia doctrina del Tribunal Constitucional es bien clara al señalar que no existe un derecho constitucionalmente protegido a interponer determinados recursos y, por tanto, que no existe un derecho de relevancia constitucional a recurrir en casación, siendo perfectamente imaginable, posible y real que no esté prevista semejante posibilidad (SSTC 37/88, 196/88 y 216/1998); por el contrario, el derecho a los recursos, de neta caracterización y contenido legal (SSTC 3/83 y 216/1998, entre otras), está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por vía interpretativa por esta Sala, a la que corresponde la última palabra sobre la materia, con el único límite consistente en la proscripción de la arbitrariedad y la evitación de los errores materiales (SSTC 37/1995, 186/1995, 23/1999 y 60/1999), sin que la interpretación de las normas rectoras del acceso a la casación tenga que ser necesariamente la más favorable al recurrente (SSTC 230/1993, 37/1995, 138/1995, 211/1996 y 132/1997); y que el "principio *pro actione*", proyectado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, no opera con igual intensidad en las fases iniciales del pleito que en las posteriores (SSTC 3/1983, 294/1994 y 23/1999), habiéndose añadido, finalmente, que el referido derecho constitucional se satisface incluso con un pronunciamiento sobre la inadmisibilidad del recurso, y no necesariamente sobre el fondo, cuando obedezca a razones establecidas por el legislador y proporcionadas en relación con los fines constitucionalmente protegibles a que los requisitos procesales tienden (SSTC 43/1985, 213/1998 y 216/1998).

2. *Recurso de casación contra sentencia dictada en procedimiento de filiación extramatrimonial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 31 de julio de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.

Desestimación del recurso de queja interpuesto contra auto que denegó tener por preparado recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra sentencia dictada en procedimiento de filiación extramatrimonial, al utilizarse una vía inadecuada ya que la sentencia impugnada se dictó en procedimiento de reclamación de filiación, que conforme a la LEC de 1881 había de tramitarse por el juicio declarativo de menor cuantía, no siendo por tanto un procedimiento en el que se ejercitara acción para la tutela judicial de derechos fundamentales como exige el art. 477.2.1.º de la LEC de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- La Sec. 2.ª de la AP de Oviedo dictó Auto el 15 de marzo de 2001, declarando no haber lugar a tener por preparado recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por la representación de D. José María, D. Vicente y D. Inocencio, contra la Sentencia de fecha 9 de febrero de 2001 dictada por dicho Tribunal.
- Contra dicho Auto se interpuso recurso de reposición que fue denegado por Auto de fecha 8 de mayo de 2001, habiéndose entregado el testimonio de ambas resoluciones a los efectos del art. 495 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.
- Por D. José María, D. Vicente y D. Inocencio se ha interpuesto recurso de queja por entender que cabía recurso extraordinario por infracción procesal y de casación y debía de haberse tenido por preparado, siendo desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Es criterio reiterado de esta Sala, adoptado por unanimidad de sus Magistrados, reunidos en Junta General de 12 de Diciembre de 2000:

1.º) Las sentencias dictadas en segunda instancia, a partir de la fecha de entrada en vigor de la nueva LEC, serán susceptibles de recurso de casación y por infracción procesal, según los criterios de la LEC 2000, lo que exige aplicar los supuestos de recurribilidad previstos en el art. 477.2 LEC.

2.º) Son susceptibles de acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 de la LEC), lo que excluye el recurso cuando la resolución dictada sea un auto o cuando debió adoptar esa forma, en función de la recaída en la primera instancia (art. 456.1 LEC).

3.º) Cuando se tramiten conjuntamente recursos por infracción procesal y de casación se examinará, con carácter previo, la recurribilidad en casación de la resolución impugnada. Si esta no fuese recurrible se inadmitirán ambos recursos (D. Final 16.1, regla 5.ª, párrafo primero, LEC).

4.º) Son resoluciones recurribles las dictadas en los casos taxativamente previstos en los tres ordinales del art. 477.2 de la LEC que constituyen supuestos distintos y excluyentes, por lo que sólo cabra solicitar la preparación al amparo de uno de ellos y el tribunal no podrá reconducir a otro distinto del invocado por la parte.

5.º) El núm. 1.º del art. 477.2 LEC ha de ponerse en relación con el art. 249.1.2.º LEC de manera que este caso se contrae a las sentencias recaídas en el juicio ordinario relativo a la tutela civil de cualquier derecho fundamental, salvo el de rectificación; el núm. 2.º del art. 477.2 LEC debe enlazarse con los arts. 249.2 y 250.2 LEC por lo que serán recurribles las sentencias recaídas en juicio ordinario, en relación con las demandas cuya cuantía exceda de veinticinco millones de pesetas, quedando excluidas las dictadas en juicio ordinario de cuantía inferior o indeterminada, así como en el verbal; el núm. 3 del art. 477.2 LEC ha de concor-

darse con los arts. 249.1 (excepto su núm. 2) y 250.1 LEC de manera que las sentencias recaídas en juicio ordinario, por razón de la materia, excepto los de tutela civil de los derechos fundamentales, y en juicio verbal, igualmente en atención a la materia, así como las sentencias dictadas en los procesos especiales regulados en el Libro IV LEC en otros procedimientos especiales de la propia LEC y en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, al amparo de los Convenios de Bruselas y Lugano, habrán de ser recurridas por la vía de este ordinal tercero, lo que hace preciso que la resolución del recurso de casación presente interés casacional.

6.º) Como consecuencia de lo expuesto y atendido el art. 477.2 LEC serán susceptibles de acceso a los recursos extraordinarios:

a) Las sentencias dictadas en procesos relativos a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, tramitados por el cauce del juicio declarativo o por el incidental previsto en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

b) Las sentencias dictadas en procesos declarativos ordinarios de mayor o menor cuantía, seguidos por razón de la cuantía, siempre que esta exceda del límite de veinticinco millones de pesetas, quedando excluidos los de cuantía inferior o indeterminada, así como los juicios de cognición y verbales también por razón de la cuantía.

c) Las sentencias dictadas en procesos declarativos sustanciados por razón de la materia, así como en procesos especiales, serán recurribles cuando se justifique interés casacional para la resolución del recurso, excepto en los juicios ejecutivos (Disp. transitoria quinta LEC).

d) La preparación, interposición y admisión se llevará a cabo conforme a las normas de la nueva LEC (Disp. transitoria tercera LEC).

Los criterios reseñados se han recogido en Autos de esta Sala de 13 y 27 de marzo, 10 y 24 de abril, 3, 16 y 29 de mayo, 5, 12, 19 y 26 de junio y 3, 10 y 17 de julio de 2001, siendo los mismos aplicables al presente caso, habida cuenta que la Sentencia cuyo acceso al recurso extraordinario por infracción procesal y de casación se pretende data de fecha 9 de Febrero de 2001, y por tanto es posterior a la entrada en vigor de la nueva LEC. Interponiéndose de forma conjunta recurso extraordinario por infracción procesal y de casación procede examinar, de conformidad a lo establecido en la Disposición Final 16.ª de la LEC si la resolución es recurrible en casación a la vista del art. 477.2 de dicha LEC pues si la sentencia recurrida no es susceptible de recurso de casación, ello determinará que tampoco pueda presentarse el recurso extraordinario por infracción procesal conforme a lo dispuesto en la D. Final 16, apartado 1 (primer párrafo) y regla 5.ª, párrafo primero, LEC 2000. En el presente caso se preparó el recurso extraordinario por infracción procesal y de casación al amparo del art. 477.2.1.º LEC 2000, esto es, por la vía de la tutela judicial civil de derechos fundamentales, basando la preparación de los recursos en el art. 39 de la CE habiéndose dictado la sentencia impugnada en un juicio de menor cuantía, en el que se ejercitó acción de reclamación judicial sobre filiación extramatrimonial, al amparo del art. 133 del CC siendo por tanto la cuestión discutida si la sentencia así dictada lo fue para la tutela judicial de un derecho fundamental. La conclusión ha de ser negativa, ya que de la propia redacción del art. 477.2-1.º de la LEC 2000, al indicar que serán recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el art. 24 de la Constitución resulta que por esta vía casacional sólo tendrán acceso a la casación los procedimientos que tuvieran por objeto la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, a que se refiere el propio art. 53.2, CE resultando irrelevante a estos efectos que en la fase de preparación

se invoque la infracción de precepto constitucional. En la medida que ello es así por el recurrente se utiliza una vía casacional inadecuada, ya que si bien preparó los recursos alegando la vulneración del art. 39 de la CE la sentencia ahora impugnada no se dictó en un procedimiento en el que se ejercitara de modo específico una acción para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, tal y como exige el art. 477.2.1.º de la LEC 2000, sino que se dictó en un procedimiento en el que se planteó una acción de filiación extramatrimonial, regulada por el art. 133 del CC y que conforme al art. 484.2.º de la LEC de 1881, se había de tramitar por el juicio declarativo de menor cuantía por razón de la materia. A estos efectos debemos tener en cuenta que para determinar la naturaleza del cauce procedimental, esto es, para determinar si un juicio se tramitó por razón de la cuantía, de la materia o de la tutela judicial de los derechos fundamentales, cuando se inició bajo la vigencia de la precedente LEC de 1881, como es el caso, ha de estarse a las normas contenidas en aquel texto legal o en las diversas leyes especiales, según preveía el art. 487 LEC de 1881, pues en aplicación del principio de irretroactividad del art. 2 de la LEC 2000, conjugado con la Disposición transitoria tercera, la nueva Ley se aplicará a todos los efectos a partir de la sentencia de segunda instancia recaída en fecha posterior a su entrada en vigor el día 8 de enero de 2001, de tal modo que serán los actos procesales ulteriores a dicha resolución los que se rijan por el nuevo régimen normativo, mas el cauce procedimental seguido permanece inalterable, siempre sujeto a las reglas vigentes en el momento de inicio del pleito, de ahí que de aplicar tales criterios y a la vista del art. 484.2.º de la LEC de 1881 el procedimiento haya de entenderse sustanciado por razón de la materia y no para la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, máxime cuando además a la vista del art. 1 de la Ley 62/78 de 26 de Diciembre, en relación con la Disposición transitoria segunda, apartado dos, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, vigente al momento de iniciarse este procedimiento y por tanto aplicable, el art. 39 de la CE no estaría comprendido entre los derechos de su ámbito de aplicación, lo que resulta lógico habida cuenta lo dispuesto en el art. 53.3 de la Constitución conforme al cual "El reconocimiento, respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción Ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan", constituyendo el art. 39 de la CE el primero de los Principios rectores de la política social y económica del Capítulo Tercero del Título I de la Constitución siendo objeto de desarrollo por el Código Civil. En la medida que ello es así el recurrente utiliza una vía casacional inadecuada, pues habiéndose sustanciado el procedimiento por razón de la materia su acceso a la casación sólo habría sido posible por la vía del art. 447.2.3.º de la LEC 2000, siempre que se acreditara la existencia de "interés casacional", como presupuesto de recurribilidad, en la fase de la preparación, dentro del plazo de cinco días establecido en el art. 479.1 LEC 2000.

3. *Recurso de casación contra sentencia dictada en procedimiento de liquidación de gananciales con base en el interés casacional.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 31 de julio de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

Desestimación del recurso de queja interpuesto contra auto que denegaba tener por preparado recurso de casación contra sentencia dictada en procedimiento de liquidación de gananciales, ya que el interés casacional que se alega debe quedar acreditado en la fase preparatoria del recurso sin que dicho requisito fuera cumplido por la recurrente que se limitó a citar la fecha de sentencias del TS y AP sin exponer la doctrina jurisprudencial contradictoria en que se funda el interés casacional, no cumpliendo con las exigencias del art. 479.4 de la LEC.

ANÁLISIS DEL CASO

- La Sec. 3.ª de la AP de Santa Cruz de Tenerife dictó Auto de fecha 5 de febrero de 2001 declarando no haber lugar a tener por preparado recurso de casación por la representación de D.ª Susana contra la Sentencia de fecha 20 de enero anterior dictada por dicho Tribunal.
- Contra dicho Auto se interpuso recurso de reposición que fue denegado por Auto de fecha 6 de marzo de 2001, habiéndose entregado el testimonio de ambas resoluciones a los efectos del art. 495 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.
- D.ª Susana interpuso recurso de queja por entender que cabía recurso y debía de haberse tenido por preparado, siendo desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El Tribunal Supremo, después de reiterar los acuerdos adoptado por unanimidad de sus Magistrados, reunidos en Junta General de 12 de Diciembre de 2000, declara que son aplicables al presente supuesto, habida cuenta que la Sentencia cuyo acceso a la casación se pretende data de fecha 20 de enero de 2001, siendo por tanto posterior a la entrada en vigor de la nueva LEC y en atención a los mismos procede la desestimación del recurso de queja interpuesto y la confirmación del Auto dictado por la Audiencia

Provincial de Santa Cruz de Tenerife que, precisamente en aplicación de los referidos criterios, denegó la preparación del recurso de casación intentado en relación con una sentencia dictada en un incidente sobre inclusión y exclusión de bienes del inventario de una sociedad de gananciales a liquidar al haberse preparado defectuosamente el mismo. Significaba al respecto la resolución denegatoria de la preparación que invocado, como único motivo de casación, el "interés casacional" previsto en el número 3.º del artículo 477.2 LEC 2000, la recurrente "no expone *prima facie* cuál sea la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia contradictoria en que se funde el interés casacional que se alega, limitándose a citar la fecha de dos sentencias del Tribunal Supremo y otras dos de las Audiencias Provinciales, por lo que no cumple con las exigencias del art. 479.4 de la Ley citada" (FJ Único). La propia recurrente reconoce en su recurso que, tal y como afirma el Auto denegatorio de la preparación instada, en el escrito preparatorio se limitó a señalar la existencia de contradicción entre la sentencia dictada en apelación y la jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como de Audiencias Provinciales, reduciéndose a citar sin más las fechas de diversas sentencias, en concreto las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 28-10-65, 17-2-77, 10-10-86 y 25-3-88 y las Sentencias de fecha 29-4-97 de la Audiencia Provincial de Castellón de la Plana y de 4-12-95 y 11-9-96 de la Audiencia Provincial de Oviedo, alegando en su recurso la inexistencia de obligación alguna, en el escrito de preparación del recurso de casación, de expresar "la doctrina jurisprudencial contradictoria, sino tan solo la cita de las sentencias que contienen la doctrina jurisprudencial", añadiendo que "el art. 483 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece un trámite expreso para la admisión o inadmisión del recurso, estableciéndose en su número 3 que dicha causa se le pondrá de manifiesto a las partes para formular alegaciones en el plazo de diez días".

Dado el contenido del escrito de preparación a que hace referencia el propio Auto denegatorio de la preparación instada y a la vista de las alegaciones contenidas en el recurso de queja, es evidente la plena corrección del razonamiento de la Audiencia en su Auto pues el "interés casacional" que se alegue debe quedar acreditado en la fase preparatoria, precisamente porque constituye un presupuesto para la recurribilidad de las sentencias recaídas en procesos tramitados en razón de la materia, de ahí que el art. 479.4 precisa que se expresen las sentencias que "pongan de manifiesto" la doctrina del Tribunal Supremo o la jurisprudencia contradictoria de Audiencias, lo que exige, según los criterios indicados en el fundamento de derecho anterior, que se indique por la parte cómo y por qué se ha vulnerado la doctrina de esta Sala Primera que se contenga en las sentencias que se expresa, y qué puntos y cuestiones resuelve la sentencia que se intenta recurrir en casación sobre las que existe jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales, reseñando las sentencias correspondientes, que han de ser dos de un mismo órgano de segunda instancia, Audiencia o Sección, y otras dos de diferente órgano, por cada punto o cuestión sobre la que se alegue esa contradicción, que deberá ser explicada, exponiendo por ello el contenido de las sentencias y razonando de qué modo se produce la contraposición jurisprudencial. Estas exigencias mínimas deben quedar cumplidas en fase inicial de la tramitación del recurso, pues al constituir el "interés casacional" un presupuesto para el acceso a la casación, según se acaba de señalar, su control inicial corresponde a la Audiencia, conforme establece el art. 480.1 de la LEC 2000.

No puede en absoluto admitirse el argumento del recurrente en queja acerca de la procedencia de atender la exigencia de poner de manifiesto el interés casacional en la fase de "interposición" y no en la "preparación", por disponer el art. 481.2 de la LEC 2000 que será en aquélla cuando se aporte el

texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional. Aparte que del nuevo régimen de recursos se desprende que en la fase preparatoria debe necesariamente quedar justificada la recurribilidad de la sentencia de segunda instancia, lo que se deduce del art. 481.2 es que en la interposición se acompañará el texto de las sentencias que, por consistir en certificación de las mismas, con expresión de su firmeza —cuando se trate de Audiencias Provinciales—, es requisito de difícil cumplimiento en el plazo de cinco días previsto en el art. 479.1 LEC 2000, pero esa aportación documental posterior en absoluto exime de expresar el contenido de las sentencias mencionadas en la preparación, como base del interés casacional que se alegue. Entender otra cosa sería dejar vacía de contenido la fase de preparación en los casos del ordinal 3.º del art. 477.2 LEC 2000, pues bastaría una mera referencia de fechas de sentencias, según la tesis del recurrente en queja, lo que desde luego no es conciliable con el texto del referido art. 477.2.3.º en relación con el 479.4 de la LEC 2000, que, debe reiterarse, ha sido interpretado por esta Sala en el sentido recogido en los criterios antes reseñados. Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso de queja que nos ocupa.

Finalmente, ninguna vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente se produce en el sentido que la misma apunta en su escrito de interposición del recurso de queja, pues la propia doctrina del Tribunal Constitucional es bien clara al señalar que no existe un derecho constitucionalmente protegido a interponer determinados recursos y, por tanto, que no existe un derecho de relevancia constitucional a recurrir en casación, siendo perfectamente imaginable, posible y real que no esté prevista semejante posibilidad (SSTC 37/88, 196/88 y 216/1998); por el contrario, el derecho a los recursos, de neta caracterización y contenido legal (SSTC 3/83 y 216/1998, entre otras), está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por vía interpretativa por esta Sala, a la que corresponde la última palabra sobre la materia, con el único límite consistente en la proscripción de la arbitrariedad y la evitación de los errores materiales (SSTC 37/1995, 186/1995, 23/1999 y 60/1999), sin que la interpretación de las normas rectoras del acceso a la casación tenga que ser necesariamente la más favorable al recurrente (SSTC 230/1993, 37/1995, 138/1995, 211/1996, 132/1997, 63/2000, 258/2000 y 6/2001); y que el *principio pro actione,* proyectado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, no opera con igual intensidad en las fases iniciales del pleito que en las posteriores (SSTC 3/83, 294/1994 y 23/1999), habiéndose añadido, finalmente, que el referido derecho constitucional se satisface incluso con un pronunciamiento sobre la inadmisibilidad del recurso, y no necesariamente sobre el fondo, cuando obedezca a razones establecidas por el legislador y proporcionadas en relación con los fines constitucionalmente protegibles a que los requisitos procesales tienden (SSTC 43/85, 213/1998 y 216/1998).

VI. UNIONES DE HECHO

1. *Concesión de una cantidad en concepto de pensión compensatoria.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de julio de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

Concesión a la conviviente de hecho de una determinada cantidad que compense el desequilibrio existente tras la ruptura de la pareja con base en la aplicación analógica del art. 97 del Código Civil, evitando de esta manera la desigualdad que podría producirse entre los españoles dependiendo de si su Autonomía tuviese o no ley de parejas de hecho.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Mercedes promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D. Christian solicitando "se dicte sentencia por la que se condene al demandado al pago de la cantidad de 100.000 pesetas mensuales, actualizables conforme al IPC; de no apreciarse el anterior pedimento y de forma subsidiaria, se admita la acción de enriquecimiento injusto por la que se deberá condenar al demandado a entregar a mi mandante una cantidad que a juicio de S.S.ª compense satisfactoriamente a la misma de los trabajos, servicios y empobrecimiento sufrido a consecuencia de los años de convivencia y posterior disolución de la unión extramatrimonial; de no aceptarse las dos anteriores y en último caso, se condene al demandado, a virtud del artículo 1902 por causar daños derivados de relaciones extracontractuales, al abono de una pensión de rehabilitación de cien mil pesetas mensuales, cantidad que deberá ser revisada anualmente conforme a las oscilaciones que sufra el IPC que publique anualmente el INE; así mismo se condene a D. Christian al pago de las costas si se opusiere a los pedimentos de esta demanda".
- El demandado se personó en autos y se opuso a las pretensiones de la parte actora, solicitando la desestimación de la demanda.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de Jerez de la Frontera dictó sentencia el 29 de mayo de 1995 estimando la demanda y condenando al demandado a que abone mensualmente a la actora la cantidad de cien mil pesetas, suma que

será revisable anualmente conforme a las variaciones que experimente el IPC, y que podrá ser modificada cuando se alteren de manera importante las situaciones económicas de alguna de las partes. Y en lo que respecta a las costas, el demandado hará frente a las causadas en esta instancia.

- En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Cádiz dictó sentencia el 12 de marzo de 1996 estimando en parte el recurso de apelación mantenido en esta instancia por D. Christian, revocando también en parte dicha sentencia recurrida y, estimando la acción de enriquecimiento injusto ejercitada por la parte actora, condena a D. Christian a que abone a la actora la suma de 2.975.000 pesetas, sin especial pronunciamiento en las costas de ninguna de las dos instancias.
- D. Christian interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión traída ahora a la censura casacional deriva de una relación extramatrimonial entre las partes litigantes, luego rota por voluntad unilateral, y el Tribunal Supremo tiene ya proclamado en su sentencia de 22 de julio de 1993 y repetido en la de 16 de diciembre de 1996, que las llamadas "uniones de hecho" o *"more uxorio"* constituyen una realidad social cuya existencia ha tenido que ser admitida, no sólo por esta Sala Primera del Tribunal Supremo —*ad exemplum* en sus sentencias de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992, 18 de febrero de 1993 y un largo etcétera— sino por el propio Tribunal Constitucional —Sentencias de 18 de enero y 8 de febrero de 1993, entre otras—.

Ciertamente que la precedente regulación por el Derecho Romano no llegó a una normativa del *concubinatus,* o unión no matrimonial estable, a la que faltaba no obstante la *affectio maritalis,* si bien los emperadores cristianos se preocuparon de su aproximación al matrimonio con la exigencia de la monogamia y la prohibición del parentesco y de la afinidad y llega a trocarse con Justiniano en una unión conyugal de inferior categoría. El sistema de nuestra codificación civil, al igual que el de otros países latinos que siguieron el modelo francés, en que el Código de Napoleón se desentendió de los concubinos porque estos se habían desentendido de la Ley, fue el de no ocuparse de estas uniones familiares de hecho, que si bien no previstas por el legislador, no se encontraban tampoco prohibidas y que resultaban por ello ajurídicas, pero no antijurídicas. Carentes de una normativa al respecto, producían una serie de efectos, tanto personales como patrimoniales con trascendencia jurídica en las parejas no casadas, cuyo presupuesto básico lo constituye la vida paraconyugal de la pareja heterosexual por tiempo indefinido y cuya relación de afectos, relaciones e intereses puede romperse por la voluntad unilateral de una parte. La terminología de la doctrina civilista ha sido variada: "parejas no casadas", "uniones extramatrimoniales", "uniones de hecho" o *"more uxorio",* etc... encontrando su reconocimiento, no como matrimonio, sino como familia. Nuestro texto constitucional proclama en su art. 39.1 que los poderes públicos aseguran "la protección social, económica y jurídica de la familia", distinguiendo así la familia y el matrimonio.

Por ello, la ya citada sentencia de 21 de octubre de 1992 parte del reconocimiento de 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 de la Constitución) y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de la unión matrimonial (art. 39 de la Constitución). Pues bien, la ya mencionada sentencia de 22 de julio de 1993, proclamó, con expreso precedente en la anterior de 11 de diciembre de 1992 que tales uniones matrimoniales y las *more uxorio* no pueden ser consideradas a todos los efectos y consecuencias como realidades equivalentes y en consecuencia no les serán aplicables a tales uniones normas establecidas para el matrimonio, salvo que pudieran utilizarse por la vía de la analogía. Por ello, tales uniones quedan fuera de la normativa del régimen económico matrimonial —sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 23 de julio de 1998 y 22 de enero de 2001—. Mas recientemente, por derivación de los principios constitucionales de nuestro Texto Fundamental, se han pronunciado diversas leyes de determinadas Comunidades Autónomas, como la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables, de Cataluña, la Ley 6/1999, de 26 de marzo, sobre parejas estables no casadas, de Aragón, la Ley Foral de 3 de julio de 2000, de Navarra reguladora de parejas estables y la Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que aplican a estas uniones *more uxorio* una específica normativa derivada de la matrimonial para impedir que una de las partes de la relación padezca perjuicios injustos.

Como ha puesto de relieve la reciente e importante sentencia de esta Sala de 27 de marzo de 2001, precisamente donde se suele manifestar más la situación de anomia es en los posibles efectos económicos derivados de una ruptura de tales uniones producida unilateralmente y con relación a la posible indemnización atribuible al conviviente más desprotegido.

Pues bien, en el presente caso aparecen con toda claridad unos hechos probados en la instancia, debiendo reputarse por tales, habida cuenta de la aceptación por la sentencia "a quo" de los fundamentos de Derecho de la resolución de primer grado excepto el IV y los dos últimos párrafos del III, los siguientes:

a) Entre las partes ha existido una convivencia plena, de hecho, pero con apariencia de matrimonio, consentida y querida por ambos, presentando el demandado, hoy recurrente, a la actora, como "mi esposa Mercedes" y en una serie de cartas de D. Christian a la demandante, manifiesta su deseo de vivir juntos y se pronuncia sobre su relación como si de un matrimonio se tratase y donde le expresa su amor y el deseo de casarse con ella.

b) En el año de 1974 inician ambos litigantes un idilio que se fue profundizando y que dio lugar en 1976 a una convivencia entre ellos, fuerte y sólida, no sólo con la apariencia de matrimonio, sino que éste era el fin perseguido por ambos, pese a que hasta 1985 no hubiera sido posible la realización de tales nupcias.

c) Ello continuó así hasta el 20 de noviembre de 1991 en que se rompe la convivencia de quince años, sin que conste otro motivo de tal ruptura que el desamor o falta de interés mutuo.

d) Desde noviembre de 1991 a 1993, abonó el recurrente a la actora la suma mensual de setenta y cinco mil, y en los meses de julio y agosto siguientes le abonó la suma, también mensual, de cincuenta mil pesetas, o sea que la suma total abonada alcanzaría la cantidad de un millón quinientas veinticinco mil pesetas.

En el escrito inicial y alegatorio de demanda se hacían por la mujer tres peticiones en orden de subsidiariedad entre ellas, para el supuesto de no estimarse la precedente. En primer lugar, una pensión por desequilibrio económico que condenara al demanda-

do al pago de la cantidad de cien mil pesetas mensuales, anualmente revisables por las oscilaciones que sufre el Índice de Precios al Consumo. Tal petición fue acogida por la resolución de primer grado en la instancia y recurrido tal fallo tan sólo por el demandado, devino firme tal rechazo, como consentido por las partes. La Sala *a quo* en su sentencia en grado de apelación acogió, la segunda petición, subsidiaria de la precedente, la acción de enriquecimiento injusto, postulando la entrega a la actora de una cantidad que le compense satisfactoriamente de los trabajos, servicios y empobrecimiento sufrido a consecuencia de los años de convivencia y posterior disolución de la unión extramatrimonial, siendo acogida tal petición en la sentencia recurrida que le otorgó la suma de dos millones novecientas setenta y cinco mil pesetas.

El recurso de casación, se conforma en dos motivos, el primero por infracción de lo establecido en el art. 1964 del Código Civil. Parte el motivo de que la sentencia de la Audiencia empieza a contar la cuota mensual desde hace más de quince años antes del ejercicio de la acción y estima prescritas todas las cuotas mensuales anteriores a febrero de 1979, fecha a que se retrotraen los quince años. El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, porque se trata de una cuestión nueva, no planteada en la instancia y proscrita en casación, porque genera indefensión y vulnera frontalmente el principio de preclusión procesal —sentencias de 23 de mayo, 18 y 25 de junio y 20 de noviembre de 1990, 24 de enero, 3 de abril, 7 y 28 de octubre y 13 de diciembre de 1992, 8 de marzo, 3 de abril y 26 de julio de 1993, 2 de diciembre de 1994, 28 de noviembre de 1995, 7 de junio de 1996, 1 y 31 de diciembre de 1999, 23 de mayo y 17 de julio de 2000—, entre otras muchas.

En el segundo de los motivos señala el recurrente que no concurren en el caso de autos dos de los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento sin causa, ya que el presunto enriquecimiento del demandado no carece de "toda razón jurídica" y porque no ha quedado acreditado que haya producido empobrecimiento a la actora. Se añade que si durante quince años existió realmente un enriquecimiento del demandado y un empobrecimiento de la actora, fue consentido por ésta. Finalmente, se alude a la doctrina de los actos propios. El motivo no es acogido por el Tribunal Supremo.

Si bien es cierto que algunas resoluciones de esta Sala —*ad exemplum* de 11 de diciembre de 1992, 22 de julio de 1993 y 20 de octubre de 1994— aceptaron como fundamentador de la procedencia de una indemnización en los casos de ruptura de uniones de hecho la doctrina del enriquecimiento injusto, tomando en cuenta el aumento patrimonial para una parte frente a la otra con correlativo empobrecimiento, lo que en este caso ahora examinado encontraría incluso un expreso reconocimiento por el propio recurrente, como se recoge en el apartado d) del fundamento jurídico segundo de esta resolución *in fine,* con relación a los hechos declarados probados en la instancia. Mas, en todo caso, no se incurre en incongruencia porque la petición del suplico haga referencia al enriquecimiento sin causa y se atienda por esta Sala de casación a otra diferente argumentación jurídica. Como tiene señalado la importante sentencia de este Tribunal de 27 de marzo de 2001, en el ámbito de la aplicación del derecho al punto controvertido admite una gran elasticidad sin incurrir por ello en el cambio de pretensión, conforme a los principios de *iure novit curia* y *da mihi factum, dabo tibi ius.* Específicamente, la sentencia de esta Sala de 16 de diciembre de 1996, dictada precisamente con referencia al tema de las "uniones de hecho", ha recogido que el cambio de punto de vista jurídico no comporta, por regla general, vicio casacional, al no cambiar la *causa petendi.*

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 co-

mo 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 anomia, 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 la 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 art. 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 (art. 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 art. 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. Por ello y con aplicación de la doctrina recogida en las sentencias de esta Sala de 16 de diciembre de 1996 y la tantas veces citada de 27 de marzo de 2001, hay que concluir señalando que el precepto de aplicación es el art. 97 del Código Civil, a través de la analogía. La semejanza de la situación matrimonial rota por divorcio o separación que permite al cónyuge al que se le ocasione un desequilibrio económico con la posición del otro, con la situación de *more uxorio* de larga duración, rota unilateralmente cuando se origina tal desequilibrio es de destacar cuando se vea disuelta unilateralmente la afectividad y convivencia por la voluntad del otro y ello le origine un desequilibrio, como en el caso del recurso.

Otra solución conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictada Ley de parejas de hecho, pudiendo acudir a dicha específica normativa o tener que debatirse con la anomia general en la materia, lo cual contraría abiertamente el principio de igualdad de los españoles, proclamado en el art. 14 de la Constitución, precepto fundamental en cuanto que garantiza el derecho de tal clase que es de aplicación directa e inmediata desde la entrada en vigor de tal Texto Fundamental, como señaló la sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991, de 14 de noviembre.

VII. SEGURIDAD SOCIAL

1. *Pensión de viudedad.*

Tribunal Supremo, Sala 4.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López.

Rehabilitación de la pensión que cobraba la viuda y que se retiró cuando ésta contrajo nuevo matrimonio que posteriormente fue declarado nulo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Dolores estuvo casada con D. Emilio, funcionario y mutualista de la Munpal. Al fallecer su esposo causó pensión de viudedad, pensión que vino percibiendo hasta que contrajo segundas nupcias con D. Francisco el 15 de febrero de 1992. D.ª Dolores comunicó tal circunstancia al INSS provocando así la extinción del derecho al percibo de la pensión de viudedad.
- El segundo matrimonio de D.ª Dolores fue declarado nulo por auto del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 2 de Sabadell que reconoció los efectos civiles de la sentencia del Tribunal Eclesiástico de Barcelona. En ninguna de las dos resoluciones se declaraba que la actora sea contrayente de mala fe, por lo que se accede a su petición de nulidad.
- D.ª Dolores solicitó la rehabilitación de la pensión de viudedad por fallecimiento de su primer y único esposo que fue denegada por resolución de 18 de diciembre de 1998. Formulada reclamación previa, le fue desestimada el 22 de febrero de 1999.
- Interpuesto el correspondiente procedimiento, el 29 de septiembre de 1999 el Juzgado de lo Social núm. 22 de los de Barcelona dictó sentencia estimando la demanda presentada por D.ª Dolores contra el INSS, y en consecuencia declaraba el derecho de la actora a percibir la pensión que tenía reconocida como consecuencia del fallecimiento de su esposo, D. Emilio R. B., con efectos de 30 de septiembre de 1998, debidamente revalorizada.
- El INSS interpuso recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña que, con fecha 12 de julio de 2000, dictó sentencia estimándolo y, revocando la sentencia del juzgado, desestimó la demanda.

- D.ª Dolores interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina contra meritada sentencia del TSJ de Cataluña que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La cuestión debatida estriba en determinar si la titular de una prestación por muerte y supervivencia, en concreto de "una pensión vitalicia de viudedad", que se extinguió por la causa reglamentariamente establecida consistente en "contraer nuevas nupcias", tiene o no derecho a obtener la rehabilitación o reanudación de la prestación por tal motivo extinguida cuando el ulterior matrimonio sea declarado nulo por tribunal competente con eficacia en el ámbito civil.

El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado sobre la cuestión controvertida en su S. 28 de julio de 2000, dictada en Sala General, en cuyo recurso también se invocaba como contradictoria la misma sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Murcia, razonando que ésta contenía la doctrina correcta. Procede, por tanto, reiterar las argumentaciones básicas de la referida sentencia de esta Sala:

a) Con carácter previo y por su esencial diferencia de efectos, debe distinguirse la disolución del matrimonio por divorcio y la nulidad matrimonial. En el primer supuesto, de ser declarado disuelto por divorcio ese posterior matrimonio, éste ha tenido plena validez jurídica a todos los efectos durante su subsistencia, al establecer expresamente la normativa civil que la sentencia que declara tal disolución por divorcio sólo "producirá efectos a partir de su firmeza", no hay una vuelta al estado de cosas inicial ni una reposición en las situaciones jurídicas precedentes, por ende, el divorciado/a no recupera ni el precedente estado civil de viudo/a ni la prestación de viudedad extinguida y le resta exclusivamente la expectativa de derecho, de no contraer a su vez nuevas nupcias y de fallecer primero el otro cónyuge, a percibir en su día pensión de viudedad derivada del fallecimiento de éste último, en cuantía proporcional al tiempo vivido con éste, y "con independencia de las causas que hubieren determinado... el divorcio" (arg. *ex* arts. 85 y 89 CC, 174.2.1 LSS).

b) La problemática es más compleja si, como en el supuesto ahora enjuiciado, este ulterior matrimonio se declara nulo. En estos casos, a diferencia de lo que se ha indicado acontece en la disolución matrimonial por divorcio, quedan invalidados todos los efectos del matrimonio declarado nulo como si el mismo no hubiera existido, salvo, y a favor o en beneficio de éstos, para los hijos y para el contrayente de buena fe, como se deduce *a sensu contrario* del art. 79 CC ("la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe"). Por tanto, la declaración de nulidad produce sus efectos desde la fecha de celebración del matrimonio —y no ya sólo a partir de su firmeza—, con lo que el mismo, al dejarse sin efecto, cabe reputarle inexistente, limitándose sus posibles efectos a los generados en beneficio de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe.

c) En concordancia con la normativa civil, y en favor exclusivo del cónyuge de "buena fe", dispone el art. 174.2.11 LSS que "en caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad correspondería al superviviente respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante". Por tanto, el ex-cónyuge "de mala fe", cuyo matrimonio fue anulado, no tendrá, en su caso, derecho a la parte proporcional de la pensión de viudedad. Obsérvese

que la norma análoga para los casos de separación o divorcio establece, por el contrario, que "con independencia de las causas que hubieren determinado la separación o el divorcio".

d) Si la persona cuyo matrimonio es declarado nulo era perceptora de una pensión de viudedad como consecuencia de un anterior matrimonio, supuesto no previsto en la normativa de Seguridad Social y que ahora debe resolverse, entendemos que, al volver a tener aquélla la condición de viudo/a tiene derecho a recuperar la pensión de viudedad, pues ha desaparecido jurídicamente *ab initio* y por inexistencia la causa que motivó tal extinción.

e) Esta conclusión es independiente de la causa que hubiera motivado la declaración de nulidad, o de que esta nulidad se hubiera decretado por la jurisdicción civil (por cualquiera de las causas *ex* art. 73 CC: inexistencia de consentimiento, no intervención del funcionario que debe autorizarlo, bigamia, coacción o miedo grave, etc.) o por la eclesiástica (por sus específicos motivos), pues la normativa legal no posibilita que los tribunales se conviertan en censores de las causas o motivos por las que se ha declarado eclesiásticamente la nulidad matrimonial tanto más cuando a las resoluciones dictadas ya se les ha dado plena validez en el orden civil, como en el caso enjuiciado acontece.

Y f) En definitiva, en el caso enjuiciado se está ante un matrimonio declarado nulo en el ámbito eclesiástico y a esta decisión eclesiástica se le dio plena eficacia en el orden civil por resolución judicial firme inscrita registralmente. Ante la válida declaración, con plena eficacia civil, de nulidad del segundo matrimonio de la ahora recurrente, ésta última unión que originó la extinción de la pensión de viudedad que había disfrutado cabe reputarla inexistente jurídicamente, y al haber desaparecido retroactivamente la causa motivadora de la extinción de la pensión se le debe, dada su actual condición de viuda, reponer en el derecho al percibo de la pensión vitalicia de viudedad originariamente reconocida.

Por todo lo cual, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, se debe estimar el recurso, ya que la sentencia impugnada quebranta la unidad de doctrina.

VIII. RESPONSABILIDAD CIVIL

1. *Lesiones sufridas por menor en escalera mecánica.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de junio de 2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

No hay nexo causal entre el propietario del local, "Grandes Almacenes C., S.A.", en que ejerce su actividad comercial y tiene, entre otros muchos elementos mecánicos, eléctricos y de toda índole, las escaleras mecánicas, y el daño sufrido por una niña de dos años de edad que iba acompañada y bajo el control de, por lo menos, su madre.

ANÁLISIS DEL CASO

- Bárbara, de dos años, iba con su madre y con su tía y al utilizar una escalera mecánica, que carecía de todo defecto de funcionamiento o fallo mecánico, quedó atrapada su mano, sin que se haya podido determinar certeramente cómo acaeció realmente el hecho, y sufrió un traumatismo que hizo necesaria una intervención quirúrgica, cicatrizando las heridas con normalidad, sin ninguna secuela física ni psíquica.
- Los padres de la menor, D.ª Joaquina y D. José M., interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra "Grandes Almacenes C., S.A." y "Seguros C., S.A.", y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia estimando la pretensión material que se ejercita, condene de forma solidaria a las entidades demandadas al pago de 10.000.000 pts. en concepto de indemnización de daños y perjuicios sufridos y daños morales, así como al pago de los intereses de la expresada cantidad desde la fecha de interposición de la demanda, y al pago de las costas, por su evidente temeridad y mala fe.
- Las demandadas se personaron en autos y se opusieron a lo instado en la demanda solicitando su desestimación.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 8 de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia el 3 de marzo de 1995, desestimando la demanda, esencialmente por entender que fue la propia víctima la que interfirió en la cadena causal y tratarse de una menor de dos años que no iba lo suficientemente vigilada por sus cuidadores y estimando respecto a la codemandada "Seguros C., S.A." la falta de legitimación pasiva. Las costas deberán ser abonadas por los actores.
- En grado de apelación, la Sec 4.ª de la AP de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia el 23 de octubre de 1995 estimando parcialmente el recurso y condenando a Grandes Almacenes C., S.A. a hacer efectiva a la parte apelante la cantidad de 500.000 pesetas; cada parte abonará las costas causadas por ella misma en cada una de las instancias. La base de la sentencia está en la responsabilidad por riesgo, cuando no se puede probar con exactitud la causa del daño es el agente quién debe probar su diligencia y se hacía necesario extremar la precaución a la hora de utilizar un medio mecánico, si bien apreció la concurrencia de culpas.
- "Grandes Almacenes C., S.A." interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo absolviendo al mismo de los pedimentos de la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los motivos del recurso se centran en la infracción del artículo 1902 del Código Civil, el primero se refiere a la culpa y el cuarto al nexo causal, los cuales son estimados por el Tribunal Supremo, pues falta efectivamente uno y otro de los elementos de la llamada responsabilidad extracontractual, que es, como dice el mismo artículo 1902, la obligación de reparar el daño causado; obligación, cuyos elementos se repiten en la jurisprudencia una y otra vez, con una expresión no siempre idéntica pero en todo caso encaminada a una objetivación que tiende a mantener el elemento de culpa como inmersa en el nexo causal; tal como ya dijo la sentencia de 21 de enero de 2000: En definitiva, hay que precisar —ya que en las sentencias de instancia se hace hincapié en ello— los tres presupuestos de la llamada responsabilidad extracontractual: el primero, es la acción u omisión, que es voluntaria y libre y, en tanto productora de un daño, antijurídica en cuanto atenta al principio de *alterum non laedere;* el segundo, es el daño, que es, a su vez, el objeto de la obligación de reparar; el tercero, es el nexo causal entre aquella acción y este daño, que se rompe cuando se produce (y se prueba) una acción de tercero o del propio perjudicado o caso fortuito o fuerza mayor. El tan discutible elemento de la culpabilidad existe en el texto del artículo 1902 del Código Civil y en la realidad, pero lo que ha ido evolucionando es su prueba y se tiende a estimarla inmersa en el primero, la acción u omisión, en el sentido de que si ésta, con nexo causal, produce un daño, necesariamente la culpa se halla en la acción u omisión pues, a no ser que medie dolo, no se habría producido daño de no haber culpa; es decir, se da un desplazamiento de la culpa al nexo causal.

En la sentencia objeto del presente recurso de casación aparecen unos errores esenciales en extremos que son la base de la condena indemnizatoria: en el fundamento segundo se dice que "cuando no se puede probar con exactitud la causa del daño es el agente quien debe probar su diligencia, principio que se ha denominado como de expansión de la carga de la prueba" lo que demuestra la confusión entre la culpa y nexo causal, ya que en la culpa se mantuvo desde la sentencia de 10 de julio de 1943 la inversión de la carga de la prueba, pero el nexo causal siempre debe ser probado y cuando habla de "el agente" se está refiriendo al causante, con nexo causal, del daño y esto es lo que afirma la propia sentencia que no consta; en el fundamento tercero, insiste en que no se ha determinado "certeramente cómo acaeció el siniestro", con lo cual no cabe la imputación de responsabilidad a quien se ignora que sea el causante del daño; en el fundamento cuarto advierte que en el caso de la menor acompañada de su madre y de su tía, "se hacía necesario extremarse la precaución a la hora de utilizar un medio mecánico que entraña un riesgo", siendo la madre y la tía las que deben extremar tal precaución; en el fundamento quinto, estudia la "concurrencia de culpas" sin que quepa entender la concurrencia de culpa, en su concepto jurídico, en persona de dos años de edad.

En conclusión, la sentencia de la Audiencia Provincial infringe el artículo 1902 del Código Civil porque no hay nexo causal entre el propietario del local, "Grandes Almacenes C., S.A.", en que ejerce su actividad comercial y tiene, entre otros muchos elementos mecánicos, eléctricos y de toda índole, las escaleras mecánicas, y el daño sufrido por una niña de dos años de edad que iba acompañada y bajo el control de, por lo menos, su madre. Tampoco puede darse culpabilidad, si falta la relación de causalidad entre la actividad de una persona, en este caso persona jurídica, y el daño sufrido por otra, en este caso persona física de dos años de edad. Faltando ambos elementos, no se da obligación de reparar, es decir, la llamada

responsabilidad extracontractual. Por tanto, se acogen ambos motivos de casación sin que sea necesario entrar en el análisis de los restantes, y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil la Sala resuelve lo que corresponde, dentro de los términos en que se ha planteado el debate; la resolución no puede ser otra, tal como se deduce de lo expuesto, que la desestimación de la demanda confirmando así la sentencia dictada en primera instancia.

IX. PENAL

1. *Alzamiento de bienes.*

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 4 de junio de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez.

Condena al esposo y la esposa por un delito de insolvencia punible por alzamiento de bienes, al haber vendido el primero, en calidad de administrador de la sociedad que representaba, un inmueble a la esposa el mismo día en que se trabó el embargo del mismo para responder frente a un tercero de la deuda contraída por el esposo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Fernando, en su calidad de administrador único de la entidad "A., S.L.", y por giro comercial de dicha entidad, había contraído deudas con su proveedor "Grupo S., S.S.", para cuyo pago entregó un pagaré con vencimiento en fecha 25 de junio de 1996 por importe de 2.836.095 pesetas, que no fue atendido, por lo que la acreedora instó procedimiento ejecutivo que se siguió ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de esta Ciudad y en el que, con fecha 25 de noviembre de 1996, se practicó diligencia de embargo con el acusado, en que se trabó un chalé sito en término de Picassent, único inmueble conocido propiedad de la sociedad deudora.
- El mismo día del embargo, el inmueble es vendido por D. Fernando a su esposa D.ª M.ª Dolores por 9.161.060 pesetas, y con una hipoteca de máximo a favor de la "Caja de Ahorros B." por 8.500.000 pesetas, en que se subroga la compradora que por precio no entrega ninguna cantidad, y sin tener disponibilidad económica alguna no consta que haya hecho pagos en

cuenta de la hipoteca, y en fecha 14 de mayo del siguiente año 1997 constituye nueva hipoteca sobre dicho inmueble por préstamo de 5.000.000 de pesetas, según escritura de constitución presentada en el Registro de la Propiedad y que no consta haya llegado a inscribirse.

- El Juzgado de Instrucción número 10 de Valencia instruyó Procedimiento Abreviado y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de dicha capital que, con fecha 12 de febrero de 1999, dictó sentencia condenando a los acusados D. Fernando y D.ª María Dolores, como criminalmente responsables en concepto de autores de un delito de insolvencia punible por alzamiento de bienes, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas, para cada uno de ellos, de un año y cuatro meses de prisión con inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo por dicho tiempo, y multa de catorce meses con una cuota de trescientas pesetas, que harán efectivas como se determine en ejecución de sentencia, y al pago de las costas causadas en el procedimiento por mitad, incluidas las de la acusación particular. Igualmente la sentencia decretó la nulidad, salvo impedimento civil que a ello obste, de la escritura de compraventa otorgada entre los acusados en fecha 25 de noviembre de 1996.
- D. Fernando y D.ª María Dolores interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso se invoca vulneración del derecho de presunción de inocencia que proclama el art. 24.2 de la Constitución. Se niega la existencia de prueba de cargo y se alega que la condena se ha basado en declaraciones de los acusados que no constan en el acta del juicio ni en el Juzgado de Instrucción.

Dicho motivo es desestimado por el Tribunal Supremo. La Audiencia Provincial ha contado con medios de prueba legítimamente obtenidos, que le han permitido alcanzar una convicción razonable sobre la venta que el acusado hizo a su esposa del único bien inmueble conocido de la sociedad deudora y para ello no sólo ha podido valorar las declaraciones de los acusados sino también las escrituras, certificaciones registrales y documentos judiciales que evidencian que la venta se formalizó el mismo día en el que se practicó diligencia de embargo con el acusado y precisamente se trabó embargo sobre dicho inmueble para responder de deudas reclamadas en procedimiento ejecutivo. El Tribunal sentenciador igualmente ha podido examinar los documentos acreditativos de otras deudas y de la existencia de unos pagos que tenía pendientes "E." en favor del acusado y que permitieron reducir la suma inicialmente reclamada. Y la valoración que el Tribunal de instancia ha realizado de dicho material probatorio en modo alguno puede considerarse arbitraria e ilógica como tampoco lo son los extremos que se dejan probados y en concreto que el acusado, con la venta realizada a favor de la esposa, sin que conste contraprestación alguna, ha excluido del patrimonio de la sociedad deudora un bien que pudo haber servido para satisfacer la parte de deuda que no pudo atender. Olvida el recurrente que el delito, cuya falta de acreditación se denuncia, tipifica las in-

solvencias punibles y en su número segundo se refiere a unas específicas insolvencias asimiladas al alzamiento de bienes y en concreto se castiga a quien con el fin de perjudicar a sus acreedores realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación. En estas conductas delictivas el deudor trata de obstaculizar o provocar la ineficacia de los procedimientos que se siguen para el cobro de las deudas o que previsiblemente se iniciarán, de modo que el acreedor no encuentre en el patrimonio del deudor medios económicos con los que pueda satisfacer la totalidad de su crédito. Y eso es precisamente lo que queda acreditado con los medios de prueba que se han dejado expresados. No ha existido vulneración del derecho a la presunción de inocencia y el motivo no puede prosperar.

En el segundo motivo se invoca el quebrantamiento de forma al no haber sido practicada la prueba documental que se interesó en escrito de fecha 26 de enero de 1999. No se dice en qué consistió la documental no practicada y examinado ese escrito puede comprobarse que no es el escrito de calificación provisional sino un escrito presentado después de haberse celebrado la primera sesión del acto del juicio oral, que fue suspendida a petición de la defensa, y en dicho escrito se solicita, además de nuevos testigos, varias pruebas documentales.

La Sala recuerda a los recurrentes la relación de los requisitos y criterios que ha ido conformando el Tribunal Constitucional para la consideración de la vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa que pueden configurarse del siguiente modo:

a) La actividad probatoria ha de ser solicitada en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, 1/1996).

b) La actividad ha de ser pertinente, lo que, a partir de la competencia de los órganos judiciales para la evaluación de pertinencia (SSTC 44/1984, 147/1987, 233/1992), supone que el recurrente ha de argumentar convincentemente en torno a la pertinencia de la prueba denegada sin que, por contra, el órgano judicial haya fundamentado el rechazo de un modo no irrazonable (SSTC 233/1992, 131/1995, 1/1996), o de un modo tardío tal que genere indefensión o riesgo de prejuicio o condicionamiento de su solución sobre la prueba o de la decisión de fondo (SSTC 89/1995, 131/3995).

c) La prueba ha de ser relevante para la decisión del litigio (SSTC 30/1986, 149/1987), "decisiva en términos de defensa" (STC 1/1996).

En este caso, como se ha dejado expresado con anterioridad, la prueba documental interesada en el escrito de fecha 26 de enero de 1999 se hizo con posterioridad al escrito de conclusiones de la defensa al que se refiere el art. 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en el que se incluirán las pruebas que se interese proponer y tampoco se ha cumplido lo que se dispone para el Procedimiento Abreviado en el art. 793 de la misma Ley procesal ya que no se propusieron pruebas que pudieran practicarse en el acto. Independientemente de ello y conectando esas pruebas documentales con las que sí se solicitaron en el escrito de conclusiones provisionales, lo cierto es que la defensa aportó varios documentos al iniciarse una de las sesiones del juicio oral, que fueron unidos a la causa y sobre uno de los documentos, el señalado como séptimo y que se refiere precisamente a las deudas que "E." e "H." mantenían con la sociedad del acusado, las acusaciones manifestaron su conformidad con las cifras que en él se mencionan y el Tribunal acordó, tras practicarse otras pruebas, que la prueba documental interesada por la defensa se tenía por cumplida sin que existiera protesta frente a esa decisión. Así las cosas, y conforme a la doctrina que se ha dejado antes expresada, no se ha producido indefensión ni se ha vulnerado el derecho a la prueba. El motivo debe ser desestimado.

2. *Privación de patria potestad.*

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 6 de julio de 2001. Ponente: Excmo. Sr. D. Gregorio García Ancos.

No procede en vía penal privar de la patria potestad a un padre por el hecho de que fuese condenado por abusos sexuales frente a una menor que no es hija suya, aunque sí fruto de la relación anterior de su actual esposa.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Alfonso, mayor edad y sin antecedentes penales, contrajo matrimonio el día 14 de diciembre de 1985 con D.ª Marisol, que tenía dos hijas de su anterior matrimonio, Rocío y Patricia, nacida esta última el 9 de mayo de 1975.
- Cuando Patricia cumplió los 12 años y hasta que tuvo 18, el acusado, amparándose en su situación de influencia, predominio y superioridad sobre la misma, comenzó a realizarle tocamientos libidinosos en distintas partes del cuerpo, llegando a conseguir que lo masturbara de forma habitual, hechos que se desarrollaron de forma continuada en el domicilio familiar sito primeramente en Gijón y después en la C/ P. de esta ciudad, durante los años 1987 a 1993.
- Del matrimonio del acusado con D.ª Marisol nació el día 19 de febrero de 1989 un hijo llamado Pedro.
- El Juzgado de Instrucción número 9 de Oviedo instruyó Procedimiento Abreviado y, una vez concluso, lo elevó a la Audiencia Provincial de la misma Capital, que con fecha 1 de febrero de 1999 dictó sentencia condenando a D. Alfonso como autor criminalmente responsable de un delito continuado de abusos sexuales, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de multa de 12 meses, con cuota diaria de 1.500 ptas., que se abonará en plazos mensuales de 45.000 ptas., sufriendo en caso de impago por insolvencia 1 día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, e inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad respecto de su hijo menor Pedro por tiempo de seis años, pago de las costas del presente juicio incluidas las derivadas de la actuación de la acusación particular y a que en concepto de responsabilidad civil indemnice a Patricia en la suma de 2.000.000 ptas. aplicándose el art. 921 de la LEC.
- D. Alfonso interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

A pesar de que el Tribunal Supremo estima el recurso y aplicando la prescripción absuelve a D. Alfonso del delito de abusos sexuales por el que le condenó la Audiencia Provincial, merece destacarse de la sentencia el razonamiento jurídico que hace nuestro más alto tribunal en relación con la posibilidad de que en vía penal pueda privarse de la patria potestad a un padre cuando los abusos sexuales los comete respecto a una menor que no es hija suya, sino fruto de una relación anterior de su actual esposa. En este sentido señala el Tribunal Supremo lo siguiente: el acusado no era ni ascendiente, ni tutor, ni curador, ni guardador de hecho o de derecho de la víctima de los abusos sexuales que se juzgan, con lo que mal puede aplicarse aquí lo establecido en el artículo 192 del Código respecto a la imposición de la pena de privación de la patria potestad respecto a otro menor distinto de la propia víctima, pues de una interpretación, tanto literal, como lógica o finalista de ese precepto se infiere que su párrafo segundo, a que se contrae tal pena inhabilitadora, está íntimamente correlacionado con su apartado primero que se refiere exclusivamente al "menor o incapacitado" objeto de "agravio" y no a cualquier otro, ya que no en balde ese párrafo segundo emplea el adverbio "además" con clara indicación de que, a la mayor pena privativa de libertad que habrá de imponerse a esos ascendientes, tutores, etc., "puede" añadirse "razonadamente" la tan repetida pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad. Por tanto, entendemos que la Sala de instancia incurrió en un evidente error *iuris* al privar de un derecho tan importante (y sagrado) como es el de la patria potestad a un padre respecto a un hijo menor (cuatro años) que nada tenía que ver con la actividad delictiva por la que aquel fue juzgado. Falta así el nexo causal entre los hechos y la pena de inhabilitación impuesta.

Todo ello lo decimos sin perjuicio de que si en el padre se observase una conducta desarreglada, inmoral o semejante que le impidiera ejercer adecuadamente sus obligaciones paterno-filiales, el Ministerio Fiscal, en uso de sus competencias, pudiera solicitar por vía civil la privación de la patria potestad respecto al hijo.

3. *Delito de amenazas cometidas frente al ex cónyuge.*

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 11 de julio de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez.

Condena al acusado como autor de un delito de amenazas a su ex-esposa, imponiéndole como pena accesoria la prohibición de acercamiento a un radio de 500 metros a contar desde la localización del domicilio o lugar de trabajo de la misma, y como autor de un delito de abandono de familia por impago de las prestaciones judicialmente ordenadas a favor de la hija menor de edad tras la separación legal.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José, separado legalmente de D.ª Gunilla mediante sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Palma de Mallorca en fecha uno de octubre de 1996 en la que se atribuía a ésta última la custodia de hija común menor de edad, en fechas ulteriores a la de la sentencia de separación y anteriores al mes de diciembre de 1996 se ha dirigido a Gunilla manifestándole que iba a quitarle la niña y a hacerle la vida imposible; que en el mes de diciembre de 1996, cuando los tres se encontraban frente a un cine situado en las Avenidas de esta ciudad, donde se habían reunido con el fin de llegar a un acuerdo sobre la pensión alimenticia, y ante la negativa de la madre a que en ese momento la niña fuera con él, inició una discusión verbal durante cuyo transcurso José agarró a la menor para llevársela por la fuerza, siendo avisada la Policía por otras personas que presenciaron el incidente; que el día 25 de febrero de 1997, sobre las 17 horas, José telefoneó a D.ª Gunilla, diciéndole que mataría a la persona con quien actualmente mantiene relaciones afectivas aunque no convivenciales, señalando que iría a buscarlo al autobús que conduce; D. José, al día siguiente, personado en las dependencias de la Policía Local de Palma de Mallorca, manifestó al Agente con carnet profesional núm. 345 que iría al autobús y que sólo entraría una vez porque le aplastaría contra las puertas, y que a su mujer ya la apañaría; D. José en diversas ocasiones no concretadas se presentó en la Empresa Municipal de Transportes de Palma de Mallorca para preguntar por dicho conductor, llegando incluso a entrevistarse con algún responsable de la empresa, hasta que por fin logró localizarlo en el autobús, donde le dijo que no comprara zapatos a la niña porque para eso ya tenía a su padre.
- El día 26 de febrero de 1997 don José llamó por teléfono a D.ª Gunilla, dejando en el contestador automático un mensaje que en parte contiene las siguientes referencias: “tengo motivos para hacer daño... Esto todavía no ha empezado, ahora va empezar, cuando termino no me reproches que te he buscado la ruina, que te he desgraciado toda tu vida, que te he hecho polvo... Voy a llegar muy lejos, no me voy a parar”.
- Desde que mediante Auto sobre medidas provisionales dictado en fecha 18 de junio de 1996 se estableció la obligación de que José contribuyera a los alimentos de su hija menor con la suma de 30.000 pesetas mensuales, pagaderas dentro de los cinco primeros días de cada mes, que se actualizará cada año con referencia al día 1 de enero a las variaciones que experimente el IPC publicado por el INE u organismo competente, ratificada dicha obligación mediante Sentencia de fecha uno de octubre de 1996, el acusado no ha satisfecho ninguna cantidad por dicho concepto.
- El Juzgado de Instrucción número 2 de Palma de Mallorca instruyó Procedimiento Abreviado, y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provin-

cial de dicha capital que con fecha 19 de abril de 1999 dictó sentencia condenando a D. José en concepto de autor de un delito de amenazas, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena un año de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante todo el tiempo de la condena, prohibición de acercamiento a un radio de 500 metros a contar desde la localización del domicilio o lugar de trabajo que mantenga D.ª Gunilla por un plazo de un año, y pago de 1/3 de las costas, incluida las de la acusación particular. Igualmente condena a don José en concepto de autor de un delito de abandono de familia, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de diez arrestos de fin de semana, a que abone a D.ª Gunilla, en concepto de representante legal de su hija menor Ramona, la suma de 1.031.436 pesetas, más el interés establecido por el art. 921 de la LEC desde la fecha de la presente resolución hasta su total satisfacción, y al pago de 1/3 de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

- D. José interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución. Se alega la existencia de un auténtico vacío probatorio y que el acusado era un enfermo con patentes trastornos psicológicos unido a una clara adición a las bebidas alcohólicas, y el recurrente no menciona si esa ausencia de prueba se refiere al delito de amenazas, al de abandono de familia o a ambos.

Respecto al delito de amenazas, el Tribunal de instancia, en el primero de sus fundamentos jurídicos, justifica la existencia de cuantos elementos caracterizan esta figura delictiva con base a las declaraciones de la perjudicada, que aparecen reiteradas y lineales, declaraciones que vienen refrendadas por la declaración de funcionario de policía sobre lo manifestado por el acusado cuando se encontraba en las dependencias policiales así como el propio reconocimiento que hizo el acusado de su conversación con un responsable de la Empresa Municipal de Transportes en donde trabajaba el hombre que mantenía relaciones con su exmujer y el contenido del mensaje que el acusado dejó en el contestador automático del teléfono de la perjudicada.

Así las cosas, no sólo están ausentes posibles móviles espurios en la formulación de la denuncia que puedan incidir sobre la credibilidad de las acusaciones, sino que ha quedado constatada la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que evidencian la realización de las expresiones amenazadoras que recogen en el relato fáctico de la sentencia de instancia habiéndose destacado por el Tribunal sentenciador, como antes se ha expresado, que no ha sido sólo la declaración de la perjudicada lo que le ha permitido alcanzar su convicción sobre lo sucedido.

Otro tanto cabe decir respecto al impago de las prestaciones acordadas judicialmente a resultas de la separación legal del matrimonio habiendo sido otorgada a la esposa la custodia de la hija común menor de edad. Cierta-

mente no ha sido cuestionada la realidad de la separación, la existencia de una resolución judicial que fija en 30.000 pesetas la prestación a que viene obligado el acusado para los alimentos de su hija y el incumplimiento total de esa obligación. Asimismo el Tribunal razona sobre los elementos probatorios que ha tenido en cuenta para alcanzar la convicción de que el acusado estaba perfectamente impuesto de la existencia de esa obligación, ya que así lo reconoció en el acto del juicio oral, y que estaba en condiciones de poderla cumplir dados los trabajos que ha venido realizando el acusado y las compras y pagos que ha realizado unilateralmente, de modo caprichoso y desatendiendo la obligación judicialmente impuesta.

Ha existido, pues, prueba de cargo legítimamente obtenida y la convicción alcanzada por el Tribunal de instancia aparece razonada y razonable atendidos los medios de prueba de que ha dispuesto.

En el segundo motivo del recurso, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 169.2 y falta de aplicación del artículo 20.2, ambos del Código Penal. Se insiste en la inexistencia de prueba de cargo respecto al delito de amenazas y se pretende justificar la conducta del acusado haciéndose referencia a su condición de ex-marido de la supuesta víctima, la reciente separación matrimonial, las nuevas y peculiares relaciones de la hija común del matrimonio con la persona que mantiene vínculos sentimentales con su ex-cónyuge y los patentes trastornos que sufre el acusado y concluye afirmando que no existió ánimo de amenazar y que lo único que se produjo fue el "desafortunadamente habitual proceso de problemas derivado de una separación matrimonial entre enfermos".

El acusado, como se recoge en los hechos que se declaran probados, ha proferido expresiones que entrañan un mal para la denunciante y la persona con la que mantiene una relación sentimental con entidad y persistencia suficientes para inculcar en los destinatarios el sentimiento de que el mal anunciado se puede producir, como bien lo evidencia, como destaca el Tribunal de instancia, el hecho de que la víctima hubiese necesitado asistencia psicológica y hubiera trasladado su domicilio a otra ciudad.

Se denuncia en el motivo que no se han practicado las pruebas pertinentes que hubiesen acreditado los trastornos que padece el acusado. Como bien señala el Ministerio Fiscal la práctica de otras pruebas en la dirección que se señala en el motivo debió partir de la defensa del propio acusado, ya que el Tribunal de instancia ha practicado todas las interesadas y ha podido contar con el dictamen pericial emitido por el Médico Forense en el que se dice que en el acusado no se aprecian signos ni síntomas referibles a una psicosis y asimismo consta en las actuaciones que necesitó tratamiento por intoxicación alcohólica y que fue dado de alta. No aparece, por lo expuesto, que la capacidad de culpabilidad del recurrente estuviese afectada ni existen en el relato fáctico datos en que se pueda fundamentar.

En el tercer motivo del recurso se invoca infracción del artículo 227 del Código Penal. Se reitera, una vez más, la inexistencia de prueba de cargo, y se defiende que el acusado no estaba en condiciones de poder cumplir las prestaciones judicialmente impuestas.

El Tribunal de instancia razona, en el tercero de sus fundamentos jurídicos, sobre los datos y elementos que ha tenido en cuenta para alcanzar la convicción de que el acusado tenía suficiente capacidad económica para cumplir la prestación fijada por resolución judicial a favor de su hija de 30.000 pesetas mensuales, cantidad que nunca ha abonado, y señala el Tribunal de instancia los trabajos realizados y los gastos, ajenos a la prestación a que venía obligado, que ha venido realizando de modo unilateral y a su libre decisión. Concurren, pues, cuantos elementos objetivos y subjetivos caracterizan el delito de abandono de familia por impago de prestaciones judicialmente ordenadas a favor de una hija menor de edad, a resultas de la separación legal, y, por consiguiente, el motivo no puede prosperar.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

I. PROCESAL

1. *Inadmisión del recurso de casación que cuestionaba el traslado de la menor a Chile, ya que se pretende realmente una revisión de los criterios de valoración de prueba, confundiendo lamentablemente la casación con una tercera instancia.*

TSJ Cataluña, Auto de 15 de noviembre de 2001.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Vidal i Andreu.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Miguel interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sec. 18.ª de la AP de Barcelona que resolvía el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 45 de Barcelona.
- El TSJ de Cataluña dictó auto inadmitiendo el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se interpone recurso de casación por infracción de Ley —en concreto, arts. 82.2 y 139.4 del Codi de Familia de Catalunya— fundando la parte recurrente el interés casacional en la incorrecta aplicación de las normas antedichas que no sólo llevan menos de cinco años de vigencia, sino que no existe Jurisprudencia del Tribunal Superior de Jus-

ticia de Catalunya que resuelva las cuestiones basadas en normas de igual o similar contenido.

El recurso no es admitido, señalando el TSJ de Cataluña que el interés casacional se da cuando, merced al recurso, se impetra del Tribunal de Casación la fijación de una regla de Derecho; regla de Derecho que hasta entonces no existe, bien por bisoñez de la norma aplicable, bien por falta de pronunciamiento expreso del Tribunal.

En el caso de autos, sin embargo, so pretexto de un quebrantamiento por el Tribunal de Instancia de la regla del interés del menor aplicable siempre en los casos de separación o divorcio, se pretende realmente una revisión de los criterios de valoración de prueba, confundiendo lamentablemente la casación con una tercera instancia.

Una breve incursión por el recurso nos convence de lo anterior. En él alude la parte a que el Tribunal sentenciador confunde el interés del menor con los deseos del menor, que el afirmar que no existe perjuicio en su traslado a Chile contradice lo sustentado por el SATAV, que las demás pruebas —salvo el informe de este Servicio— son intrascendentes, incluso la exploración del menor por el propio Tribunal, en fin, claros razonamientos encaminados, todos, a sustituir el criterio del Tribunal sobre la prueba por el de la parte.

2. *Inadmisión del recurso de casación, ya que lo que pretende la parte es una nueva valoración de la prueba.*

TSJ Cataluña, Auto de 21 de enero de 2002.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Vidal i Andreu.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Gertrudis interpuso recurso de casación ante la Sala 18.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, contra la sentencia dictada en fecha 27 de septiembre de 2001 por la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, derivado del procedimiento de modificación de medidas de separación seguido en el juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Cornelló.
- Por providencia de 17 de diciembre de 2001 y de conformidad con el artículo 483 de la LEC se pasaron las actuaciones al Magistrado ponente para que resolviera acerca de la admisión o no de este recurso. Mediante providencia de fecha 24 de diciembre, de conformidad con el art. 483.3 de la LEC, se concedió 10 días a las partes para formular las alegaciones que considerasen oportunas, lo que realizaron oportunamente.
- El TSJ de Cataluña dictó auto inadmitiendo el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El recurso, según la parte recurrente, presenta interés casacional, por tanto se encuentra incurso en el art. 477, apartados 2 y 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por existir doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales y, en cambio, no existir doctrina de este Tribunal Superior sobre la materia.

El recurso, sin embargo, no puede ser admitido so pena de convertir esta Sala en una tercera instancia civil, porque, en efecto, lo que la parte recurrente pretende realmente es una revisión total de la valoración de la prueba.

En primer lugar alude la parte a una supuesta contradicción entre sentencias de Audiencias Provinciales —por cierto la mayoría no pertenecientes al ámbito de este Tribunal, con lo que la uniformidad doctrinal no resultaría en cualquier caso procedente— cuando en el fondo las resoluciones judiciales no plantean una doctrina contradictoria sino una aplicación distinta de la regla única de derecho interpretada a la luz de los hechos.

En segundo término, se alude a inexistencia de doctrina de esta Sala sobre los arts. 80 y 82 del Codi de Familia, pero en el recurso no se pretende que la Sala fije doctrina en torno a tales preceptos, sino que los aplique —de la forma que a la parte interesa— sobre una nueva valoración de los hechos.

En definitiva, no presenta el recurso por ninguno de sus contornos interés casacional, interés que supone la fijación de una regla de Derecho como ya se ha dicho reiteradamente por esta Sala —independientemente de los hechos sometidos a su consideración— o la unificación de la doctrina jurídica sentada por las Audiencias del territorio.

3. *Disuelta la sociedad de gananciales, no puede embargarse el sueldo que percibe la esposa para cubrir las deudas generadas por el esposo constante la sociedad.*

TSJ de Asturias, Sentencia de 12 de febrero de 2002.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Fonseca González.

ANÁLISIS DEL CASO

- La Tesorería General de la Seguridad Social instó un procedimiento de apremio contra D. Crisanto por débitos a la Seguridad Social que se habían generado por el esposo en el período de marzo de 1993 a septiembre de 1994.
- El 22 de marzo de 2000 los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales estableciendo el régimen de separación de bienes.
- El 7 de septiembre de 2000 se trabó embargo sobre el sueldo que percibía la esposa, interponiendo la misma demanda que fue estimada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de los de Oviedo.

- La Tesorería General de la Seguridad Social interpone recurso ante el TSJ de Santa Cruz de Tenerife que es desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Es objeto del presente recurso de apelación, interpuesto en nombre de la Tesorería General de la Seguridad Social, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Oviedo, de fecha 27 de septiembre de 2001, número 203, recaída en el procedimiento ordinario 62/2001, que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto en nombre de D.ª María, contra la diligencia de embargo de fecha 7 de septiembre de 2000, dictada por la Tesorería General de la Seguridad Social, en el procedimiento de apremio seguido contra D. Crisanto, cónyuge de la recurrente, por débitos a la Seguridad Social.

Los argumentos vertidos por la parte apelante en el presente recurso no desvirtúan los fundamentos de la sentencia apelada, ya que concordes las partes, y así está acreditado, que la deuda ahora reclamada se había generado por el esposo en el período de marzo de 1993 a septiembre de 1994, cuando entre los esposos estaba vigente como régimen económico el de la sociedad de gananciales, la diligencia de embargo sobre el salario de la esposa derivada de aquella deuda se produce tras la modificación del régimen económico matrimonial por capitulaciones matrimoniales desde el 22 de marzo de 2000 en virtud de las capitulaciones matrimoniales otorgadas, pasando a regirse el matrimonio por el régimen de separación de bienes, y con ello no se discute que, vigente el régimen de la sociedad de gananciales, el salario de la esposa tenga carácter ganancial, artículo 1347.1 del Código civil, y que los gastos originados por la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge sean a cargo de la sociedad de gananciales, como señala la apelante, artículo 1362.4 del mismo Cuerpo legal, sino si el salario de la esposa, en este caso, sigue respondiendo, una vez concluida de pleno derecho la sociedad de gananciales, artículo 1392.4 del Código Civil, con independencia de la responsabilidad de aquella masa ganancial derivada del régimen disuelto.

Es cierto que el artículo 1317 del Código Civil establece que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros, y en efecto, la responsabilidad de los bienes gananciales no desaparece, en tales casos, por el hecho de la modificación del régimen económico, o por el hecho de que hayan sido adjudicados a cualquiera de los cónyuges una vez disuelta y liquidada la sociedad, lo que supone, como ya resolvió este Tribunal en sentencia de 11 de febrero de 1999, y que no es contraria a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado citada en el recurso, que la responsabilidad real de los bienes gananciales no desaparece (artículo 1401 del Código Civil) por el hecho de que hayan sido adjudicados, lo que determina que aun después de la disolución de la sociedad permanece viva la acción del acreedor contra los bienes gananciales, pero en el presente caso el bien embargado, sueldo de la esposa, tras la disolución del régimen ganancial, no es un bien de la masa ganancial disuelta, y que le fue adjudicado, ni puede hablarse de confusión de patrimonio por falta de liquidación, ni ahora integra dicha masa consorcial, que no existe, y por tanto, no cabe discutir el carácter actual del sueldo de la esposa embargada, y su no integración en la masa consorcial al momento de generarse la deuda, todo lo cual fundamenta por sí solo la confirmación de la sentencia apelada.

II. FISCAL

1. *Las transmisiones onerosas de bienes efectuadas por los cónyuges a la sociedad conyugal constituyen transmisiones sujetas al impuesto, pero exentas al tratarse de aportaciones a la sociedad de gananciales.*

TSJ Galicia, Sentencia de 29 de junio de 2001.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Bautista Quintas Rodríguez.

ANÁLISIS DEL CASO

- El Consello de la Xunta de Galicia interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de 18-12-96 estimatorio de Rec. 15/3494/94 contra otro de la Consellería de Economía e Facenda que fija la base imponible del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dictado por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Galicia.
- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y, dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda, lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.
- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.
- El TSJ de Galicia desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La cuestión aquí controvertida se refiere al alcance del ámbito de aplicación de la exención establecida en el art. 48.I.B.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales. A juicio del letrado de la Xunta, la exención allí prevista no es reconocible a toda aportación de bienes o derechos privativos de los cónyuges al patrimonio ganancial. Tras un estudio histórico y comparativo de la normativa reguladora del Impuesto y del régimen económico matrimonial del Código Civil, concluye que si bien era cierto que el referido Texto Refundido del Impuesto mantenía la exención para las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la

sociedad conyugal, dicha exención sólo podía estar pensada para las aportaciones que en aquel momento (año 1980) eran posibles, es decir, la de los bienes propios del marido y los dotales y parafernales de la mujer (arts. 1336, 1381 y 396 CC), pero no resultaba aplicable a las aportaciones a la sociedad de gananciales de bienes propios de alguno de los cónyuges con el resultado de su conversión en bienes gananciales, ya que estas aportaciones eran de imposible realización en aquel momento normativo y antes de la entrada en vigor de la Ley de 13 de mayo de 1981 que modificara el régimen económico matrimonial. Que con la entrada en vigor de dicha Ley, desaparecieran las categorías de bienes dotales y parafernales, y al definir los bienes propios de los cónyuges se prescindiera de toda referencia a su aportación al matrimonio, de suerte que si bien era cierto que la utilización del término "aportaciones" en aquel precepto fiscal resultaba lógica y coherente con el sistema civil hasta aquel momento vigente, tras el cambio legislativo que supuso la Ley de 1981, la indicada exención carecía de sentido, no siendo aplicable a los casos de aportaciones de bienes privativos para convertirlos en gananciales, pues tal operación sólo fue posible a partir de la indicada reforma.

El art. 48.I.3 núm. 3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto 3050/80, declaró exentas: "Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa hagan los cónyuges en pago de su haber de gananciales".

Pues bien, si bien es cierto que desde el punto de vista del Derecho Común, antes de la reforma introducida por la Ley 11/81, no era posible legalmente la aportación de bienes propios de los cónyuges a la sociedad de gananciales con la finalidad de que tales bienes se convirtiesen en bienes gananciales de la sociedad conyugal, también lo es que tal posibilidad venía reconocida por distintos Derechos Forales o Civiles propios de distintas regiones, en la actualidad, Comunidades Autónomas. En consecuencia, dada la generalidad de aquel precepto fiscal que estatuía dicha exención, ya se comprende que a su ámbito podían acogerse tanto las aportaciones de bienes que de conformidad con el Derecho Civil Común podían los cónyuges realizar a la sociedad conyugal antes de su constitución, como las aportaciones postmatrimoniales realizadas conforme a aquellos regímenes forales o de derecho civil propio o especial. Como quiera que tras la reforma introducida por la Ley 11/81, que posibilitó, en régimen de derecho común, la realización de las aportaciones constante matrimonio realizadas con aquella finalidad, ha de entenderse que las mismas resultan beneficiadas o favorecidas por tal exención, sin que por ello sea necesario forzar la interpretación del precepto, cuya literalidad resulta muy clara, o mucho menos resulte contradicho su espíritu o finalidad, pues, justamente, por aplicación de los criterios interpretativos del art. 3.1 del Código Civil, a los que apela el propio Letrado de la Administración recurrente, en concreto, el referido a que toda norma debe ser interpretada de acuerdo con la realidad social y jurídica del tiempo en que ha de ser aplicada y atendiendo a su finalidad, sin olvidar el principio constitucional de no discriminación en la aplicación de la norma, debe llevar a la coherente conclusión de que las transmisiones onerosas de bienes efectuadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, como es el caso, constituyen transmisiones sujetas al Impuesto, pero exentas de conformidad con aquel precepto, al tratarse de "aportaciones a la sociedad de gananciales", en la misma línea, por cierto, señalada por el vigente Texto Refundido del Impuesto (RD Leg. 1/93), que reproduce los términos de tal exención.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. *La circunstancia de que después del cese de la convivencia el esposo llegase a estar empadronado un mes en el domicilio de la esposa no impide estimar la acción de separación.*

AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina.

La representación de la esposa interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia que estimó la demanda de separación interpuesta por el actor al concurrir la causa 6.ª del artículo 82 del Código Civil; estima la apelante que el cese efectivo de la convivencia conyugal quedó desvirtuado por el intento de reanudación de la convivencia, ocurrido en el mes de marzo de 2000, que resultó infructuoso; el recurso no puede prosperar, porque el artículo 87 del Código Civil establece que "el cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 86 de este Código, es compatible con (...) la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges (...) al intento de reconciliación..."; por tanto, el empadronamiento durante un mes del actor en el mismo domicilio que la demandada, acreditado con la certificación del folio 25, no desvirtúa el cese efectivo de la convivencia, dado que como la propia apelante afirma, dicha convivencia temporal obedeció al intento de reconciliación, que no prosperó; por otro lado, la misma apelante respondió al contestar a la posición primera en la prueba de confesión judicial (folio 44), que desde 1994, su marido ha vivido por separado en el domici-

lio de su hermana sin interrupción alguna y sin que hayan intentado siquiera una reconciliación; por tanto, no existe una prueba sólida y unívoca de que haya habido una auténtica convivencia de los cónyuges durante el año 2000; pero aun en el caso de que la inscripción en el padrón certificada en el folio 25 refleje una auténtica realidad, como se ha dicho, ello no impediría la existencia del cese de la convivencia por la razón legal ya expuesta; procede en consecuencia desestimar el recurso interpuesto.

II. PATRIA POTESTAD

1. *El ejercicio de la patria potestad por la madre hay que entenderlo en la esfera de las actividades cotidianas, pero no de los actos que tienen trascendencia en la formación y educación del menor, en los cuales dada su repercusión requieren la intervención del padre.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 29 diciembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ángel Chamorro Valdés.

La pretensión de la parte apelante sobre la patria potestad, que se configura según el artículo 154 y siguientes del Código Civil como una función tutelar cuya primordial finalidad es el beneficio de los hijos, de tal forma que dicha institución abarca un conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y bienes del descendiente, en tanto es menor y no emancipado, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre dichos padres, carece de consistencia, ya que como se desprende del tenor literal del punto primero del fallo de la sentencia de 2 de noviembre de 1995 en el que se afirma "La hija menor de edad quedará en compañía y bajo la guarda y custodia de doña María quien ejercerá la patria potestad" no se ha privado de la patria potestad al padre, como no podía ser de otro modo dados los rotundos términos del artículo 170 del Código Civil, sino que se atribuye su ejercicio a la madre, lo cual es ajustado a Derecho ya que resulta de la aplicación del último párrafo del artículo 156 del Código Civil, que establece que si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Ahora bien este ejercicio por la madre de la patria potestad hay que entenderlo en la esfera de las actividades cotidianas, pero no de los actos que tienen trascendencia en la formación y educación del menor, en los cuales dada su repercusión se requiere la intervención del padre.

III. GUARDA Y CUSTODIA

1. *Para la atribución de la guarda y custodia no es determinante que el padre resida en la ciudad y la madre en un caserío, máxime cuando ambos progenitores estuvieron viviendo en el mismo cuando permanecían unidos.*

AP VIZCAYA, Sec. 4.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ignacio Olaso Azpiroz.

El recurrente solicita que se le atribuya a él y no a su esposa la guarda y custodia de la menor, precisamente en beneficio de esta, ya que el recurrente reside en un piso en Bilbao mientras que el cónyuge custodio vive en Gorozica, que es un barrio de Muxika (Vizcaya), en una casa sin luz, agua, teléfono, alejada del casco urbano y, por tanto, sin facilidades para que la niña se relacione con otras personas de su edad; además, se indica que la menor será escolarizada gratuitamente en el Colegio Alemán, por ser su padre profesor de dicho Centro; y que le puede perjudicar el trato y educación dada por el nuevo compañero sentimental de la madre.

Las alegaciones que anteceden no tienen la consistencia suficiente como para provocar la modificación de la medida; lo más importante es que la menor ha manifestado expresamente su deseo de permanecer en el caserío de Gorozica (folio 90), por lo que una decisión en contra de dicho deseo sería establecer, ya de entrada, un elemento perturbador para la niña; decisión que en modo alguno estaría justificada por los problemas en el suministro de luz, agua y teléfono en la vivienda pues, con independencia de que los mismos se están superando, según indica la prueba, y es notorio el uso cada vez más frecuente y económico de los teléfonos móviles, el recurrente no tuvo ningún inconveniente en que la menor viviera en tales condiciones mientras el matrimonio permaneció unido; al mostrarse ahora en contra de una situación que aceptaba para su hija anteriormente, se devalúa su argumento; en cuanto a la escolarización gratuita, la menor ya la tiene y, al parecer, con aprovechamiento en una escuela de Amorebieta; y respecto al invocado efecto pernicioso de la educación que la menor pueda recibir del actual compañero sentimental de la madre, no hay el más mínimo atisbo probatorio de tal aserto, ni siquiera de que exista una nueva relación afectiva.

IV. RÉGIMEN DE VISITAS

1. *Cuando el hijo tiene 14 años ha de sobreentenderse que el régimen de visitas no puede llevarse hasta el límite de imponer el mismo de forma coactiva.*

AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina.

La representación de la madre interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de Torrent de 27 de marzo de 2001 que acordó el divorcio de los litigantes, atribuyó la guarda y custodia de la hija de ambos, de 14 años de edad, a su madre, fijó un régimen de visitas para el padre, y estableció la obligación a cargo de éste de pagar una pensión de alimentos de 25.000 pesetas al mes, actualizables; como ha declarado con reiteración la jurisprudencia, en el artículo 94 del Código Civil se configura el derecho, que también es una obligación del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores de edad de comunicar con ellos y tenerlos en su compañía; este derecho-obligación se inscribe en el marco de las relaciones paterno-filiales, siendo una faceta del desarrollo de la personalidad de los hijos importante y en cuya determinación, concreción y desarrollo ha de primar, no obstante el derecho del progenitor, el principio rector consagrado en el artículo 92 del Código Civil, acerca de que las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, hasta el punto de que si son mayores de doce años o tuvieran suficiente juicio deberán ser oídos al respecto; teniendo en cuenta estas ideas, el recurso planteado por la demandada, en el que solicita se declare que el régimen de visitas fijado en la sentencia recurrida respete la voluntad de la menor en el sentido de no imponer coercitivamente el horario de relación con su padre, debe prosperar a la vista de la decisión adoptada por esta misma Sala en la reciente sentencia de 3 de mayo de 2001, que resolvió el recurso interpuesto contra la sentencia dictada en el proceso de modificación de medidas 76/2000 del Juzgado de 1.ª Instancia número 8 de Valencia entablado por la ahora apelante, en la que se dijo literalmente que "...si bien es verdad que tal añadido no viene expresamente recogido en la sentencia de instancia, no es menos cierto que tanto en esta, como en todas las resoluciones judiciales, ha de sobreentenderse dado que el establecimiento de un régimen de visitas no puede llevarse hasta el límite de imponer el mismo de forma coercitiva, máxime cuando se trata de una niña de 14 años cumplidos cuya voluntad, necesariamente, ha de tenerse en cuenta, por cuya razón estima la Sala, con el único objeto de que no exista la más mínima duda, el así añadirlo en el fallo..."; no habiendo cambiado las circunstancias desde que se dictó la sentencia que se ha reproducido parcialmente, procede estimar el recurso en este punto en coherencia con la citada sentencia.

V. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Cumplimiento de pacto de convenio regulador que acordaba la venta de la vivienda familiar y el reparto del precio entre ambos cónyuges.*

AP GRANADA, Sec. 3.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Jiménez Burkhardt.

El Juzgado dictó sentencia en fecha dos de noviembre de dos mil, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando íntegramente la demanda promovida por D. Manuel contra D.ª María y desestimando la reconvención planteada por ésta, debo acordar y acuerdo la división del chalet sito en la urbanización C., mediante su venta en pública subasta, lo que se llevará a efecto en ejecución de sentencia, distribuyéndose el precio que se obtenga al cincuenta por ciento entre ambas partes, imponiendo a la demandada y reconviniente las costas procesales."

Es doctrina reiterada del TC que la motivación de las resoluciones judiciales se configura como una exigencia constitucional que se integra en el contenido del derecho que el art. 24.1 de la Constitución reconoce y garantiza, teniendo reconocido como no vulneradora de esa garantía constitucional los supuestos en que el Tribunal se limita a asumir en su integridad la sentencia del Juzgado *a quo,* sin añadir nuevos fundamentos, efectuando así lo que se ha venido en llamar la motivación por remisión, sobre cuya validez se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en multitud de resoluciones, entre otras las SS. 174/1987, 146/1990, 27/1992, etc.

Conforme a dicha doctrina, en el presente caso, examinada la sentencia de instancia, procede su íntegra confirmación, al ser su fundamentación jurídica y consiguiente fallo, fruto de una ajustada ponderación y valoración de las pruebas practicadas y aplicación correcta de la doctrina jurisprudencial definidora de los derechos que, en base al convenio regulador existente entre las partes y expresamente suscrito por ambas, tienen sobre el bien común y la absoluta falta de basamento jurídico de las pretensiones de la demanda que, por vía reconvencional, llega incluso a pedir, nada menos, que el derecho de uso vitalicio del chalet, olvidando los términos del convenio, interpretado en su conjunto y no de modo aislado, como se pretende, cuando, en definitiva, es la propia demandada la que, en prueba de confesión y respondiendo a la posición 8.ª, reconoce de modo expreso y concluyente que su permanencia en el chalet lo sería hasta tanto se vendiese. Por lo que, en definitiva, cualquier opinión que se diera no supondría más que el empleo de otras palabras o giros gramaticales que convergerían en la misma conclusión estimatoria de la demanda principal y desestimatoria de la reconvencional, contenida en la sentencia apelada; sin que, por otro lado, los argumentos expuestos por la dirección letrada de la apelante en la vista del recurso, tengan virtualidad que justifique una más completa fundamentación jurídica de la que contiene aquella, o que deban suplir alguna omisión que contenga respecto de cuestiones sometidas a la consideración judicial y no resueltas.

2. *Aun cuando se haya atribuido el uso de la vivienda familiar a la esposa, no existe ningún obstáculo para que el esposo pida la división de la cosa común e incluso la subasta, debiendo respetarse en todo momento aquella atribución de uso.*

AP LAS PALMAS, Sec. 5.ª, Sentencia de 13 de noviembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Guzmán Montesdeoca Acosta.

La sentencia de instancia considera que una cosa es el derecho de uso de la vivienda familiar y otra independiente es la titularidad, pues aquel derecho no puede convertirse en obstáculo insalvable para proceder al reparto del patrimonio común una vez disuelta la sociedad de gananciales, ya que si el derecho de uso de la vivienda familiar tuviera carácter indefinido, se estaría lesionando los derechos igualmente legítimos de la otra parte en orden a la efectiva y no meramente formal traducción jurídica económica de la partición.

La demandada apela la sentencia en el extremo concerniente a la venta en pública subasta de la vivienda cuyo uso corresponde a la apelante y subsidiariamente, pide que deberá respetar y garantizar el derecho al uso a favor de la misma con el que viene gravado por disposición judicial.

El actor se opone al recurso y solicita su desestimación con imposición de costas a la contraria. Alega en esencia, después de prestar su conformidad con los razonamientos jurídicos de la resolución apelada, que la recurrente olvida que el apelado se halla también en una situación económica precaria, no puede con su pensión costearse un alquiler, por lo que tiene que vivir de prestado solo en una cueva sin condiciones de habitabilidad a pesar de encontrarse enfermo y la recurrente vive con sus hijas, que son independientes económicamente y mayores de edad.

La sentencia de separación de fecha 25 de noviembre de 1996 dictada por el Juzgado de la Instancia núm. 3 de esta capital, atribuyó a la demandada el uso de la vivienda familiar, al amparo de lo dispuesto en el art. 96 del CC teniendo dicho inmueble carácter ganancial, según aceptan los propios litigantes.

Al respecto, la STS de 27 de diciembre de 1999, que en su fundamento de Derecho tercero cita las de 22 de diciembre de 1992, 20 de mayo de 1993, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, declara que ha sido rectificado el criterio anteriormente mantenido en la S. 22 de septiembre de 1988 y declara "Que si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular... Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne, y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, la que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó".

En consecuencia, procede estimar el recurso parcialmente y declarar que en caso de venta en pública subasta, habrá de respetarse, en tanto subsista, el derecho de uso a la vivienda familiar establecido en la sentencia de separación dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de esta Ciudad el 25 de noviembre de 1996, advirtiendo de tal circunstancia a los licitadores.

VI. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *Interpuesto un procedimiento de reclamación de alimentos para un hijo no matrimonial, la misma debe limitarse a la fecha de presentación de la demanda, sin que pueda reclamarse los gastos ocasionados desde el nacimiento de la menor.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

El encuadramiento de la medida impugnada en el ámbito legal que recogen los arts. 142 y ss. del CC, ha de determinar el acogimiento, si bien parcial, del motivo impugnatorio deducido con carácter subsidiario, pues si bien es cierto que el art. 148 previene que la obligación de dar alimentos es exigible desde que los necesitara para subsistir la persona que tenga derecho a percibirlos, no es menos cierto que el mismo precepto añade que no se abonarán los mismos sino desde la fecha en que se interponga la demanda.

En consecuencia debe corregirse el exceso en que incurre la sentencia de instancia, al retrotraer la obligación de pago de los gastos extraordinarios de la menor al momento de su nacimiento, situando tal posible exigencia judicial en el mes de febrero de 1999, en que se presenta ante los Juzgados de Collado Villalba la demanda rectora de la *litis* de la que hoy está conociendo la Sala.

2. *Mantenimiento de la pensión alimenticia de la hija mayor de edad que, hasta la fecha, sólo ha desempeñado trabajos temporales de muy corta duración.*

AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 29 de noviembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina.

La representación de la parte demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 24 de Valencia el 2 de abril de 2001, que acordó el divorcio y desestimó la pretensión del recurrente de que se suprimiera la pensión de alimentos de la hija de los litigantes, que cuenta con veinte años de

edad, pensión de 30.000 pesetas mensuales que fue establecida en la sentencia de separación de 24 de marzo de 1997; el artículo 93 párrafo segundo del Código Civil, establece 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 sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código"; por su parte, el artículo 152.3.º del Código Civil prescribe que cesará la obligación de alimentos "cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia"; en el caso que nos ocupa, no se han acreditado los hechos que serían el presupuesto de la aplicación de la citada causa de extinción de la obligación alimenticia porque en el informe de vida laboral que figura en el rollo de Sala consta que hasta la fecha la hija de los litigantes sólo ha desempeñado trabajos temporales de muy corta duración, de modo que desde diciembre de 1999 hasta la fecha de emisión del informe, sólo ha estado de alta en la Seguridad Social 128 días; esta circunstancia impide considerarla independiente económicamente y en consecuencia, le es necesaria hoy por hoy, hasta que encuentre un trabajo mínimamente estable que le reporte ingresos suficientes, la pensión alimenticia para su subsistencia; por otro lado, en la fecha de la presentación de la demanda, el actor figuraba de alta en la Seguridad Social en la empresa "F., S.L.", según se desprende del informe de vida laboral que figura en el folio 95 de los autos, y no en el paro, como se dice en la mencionada demanda, y en cualquier caso, el demandante tiene probabilidades ciertas de reintegrarse en el mundo del trabajo como ha venido haciendo en reiteradas ocasiones como se deduce del informe citado y del certificado obrante en el folio 97 de las actuaciones; por todo ello, procede confirmar la sentencia.

VII. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *No fijación de pensión compensatoria en un matrimonio que duró escasamente cuatro meses, donde no hubo descendencia y en el que ambos cónyuges continuaron realizando sus respectivas actividades laborales.*

AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 11 de diciembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España.

Los efectos económicos derivados de una separación o divorcio, no quedan establecidos en función de la culpabilidad de los cónyuges, lo que si bien anteriormente pudo ser así, luego de la reforma introducida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, dejó de tener trascendencia cara a determinar cuáles fueran las consecuencias tanto personales co-

mo económicas por las que había de regirse el matrimonio, de modo que los artículos reguladores de la pensión compensatoria desvinculan el derecho a su percepción de la culpabilidad o no de los cónyuges en la crisis matrimonial, centrándolo en el perjuicio originado por el desequilibrio económico. Por tanto, si tenemos en cuenta lo anterior y que la separación acordada en la sentencia es un pronunciamiento que el hoy recurrente interesó en la súplica de su escrito de contestación (f. 60), el hecho de que así se acordara ningún gravamen le ocasionó, máxime que, como se ha dicho, el motivo apreciado es irrelevante en orden a la concesión o no de la pensión, o lo que es igual el dato de cuál de los cónyuges es el que esté incurso en causa de separación es en relación a aquélla un factor indiferente, en consecuencia, lo que procederá será examinar si, en el presente, concurren o no los elementos determinantes para que la esposa tenga ese derecho. A tal fin, conviene precisar que 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 trascendencia.

En el caso de autos concurren unas circunstancias especiales que por su mayor trascendencia deben tenerse muy en cuenta a la hora de decidir la fijación o no de la citada pensión compensatoria, toda vez que: 1.º el matrimonio se celebró entre personas que tenían, respectivamente, 65 y 43 años de edad, por lo que tenían, en la práctica, hecha y resuelta su vida en el aspecto económico, 2.º la convivencia matrimonial ni siquiera llegó al año, concretamente duró escasos 4 meses, desde el 7 de julio de 2000 al 17 de noviembre de ese mismo año, 3.º desde que se separaron de hecho ambos cónyuges, hasta la interposición de la demanda cada uno de ellos ha subvenido a sus propias necesidades sin precisar —o, al menos, sin reclamar— del otro ayuda alguna, 4.º la actora puede dedicarse a su anterior ocupación laboral, la cual, parece ser, siguió desempeñando durante el corto período de convivencia matrimonial y, con seguridad, después de la separación de hecho, 5.º dada la ausencia de hijos, así como la corta duración de la convivencia, escasa, por no decir nula, ha sido la dedicación de la actora a la familia, 6.º que a la vista de los ingresos documentalmente acreditados del esposo, —62.455 pesetas mensuales, folio 63—, necesariamente ha tenido la esposa, durante los meses de convivencia que trabajar fuera para intentar completar tan escasa cuantía. Todo ello determina a esta Sala, al igual que hizo el Sr. Juez de instancia, a no señalar pensión compensatoria alguna a favor de la esposa, por la no existencia del pretendido desequilibrio económico alegado.

VIII. CUESTIONES PROCESALES

1. *Para la fijación de la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad es preceptivo que estos acrediten la necesidad de recibirlos; no habiéndolo hecho así dentro del procedimiento matrimonial procede declarar extinguida la obligación sin perjuicio de que el hijo pueda reclamarlos, si procede, por el procedimiento de alimentos.*

AP GRANADA, Sec. 3.ª, Sentencia de 4 de diciembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Mascaró Lazcano.

Que por la parte apelante se solicitó la fijación de alimentos solo para la hija que convive con la madre, en el tanto por ciento instado en la demanda. El varón menor convive con el padre. Que la hija alcanzó la mayoría de edad el día 29 de junio de dos mil uno. Es criterio de esta Sala, representado, entre otras, por la sentencia de 15 de febrero de 1990, que, pudiendo nacer la obligación alimentaria de un padre o progenitor para con sus hijos de un doble motivo, cual, de un lado, la calidad de éste de no emancipado y sujeto a la patria potestad, que viene establecida por el número 2 del artículo 154 del Código civil, y, de otro, de esa carga impuesta, genérica y recíprocamente, a los ascendientes y descendientes, fijada en el número del artículo 143 del propio Código, así como en el primer supuesto no se exige más requisito para que nazca el derecho del hijo y la obligación del padre que el de la no emancipación de aquél, en el segundo, para que pueda ser exigible la deuda alimenticia, se impone por el artículo 148 del repetido Código que necesite los alimentos para su subsistencia la persona que a ellos pueda tener derecho, y que no puede olvidarse que tanto puede ser el hijo o descendiente, cuanto el padre o ascendiente, por lo que, aunque fuera presumible que por su condición de estudiantes o no trabajadores fijos de los hijos ya mayores de edad subsista esa necesidad de alimentos, lo cierto es que, así como la contribución a los alimentos debió fijarse, de acuerdo con el artículo 93 del Código Civil, sin necesidad de justificación alguna en razón en la —en aquellas fechas— minoría de edad de los mismos al haber alcanzado ya su emancipación por su mayoría de edad, según lo establecido en el número 1 del artículo 314 del propio Código, no podrá continuar obligándose al padre a seguir contribuyendo a los alimentos de los hijos de acuerdo con lo impuesto por el citado artículo 93, sino que, caso de que realmente subsista la necesidad de alimentos, éstos habrán de interesarse de acuerdo con lo previsto en los artículos 142 y siguientes del tan citado Código; y sin que al pronunciamiento dejando sin efecto esa contribución pueda ser obstáculo la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, pues, aun cuando sea cierto que, en principio, los perjudicados sean los hijos, ya mayores de edad, y, por tanto, con la plenitud de ejercicio de todos sus derechos civiles, no lo es menos que, fijada repetida contribución en razón a la minoría de edad de los hijos que, por ende, aunque fueran los titulares del derecho, no tenía sobre él facultades de ejercicio, que correspondían a aquel de sus progenitores a quienes estaba encomendada su guarda y

custodia, según lo establecido en el último párrafo del artículo 156 del Código Civil, es claro que para poder dejar sin efecto esa contribución no tenía por qué demandarse a los hijos, puesto que ese derecho que ya pueden ostentar los hijos a los alimentos de los artículos 142 y siguientes del Código Civil, y que podrán ejercitar en cualquier momento en que lo estime oportuno y ya en su propio nombre, es totalmente distinto del de la contribución a los alimentos de los hijos menores de edad del artículo 93, cuya extinción se produjo por ministerio de la Ley y según lo establecido en el número 2 del artículo 169 del tan reiterado Código Civil al extinguirse la patria potestad —y con ella la obligación del padre de alimentar al hijo— del número 1 del artículo 154 por la emancipación por mayoría de edad del mismo. Debe añadirse lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 93 del Código Civil, afectante a cuestión de procedimiento no habiendo sido utilizada por los hijos la posibilidad que le confiere dicho precepto.

2. *Inaplicabilidad del procedimiento establecido en los arts. 806 y ss. de la LEC cuando el régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes.*

AP LLEIDA, Sec. 2.ª, Sentencia de 17 de diciembre de 2001. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ana Cristina Sainz Pereda.

Sostiene la recurrente que la cuestión litigiosa debe quedar forzosamente englobada en el procedimiento previsto en los arts. 806 y ss. de la LEC por tratarse de una cuestión patrimonial indudablemente ligada a la relación matrimonial que se disolvió. Los citados preceptos regulan el procedimiento aplicable para la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujetos a determinadas cargas y obligaciones, consistiendo, básicamente, en la formación de inventario y liquidación del régimen económico matrimonial con abono de las indemnizaciones y reintegros que procedan a favor de cada cónyuge, y división del remanente en la proporción que corresponda, bien mediante acuerdo de los cónyuges o bien mediante la designación de contadores y peritos para la práctica de las operaciones divisorias, y aprobadas éstas, adjudicación de bienes. En el supuesto que nos ocupa el régimen económico matrimonial es el de separación de bienes, por lo que no existe la masa común de bienes y derechos a que se refiere el art. 806 LEC, sin perjuicio de que los cónyuges puedan ser cotitulares de ciertos bienes adquiridos en común antes, durante o después del matrimonio, al igual que si se tratara de dos personas sin vínculo matrimonial, en cuyo caso, para la división del bien común serán aplicables las normas generales del CC relativas al condominio. El objeto de la presente *litis* son los fondos existentes en una libreta de ahorro, por lo que el cauce para su resolución es el declarativo que corresponda por la cuantía, sin que el hecho de que los litigantes estuvieran unidos en matrimonio determine, en todo caso y circunstancia, la aplicación del trámite previsto para la liquidación del régimen económico matrimonial.

3. *Falta de legitimación de la hija mayor de edad para recurrir la sentencia en la que se extinguió la pensión alimenticia, cuando la madre se aquietó con el fallo de la misma.*

AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Francisco Rodríguez de Sanabria Mesa.

El padre instó un procedimiento de modificación de medidas solicitando la supresión de los alimentos establecidos a favor de sus tres hijas mayores de edad. El Juzgador *a quo* dictó sentencia estimando la demanda, extinguiendo la obligación de contribuir económicamente, en concepto de alimentos para los hijos, toda vez que Vanessa había contraído matrimonio el 20 de mayo de 2000; Raquel no convivía en el domicilio familiar estando trabajando, y por tanto con una independencia económica; y respecto de María, de 23 años de edad, por considerar que la misma si bien está desempleada, no ha efectuado actividad alguna tendente a perfeccionar su formación o intento de acceder a un empleo.

El recurso interpuesto por D.ª María se limita a impugnar el pronunciamiento del Juzgador *a quo* mediante el cual suprime los alimentos que el padre debería abonar a la madre para sus hijos, y más concretamente los referidos a la recurrente.

Como cuestión previa ha de tenerse en cuenta que la reforma operada en el art. 93 del CC por L. 11/1990, de 15 de octubre, introduciendo un segundo párrafo con el siguiente tenor literal: si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los arts. 142 y ss. de este Código, no pretendía más que solventar los problemas que se planteaban en orden a determinar si el simple hecho de alcanzar la mayoría de edad los hijos habidos en el matrimonio era o no causa de extinción de los alimentos para ellos fijados con cargo a uno u otro cónyuge o no, supuso la creación de graves discrepancias doctrinales y jurisprudenciales en la práctica diaria; problemas que se concretaban especialmente en el momento de determinar la legitimación para efectuar este tipo de reclamaciones surgiendo dos posiciones contradictorias:

a) Una tendencia jurisprudencial ha mantenido el criterio de que en estos supuestos no se encuentra legitimado el progenitor, lo que implica que deba ser parte el hijo mayor de edad. En este sentido la sentencia de la AP Soria de 27 de mayo de 1992 señalaba que la única persona a quien se atribuye el derecho subjetivo familiar de exigir alimentos es al hijo que ha llegado a la situación de mayoría de edad; derecho que no se confiere a ninguno de los ascendientes con los que conviva, ya que, al extinguirse el vínculo jurídico de la patria potestad el mayor de edad queda fuera del ámbito de dependencia que por imperativo legal existía hasta ese momento. No teniendo en tal supuesto aplicación el principio de representación legal de los padres (art. 162.2 del CC), sólo estará legitimado dentro del ámbito familiar para reclamar los alimentos que establece el art. 93 del CC el

descendiente que ha cumplido la mayoría de edad, en este mismo sentido se pronunciaban las sentencias de las Audiencias Provinciales de Oviedo de 25 de julio de 1992; Valladolid de 7 de diciembre de 1993; Granada de 26 de junio de 1993, Palma de Mallorca de 16 de noviembre de 1993, e incluso de esta AP Cádiz en sentencias de la Sec. 3.ª de 27 de abril de 1994 y Sec. 1.ª de 27 de abril de 1998.

b) Frente a la anterior postura, otra tendencia jurisprudencial, pudiéndose citar entre otras muchas las sentencias de las Audiencias Provinciales de Pontevedra de 12 de abril de 1992 y 27 de junio de 1995; Almería de 2 de junio de 1992; Oviedo de 25 de julio de 1992; Valencia de 14 de septiembre de 1993; Zaragoza de 7 de julio de 1993; Alicante de 20 de julio de 1993; La Coruña de 16 de abril de 1994; Badajoz de 24 de mayo de 1996, o de la Sec. 5.ª de la AP Cádiz de 11 y 26 de mayo de 1992, se decanta por considerar que la legitimación corresponde al cónyuge con el que conviva el hijo mayor de edad y ello por considerar que la pensión reconocida a los hijos en una sentencia de separación o divorcio no es en puridad una pensión alimenticia, sino una contribución al levantamiento de las cargas familiares, tanto si los hijos son menores como si son mayores de edad, produciéndose una disociación entre el titular y el beneficiario de forma que, el progenitor a quien corresponde mantener en el hogar familiar a los hijos mayores de edad debe correr con esta carga, que será proporcional a sus propios recursos y ostentando la facultad de exigir del otro progenitor que también contribuya al levantamiento de dicha carga.

Tanto una como otra posición jurisprudencial, pese a abordar el tema de la legitimación (los hijos, en cuyo caso habría que considerarlos parte en un procedimiento en el que realmente no lo son; o el progenitor, en cuyo caso reclamaría unos alimentos asumiendo una representación de la que carecen), lo que realmente se está cuestionando es la verdadera naturaleza de esos «alimentos», así como la titularidad del derecho.

El Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de fecha 24 de abril de 2000, dictada en el recurso de casación en interés de Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal, ha venido a decantarse básicamente por la segunda de las tesis señaladas anteriormente aclarando tanto el contenido del derecho, requisitos para su fijación y legitimación para reclamarlos.

Los "alimentos" a que se refiere el art. 93.2 del CC, no son los contemplados en el art. 142 y ss. del citado texto legal, sino que es un verdadero derecho del progenitor con el que conviven los hijos del matrimonio, aun siendo estos mayores de edad, y que por tanto, dándose los requisitos previstos en el ya reiterado art. 93 el progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad asume, tras la ruptura matrimonial, las funciones de organización y dirección de la vida familiar, incluida la alimentación (en sentido amplio) de esos hijos, creando en dicho progenitor una situación de patente necesidad que justifica pueda reclamar del otro progenitor que contribuya a los mismos; lo que implica que el titular del derecho recogido en el ya citado art. 93 es el progenitor con el que quedan conviviendo los hijos mayores de edad y, por tanto, quien está legitimado para reclamarlos.

Sentada que la titularidad y legitimación para exigir estos "alimentos", corresponde al progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad, y dado que la madre, pese a ser parte en el proceso, ha mostrado su conformidad con la extinción de los alimentos señalados para sus tres hijos, no recurriendo la sentencia, debe confirmarse este punto, desestimando el recurso interpuesto por D.ª María, dada su ausencia de legitimación en la presente causa y ello sin perjuicio de los derechos de alimentos que a ella pudieran corresponderle conforme a lo dispuesto en el art. 142 y ss. del CC.

IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

1. *Cuando el pronunciamiento de la sentencia consista en el pago de prestaciones periódicas, el plazo de caducidad de la acción ejecutiva comenzará a contarse desde que se produce el impago, ya que carecería de sentido instar la ejecución judicial mientras se efectúa el cumplimiento voluntario.*

AP LLEIDA, Sec. 1.ª, Auto de 22 de noviembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Fernando Ariste López.

Habiéndose dictado auto por el que se denegó el despacho de ejecución solicitado por caducidad de la acción ejecutiva, el recurrente alega que el plazo previsto en el art. 518 de la LEC en el supuesto de condena al pago de pensiones periódicas ha de contarse a partir del momento en que la sentencia pudo ser ejecutada, refiriéndose al momento en que se inició el incumplimiento, asimismo adujo el recurrente que la sentencia cuya ejecución se pretende era firme antes de la entrada en vigor de la nueva LEC. En primer lugar, subyace una cuestión de derecho transitorio, ya que en la instancia se aplicó el plazo de caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia de cinco años desde la firmeza previsto en el art. 518 de la LEC núm. 1/2000 respecto de la pretensión de ejecución de una sentencia que era firme desde el 28 de octubre de 1991, por lo que había transcurrido desde su firmeza el citado lapso temporal de cinco años mucho antes de la entrada en vigor de la nueva LEC. En consecuencia, se efectuó una aplicación retroactiva del citado precepto que no se halla amparada por el régimen de Disposiciones Transitorias de la citada norma; debiéndose estar al principio general del art. 2.3 del CC, aplicable supletoriamente conforme al art. 4 pfo. 3.º del mismo Cuerpo legal, según el cual «las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario»; a mayor abundamiento, es aplicable supletoriamente por concurrir identidad de razón lo dispuesto respecto de la prescripción en el art. 1939 del citado CC en relación con la vigencia de dicho Cuerpo legal. De todo ello se concluye que respecto de la ejecución instada tras la vigencia de la nueva LEC de sentencias que ya eran firmes antes de la entrada en vigor de la misma, el plazo de caducidad de cinco años previsto en el art. 518 de la citada norma procesal habrá de computarse con carácter general a partir de su entrada en vigor; lo que es, en sí, suficiente motivo para la estimación del recurso, al no concurrir la caducidad de la acción ejecutiva ejercida. Ello al margen de que asiste también la razón al recurrente en su alegato de que cuando, como es el caso, en el concreto supuesto en que el contenido de la condena consista en el pago de prestaciones periódicas, el inicio del plazo de caducidad habrá de referirse al momento de comenzar el impago; lo que se reputa acertado, ya que carecería de sentido instar la ejecución judicial mientras se efectúa el cumplimiento voluntario, debiéndose entender que el plazo de caducidad se computará en tal supuesto desde el día en que pudo

ejercitarse la ejecución judicial por no efectuarse el cumplimiento voluntario, resultando de aplicación en el concreto supuesto la denominada teoría doctrinal de "la pretensión insatisfecha", tal que el plazo se inicia desde que el derecho al cobro de la pensión reconocido en sentencia queda insatisfecho; así ha de concluirse respecto de la regulación del inicio de los plazos de prescripción de acciones en el CC, efectuando una interpretación sistemática de los arts. 1969 y 1971 del mismo CC, aplicable supletoriamente; en el primero de los cuales se establece que la prescripción de acciones, a falta de disposición especial, se contará desde el día que pudieran ejercitarse, precepto respecto del cual supone un desarrollo el art. 1971 del mismo Código por cuanto la regla general es que el cumplimiento de las obligaciones declaradas en sentencia puede exigirse a partir de su firmeza, resultando por tanto coincidentes ambos preceptos si la obligación declarada en sentencia es de tracto único al coincidir el momento a partir del cual se puede ejercitar la acción para que se cumpla el contenido de la sentencia con el momento de la firmeza de la misma; sin embargo, tratándose de obligaciones consistentes en prestaciones periódicas y sucesivas, como el pago de pensiones, aun cuando fueran impuestas en sentencia, el momento a partir del cual pueda exigirse el cumplimiento, mediante el ejercicio de la correspondiente acción, vendrá determinado por el del vencimiento de la prestación periódica incumplida.

X. REGÍMENES ECONÓMICOS

1. *No procede incluir en el activo el saldo que existiese en la cuenta corriente a la fecha de presentación de la demanda, habida cuenta que cuando se disolvió la sociedad de gananciales tenía un saldo 0, y no se han acreditado gastos injustificados.*

AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina.

La representación de la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 9 de Valencia el día 9 de abril de 2001, que estableció los bienes que integran el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales formada por los litigantes; en primer lugar, interesa la apelante que se incluya en el activo de la sociedad los saldos existentes en la cuenta de ahorro del BBV en la fecha en la que se inició el proceso de separación, saldo que fue luego retirado por el apelado; esta pretensión no puede prosperar, porque como acertadamente establece la sentencia recurrida, el saldo en la fecha de la disolución de la sociedad era 0, y no existe prueba alguna, ni siquiera de carácter indiciario, de que las cantidades depositadas en dicha cuenta, que por cierto pertenecía no sólo al apelado sino también a su sobrina María Carmen (folio 94), hayan sido gastadas injustificadamente por el apelado; recla-

ma también la apelante que se incluya en el activo de la sociedad el importe obtenido por el actor por la venta de las acciones de Repsol a la que alude el propio demandante en su escrito obrante al folio 408 de los autos; de acuerdo con el artículo 1.361 en relación con el artículo 1347.3.º del Código Civil, teniendo en cuenta asimismo el documento que figura en el folio 289 de las actuaciones, procede acceder a esta petición e incluir el importe de la venta de dichas acciones en el activo de la sociedad; por el contrario, no procede incluir en el activo el importe de la cuenta del Banco de Valencia y de la devolución del Impuesto sobre la Renta a que también se refería el actor en su escrito de fecha 10 de enero de 2001 (folio 408), porque la petición correspondiente a estas partidas, aunque fue planteada en el acto de la vista, no fue debidamente formulada en el escrito del recurso de apelación; asiste en cambio la razón a la apelante en lo que concierne a la no inclusión en el activo de la sociedad de gananciales del fondo de inversión, porque dicho fondo fue constituido por la apelante y su hermana el día 12 de junio de 1998, con el dinero procedente del reparto del importe existente en la cuenta a plazo cancelada el día 2 de junio de 1998, como se desprende del certificado emitido por la entidad BBV el día 16 de octubre de 2001, e incorporada al rollo de apelación; en relación a la pretensión consistente en que se acepte, como valor del inmueble ubicado en Calicanto, el señalado por el perito designado en el proceso, la Sala comparte plenamente el argumento ofrecido por el Juez *a quo,* y considera correcta la remisión a la fase de ejecución de sentencia para la determinación del valor total del inmueble, habida cuenta de que el perito no examinó el interior del mismo, tal como se desprende de sus manifestaciones documentadas en el folio 370; este perito —y no otro, pues el Juez no ha dicho lo contrario— deberá por tanto completar su informe; por último, tal como solicita la apelante en su escrito de recurso, debe incluirse en el activo de la sociedad el saldo de la cuenta del BBV el día 22 de julio de 1998, conforme al artículo 1.397-1.º del Código Civil.

2. *No procede incluir en el pasivo de la sociedad el importe de reparaciones menores que se hicieron en la vivienda cuyo uso tenía atribuido judicialmente la esposa.*

AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina.

No puede admitirse la inclusión en el pasivo de la sociedad de las partidas que pretende la recurrente, es decir, las 33.000 pesetas correspondientes a la reparación de una persiana del domicilio sito en la calle de Molina Palau, por tratarse de un gasto hecho durante la vigencia de la sociedad derivado del uso de la vivienda, que le fue atribuido a la apelante en el proceso de separación; ni tampoco puede incluirse en el pasivo el importe de 93.936 pesetas correspondiente a un pago hecho por la apelante, antes de la disolución de la sociedad, del préstamo hipotecario (folio 207), porque en primer lugar, no se incluyó esta partida en la contestación a la demanda, y por otro lado, no se ha acreditado que ese pago se verificara con dinero privativo.

3. *No procede incluir en el pasivo de la sociedad el importe de las obras realizadas por el esposo después de disuelta la sociedad de gananciales al no haberse acreditado que fuesen necesarias para su conservación y que la esposa notificó de forma fehaciente su oposición a las mismas.*

AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 4 de diciembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España.

Reconocido por el actor, hoy apelado, que tales obras fueron realizadas después de la separación matrimonial, es claro que tales gastos no pueden imputarse a la sociedad de gananciales ya disuelta al momento de tales obras por lo que no puede decirse, como requiere el artículo 1398.3.º, que las mismas fueran a cargo de la sociedad. Disuelta la sociedad de gananciales en virtud de la sentencia de separación recaída entre las partes (arts. 95 y 1392.3.º del Código Civil), los bienes integrantes del caudal conyugal quedan sometidos, en tanto se practica la liquidación y adjudicación de bienes a los cónyuges, al régimen de la comunidad de bienes (arts. 392 y siguientes del Código Civil) y a sus preceptos rectores habría de acudir la recurrente para ejercitar frente al comunero los derechos de que se crea asistida, acciones que en el presente caso no han sido actuadas; aunque esta Sala estima inaplicables los preceptos relativos a la sociedad de gananciales en relación con esas cantidades que se reclaman en concepto de cargas de la sociedad, no puede estimarse el motivo por la razón dicha de no constituir esos desembolsos cargas de la sociedad de gananciales, inexistente o disuelta, se repite, al tiempo de realizarse las obras; máxime cuando, además, la esposa ya le notificó de forma fehaciente al esposo su oposición a tales obras, y, sobre todo, las mismas no se ha acreditado se realizasen en su totalidad. En efecto, al haberse dictado sentencia de separación ya no puede hablarse de sociedad de gananciales, al haber quedado la misma disuelta en la propia sentencia de separación, por lo que regirán las normas sobre la comunidad de bienes, con arreglo a la cual los comuneros deben contribuir con arreglo a sus cuotas a los gastos de conservación de la cosa común, pero para ello habrá que acreditar que se han realizado las obras de conservación y que las mismas eran necesarias. En el caso de autos ni se ha acreditado que las obras que se dice se han hecho eran necesarias para la conservación, ni tampoco, en algunos casos, que realmente se hayan hecho, y así en modo alguno puede admitirse la factura aportada como documento n.º 7 al folio 16 de los autos al no especificarse en la misma ni un solo dato de las obras que se dice se han hecho, y respecto de las obrantes a los folios 17, 18 19 y 20, tampoco se ha acreditado su necesidad, por lo que el importe de las mismas, reclamado por el actor como deuda a favor del mismo por la suma de 2.051.957, debe excluirse de la valoración, debiéndose determinar en ejecución de sentencia la liquidación de la sociedad de gananciales con arreglo a lo dispuesto en la sentencia de instancia y a lo acordado en la presente resolución, sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

XI. FILIACIÓN

1. *En los supuestos intermedios, donde la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial, y por tanto, habiéndose negado injustificadamente a su práctica el demandado, procede declarar la paternidad.*

AP ALICANTE, Sec. 7.ª, Sentencia de 11 de septiembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Valero Díez.

Como primer motivo de recurso se alega infracción legal cometida en el fundamento jurídico tercero donde el juzgador realiza la valoración de la prueba practicada excluyendo la testifical de D.ª Laura, al considerarla inhábil por disposición legal en su calidad de hija de la actora. El motivo debe ser estimado, ya que en el caso debatido entra en juego el último párrafo del artículo 1247 del CC a cuyo tenor "Lo dispuesto en los números 2.º, 3.º y 4.º no es aplicable a los pleitos en que se trate de probar el nacimiento o defunción de los hijos o cualquier hecho íntimo de familia que no sea posible justificar por otros medios", pues como dice la STS de 29 de marzo de 2000, en un supuesto como el que nos ocupa de ejercicio de la acción de reclamación de filiación, "en temas familiares y de estado civil no debe interpretarse con tal rigidez el tema de la amistad íntima o el parentesco, pues solo familiares o amigos íntimos conocen determinadas intimidades y pueden deponer con conocimiento sobre ellas".

El segundo motivo de recurso denuncia error en la valoración de la prueba. Considera la recurrente que de la prueba practicada en relación con la actitud obstruccionista del demandado en orden a la práctica de la prueba biológica cabe concluir racionalmente la realidad de la paternidad del demandado respecto del menor consecuencia de sus relaciones íntimas con la actora.

Antes de dar específica contestación a este motivo de impugnación, es conveniente traer a colación la doctrina legal que sobre el particular viene sentando nuestro Tribunal Supremo. En un primer momento la sentencia de 30 de abril de 1992 consideró que la negativa del demandado a prestarse a la práctica de la prueba biológica "ha de estar acompañada en forma incontrovertible de otras pruebas absolutamente definidas, que conduzcan directamente al juzgador al convencimiento de la paternidad, como puede ser cierta posesión de estado, relación epistolar que acredite ciertos sentimientos de la relación afectiva, información testifical y de documentos gráficos directos, personales y no ambiguos en su constatación de las relaciones extramatrimoniales existentes; en fin, un bagaje definido, inequívoco, no susceptible de meras conjeturas", como pueden ser el testimonio por referencias de la propia demandante (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio, 29 de julio y 26 de noviembre de 1990, 2 de enero, 2 de febrero, 25 de abril, 14 de mayo, 28 de junio y 11 de

julio de 1991) o de las fotografías acompañadas a la demanda, irrelevantes en sí mismas consideradas. Y concluye la sentencia de 30 de abril de 1992 diciendo que dada la inocuidad de esas pruebas generales, es por lo que no puede prestar soporte probatorio bastante para la fundada y definitiva determinación de la paternidad del demandado.

Sin embargo, como pone de manifiesto la STS de 26 de septiembre de 2000 "los criterios establecidos por la citada sentencia de 30 de abril de 1992 (y otras en dicha línea), no prevalecieron ante el Tribunal Constitucional, que por sentencia 7/1994, de 17 de enero (publicada en el Boletín Oficial del Estado de 17 de febrero de 1994), estimó el recurso de amparo formulado frente a la primera. Precisamente la rotundidad de los conceptos empleados por la sentencia del Tribunal Supremo sobre el carácter "incontrovertible" de las pruebas "absolutamente definidas" que tenían que acompañar a la negativa a someterse a las pruebas sanguíneas, sirvió de apoyo al Tribunal Constitucional para explicitar que estas pruebas —como indicaba otra línea jurisprudencial del Tribunal Supremo— no podían ser suficientes, por sí mismas, por lo que se destacaba su naturaleza de "indicios", y por ello que no podían ser inequívocas. "Es evidente —dice la meritada sentencia del Tribunal Constitucional— que "en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad, la prueba biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Justamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 de la Constitución Española, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación."

En el mismo sentido se orienta la STS de 29 de marzo de 2000, cuando dice "que si bien no permite tan sólo por tal negativa deducir la presunción de paternidad, ni es base suficiente para suponer una *ficta confessio,* precisando una valoración del resto del material probatorio, sí presenta el valor de un indicio, precisando la complementación con otras pruebas —ver sentencias de 27 de junio de 1987, 11 y 18 de marzo, 12 de abril, 21 de mayo, 3 de junio, 14 de julio, 23 de septiembre, 3 y 5 de diciembre de 1988, 15 de marzo, 24 de mayo, 20 de julio, 10 y 30 de noviembre de 1989, 18 y 28 de mayo, 20 de julio, 23 de octubre y 26 de noviembre de 1990, 6 de febrero, 25 de abril, 14 y 20 de mayo, 6 y 26 de junio y 3 de diciembre de 1991, 25 y 30 de enero, 18 de febrero, 17 de marzo, 30 de abril, 18 de mayo y 5 de octubre de 1992, 26 y 27 de enero, 4 y 24 de febrero, 29 de marzo, 15 de junio, 30 de octubre y 28 de diciembre de 1993, 1 de marzo, 28 de abril, 27 de mayo, 16 de junio, 21 de octubre, 16 y 20 de diciembre de 1994, 6 y 7 de marzo, 8 de mayo, 28 de julio, 7 de octubre y 20 de diciembre de 1994, 6 y 7 de marzo, 8 de mayo, 28 de julio, 7 de octubre y 28 de noviembre de 1995, 22 de marzo, 14 y 24 de junio, 1, 2, 4, 18 y 26 de julio, 3 de septiembre, 17, 25 y 28 de octubre de 1996, 4 y 28 febrero, 19 de marzo, 19 de mayo, 14 junio, 3 y 19 de noviembre, 12 y 29 de diciembre de 1997, 13 de marzo, 26 de septiembre, 3 de octubre, 4 y 28 de diciembre de 1998, etc.—. Más recientemente, se ha

destacado que la negativa a someterse a pruebas biológicas de investigación de la paternidad, aunque no puede atribuírsele valor de *ficta confessio,* sí equivale a un valioso indicio que, conjugado con otros medios de prueba, permite declarar la filiación —sentencia de 11 de mayo de 1999, con cita y referencia a las precedentes de 11 de marzo de 1988 y 17 de noviembre de 1989—.

Por último, la sentencia de 16 de enero de 1999, ha puesto de relieve la diferencia entre los procedimientos civiles de filiación y el resto de los procesos, afirmando que en aquellos pierde relevancia el principio de aportación de parte y hasta el principio dispositivo.

Asimismo sobre la obligación de someterse a tales pruebas biológicas cuando han sido ordenadas dentro del proceso razonadamente por la autoridad judicial, ha sido también mantenida por el Tribunal Constitucional, por prevalecer el interés social y público que subyace en las declaraciones de paternidad, no infringiéndose por ello, ni el derecho a la integridad física, ni el derecho a la intimidad —sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1999, con referencia a las anteriores de 17 de enero y 18 de mayo de 1994 y 8 de marzo de 1995—. En idéntico sentido se ha interpretado la existencia de indicios significativos cuando ello se suma a la negativa injustificada del demandado de someterse a la prueba biológica, negativa que aunque no se equipara a la *ficta confessio,* constituye un dato de inestimable valor que si se acompaña de indicios hace prosperar la acción, salvo casos excepcionales. Por último, se trata de un valioso indicio que junto a los datos demostrativos de otra índole, obrantes en las actuaciones, llevan a la convicción de la paternidad del recurrente —sentencia de 11 de octubre de 1999, con referencia a las de 14 de julio de 1996 y 3 de noviembre de 1997— por lo que tal negativa ha de ponerse en relación con las demás pruebas obrantes en el proceso —sentencia de 11 de diciembre de 1999—".

También la STS de 22 de mayo de 2000, afirma que "La doctrina constitucional ha sido seguida por esta Sala, en el sentido antes expuesto, que se reitera recientemente en las sentencias de 26 de julio de 1999 y 29 de marzo de 2000 y que, tal como dice la primera, parte de la sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero, que dice, en su fundamento 6.º 'Es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probado por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 de la CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación'. Doctrina que ha sido reiterada por la sentencia 95/1999, de 31 de mayo, que, tal como dice la segunda: aunque se ha negado que la actitud obstruccionista de la recurrente impidiendo la práctica de tales pruebas biológicas suponga una *ficta confessio* —auto 276/1996, de 2 de octubre, en recurso de amparo 4493/1995— se trata de un medio probatorio esencial y fiable para la determinación del hecho de la generación discutida en el pleito; su negativa junto con el resto de los fundamentos fácticos acredi-

tados puede permitir llegar a la conclusión de la determinación de la filiación —sentencia 95/1999, de 31 de mayo—".

Finalmente, como también afirma la precitada STS de 26 de septiembre de 2000 "si por algo se caracterizan las sentencias más recientes es por aumentar cada vez más el valor probatorio de esa conducta del demandado".

Doctrina de la que se ha hecho eco la actual LEC, que en su artículo 767 nos dice que "4. La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios".

Aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa la resolución de la controversia pasa, en primer lugar, por determinar si la prueba practicada ha demostrado la paternidad reclamada y de no ser así si al menos ha sido suficiente para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, ni huérfana de verosimilitud.

A estos efectos consideramos como hechos probados los siguientes: 1.º) Que existe entre las partes un mutuo conocimiento, como se desprende de la absolución del demandado a la posición 3.ª, folio 50; 2.º) Que el demandado frecuentaba el bar regentado por la actora, absolución a la posición 17.ª; 3.º) Que existían relaciones amistosas entre ellos, contestación del testigo don Manuel, a la pregunta cuarta, propalándose rumores sobre una relación íntima entre ambos, contestación de dicho testigo a la repregunta 4.ª, folio 94; 4.º) Que el demandado al cambiar de domicilio la actora interesó del citado testigo que le llevase a la nueva dirección, contestación a la pregunta quinta; 5.º) Que el demandado visitaba a la actora en su domicilio en muchas ocasiones, llegando a quedarse a solas con ella en alguna de estas, contestación de la testigo D.ª Laura, a la repregunta quinta, folio 90, visitas cuya realidad corrobora el testigo don Joaquín, al contestar a la pregunta segunda, folio 43; 6.º) Que la demandante manifestó a la citada testigo que mantenía relaciones íntimas con el demandado, contestación a la repregunta quinta; 7.º) Que el demandado preguntó en varias ocasiones a don Joaquín, por la actora, por sus hijos y especialmente por el hijo pequeño llamado Eduardo, contestación a la pregunta tercera; 8.º) Que el demandado ha ofrecido, en presencia de este testigo, ayuda económica a la demandante y a su familia en varias ocasiones, contestación a la pregunta cuarta; 9.º) Que la demandante solicitó ayuda del demandado para que hablase con sus hijos y éstos facilitasen trabajo a la misma y a su familia, contenido de la repregunta tercera B), folio 89; 10.º) Que la demandante tiene conocimiento de datos privados del demandado relativos a propiedades de este, incluida una que está a nombre de la esposa, posiciones doce y trece y su absolución por el demandado; 11.º) Eduardo no es hijo del compañero sentimental de la actora a la vista de las diferencias existentes en el grupo sanguíneo y Rh folio 11, y 12) El demandado ha mantenido una conducta obstruccionista a la práctica de la prueba biológica de paternidad, que finalmente, por su falta de colaboración, no pudo practicarse.

Ciertamente estas conclusiones se obtienen principalmente con base en la declaración de testigos íntimamente relacionados con la familia, pero si observamos las declaraciones emitidas por la hija de la actora, especialmente las contestaciones a las repreguntas, podemos observar un alto grado de imparcialidad que lleva al convencimiento de esta Sala, sobre la veracidad de sus afirmaciones. Lo mismo cabe decir del testigo que fue compañero sentimental de la anterior. Respecto del tercer testigo, no se aprecian datos que permitan dudar de los hechos básicos de su declaración: que conocía a ambos litigantes, que se advertía cierta relación entre ellos y que facilitó su nuevo encuentro.

Ahora bien, estos medios de prueba que estimamos son suficientes para mostrar que la demandada de paternidad no es frívola ni

abusiva, por el contrario son insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad, pues no constituyen prueba directa de la paternidad pretendida, sin que tampoco resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la posesión de estado, de la convivencia permanente con la madre en la época de la concepción, o de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo, art. 135 del CC. Pero como decimos, la prueba indirecta practicada, teniendo en cuenta además la clandestinidad propia de la situación familiar de ambos litigantes, sí es suficiente para establecer indicios razonables de la existencia de una relación íntima entre ambos litigantes en las fechas de la concepción.

A tenor de lo expuesto, es obvio que nos encontramos precisamente en uno de aquellos supuestos dudosos, donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios, ya que los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. Resultando que el demandado ha mantenido una actitud de total falta de colaboración en orden a la práctica de tal prueba como se desprende de los siguientes hechos: 1.º) La demandante propuso en tiempo y forma la prueba pericial biológica, folio 37; 2.º) La pericial fue admitida por auto de fecha 30 de julio de 1999, quedando citado el demandado a través de su representación procesal, con señalamiento de día y hora a tal efecto, folio 72; 3.º) Por diligencia de fecha 22 de septiembre de 1999 se hace constar que el demandado no compareció pese a estar citado en forma para la extracción de la muestra de sangre, folio 78; 4.º) La actora recurrente propuso nuevamente la pericial al amparo del artículo 862.2 de la LEC, a lo que se opuso la contraparte en su escrito de fecha 19 de junio de 2000, la prueba se acordó por providencia de 22 de junio; 5.º) Requerido el demandado para la práctica de la pericial, manifestó que accedía a la misma, siendo citado para el día 6 de marzo de 2000, en su domicilio en la persona de su esposa, no compareciendo el día señalado; 6.º) Por providencia de 14 de julio de 2001, la Sala, acordó para mejor proveer citar al demandado a través de su representación procesal para que el siguiente día 25 junio, a las 10 h, compareciese en la Secretaría, para ser personalmente informado de los pormenores de la prueba pericial acordada para mejor proveer, citación producida al amparo de los artículos 6 y 271.2 de la anterior LEC, y 7.º) Por diligencia de fecha 25 de julio de 2001, por el Sr. Secretario, se hizo constar que el día señalado no compareció el demandado, sin que se hayan alegado motivos para tal incumplimiento.

En definitiva, de tal *iter* se desprende la existencia de una voluntad claramente obstruccionista a la práctica de la prueba pericial biológica, incomprensible en quien prácticamente niega toda relación con la actora y sabe que una simple mínima extracción de sangre puede descartar la pretendida paternidad. Es por ello, que esta Sala, aplicando la doctrina antes expuesta sobre la consecuencia que para la declaración de paternidad conlleva la existencia de indicios de la paternidad, junto con la voluntad rebelde sin causa justificada a colaborar con la justicia en la práctica de la prueba biológica, considera, en beneficio del menor, suficientemente demostrada la paternidad solicitada, la que producirá todos los efectos personales y patrimoniales que determina la Ley, estimándose con ello el recurso interpuesto.

2. *Los alegados perjuicios que el reconocimiento de la paternidad no matrimonial pueden causar a la menor que se encuentra inscrita en el Registro Civil con la filiación paterna del marido de la madre no son obstáculo para dictar la sentencia declarando dicha filiación, pues si bien inicialmente puede resultar inevitablemente traumático, a la larga se va a consolidar su verdadera filiación.*

AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Puebla Povedano.

Se ejercita en el presente pleito una acción de reclamación de filiación extramatrimonial a la que, como lógico corolario, se acumulan la de impugnación de filiación contradictoria y rectificación del registro civil. Para su resolución se hace inevitable partir de unos presupuestos de hecho que, en función de la prueba practicada y de las alegaciones que obran en autos son los siguientes:

El actor, casado y sin hijos, afirma en su demanda que en la década comprendida entre 1988 y 1998 ha estado manteniendo relaciones sexuales con la codemandada D.ª María Dolores también casada y madre de una hija fruto de su matrimonio con D. Pedro.

Como consecuencia de esas relaciones extramatrimoniales el día 12 de agosto de 1993 nació una niña que fue inscrita en el Registro Civil con el nombre y apellidos de Encarnación como hija de la aludida demandada y de su esposo, cuya niña está siendo criada y ha crecido integrada en el hogar familiar de quienes formalmente aparecen como sus progenitores, gozando por tanto del *status* de hija de los mismos a todos los efectos.

Consta también acreditado que ambos matrimonios que vivían en casas contiguas han mantenido unas excelentes relaciones de amistad hasta que se produjo la ruptura de las mismas por razones que no han quedado plenamente justificadas y que incluso han dado lugar a diversos procedimientos penales (juicios de faltas) aunque parece ser que casi todos ellos tienen como denominador común el persistente deseo del actor de relacionarse y convivir de alguna manera con la menor a quien desde su nacimiento ha considerado su verdadera hija hasta el punto de otorgar testamento cerrado en el que afirma haber a la referida niña como heredera universal de todos sus bienes.

Se ignora el momento de dicha ruptura aunque de la cronología de los distintos juicios de faltas parece ser que puede datar de mediados de 1998, habiéndose planteado la demanda origen de estos autos el 14 de octubre de dicho año. Queda en la incógnita cómo se desenvolvieron las relaciones precedentes entre el demandante y su pretendida hija aunque es indudable que debieron desarrollarse en el marco de la buena armonía existente entre ambas familias, lo que tal vez pueda también explicar —que no justificar— la demora de dicho actor en formular la demanda de reclamación de la paternidad cuando lo lógico hubiera sido iniciar el proceso precisamente a raíz del nacimiento de la niña.

Con estos precedentes muy sintéticamente expuestos se inicia el proceso que en la

primera instancia termina con sentencia por la que el juzgador estima la excepción de falta de legitimación activa y consiguiente absolución de la demanda sin estudiar el fondo del asunto, esto es, la acción de reclamación que se formula en la demanda.

Procede, por tanto examinar en primer lugar la legitimación activa para este tipo de acciones. A tal efecto, la normativa, en principio, se ofrece con cierta claridad pues el art. 133 del CC, establece que la acción de reclamación de filiación no matrimonial, cuando falte la respectiva posesión de estado, corresponde al hijo durante toda su vida, con lo que se erige a tal concepto tradicional de posesión de estado como el eje fundamental del ejercicio de la acción de reclamación denegándose el acceso a la misma a aquellos que no tengan la posesión de estado. Este concepto viene a ser un modo de reconocer al hijo a través de una conducta que ha de ser inequívoca, constante y recíproca entre quien trata a alguien públicamente como un hijo, y a su vez es tratado como tal progenitor, de manera que todo ello lleve al ánimo del juez que estamos ante un comportamiento consciente, revelador de un vínculo paterno-filial. Se ha dicho al efecto que si la jurisprudencia valora en sus justos términos una conducta, el derecho que es regla de conducta, no puede quedar a la zaga.

De ahí la importancia que tiene esa posesión de estado en las acciones de filiación, como pone de relieve la S. 8 de julio de 1991, que reconoce que en el nuevo régimen de filiación esa posesión de estado tiene una importancia capital en la medida que es un título de atribución o determinación de la filiación y tal vez venga ello a determinar la diferencia que en orden a la legitimación activa entre los arts. 131 que habla "de cualquier persona" y el 133 que confiere tal legitimación sólo a hijo cuando falte esa posesión. Es decir, se produce, por mor de ese contraste, lo que se ha llamado una excesiva y nociva dependencia que viene arrastrando la legitimación procesal respecto al tema de la posesión de estado, lo que, como se verá, ha llevado finalmente a la jurisprudencia a rebajar el nivel de exigibilidad.

En el presente supuesto la parte actora se ha esforzado en acreditar que tal posesión de estado existe en el reclamante pero sus argumentos son inconsistentes. Lo que ocurre en el caso presente, sin embargo, es que el mismo contempla una situación que podíamos catalogar de excepcional, pues lo normal es que la acción de reclamación la ejercite, o bien la madre en representación del hijo menor, o bien el hijo cuando haya alcanzado la mayoría de edad. El que la interponga el padre ha sido calificado como de insólito por la S. 3 de junio de 1988. Pero es que en el caso presente concurren mayores singularidades todavía, si tenemos en cuenta que la niña nació constante el matrimonio de su madre con otro hombre que aceptó su paternidad, por cuya razón parece lógico entender que la aludida niña se criase y educase en el seno de esa familia de la que el actor era simplemente un buen amigo.

Por ello los actos que integran la posesión de estado en su sentido técnico los ejercitaba la familia de la madre por lo que parece evidente que el actor nunca pudo ejercer como tal padre ni pudo darse esa reciprocidad que caracteriza la posesión de estado según hemos visto. Cosa distinta es que el demandante extremase sus atenciones con la menor, que le hiciese regalos y le buscase colegio. Pero ello sólo revela una actitud unilateral tal vez propia de quien se considera el padre de Encarnación, pero nunca una posesión de estado en el sentido que hemos examinado puesto que las circunstancias concurrentes le impedían presentarse ante la sociedad como titular de un verdadero *status* con los clásicos elementos de *nomen tractatus* y *famam*. Las aludidas atenciones y desvelos del actor bien pudieron entenderse socialmente como una actitud propia de un buen amigo de la familia. Ahora bien, el que carezca de la posesión de estado no impide ni le priva al actor a juicio de este Tribunal de reclamar un derecho al que se cree

asistido y que arranca del art. 39.2 de la CE que ya desde la S. 15 de mayo de 1983 fue considerado como de aplicación directa. Y nos desenvolvemos todavía en el campo de la legitimación, es decir, de la posibilidad de ejercitar un derecho con independencia de que tal ejercicio sea o no viable.

Al tal efecto, y para justificar la legitimación activa del padre el TS ha sentado una doctrina general a través de lo que llaman el reajuste interpretativo de los arts. 131, 133 y 134 de CC. Y así la S. 24 de junio de 1996 establece que "haciendo una interpretación sistemática y tomando especialmente en consideración el contenido del art. 134, sin perjuicio de otras normas y de los preceptos constitucionales atinentes se extiende al progenitor aún en casos que no haya posesión de estado el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial", contraponiendo la interpretación literalista del precepto con otra más amplia y flexible en base a que si está legitimado el padre para impugnar en todo caso la filiación contradictoria, también esta impugnación condicionará la habilitación para que se pueda ejercitar la acción de reclamación y, por supuesto, cabe admitir la prevalencia de este art. 134 sobre el sentido estricto del 133 (S. 19 de enero de 1990, 28 de mayo de 1997, 30 de marzo de 1998, 19 de mayo de 1998).

Esta doctrina se encuentra, por tanto, plenamente aceptada siendo sus últimos exponentes las SS. 20 de junio y 2 de octubre de 2000. Esta última resolución confirma que no estamos ante la contemplación de supuestos aislados que hayan merecido estas conclusiones en base a sus singulares características, sino ante una doctrina de general aplicación, citando en su apoyo las SS. 28 de noviembre de 1995 y 30 de mayo de 1998, dictadas para casos muy similares al que ahora nos ocupa de demandas dirigidas contra el matrimonio y oposición conjunta de los mismos. Y ya con anterioridad, la S. 23 de febrero de 1990 afirmaba que "la legitimación del padre no matrimonial ha sido ya consagrada por la doctrina de esta Sala".

Valgan estas razones para desvirtuar los argumentos de la sentencia apelada en su FJ 5.º —extraídos en su literalidad de la S. 28 de mayo de 1997— en orden a que en la aplicación de la doctrina expuesta, el TS tuvo en cuenta determinadas y estrictas situaciones sin pretensiones de generalidad.

Partiendo, por tanto de la legitimación activa que tiene el recurrente, hay que analizar ahora otros aspectos determinantes de su pretensión y que ya afectan al fondo del asunto y uno de ellos es la eficacia de la prueba practicada para constatar la paternidad que se declara. A tal efecto y para dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 127 del CC, se aportó el resultado de un análisis hematológico. Técnicamente no puede afirmarse que estemos ante una prueba plenamente dicha sino ante un principio de prueba cuya finalidad era dar cumplimiento a una exigencia tanto del CC, como de la vigente LEC y pensada para evitar reclamaciones arbitrarias y totalmente infundadas. Por ello, y partiendo de la aparente inestabilidad de dicho principio de prueba, en fase probatoria y a instancia del actor se intentó realizar una nueva prueba ya de forma contradictoria pero los demandados se negaron a que se llevara a efecto, ni siquiera cuando el juzgador de instancia la volvió a acordar como diligencia para mejor proveer, por lo que este Tribunal no consideró oportuno insistir en la misma materia cuando la prueba fue propuesta por tercera vez en la segunda instancia.

Ciertamente son humanamente explicables los argumentos de los demandados (folio 375, vol. 2.º) que basan su negativa a acudir a la clínica donde debería producirse la extracción de sangre en razones éticas y familiares, pero la realidad es que tal prueba no se ha practicado porque los demandados no han querido, lo cual tiene una trascendencia jurídica que luego examinaremos. Por ahora baste recordar la doctrina del TC que viene a reiterar que la extracción de sangre a los efectos que nos ocupan no vulnera el derecho a la intimidad (por todas, la S. 31

de mayo de 1999). Ha de tenerse en cuenta, además, otra circunstancia fáctica que concurre en el supuesto de autos y es que la demandada consintió en su día en someterse a dicha prueba.

Es verdad que en el curso del presente pleito y con particular vehemencia en el acto de la vista, la demandada ha negado que se practicase con ella la aludida prueba, lo cual es lógica consecuencia de la postura procesal que mantiene. También es cierto que, según quedó acreditado en dicho acto de la vista, los facultativos del departamento de Fisiología e Inmunología de la Facultad de Medicina de Córdoba no exigieron la identificación de las personas a quienes extrajeron la sangre. Pero la realidad es que tal prueba o principio de prueba merece credibilidad a este Tribunal, pues carece de sentido y no es aceptable en un orden racional de la valoración de conductas humanas que el actor interesase la práctica de tal prueba presentando para ello personas distintas de las afectadas, entre otras razones porque él mismo estaba interesado en obtener dicha prueba a los fines de su propio interés. En cualquier caso si efectivamente los demandados consideran que hubo dolo engañoso o falsedad dispusieron y disponen a su favor de las acciones civiles y penales de que se crean asistidos.

En consecuencia a los efectos de este litigio hemos de entender que la tan repetida prueba se practicó con anuencia de la madre, lo cual tiene su trascendencia jurídica y no ya la derivada de la teoría de los actos propios sino la de servir de complemento valorativo de su negativa a repetir la extracción de sangre. Y ello es importante porque el resultado es contundente ya que tras exponer los datos técnicos manejados se nos indica que "según los resultados arriba indicados y considerando la frecuencia con que se presentan estos antígenos y genes de manera habitual en nuestro ambiente (6.7 por cada 10.000 individuos varones en edad de procrear) la menor es hija biológica de D. Pedro con una certeza superior al 99,93%".

Partiendo de ello, hemos de analizar ahora el valor y significado que tiene la aludida negativa a la práctica de la prueba en la fase procesal. El art. 761.4 de la vigente LEC viene a resumir al efecto la consolidada doctrina jurisprudencial en la materia al decir «la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada siempre que existan otros indicios de paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios». Resulta, por ello ocioso e innecesario relacionar al detalle las sentencias que avalan este criterio ya unánime. Como más reciente, cabría citar la ya mencionada S. 20 de junio de 2000 que afirma que la doctrina jurisprudencial reiterada (SS. 11 de marzo de 1988, 24 de octubre de 1996, 11 de mayo de 1999, entre otras muy numerosas) no equipara la negativa a la prueba científica de referencia a la *ficta confessio* pero tal conducta opositora no resulta por completo irrelevante y se convierte en un intenso indicio cuando sucede, como en el caso que nos ocupa, que la negativa careció de justificación susceptible de ser apreciada y obedeció más bien a una actitud decidida de evitar por todos los medios que se llevase a cabo su práctica. Hasta aquí la doctrina jurisprudencial a la que habría que añadir que parece lógico concluir que la demandada hubiera debido someterse a la prueba para ratificar así esa contumaz negativa de la paternidad reclamada, o, en otras palabras, si se sostiene que el actor no es el padre de la niña nada más fácil que constatarlo a través de pruebas cuya alta fiabilidad es evidente.

De todo ello se desprende, como dice la recientísima S. 30 de noviembre de 2001, que someterse a la prueba biológica no es un deber pero sí una carga, o sea, que el demandado puede practicar la prueba y demostrar así que no es el padre pero si se niega a practicarla no puede descargar sobre la otra parte las consecuencias de su negativa.

En conclusión hemos de considerar injustificada la tan repetida negativa y aceptar

la declaración de paternidad pues esta negativa aparte de suponer un fuerte indicio o elemento de convicción viene ratificado por el principio de prueba de que se dispone por el alcance y significado que acabamos de señalar.

En el intenso debate a que el presente pleito ha sido sometido aparece un tercer aspecto que afecta a lo que podríamos llamar estabilidad familiar y más concretamente a los intereses de la menor. El tema lo podríamos enunciar preguntándonos si sería razonable una sentencia que no reconociera la paternidad por no lesionar los derechos de los hijos de modo que amparándose en la protección social, económica y jurídica que los poderes públicos deben asegurar a la familia, y a la protección integral de los hijos, denegase dicha paternidad incluso después de constatada biológicamente.

Efectivamente en lo que se ha dado en llamar nueva filiación —la implantada por la L. 13 de mayo de 1991— rigen una serie de principios como son los de igualdad, el de la verdad biológica y el de la estabilidad familiar, siendo en este último aspecto donde el demandado con elocuente literatura pone el énfasis en su invocación de falta de legitimación activa.

Con este principio se trata de proteger no sólo al progenitor biológico, a su cónyuge y a sus hijos, sino también al propio hijo frente a turbadores y perniciosos cambios de familia incluso de dar igualmente protección a los que están haciendo de padres de ese hijo aunque biológicamente no lo sean. Ello podría dar lugar a una confrontación entre el principio de protección al menor y el de verdad biológica y puede determinar que este último no sea del todo un valor absoluto sino que esté limitado por la verdad efectiva, cuales son la posesión de estado y el interés del hijo. Desde luego este sugestivo y espinoso tema tiene mucho de circunstancial y obliga a examinar caso por caso qué es lo que más conviene a los intereses del menor aunque en realidad la solución que se adopte no tiene por qué ser definitiva, puesto que dicho menor tiene a su disposición las acciones de reclamación (art. 133) y de impugnación (art. 137), que puede ejercitar a la mayoría de edad como dice la ya citada S. 23 de mayo de 1997. Por otro lado también se hace precisa una delicada labor de deslinde entre lo que son los estrictos intereses del menor y los de la familia donde se encuentra encuadrado en el que es frecuente apreciar un cierto sano egoísmo de no separarse de la menor (lo que no es el caso que nos ocupa) o de no reconocer una filiación constatada por obvias razones de intimidad o de índole social o tal vez por no querer que afloren al exterior o se constaten formalmente determinadas actitudes que pertenecen al pasado. No obstante ello es claro que la investigación de la paternidad, de marcado interés público, no tiene un fin injurioso o difamante aunque pueda llevar consigo un cierto trastorno en la intimidad familiar o personal.

Quiere decir todo ello que en la gran mayoría de las ocasiones pueden no coincidir los intereses del menor y la situación en que se desenvuelve su propia vida, y es claro que debe primar en estos casos el interés del menor, lo cual no siempre es fácil de determinar pero que a la larga incidirá en el criterio judicial que operará sobre pruebas practicadas sobre las aludidas circunstancias del caso y sobre la valoración social o mejor sociológica de la situación pues como dice la S. 28 de mayo de 1997, no es verdad absoluta entender que el bien del menor esté en la obtención de una declaración de paternidad o de maternidad.

Pero esta afirmación sólo justificable por la contemplación de las circunstancias específicas del caso, supone genéricamente una disociación entre la verdad biológica inspiradora de la nueva normativa y lo que podíamos llamar realidad social. Ya se ha dicho que la constatación en firme de la filiación puede redundar en beneficio del menor entre otras razones por la estabilidad que supone. Tal vez por ello otra sentencia más reciente contempla el tema desde otro punto de vista, y así la ya repetida S. 20 de junio de 2000 afirma que "la verdad biológica no puede dejarse de lado y conforma la efectiva

verdad material; y a su vez ha de tenerse en cuenta el derecho natural y por ello el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre y se presenta como encuadrable en la tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgársele por integrarse en la moral jurídica y en la normativa constitucional. La ocultación de tal situación resulta casi siempre perjudicial por el daño que puede ocasionar al menor al imponerle una vida de encubrimiento y mentiras que a la larga suele cobrar su tributo siempre negativo y sin perjuicio de que, como dice la S. 18 de diciembre de 1999, el hijo menor pueda impugnar la paternidad declarada cuando alcance la mayoría de edad. En el caso de autos para nada se demostró que la paternidad que se insta pueda ocasionar perjuicio alguno a la menor, siendo lo normal que el reconocimiento de la filiación beneficie a la misma".

A juicio de este Tribunal, la doctrina expuesta es de íntegra aplicación al caso que nos ocupa, precisamente en función de las circunstancias aludidas, porque de momento no se va a romper el status familiar de que goza la menor ya que continuará conviviendo con su madre y con su hermana en el mismo ámbito familiar que hasta ahora tenía, sin perjuicio de que armónicamente se establezca un régimen de visitas para el padre. El hecho de que la aludida menor conozca ya de forma definitiva a su verdadero padre, si es que aún no lo sabe, no puede entenderse como definitivamente perjudicial, pues si bien de momento puede resultar inevitablemente traumático, a la larga se va a consolidar su verdadera filiación pues es obvio que de persistir esta situación de encubrimiento llegará un momento en que añore dicha verdad biológica y las consecuencias podrían ser peores.

XII. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *Procede declarar a los padres incursos en causa de privación de la patria potestad cuando acreditada la omisión de los deberes de asistencia moral y material respecto a su hijo menor, no muestran una actitud positiva y efectiva de superación.*

AP ÁLAVA, Sec. 1.ª, Sentencia de 31 de octubre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Íñigo Madariaga Azcoitia.

El Consejo del Menor del Instituto Foral de Bienestar Social de la Diputación Foral de Álava promovió expediente judicial de adopción del menor, previo informe de idoneidad del matrimonio adoptante. Los antecedentes relativos al menor pueden concretarse en los siguientes:

a) El menor nació el 28 de agosto de 1998 ingresando el 3 de septiembre de 1999

en el Centro de Acogida en virtud de la tutela automática asumida por la Entidad Pública, previa la declaración de situación de desamparo acordada sobre la base de la falta de autonomía personal y limitaciones cognitivas (minusvalía del 43%) de la madre, que determinan la imposibilidad de cuidarse adecuadamente a sí misma, siendo igualmente inadecuado el contexto familiar, con falta de vivienda y recursos económicos propios, habiendo abandonado el alojamiento del programa de asistencia al que estaba acogida y no manteniendo relación de pareja con el padre del menor, anteponiendo su autonomía personal al hecho de tener que formar una familia.

b) Tanto el padre como la madre del menor proceden de familias desestructuradas que no han podido atender sus necesidades, ni tienen en la actualidad capacidad para apoyarles en la atención del menor. Ambos han sido tutelados en época anterior por el Consejo del Menor.

c) Las relaciones del padre y la madre con el menor se reducen a las visitas, que en el caso del padre se traduce en el 70% de las programadas. La madre mantiene en las visitas una interacción básicamente afectiva, mientras el padre no interactúa con el menor no manifestando ningún signo de afecto hacia el mismo.

d) En la actualidad el menor se encuentra en acogimiento preadoptivo.

Incoado el expediente de adopción se citó a los progenitores del menor a efectos de ser oídos, compareciendo la madre el 21 de abril de 1999 y manifestando que "no quiere desvincularse absolutamente de su hijo. Que solicita que se le nombre abogado de oficio". El padre compareció el 25 de junio de 1999, manifestando que quería consultarlo con un abogado y recibir asesoramiento legal. En razón de ello, entendiendo que se oponía la necesidad del asentimiento de los progenitores, se suscitó el incidente del art. 1827 LEC de 1881, hoy derogado, promoviendo demanda de juicio verbal el Ministerio Fiscal y el Consejo del Menor contra los progenitores, en petición de que se declare que los demandados están incursos en causa de privación de la patria potestad y por tanto en el expediente de adopción sólo deben ser oídos. En dicho juicio verbal se citó a las partes, compareciendo al juicio sólo la representación del Consejo del Menor, quien ratificó su demanda. Con ello se dictó sentencia el 20 de febrero de 2001, desestimatoria de la demanda, fundada en el hecho de que la desatención de los padres hacia el menor no es dolosa, sino debida a que no se ha potenciado ni se ha fomentado el debido incremento relacional de los padres con el menor.

Interpuesto recurso de apelación por el Ministerio fiscal y el Consejo del Menor, se procuró lo necesario para que los demandados tuvieran una asistencia jurídica efectiva, designándoles abogado de oficio y señalando la correspondiente vista del recurso, previa instrucción por la abogada designada de los antecedentes necesarios. En la vista las partes recurrentes insistieron en sus pretensiones, manifestando la letrada de los demandados que éstos no mostraron interés en oponerse al recurso.

Los argumentos básicos del recurso de apelación se contraen al argumento derivado de una objetiva situación de incapacidad para atender al menor y por tanto para cumplir las obligaciones propias de la patria potestad, estando incursos en causa de privación de la misma conforme al art. 170 del Código Civil por el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma.

De la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2000, podemos entresacar la doctrina básica que la Jurisprudencia viene aplicando en relación con la privación de la patria potestad o la apreciación de estar los progenitores incursos en causa de privación. Así dicha sentencia pone de relieve que 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 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el 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. 2). Continúa la referida sentencia afirmando que 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, en este sentido asimismo las SSTS 18-11-1996 y 23-2-1999.

En el supuesto de autos la omisión por los demandados de los deberes de asistencia material y moral respecto a su hijo menor, desde los primeros años de su vida, cuando las atenciones de los progenitores son absolutamente indispensables, es un hecho incontestable, deduciéndose además una imposibilidad real de poder alcanzar un mínimo razonable de integración familiar del menor con sus padres o familiares próximos, pese a los apoyos y asistencia prestados por las instituciones asistenciales. Además de las insuperables carencias, los progenitores tampoco muestran una actitud positiva y efectiva de superación, siendo un hecho asimismo acreditado el estado de abandono o desamparo que propició la asunción de la tutela por el Consejo del Menor. Ante esas dificultades y la objetiva imposibilidad de integración en la familia, es indudable que nos encontramos en una situación límite en la que la objetividad impone la prevalencia del interés del menor sobre una imposible integración en el seno de la familia natural, debiéndose por tanto reconocer, como una medida indispensable de protección de los intereses superiores del menor, o, mejor dicho, necesaria para la protección integral del menor conforme al mandato constitucional, que efectivamente los progenitores, a efectos de su intervención en el expediente de adopción, conforme al art. 177 del Código Civil, se encuentran incursos en causa de privación de la patria potestad, en relación con el art. 170 del Código Civil; y, por tanto, sólo es necesaria su audiencia. Audiencia que debe producirse no como un mero formalismo sino con todas las garantías y en la amplitud necesaria para conocer el auténtico alcance de su voluntad y el grado de conocimiento del procedimiento y sus consecuencias.

2. *Constitución del acogimiento ya que la madre puso a sus hijas en una situación de peligro físico y espiritual. No procede fijar régimen de visitas en favor de la madre ya que crearía confusión y desasosiego en el proceso de adaptación a la nueva familia.*

AP GRANADA, Sec. 3.ª, Sentencia de 24 de noviembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos J. Valdivia Pizcueta.

La situación legal de desamparo desemboca, como remedio inmediato y automático, en la tutela legal de la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores (artículo 172.1 del Código Civil), o bien, en la simple guarda a instancia de los titulares de la potestad sobre aquellos menores, que, por circunstancias graves temporalmente se desamparan; asimismo, se asumirá la guarda por la entidad pública por decisión judicial (artículo 172.2 del Código Civil). Esta introducción, nos lleva a tratar del acogimiento familiar, figura clave de la reforma de 1987, la producida por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, que adquiere uniformidad a través de ella (artículo 173 del Código Civil), y que ha sido completada con el artículo 173 bis, introducido en el Código Civil, por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. El acogimiento, dicha figura jurídica, se puede calificar de institución cuasi-familiar para la guarda y protección de los intereses de los menores. La mención que se acaba de expresar, conduce a uno de los principios claves que rigen en el ámbito destinado a las medidas de protección de los menores: El principio de interés del menor, que se señala en el artículo 172.4 del Código Civil. Principio que apoya toda la actividad que se realiza en torno a la defensa, a la protección, de aquellos. Y principio que tiene su reflejo constitucional, en el artículo 39 de la CE; en la LO 1/1996, ya citada, así, en su artículo segundo; en numerosos preceptos del Código Civil, por ejemplo, en los artículos 154, 158, 161, entre otros; y en textos internacionales como la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 20 de noviembre de 1989); así, como de alcance continental: La Carta Europea de los Derechos del Niño. Ahora bien, el principio de interés del menor, de su beneficio, se encuentra en conexión con la idea de prevalencia, o preeminencia, de la familia natural, que se sanciona en el ámbito del Derecho Internacional (Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 3 de diciembre de 1986), y que recoge el artículo 172.4 del Código Civil, cuando dice: "se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona", mas este principio, que ha sido respaldado por el Tribunal Constitucional, al tratar sobre la naturaleza de los derechos de los padres biológicos (sentencias del TC de 26-9-1990 y de 18-10-1993), y que resalta el artículo noveno de la Convención sobre los Derechos del Niño ya citada, no puede adquirir una condición absoluta, al ser los hijos seres libres, dotados de una existencia y personalidad propia, lo que dice, que no puede aplicarse a los mismos una idea de pertenencia. Por ello, y siguiendo esta noción, el carácter extraordinario de las medidas de protección en cuanto a los mismos, se torna relativo (en este caso el acogimiento familiar), si aquellas son para ellos más favorables tanto en lo físico, como en lo espiritual, que el retorno a su familia natural. Así, pues, el acogimiento

familiar (es el problema que se plantea en el recurso), ha de estimarse conveniente, cuando el niño se encuentra bajo el amparo de una Entidad Pública, y la convivencia con la familia natural no parece adecuada. Con los presupuestos doctrinales anotados, al acercarnos al supuesto en litigio, y tras un examen de toda la documental propuesta, se pone de manifiesto esto: Que las menores nacidas, respectivamente, el día 8 de marzo de 1991 y 28 de agosto de 1993, tras las investigaciones y la tramitación de los oportunos expedientes, fueron declaradas en situación de desamparo, e internadas en el Centro de "Casa acogida N.", y más tarde en la "Casa Hogar L.", en Granada. Las niñas, hijas de la señora apelante, se encontraban no sólo en una situación de peligro físico, propiciado por una desatención elemental en el aspecto relativo a la higiene, cuidados médicos, y hábitos alimenticios, sino también en lo espiritual, ya que las necesidades de educación faltaban; su desfase y marginación era evidente. Marginación social, reflejada, además, en el modo de vida familiar, desarraigado, carente de todo incentivo, propicio a la mendicidad y proclive a riesgos de una trascendencia irremediable. Ante ello, no constando acreditadas esas circunstancias que conducirían al reintegro en la familia natural, mal se puede mantener, que el acogimiento familiar preadoptivo que se recurre (artículo 173 bis 3.º del Código Civil), quebranta el derecho de las menores a volver a su domicilio familiar, a integrarse en él; eso no es así, y los argumentos contrarios ya están dados, y el beneficio que para aquellas entraña aquel (el acogimiento) es evidente. Por otra parte la madre de las menores, hoy recurrente, prestó su consentimiento al acogimiento de aquellas en el expediente administrativo sin que aparezca, que el mismo fuera prestado viciadamente. Ahora, en éste momento, es preciso indicar que, en la constitución judicial del acogimiento, a diferencia de la adopción y por su menor trascendencia (artículo 173.3 del Código Civil), la oposición de los padres, su voluntad en contrario, no constituye sino un elemento a valorar por el juzgador, siendo la guía, el norte, en esta materia, insistimos, el interés del menor, que aquí se manifiesta en su sentido contrario al propugnado por la recurrente. Y ya en cuanto al derecho de visitas que se reclama (artículo 161 del Código Civil), señalar, para denegarlo, el perjuicio que produciría en las menores (el efecto negativo) esa visita de la madre biológica, alterando su proceso de adaptación a la nueva familia, al crear confusión y desasosiego.

XIII. UNIONES DE HECHO

1. *Inexistencia de unión de hecho entre la demandada y el fallecido.*

AP CÓRDOBA, Sec 1.ª, Sentencia de 6 de noviembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

La esencia de la litis es determinar si entre la demandada y el fallecido existió una unión de hecho o *more uxorio,* pues si la respuesta fuese negativa carecería de sentido entrar en el examen de los efectos del cese de la convivencia en relación con la vivienda familiar.

La existencia de uniones de hecho, uniones libres *extra* matrimoniales o parejas no casadas que viven matrimonialmente, es un hecho social innegable, no de ahora, sino de todas las épocas, cuyos antecedentes pueden remontarse al concubinato romano o a la monogamia en nuestro Derecho histórico

patrio, si bien, a través de la historia, haya merecido un mayor o menor reconocimiento, imperando en la época de la codificación una actitud de indiferencia y silencio ante referido fenómeno, preconizado por Napoleón, que al redactar su Código dijo: "Quien se sustrae al Derecho, debe ser ignorado por el Derecho". Sin embargo, esa actitud se ha ido modificando en el actual siglo, fundamentalmente después de la segunda guerra mundial, por el cambio de talante de la sociedad ante dicho fenómeno, dando lugar, en algunos países, a reformas legislativas reguladoras de los efectos jurídicos de esas uniones *de facto.*

Nuestro ordenamiento jurídico no contiene una regulación positiva de dicha figura sino una normativa dispersa y fragmentaria, a salvo alguna Comunidad Autónoma, como Cataluña y Aragón.

Constatada la admisión de su existencia, se ha de dar un paso más a fin de analizar su caracterización, precisando o delimitando el concepto de "unión libre" o "familia de hecho". Legalmente ha tenido una cierta fortuna en nuestro Derecho la expresión empleada por la disp. adic. 3.ª de la L. 21/1987, de 11 de noviembre, sobre adopción, que se refiere al "hombre y la mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal". En el art. 16 de la LAU desaparece la exigencia de heterosexualidad y se admite la pareja homosexual: "la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual". Esta última expresión, de inspiración norteamericana, viene a matizar la heterosexualidad tanto en la LAU como en el CP de 1995, si bien se lleva a cabo un tratamiento diferenciador entre la unión heterosexual y la homosexual en la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio de Uniones Estables de Pareja y en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de febrero de 1998.

Desde el punto de vista de la doctrina científica, afirma ésta que la primera imagen que nos viene a la mente es la de un hombre y una mujer que viven juntos bajo un mismo techo, a la manera de personas casadas. Forman una pareja para sus amigos, sus padres y para la sociedad, pues tienen un alojamiento propio, reparten sus alimentos y ponen, probablemente, sus recursos en común, ofreciendo la apariencia de un hogar tradicional en el que asumen las mismas tareas. La unión libre podría definirse, pues, como un matrimonio al que le falta la inscripción en el Registro Civil. Un reputado sector de la doctrina ha entendido la unión familiar de un hecho como "la que forman dos personas de distinto sexo que viven como marido y mujer, sin estar casados entre sí", concluyendo que no basta para hablar de "unión familiar de hecho" de unas relaciones sexuales continuadas entre hombre y mujer, pero limitadas a la comunidad de hecho, pues pueden darse en tales casos ciertos caracteres de permanencia o de duración indefinida, pero faltando el de la monogamia simultánea que caracteriza el matrimonio y a la familia occidental. Será preciso, pues, para que exista familia de hecho, una vida paraconyugal de la pareja, que se conduce como matrimonio y como tal se pretende y se presenta. Incluso se ha llegado a hablar de una "posesión de estado" en estas situaciones paramatrimoniales.

La doctrina ha resaltado como rasgos característicos de estas uniones los siguientes: 1) Una convivencia *more uxorio*, o lo que es lo mismo, una identificación con el modelo de convivencia desarrollado en los hogares de las familias fundadas en el matrimonio, lo que se traduce en que se dé una relación pública y notoria, quedando excluidas las basadas en relaciones ocultas y secretas; 2) La ausencia de toda formalidad en la unión, que tendrá un carácter puramente fáctico, por lo que queda excluido el matrimonio putativo; 3) Una comunidad de vida estable y duradera, si bien en las novedosas legislaciones al

respecto esa estabilidad se hace derivar no tanto, o sólo, de la duración pretérita de la convivencia como de la firma de un contrato, sin que éste suponga un compromiso asimilable al matrimonio; 4) La heterosexualidad, aunque se vaya abriendo paso la producción de efectos de las uniones entre homosexuales, en el sentido ya recogido; 5) Finalmente, la relación ha de ser "monogámica", de forma que debe rechazarse toda relación extramatrimonial que sea simultánea con una unión legal, y ha de tener un contenido sexual, aunque algún autor no haya considerado como fundamentales las relaciones sexuales, por entender que el elemento esencial de la unión libre es la comunidad completa de vida hecha para durar, por dos compañeros, si bien en el Derecho comparado existe jurisprudencia contradictoria sobre tal extremo (Asunto Heby Y. Rafferty de un tribunal de apelación inglés en sentido negativo o de exigir relaciones sexuales y, por el contrario, un tribunal alemán —Olga Hamn 9 de noviembre de 1980 Fam Rz. 162). De una manera explícita no se exige en la Ley Catalana, pero podría desprenderse en nuestro Ordenamiento por esa expresión empleada de "relación de afectividad análoga a la conyugal". Por tanto, el dato significativo para constituir una pareja de hecho jurídicamente relevante sería la convivencia unida a esa afectividad análoga a la conyugal. No se incluye, pues, cualquier convivencia basada en relaciones de afectividad si ésta no es análoga a la conyugal (hermanos, amigos, etc.). Lo importante no será la afectividad sino la peculiaridad de ésta.

Descendiendo a la jurisprudencia, la sentencia del TS de 18 de mayo de 1992 utiliza la siguiente caracterización: "La convivencia *more uxorio* ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar". Todas las sentencias posteriores se detienen en la citada caracterización.

La AT de Palma de Mallorca en sentencia de 1 de junio de 1987 afirmaba que "...en los supuestos de convivencia de hecho *more uxorio* cabe reconocer derechos de orden patrimonial (...) Pero para que ello ocurra así, resulta ineludible que la realidad de la convivencia *more uxorio*, una de cuyas notas radica en la publicidad de modo que la comunidad de vida sea pública y notoria por comportarse los convivientes en las relaciones sociales y frente al exterior como marido y mujer, creando la apariencia de un verdadero matrimonio, quede netamente probada, sin que sea lícito deducir sin más del simple hecho de que hombre y mujer hayan habilitado largo tiempo bajo el mismo techo, pues esta circunstancia puede obedecer a motivaciones distintas de la paraconyugal".

Aplicando el cuerpo de doctrina expuesto al caso de autos, y a la luz de la prueba practicada, se ha de coincidir con el Juzgador *a quo* en la inexistencia de probanza sobre la unión de hecho alegada. Bastaría para ello con atender a la prueba de confesión judicial de la demandada (folio 96). Se compadece mal con la caracterización que hemos hecho de las parejas de hecho que el Sr. F. pasase las nochebuenas y las vacaciones de verano con su familia biológica y no con su compañera (posesión 2.ª), así como que fuesen sus hermanos y no ella quienes le acompañaban al médico (3.ª), también que mantuviese una relación permanente sentimental con una señora (12.ª), sin que la demandada, conocedora de la situación, se opusiese a ella, y, finalmente, que le manifestase al notario, al ser requerida, que era arrendataria, para después alegar la "unión de hecho".

Tampoco es propio de las uniones de hecho que un miembro de la pareja realice sus operaciones bancarias con carácter indistinto con su hermana (fs. 129, 134, 135 y 136) en vez de su compañera. No existe, pues, la más mínima prueba de que ambos se mostrasen en sus relaciones sociales como mari-

do y mujer, creando la apariencia de un verdadero matrimonio.

No sería definitivo el que el difunto pagase a la Seguridad Social las cuotas de la demandada como empleada del hogar, pues podía obedecer a una estrategia de futuro, como en un supuesto similar reconoce la sentencia de la AP Vizcaya, Sec. 3.ª, de 6 de octubre de 1997. Lo definitivo es, como se ha dicho, la ausencia de una notoriedad pública de la relación de afectividad paraconyugal que se aduce. Es posible que el difunto, en contraprestación a los largos y fieles años de servicio de la demandada hacia él, le prometiese que prevería que ella usase la vivienda hasta que falleciese; pero lo cierto es que, si así lo prometió, incumplió su promesa.

2. *Existencia de una comunidad de bienes formada entre los convivientes respecto a la vivienda adquirida constante esa convivencia sin que sea obstáculo para ello que la misma figure registralmente inscrita a nombre de la conviviente, ya que el préstamo contraído para su pago se domicilió en una cuenta de la que es único titular el conviviente.*

AP BARCELONA, Sec 4.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2001. Ponente: Ilma. Sra. D.ª Mireia Ríos Enrich.

Solicita el recurrente la declaración de existencia de una comunidad de bienes con relación a la vivienda respecto de la cual se interesa su disolución y liquidación de sentencia.

En cuanto a la prosperabilidad de dicha *actio communi dividundo,* es claro que, con independencia de que exista o no una unión estable de pareja, no se le puede negar a un comunero el ejercicio de la facultad de pedir la disolución de aquélla, pues concebida la acción de división con carácter absoluto, irrenunciable e imprescriptible mientras la comunidad dure, no es lícito entorpecer su ejercicio fuera de sus límites legales, ya que el Legislador trata de evitar los conflictos que derivan de las situaciones de condominio.

En el presente caso, se plantea por el demandante la copropiedad de la vivienda exponiendo que si bien la finca se puso sólo a nombre de la demandada por conveniencia fiscal mutua, fue adquirida en común, como se desprende del documento de préstamo hipotecario en el que figuran como obligados al pago tanto el actor como la demandada, habiendo abonado las cuotas de la hipoteca constituida sobre la finca íntegramente el demandante a través de una cuenta de su titularidad abierta en la "Caja de ahorros B".

La Sala, tras la valoración de las pruebas, y dentro de las facultades revisoras que le competen en sede de apelación, estima probada la copropiedad de la referida finca. Ello se desprende de los siguientes hechos:

1.º El préstamo hipotecario por un importe de 50 millones de pesetas fue constituido por ambas partes, actor y demandada, con la "Corporación Hipotecaria M., S.A.", establecimiento financiero de crédito, según se desprende del documento núm. 2 de la demanda.

2.º Las cuotas del préstamo —300 cuotas mixtas comprensivas de amortización más intereses por importe de 299.624 pesetas cada una de ellas— se pagan mediante domiciliación bancaria en la cuenta corriente de la que es titular único el conviviente

según se desprende de los documentos núm. 3 y núm. 4 de la demanda.

3.º La propia conviviente en la prueba de confesión en juicio practicada, tras afirmar que la vivienda la adquirió ella, en exclusiva, según cree recordar por un importe de 35.000.000 pesetas, afirmó que ambas partes, actor y demandada, concertaron un préstamo hipotecario por importe de 50.000.000 pesetas y que la diferencia resultante de 15.000.000 pesetas fue destinada a realizar mejoras en la finca adquirida. Asimismo, en la propia confesión, manifiesta la demandada que, efectivamente, es el actor quien, exclusivamente, abona las cuotas del préstamo hipotecario a través de un contrato de cuenta corriente de la que es el único titular, añadiendo que ella trabajó en el Servicio de Urgencias de la "Clínica N." propiedad del demandante sin percibir retribución alguna. Finalmente, la demandada no ha acreditado, en modo alguno, las inversiones que asegura haber realizado en la finca de autos.

4.º El demandante según se desprende de los documentos núm. 5 y núm. 6 de la demanda es el tomador de sendos seguros de vida con la compañía "Seguros Z." y con la entidad "Seguros S., S.A.", mediante los cuales, en caso de fallecimiento quedaría cancelado el préstamo hipotecario.

5.º Ambas partes, actor y demandada, son tomadores del seguro combinado Master Hogar de la referida finca "C.", según se desprende del documento núm. 7 concertado con la entidad "Seguros S., S.A.".

Por todo lo expuesto, la Sala considera debe estimarse el tercer motivo del recurso, por lo que debe prosperar la acción de división interesada. En consecuencia, procede declarar la copropiedad de la vivienda respecto del actor y de la demandada. Y, conforme a los artículos 402 y 404 del Código Civil y a la Jurisprudencia, a tenor de los cuales, a falta de convenio o acuerdo de las partes, que ya sea previo al proceso, o producido durante el mismo, siempre sería vinculante para el juzgador, respecto a que una de ellas se adjudique la mitad indivisa de la finca pagando a la otra la mitad del precio fijado pericialmente, deberá llevarse a efecto la división de la cosa común mediante su venta en pública subasta.

XIV. TEMAS PENALES

1. *Establecida una pensión en una resolución judicial firme y no instada su modificación por el obligado al pago, ha de presumirse que éste tiene capacidad económica suficiente para afrontar el cumplimiento de sus obligaciones.*

AP TARRAGONA, Sec. 2.ª, Sentencia de 19 de noviembre de 2001. Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo López Causape.

El primer motivo de recurso de apelación hace referencia al error en la apreciación de la prueba por la juez de instancia, en relación con la concurrencia del elemento subjetivo del tipo previsto y penado en el art. 227 del CP. En efecto, la conducta tipificada en el art. 227 del CP es una conducta eminentemente dolosa que requiere la conciencia y voluntad de incumplir las prestaciones económicas señaladas en dicho precepto. Es

evidente que ha de acreditarse que el acusado conocía la existencia de dicha obligación, que era consciente de que la estaba incumpliendo y que tenía voluntad de incumplirla, voluntad que quedaría excluida en caso de que se acreditase que no tenía posibilidad material de satisfacerla. Entiende la parte apelante que no ha quedado probada la capacidad del acusado para hacer frente al pago de tales prestaciones económicas durante el período enjuiciado y que, por el contrario, las manifestaciones del mismo apuntan a considerar la carencia de tal capacidad. El acusado manifiesta disponer de un vehículo Renault-5 del año 1984, así como vivir en casa de la madre de su compañera sentimental con la que tiene una hija, indicando que sus ingresos no han sido suficientes para satisfacer la pensión adeudada y asumir las cargas familiares expuestas. No podemos, sin embargo, mostrarnos de acuerdo con lo pretendido en el escrito de recurso. En efecto, el acusado efectúa una serie de manifestaciones, entre las que se encuentra la de haber trabajado durante todo el año 1999, salvo los meses de septiembre a noviembre de dicho año, en que se hallaba en el paro. En cualquier caso, manifiesta haber percibido salarios o subsidios todos los meses de dicho año en cuantía superior a 70.000 ptas. al mes. Cabe considerar que se acredita de este modo la posibilidad de cumplir con las prestaciones todos los meses, aun de forma parcial. No puede considerarse que satisfacer dos mensualidades acredite que el acusado pagaba cuando podía puesto que se acredita que pudo haber satisfecho cantidades todos los meses en que incumplió su obligación. Ha de considerarse, por otra parte, que la obligación había sido establecida en sentencia de Separación matrimonial, sin que conste que el acusado haya instado un procedimiento de modificación de medidas ante la situación de precariedad económica por la que manifiesta haber atravesado. De conformidad con diversa jurisprudencia, entre la que se puede citar la de la AP Valencia en sentencia de fecha 21 de noviembre de 1997, así como anteriores resoluciones de esta Sala, cabe considerar que establecida una pensión en una resolución judicial firme y no instada la modificación de la misma por el obligado al pago, ha de presumirse que el obligado tiene capacidad económica suficiente para afrontar el cumplimiento de la obligación, debiendo ser él quien acredite, en su caso, no disponer de tales medios. En este caso, el acusado nada ha acreditado sobre tal carencia de medios, debiendo entender que, por el contrario, se ha probado la existencia de ingresos por parte del mismo que le permitían satisfacer las pensiones que no llegó a pagar. Debe, por ello, desestimarse este primer motivo de recurso.

El segundo motivo de recurso contiene la impugnación relativa a la apreciación en la resolución recurrida de la continuidad delictiva del art. 74 del CP. Mantiene la parte recurrente que nos hallamos ante un delito de naturaleza permanente, de modo que, aunque se excedan los plazos de impago señalados en el precepto penal para incurrir en la infracción criminal, existiría una única infracción criminal, debiendo atenderse a la mayor o menor entidad del incumplimiento en sede de responsabilidad civil. Mantiene, sin embargo, la sentencia recurrida, de conformidad con el criterio seguido por esta Sala, que cada vez que el incumplimiento supera los plazos señalados en el art. 227 del CP se consuma una infracción delictiva tipificada por dicho precepto, iniciándose la comisión de otra si el incumplimiento se mantiene, debiendo por ello (dado que responde a un plan preconcebido) aplicarse el art. 74.1.º que contempla la continuidad delictiva. En efecto, la cuestión no es pacífica dentro de la doctrina y se tiene constancia de la existencia de jurisprudencia de otras Audiencias Provinciales en las que se considera este delito como de naturaleza permanente que excluye la continuidad delictiva. Esta Audiencia Provincial ha mantenido, sin embargo, de forma uniforme desde la mencionada sentencia de 11 de julio de 1995, que el delito previsto en el art. 227 del CP (ante-

riormente en el art. 487 bis del CP de 1973) es un delito de tracto sucesivo, acumulativo y que se perfecciona y consuma en cuanto el obligado deja de cumplir la prestación durante el período de tiempo previsto en el precepto penal. Tal consideración, compartida por un importante sector de la jurisprudencia, permite aplicar la continuidad delictiva sobre la base de entender que si cada incumplimiento por período de tiempo señalado en el tipo puede ser objeto de enjuiciamiento separado, los incumplimientos que constituyen varias infracciones delictivas han de ser incardinables en el concepto de continuidad delictiva del art. 74.1.º del CP. Debe, por ello, desestimarse el recurso de apelación interpuesto con confirmación íntegra de la sentencia recurrida.

2. *Delito de revelación de secretos cometido por el esposo al grabar conversaciones telefónicas de su esposa y aportarlas como prueba de infidelidad en el procedimiento de separación matrimonial.*

AP MADRID, Sec. 3.ª, Sentencia de 11 de enero de 2002. Ponencia: Ilma. Sra. D.ª María Pilar Abad Arroyo.

Se alega por el recurrente la ausencia de dolo en su conducta, rechazando que se haya argüido que el contrato matrimonial deja fuera del derecho a la intimidad personal el ámbito que afecta al derecho-obligación de fidelidad.

Ciertamente y con independencia de que la violación de este derecho de deber de fidelidad viene a sustentar, al menos parcialmente, la alegada eximente de ejercicio legítimo de un derecho, que se postula por la recurrente, es indudable que el acusado mantuvo durante un dilatado período de tiempo el artificio que permitía la grabación y conocedor ya del contenido de determinadas conversaciones, llegó a grabar una mantenida por él con su esposa en la que se intentaba obtener una prueba de la infidelidad de aquélla, hecho que, por sí solo, excluye ya la invocada ausencia de dolo.

De igual forma ha de mantenerse la agravación contemplada en el punto 3.º del art. 197 del CP al quedar plenamente acreditado que el acusado difundió el contenido de las mismas, tanto al hermano de D.ª Dolores, como posteriormente a los distintos profesionales del despacho de abogados que se hizo cargo del proceso de separación matrimonial, permitiendo que tales conversaciones fueran transcritas, protocolizadas por un Notario y aportadas con la demanda de separación.

Ninguna duda cabe a este Tribunal, como tampoco le cupo en su momento al juez de instancia, sobre la imposibilidad de apreciar la concurrencia del error invencible de prohibición que se postula y ello, no sólo porque expresamente el testigo Sr. Z. afirmó que la posibilidad de incurrir en delito le fue advertida por el acusado, sino también porque el acusado es persona con un elevado nivel y formación cultural, que concretamente se ha desarrollado profesionalmente en el ámbito de las comunicaciones, siendo por ello impensable que pudiera, ni tan siquiera, dudar sobre la ilicitud de su conducta.

Finalmente debe rechazarse la ya citada eximente del art. 20.7 del CP ya que, tal y como se recoge en la sentencia del Tribunal

Supremo de 14 de mayo de 2001 que de forma extensa y magistral analiza un supuesto muy similar al presente, el art. 197 del CP describe un delito en el que el sujeto activo del tipo es "el que" realice alguna de las acciones típicas, es decir, cualquier persona sin distinción y sin excepción y el sujeto pasivo es "otro" cualquiera que sea este otro sin exclusión alguna, siendo significativo que en el CP vigente haya desaparecido incluso la dispensa penal que favorecía a padres o tutores respecto del descubrimiento de secretos de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia que figuraba como excepción en el art. 497 del CP de 1973, lo que evidencia que ningún tipo de relación, ni las vicisitudes que puedan surgir en su desarrollo, constituye excusa absolutoria o causa de justificación que exima de responsabilidad penal a quien consciente y voluntariamente violente y lesione el bien jurídicamente protegido por la norma penal, por todo lo cual procede la desestimación del recurso objeto de examen.

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. FILIACIÓN

1.1. *Estando los padres separados de hecho, corresponde designar el nombre del hijo a la madre que es con quien convive en la actualidad.*

RESOLUCIÓN de 8 de septiembre de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª María compareció ante el Juez Encargado del Registro Civil de Valladolid solicitando la inscripción de nacimiento de su hijo, al que deseaba imponer el nombre de Víctor-Jesús, manifestando como nombre de padre el de su esposo, que actualmente vive en la localidad de Llerena (Badajoz).
- A la vista de las manifestaciones de la compareciente y de acuerdo con lo previsto en el art. 117 del C.c. el Encargado suspendió en ese acto la inscripción de nacimiento solicitada hasta que se dé traslado de la solicitud al esposo de la promotora.
- D. José María reconoció al nacido como hijo suyo matrimonial manifestando que deseaba que el menor fuera inscrito con el nombre de Pedro-Luis, que fue el nombre previamente pactado durante el matrimonio.
- El Juez Encargado del Registro Civil de Valladolid, a la vista de las manifestaciones del padre del menor, y siendo prioritario el interés del menor a estar inscrito su nacimiento, ordenó se practicase de forma inmediata el

mismo; en cuanto al nombre solicitado por el padre alegó que atendiendo a que quien ha sufrido el embarazo y el parto ha sido la madre, se hará constar como nombre del menor el de Víctor-Jesús, sin perjuicio del derecho del padre a interponer frente a dicho particular el oportuno recurso.

- Don José María interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, solicitando se ordene la cancelación de la inscripción de nacimiento practicada, realizándose una nueva en la que figure como nombre del nacido el de Pedro-Luis.
- Notificada la madre del menor de la interposición del recurso, ésta alegó que la convivencia con el recurrente, durante el poquísimo tiempo que duró, no se caracterizó por ser un camino de rosas, e incluso existían denuncias formuladas por su parte contra él por la insostenible relación habida hasta que atemorizada se vio obligada a marchar a Valladolid y plantear la demanda de separación, al mes y medio de la celebración de la boda; continuaba argumentando que el recurrente por su propio trabajo debería conocer que el lugar donde se inscribe a los nacidos es el del nacimiento y no el de su capricho personal y dado que el acuerdo entre los padres no ha existido nunca, solicitaba fuera dictada nueva resolución por la que se acordara desestimar el recurso presentado.
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

No puede prosperar la pretensión del padre de que los nombres a imponer al nacido le corresponda a él determinarlos. Cierto es que el derecho a imponer el nombre propio a los hijos es una de las facultades que integran la patria potestad y que como tal deben ejercitarse conjuntamente (cfr. art. 154 CC). Ahora bien, en el caso de que no exista acuerdo entre los progenitores, no puede admitirse como manifiesta el padre, que él ostente preferencia sobre la madre sobre la base del artículo 43 de la Ley del Registro Civil. Primeramente hay que señalar que la declaración de nacimiento puede hacerla cualquier persona que tenga conocimiento cierto del nacimiento (cf. art. 42 LRC) y lo que establece el citado artículo 43 es una lista de personas especialmente obligadas a realizar la declaración que en ningún caso puede entenderse como de preferencia jerárquica. Entender que existe una preferencia a favor del padre sería contradictorio con los principios constitucionales de no discriminación por razón de sexo y de igualdad jurídica entre los cónyuges (artículos 14 y 32 de la Constitución). Por el contrario existiendo separación de hecho según han manifestado ambos progenitores, corresponde a aquél con quien el hijo conviva el ejercicio de la patria potestad (cfr. art. 156 CC) por lo que hay que concluir que el nombre elegido por la madre —que es la que vive con el hijo—, es el que debe de prevalecer, al menos inicialmente.

1.2. *Denegación de la inscripción de nacimiento acaecido en Guinea en el año 1989 al existir serias dudas de la filiación materna.*

RESOLUCIÓN de 24 de octubre de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil de M. el 13 de marzo de 2001 doña L., de nacionalidad española, solicitaba la inscripción de nacimiento de su hijo A., nacido el 25 de mayo de 1989 en B. (Guinea Ecuatorial). Adjuntaba al escrito: certificación literal de nacimiento de la compareciente, certificado de nacimiento de su hijo, certificado de empadronamiento, y copia de su DNI, remitiéndose la documentación al Registro Civil Central.
- Recibido el expediente en dicho Registro Civil el Juez Encargado dictó auto con fecha 23 de mayo de 2001 denegando lo solicitado de conformidad con lo establecido en el artículo 23 LRC, al no reunir el certificado de nacimiento aportado garantías suficientes que eliminen cualquier duda respecto de la veracidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española, porque en el presente caso se pretende inscribir el nacimiento de un menor nacido en Guinea en 1989, por ser hijo de madre de nacionalidad española adquirida en 1977, cuando hay que destacar que el menor fue inscrito en el Registro Civil guineano en febrero de 2000, en virtud de una declaración formulada por una tía materna y sin que conste intervención alguna de la madre al practicarse la citada inscripción de nacimiento.
- Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y a la promotora, ésta presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que el certificado de nacimiento aportado acredita la relación materno-filial y aunque la inscripción la efectuase una tía suya no altera la veracidad de los hechos.
- En la tramitación del recurso el Ministerio Fiscal interesó la confirmación de la resolución apelada por sus propios fundamentos, y en el mismo sentido informó el Juez Encargado remitiendo el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado, que desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Para que un nacimiento acaecido en el extranjero pueda ser inscrito en el Registro Civil español es necesario que el mismo afecte a algún ciudadano español, pudiendo prescindirse de la tramitación del expediente de inscripción fuera de plazo de nacimiento si se acompaña certificación de nacimiento de un Registro extranjero, siempre que no haya duda de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española (art. 23, II, LRC) y siempre que el Registro extranjero sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española (art. 85.I, RRC).

En el presente caso la presunta madre es española y se intenta inscribir el nacimiento de un hijo acaecido en Guinea Ecuatorial en 1989. Ahora bien, la certificación guineana acompañada no reúne las suficientes garantías para dar fe de la filiación materna alegada, porque la inscripción de nacimiento se extendió en Guinea en el año 2000 por virtud de la sola declaración de un tercero y sin intervención alguna de la madre.

En esta situación —y sin perjuicio de lo que pudiera decidirse en el expediente de inscripción fuera de plazo a la vista de las pruebas que en él se presenten— hay que concluir que no está acreditada la filiación materna y que la certificación guineana de nacimiento no es inscribible.

1.3. *El reconocimiento de un menor hecho en escritura pública necesita para ser eficaz el consentimiento de la madre y representante legal del reconocido, y si ésta no presta su consentimiento hay que enviar de oficio las actuaciones al órgano judicial competente para la aprobación del reconocimiento.*

RESOLUCIÓN de 22 de diciembre de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escrito presentado en el Registro Civil de S. el 9 de mayo de 2001 don F., mayor de edad, soltero, solicitaba el reconocimiento e inscripción de la filiación paterna no matrimonial en el acta de nacimiento de F.-J., nacido en S. el 30 de diciembre de 2000, hijo de M. del C. Adjuntaba al escrito: certificación literal de nacimiento del menor y reconocimiento del menor como hijo suyo ante notario.
- Ratificado el promotor, se practicó la información testifical con la intervención de dos testigos que afirmaron ser cierto lo expuesto en el escrito inicial,

se notificó la incoación del expediente a la madre del menor, la cual mostró su total disconformidad con la pretensión, alegando que mantuvo una relación sentimental con el promotor durante 7 años, que cuando se quedó embarazada él le pidió que abortara, durante toda la gestación no tuvo relación con él y cuando nació el niño se le comunicó el hecho y aunque vio al niño se marchó al Rocío con su novia, que ella ha intentado que vuelva para formar una verdadera familia pero cree que él no tiene verdadero instinto paternal.

- El Ministerio Fiscal informó que ante la oposición manifestada por la madre procede que la solicitud de paternidad se tramite en el oportuno procedimiento ordinario de menor cuantía. El Juez Encargado dictó auto con fecha 6 de septiembre de 2001 denegando lo solicitado de conformidad con lo establecido en los artículos 120 y 124 del CC, pues en el presente caso al constar la oposición expresa de la madre sólo podrá obtenerse por el procedimiento ordinario.
- 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 filiación biológica del menor ha quedado establecida por la documentación aportada y por las manifestaciones de la madre que le reconoce como padre de su hijo y únicamente por unas razones peregrinas se niega al reconocimiento y únicamente sería válido si ella hubiese negado que él era el padre de su hijo, no siendo así debe considerarse como no presentada oposición alguna para la aprobación del expediente.
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Un reconocimiento de la paternidad no matrimonial en escritura pública (cfr. art. 120.1.º CC) puede inscribirse sin necesidad de expediente, siempre que el Encargado en su calificación compruebe que se han cumplido los requisitos exigidos para la validez y eficacia del reconocimiento.

Conforme al artículo 124.1 del Código civil, la eficacia del reconocimiento de un menor requiere "el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial, con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido". Como, por las razones que sean, la madre y representante legal del menor no ha prestado su consentimiento expreso al reconocimiento de la paternidad, la eficacia de éste y su consiguiente inscripción queda subordinada a la aprobación judicial, para lo cual debe remitirse de oficio testimonio de estas actuaciones (cfr. art. 186 RRC).

2. MATRIMONIO

2.1. *Se inscribe el matrimonio celebrado en Cuba entre un español y una cubana porque no hay datos objetivos bastantes para deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.*

RESOLUCIÓN de 23 de octubre de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escrito presentado en el Consulado General de España el 21 de agosto de 2000 don Pedro, nacido en 1946, viudo, español, solicitaba la inscripción de su matrimonio con doña Bárbara, nacida en 1966, divorciada, cubana, celebrado en Santa Clara (Cuba) el día 4 de agosto de 2000.
- Ratificados los interesados se practicó, de conformidad con lo establecido en el artículo 246 RRC, la audiencia reservada a la contrayente, manifestando que tiene 34 años y es divorciada, que conoció a su esposo el 25 de julio de 2000 y contrajeron matrimonio el 4 de agosto del mismo año, 10 días después de haberse visto por primera vez. Por haberlo interesado el Encargado del Registro Civil Consular se celebró en el Registro Civil de Solsona la audiencia reservada al contrayente manifestando que contrajo matrimonio porque vive sólo y necesita compañía, que pretenden convivir establemente y que vivirán en Solsona tan pronto consigan la reunificación familiar.
- Con fecha 15 de enero de 2001 el Canciller del Consulado en funciones de Ministerio Fiscal se opuso a lo solicitado porque de las audiencias reservadas practicadas se desprende que se trata de un matrimonio de complacencia dado el desconocimiento de las señas de identidad de ambos contrayentes, y la clara intención de la esposa de inscribir el matrimonio como medio de abandonar el país. El Encargado del Registro Civil Consular dictó auto con fecha 16 de enero de 2001 denegando la inscripción de matrimonio solicitada, porque de las manifestaciones de ambos cónyuges en las audiencias reservadas se desprende que no existe intención de contraer matrimonio con los fines propios de dicha institución por lo que hay ausencia de verdadero consentimiento matrimonial, requisito indispensable para la validez del matrimonio según establece el artículo 73 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 ellos prestaron su consentimiento para la celebración del matrimonio, que lo hicieron libremente, cumpliendo los requisitos necesarios para su validez, y que su matrimonio fue por amor con el deseo de convivir juntos.

- En la tramitación del recurso el Canciller del Consulado en funciones de Ministerio Fiscal informó que de las audiencias reservadas se observa que la esposa no conoce ningún dato de su esposo, ni relacionado con su entorno familiar, y el esposo manifestó que contrajo matrimonio porque vive solo y necesita compañía sin aportar ningún otro dato que evidenciara un real conocimiento entre ellos. El Encargado del Registro Civil Consular interesó la confirmación de la resolución apelada por sus propios fundamentos, los contrayentes apenas se conocen personalmente e ignoran las circunstancias personales de cada uno de ellos que son determinantes para la prestación del consentimiento necesario para la celebración del matrimonio.
- La DGRN estimó el recurso y acordó la inscripción del matrimonio.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El problema de los llamados matrimonios de complacencia —matrimonios "blancos" en la terminología francesa— es un fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración y que ha dado lugar a diversas medidas en el Derecho comparado y también, en el ámbito de su competencia, a una Instrucción de carácter general de este Centro Directivo (Instrucción de 9 de enero de 1995). Mediante tales enlaces no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos especialmente de facilitar la entrada o de regularizar la estancia en territorio nacional o de obtener más fácilmente la nacionalidad del cónyuge aparente.

Es indudable que un enlace de esta clase habrá de ser reputado nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1.º CC). Ahora bien, la cuestión surge acerca de cómo constatar esta ausencia de consentimiento, puesto que, como ocurre normalmente en todas las hipótesis de simulación, es muy raro que existan pruebas directas de la voluntad simulada, de modo que descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes es una tarea difícil en la cual juega un importante papel la prueba de la presunción judicial, para cuyo éxito "es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trata de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (art. 1.253 CC). Por otra parte, ha de tenerse presente que existe una presunción general de buena fe y que el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona, reconocido a nivel internacional y constitucional, de modo que la convicción de la simulación y del consiguiente fraude ha de llegar a formarse en un grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido.

Sobre la base de las anteriores consideraciones el primer problema que ha de abordarse es el relativo a si el Encargado del Registro Civil consular está facultado para calificar la falta de consentimiento matrimonial respecto de un matrimonio ya celebrado por un español en el extranjero según la forma autorizada por la *lex loci* (cfr. art. 49, II, Cc).

No hay duda de que en el expediente previo al matrimonio el Encargado del Registro Civil puede apreciar la falta de consentimiento matrimonial, así como cualquier otro obstáculo o impedimento para el enlace (cfr. arts. 56, I, Cc; 245 y 246 RRC y la Instrucción de 9 de enero de 1995), y en tal caso, sin

perjuicio del recurso oportuno, debe denegar la celebración (cfr. art. 247 RRC). Pues bien, igualmente cuando el matrimonio se ha celebrado ya en la forma extranjera permitida por la *lex loci,* el Encargado del que se solicita la inscripción está facultado para calificar la ausencia de consentimiento matrimonial. En efecto, el artículo 65 del Código civil ordena en estos casos al Encargado que, antes de la inscripción, compruebe si concurren los requisitos legales —sin excepción alguna— para la celebración del matrimonio y esta comprobación, a la que ya aludía el artículo 73 de la Ley del Registro Civil, ha sido desarrollada, a la vista de la reforma del Código en 1981, por los artículos 256 y 257 del Reglamento del Registro Civil, modificados por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto. De este modo, el matrimonio que conste por "certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración" (art. 256.3.º R.R.C.) es inscribible, "siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la ley española", siendo título para practicar la inscripción "el documento expresado y las declaraciones complementarias oportunas". Resulta, pues, que el Reglamento sigue, en cuanto a la inscripción del matrimonio en este caso, el mismo criterio ya establecido para cualquiera otra inscripción, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros (cfr. arts. 23, II, LRC y 85 RRC).

Consiguientemente, si es necesario que no haya duda de la legalidad del matrimonio conforme a la ley española y si las declaraciones complementarias oportunas integran el título para practicar la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español, la conclusión es que, del mismo modo que sucede en el expediente previo en el trámite de la audiencia, reservada y por separado, de cada contrayente (cfr. art. 246 RRC y regla 3.ª de la Instrucción de 9 de enero de 1995), también cuando el matrimonio ya se ha celebrado según la forma local el Encargado puede y debe comprobar, por medio de aquellas declaraciones complementarias, si el matrimonio cumple todos los requisitos legales exigidos por el Código civil y, entre ellos, la existencia de real consentimiento matrimonial.

No obstante, los hechos comprobados en estas actuaciones no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. De la deficiente audiencia reservada efectuada a ambos contrayentes no puede deducirse, en absoluto, la simulación. Debe recordarse que este trámite de la audiencia reservada no puede ni debe ser puramente formulario, máxime cuando *ab initio, y* por las circunstancias particulares del caso, puedan existir indicios de que el matrimonio pueda ser de conveniencia. Por muchas dudas que pueda tener el Encargado, es evidente que el hecho de que se casaran a los 10 días de conocerse personalmente y que él declarara que se casaba porque vive solo y necesita compañía, únicos datos objetivos con que cuenta, no son suficientes para justificar su negativa, ya que para ello hubiera sido necesario realizar una audiencia más exhaustiva que no se ha efectuado.

Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi,* como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta acerca del obstáculo legal que vicie de nulidad el matrimonio, ha de ser preferible, aun en casos de duda, no poner trabas a la inscripción del enlace. Ante la opción de inscribir un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii,* este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa. Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto.

2.2. *Denegación de la inscripción del testimonio de la sentencia por la que se reconoce la sentencia de divorcio dictada por los tribunales de Uruguay al corresponder la competencia para el exequátur al Tribunal Supremo.*

RESOLUCIÓN de 11 de diciembre de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 9 de mayo de 2001, el Juzgado de Primera Instancia número dos de Vilanova i la Geltrú (Barcelona), mediante exhorto, solicitaba del Registro Civil Central la inscripción marginal en la inscripción de matrimonio de don Rodrigo y doña Ximena, obrante en ese Registro Civil, del auto firme por el que se reconoce la sentencia de divorcio dictada por los tribunales de la República de Uruguay. Acompañaba copia testimoniada del auto dictado, con fecha 28 de febrero de 2001, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 por el que se declaraba la ejecución de la sentencia de divorcio uruguaya entre los interesados.
- El Encargado del Registro Civil Central dictó auto por el que dispuso no haber lugar a la práctica de la inscripción marginal de reconocimiento de eficacia en España de la Sentencia de divorcio dictada por Tribunal uruguayo y acordada por sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vilanova i la Geltrú, al haberse pronunciado la misma por órgano incompetente y en procedimiento no previsto legalmente para ello; fundamentaba su resolución en que la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que dejó sin efecto la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, establecía una serie de excepciones, entre las que era de destacar en el caso presente, la 3.ª que dejaba en vigor, hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, los artículos 951 a 958 de la Ley antigua, por lo que no estando vigente esta Ley de cooperación jurídica internacional, debe aplicarse en esta materia la regulación anterior; en consecuencia, tratándose de una sentencia dictada por Tribunal uruguayo, Estado con el que no existe Tratado Internacional que regule la materia, el reconocimiento de las sentencias dictadas por esos Tribunales debería obtenerse ante el Tribunal Supremo (arts. 952 y 955 LEC de 1881), de donde se desprende que el reconocimiento otorgado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vilanova i la Geltrú se ha obtenido por un procedimiento inadecuado y se ha dictado por órgano incompetente.
- Don Rodrigo interpuso recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado manifestando que el Reino de España y la República Oriental

del Uruguay habían firmado y ratificado el Convenio de Cooperación Jurídica hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987, ratificado en España el 16 de octubre de 1997 (BOE de 30 de abril de 1998) y establece su artículo 9 que para el reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales uruguayos son competentes en España los Juzgados de Primera Instancia.

- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se ha intentado por estas actuaciones inscribir en el Registro Civil Central un auto de ejecución de sentencia uruguaya de divorcio dictada por un Juez de Primera Instancia español respecto del matrimonio de un español inscrito en ese Registro.

La calificación por el Encargado de las resoluciones judiciales alcanza a comprobar la competencia y clase del procedimiento seguido (cfr. art. 27.11 LRC) por lo que no se ha excedido el Encargado del Registro Central al denegar la inscripción del referido auto. En efecto por aplicación de los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que siguen por el momento vigentes (cfr. disposición derogatoria única, apartado 1, excepción 3.8 de la LEC de 2000), el exequátur de las sentencias extranjeras compete al Tribunal Supremo.

No puede alegarse la aplicación del Convenio de cooperación jurídica entre España y Uruguay citado en los vistos, porque el artículo 1 de este Convenio excluye expresamente de su ámbito las materias relativas al "estado y capacidad de las personas y derecho de familia, en cuanto se trate de sentencias constitutivas o declarativas de tales estados o derechos" y no hay duda de que una sentencia de divorcio entra en las materias excluidas del Convenio.

3. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

3.1. *Validez y eficacia de la escritura pública en virtud de la cual uno de los cónyuges aportaba un bien privativo a la sociedad de gananciales con derecho a su reembolso económico con valoración actualizada al tiempo de la disolución.*

RESOLUCIÓN de 21 de julio de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escritura otorgada el 19 de octubre de 1996, ante el Notario de Alcantarilla, D. F., aportó a su sociedad de gananciales existente con su esposa D.ª A. una finca rústica privativa del marido por haberla adquirido éste por

legado de su padre. En dicha escritura se estipuló, entre otras, lo siguiente: "Don F. aporta a su sociedad de gananciales el pleno dominio de la finca descrita anteriormente en esta escritura con derecho a su reembolso económico con valoración actualizada al tiempo de la disolución."

- Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad núm. 6 de Murcia, fue calificada con la siguiente nota: "Para que se produzca transferencia de bienes desde el patrimonio privativo de cualquiera de los cónyuges al patrimonio ganancial se requiere la existencia de un negocio cuya causa y régimen jurídico resulte con precisión y claridad del documento presentado a inscripción (R. 25 de septiembre de 1990), expresando debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación y, especialmente, su causa (R. 28 de mayo de 1996), exigencia esta imprescindible, tanto para el adecuado cumplimiento de la función calificadora, como para la expresión de las circunstancias de aquél en el Registro (R. 7 de octubre de 1992) y para la debida determinación de la protección que el sistema dispensa en función de la onerosidad o gratuidad de la causa (RR. 11 de junio de 1993 y 28 de mayo de 1996). Tal exigencia no puede considerarse cumplida con las manifestaciones contenidas en el documento calificado. No procede extender anotación de suspensión.
- El Notario autorizante interpuso contra la nota de calificación recurso gubernativo ante el TSJ de Murcia, que fue desestimado.
- El Notario recurrió ante la DGRN, que estimó el mismo revocando la nota del Registrador.

RECURSO ANTE EL TSJ DE MURCIA

1. **Alegaciones del Notario recurrente.**

Parece que el Registrador exige que la traslación tenga lugar en un negocio cuyo régimen resulte con claridad, siendo innecesario, primero, porque los negocios jurídicos atípicos están reconocidos en nuestro derecho (arts. 1.254 y 1.255 del CC) y segundo porque el contrato de aportación a la sociedad conyugal no es atípico porque a él se refiere indirectamente el art. 1323 del CC y el art. 45 del Texto refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y R. 11 de junio de 1993. Que parece que el Registrador cree que no se han expresado los elementos constitutivos del negocio jurídico (art. 1261 del CC) cuando figuran perfectamente señalados en la escritura. Que parece que el Registrador no ha podido apreciar la onerosidad o gratuidad de la causa, habiéndose expresado que el negocio es oneroso, pues la aportación se hace contra un derecho de reembolso económico con valoración actualizada al tiempo de la disolución de su sociedad de gananciales. Que parece que el Registrador dice que el negocio no tiene causa, cuando la existencia de la causa de un negocio, en nuestro derecho, no debe expresarse, y se presume que es lícita y existe (art. 1277 del CC), no obstante siguiendo la doctrina de la Dirección General se ha plasmado en la escritura que la existencia de contraprestaciones recíprocas es la causa de este negocio jurídico oneroso. (re-

soluciones de fecha 25 de septiembre de 1990, 7 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993 en la que se citan otras resoluciones y 28 de mayo de 1996).

2. **Alegaciones del Registrador de la Propiedad.**

El Registrador en un extenso informe de defensa de la nota argumentó lo siguiente: Que como punto de partida se señala el contenido de las resoluciones de 10 de marzo y 14 de abril de 1989, 25 de septiembre de 1990, 7 y 26 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993 y 28 de mayo de 1996, en las que se establecen unas premisas de carácter general de modo que la cuestión no queda resuelta por aplicación automática de estas ideas generales. Que el defecto apreciado es único, falta de precisión y claridad en cuanto a la causa y régimen jurídico del negocio celebrado. Que parece que estamos ante "un negocio de aportación", y si éste es el negocio jurídico s su régimen y su naturaleza jurídica. Que en cuanto a la causa la obligación de reembolso es una obligación impuesta por la ley, no una obligación contractual, no estamos ante la obligación de reembolsar establecida en el art. 1358 del CC, pues esta norma contempla la posibilidad de que un bien determinado tenga carácter privativo a pesar de que la contraprestación satisfecha tenga carácter ganancial o viceversa. Que estamos ante un contrato bilateral con contraprestaciones recíprocas en el que la obligación de reembolsar es renunciable (art. 1358 del CC). Que si se trata de un contrato de cambio de una cosa por una cantidad de dinero estaríamos ante un contrato de compraventa y si se pacta que la suma de dinero será entregada en un momento posterior a la celebración estaremos ante una compraventa con precio aplazado. Que resulta incongruente, por exigencia del principio de determinación, permitir el acceso al Registro de un negocio cuyo régimen jurídico resulta desconocido no solo para los terceros sino incluso por los propios contratantes.

3. **Resolución del Presidente del TSJ de Murcia.**

El Presidente del TSJ de la Región de Murcia confirmó la nota del Registrador fundándose en sus alegaciones.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Notario recurrente.

El Notario autorizante de la escritura apeló el auto presidencial manteniéndose, en esencia, en un amplio informe en sus alegaciones iniciales.

2. **Doctrina de la DGRN**

El Registrador deniega la inscripción de la escritura porque a su juicio no se está ante un negocio cuya causa y régimen jurídico resulte con precisión y claridad, ni se expresan debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación y especialmente su causa, exigencia imprescindible.

El defecto debe ser revocado. Es doctrina ya reiterada de este centro Directivo que en nuestro derecho son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre cónyuges —por ende entre sus patrimonios privativos y consorciales— siempre que aquellos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto, entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente, o de comunicación de bienes como categoría autónoma con sus propios elementos y características, regido por las estipulaciones de los contratantes dentro de los límites legales, siempre que se precisen

debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación realizado, lo que se cumple plenamente en este supuesto: Se da el consentimiento de ambas partes, se delimita el objeto, pleno dominio sobre la finca y la onerosidad de la causa que lo impulsa pues la sociedad de gananciales adquiere contra el reembolso del valor actualizado del bien al tiempo de su disolución, mención suficiente para que pueda cumplir esta última exigencia y para que el negocio pueda ser inscrito.

3.2. *Apareciendo inscrito un inmueble en el Registro de la Propiedad con carácter privativo del esposo, para que en la liquidación de la sociedad de gananciales pueda adjudicársele a la esposa en pago de deudas, será necesario que se acredite el correspondiente negocio jurídico que recoja la voluntad de los cónyuges.*

RESOLUCIÓN de 11 de diciembre de 2001

ANÁLISIS DEL CASO

- El juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Alicante dictó auto aprobando el cuaderno particional elaborado por el contador partidor, en el que en el activo figura como único bien dos terceras partes indivisas de una vivienda, en la que se dice que dicho piso es en un tercio privativo del esposo y en los dos tercios restantes ganancial y se adjudica a la esposa la totalidad de la vivienda familiar.
- Presentado testimonio del auto de adjudicación en el Registro de la Propiedad de Alicante, se denegó su inscripción al encontrarse la finca en su totalidad inscrita con carácter privativo a favor del esposo, por título de compra en estado de soltero.
- La esposa interpuso recurso gubernativo ante el TSJ de Valencia que fue desestimado.
- La esposa interpuso recurso ante la DGRN que igualmente fue desestimado.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL TSJ DE VALENCIA

1. **Alegaciones de la recurrente.**

Que la resolución judicial que aprueba la disolución de la sociedad de gananciales está adoptada en procedimiento de separación con todos los requisitos legales y que dispone la adjudicación del dominio de un inmueble a favor de la esposa, y dicha resolución es un título público y el acto, la transmisión o adjudicación del dominio sobre un inmue-

ble, es de aquellos que son inscribibles en el Registro de la Propiedad, puesto que se refiere a la titularidad de derechos reales sobre bienes inmuebles. Que en modo alguno el esposo es un tercero hipotecario. Que la inscripción registral a favor de la esposa no es la de un tercero respecto del procedimiento judicial y por tanto lo único que existe es una presunción del carácter privativo del bien a favor del esposo (art. 38 de la Ley Hipotecaria), con carácter de presunción *iuris tantum,* que se destruye por prueba en contrario y en este caso ese carácter está destruido por el auto de fecha 28 de octubre de 1997, que es firme. Que el art. 1 00 del Reglamento Hipotecario se refiere a los obstáculos registrales que no han sido tenidos en cuenta en la resolución judicial, lo cual no sucede en este caso. Que el hecho de que la finca esté inscrita a favor del esposo, adquirida en estado de soltero, no es un obstáculo para inscribir la adjudicación aprobada por el Juzgado, a favor de la esposa, pues esa situación de la finca ha sido tenida en cuenta por el Juzgado y por el Contador, al aprobar la adjudicación a favor de la esposa del pleno dominio de la finca, como consta en la partición aprobada por el Juzgado y reproducida por el auto.

2. **Alegaciones del Registrador de la Propiedad.**

Que hay discordancia entre lo que publica el Registro y lo que se presenta a aprobación judicial. Que la inscripción, conforme a lo establecido en el art. 1.3 de la Ley Hipotecaria, está bajo la salvaguardia de los Tribunales y, conforme al principio de tracto sucesivo no es posible efectuar operación alguna con el documento presentado, pues no es posible liquidar como ganancial un bien que figura inscrito como privativo. El art. 20 de la Ley Hipotecaria consagra el referido principio, y dicho precepto en el aspecto subjetivo exige una identidad absoluta entre la persona que otorgue el acto inscribible y el que aparezca como titular en el Registro y una perfecta identidad entre el derecho, tal como se configura en el Registro y la inscripción, de un lado y entre la finca y el asiento, de otro, y ello con referencia a todo título en que se declare, transmita, grave, modifique o extinga el dominio y los demás derechos reales. En el aspecto formal ha de entenderse aplicable a toda clase de asiento, salvo el de presentación, por su carácter preparatorio. Por ello es necesario que conste previamente en el Registro la ganancialidad del bien. Esta atribución de ganancialidad tiene cauces reconocidos en el Código Civil (arts. 1354 y 1355) y sobre ella se ha pronunciado la Resolución de 7 de octubre de 1992. Que la falta de un título previo en el que se hubiese materializado la aportación a la comunidad que ahora se liquida, por aplicación del tracto sucesivo, impide la inscripción, siendo por tanto, un obstáculo que surge del Registro con arreglo al art. 100 del Reglamento Hipotecario y susceptible de calificación registral. Que dentro de los límites del artículo antes citado, la calificación registral de los documentos judiciales es completa, sin que ello incida en el principio de unidad de jurisdicción consagrada en el art. 117 de la Constitución Española, que por el contrario lo refuerza, ya que suponen una colaboración con los Tribunales de Justicia, bajo cuya salvaguardia se encuentran los asientos del Registro.

3. **Alegaciones de la Magistrado-Juez.**

La Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia, número tres, de Alicante, informó sobre los trámites del procedimiento de separación 399/1991, y que la adjudicación del inmueble a la esposa se justifica por haber abonado la misma, constante el matrimonio, dos tercios del importe de la misma, además de la cuenta del pasivo de la sociedad asumido por la esposa. Que por ello, la falta de oposición del demandado al cuaderno particional y el reconocimiento del mismo de que parte del precio del piso fue satisfecho en estado de casado, puede ser considerado como equivalente al pacto en virtud del cual se otorga carácter ganancial a determinado bien, estando la causa de dicha atribución clara en virtud de lo expuesto, por lo que la titularidad que otorga el auto que

aprueba la partición puede ser plenamente inscribible, conforme a lo dispuesto en los arts. 1354 y 1355 del Código Civil.

4. **Resolución del Presidente del TSJ de Valencia.**

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana confirmó la nota del Registrador fundándose en los arts. 609, párrafo 2.º, 1357 y 1354 del Código Civil, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y la Resolución de 11 de junio de 1993. Que, por último, si el Registrador ha de calificar los documentos presentados por lo que resulte de ellos y por los datos del Registro es evidente que al no explicitarse claramente en aquéllos la atribución de ganancialidad, surge un obstáculo registral al resultar la titularidad inventariada en el activo de la partición distinta a la que consta en el Registro, lo que determina por aplicación del art. 20 de la Ley Hipotecaria, la inadmisión del despacho del título presentado.

Que el defecto es fácilmente subsanable, pues conforme al art. 40, apartado a) primero, bastaría con testimoniar de los autos lo pertinente al reconocimiento por el titular registral de que el pago del precio de dos terceras partes del bien se ha hecho constante la sociedad de gananciales y con cargo a la misma.

RECURSO ANTE LA DGRN

1 **Alegaciones de la recurrente.**

La recurrente mantuvo las alegaciones contenidas en el escrito del recurso gubernativo.

2. **Resolución de la DGRN.**

El alcance de la calificación de los documentos judiciales ha sido objeto de numerosa doctrina de esta Dirección General, que, como consecuencia de lo establecido en el art. 100 del Reglamento Hipotecario, ha declarado que, si bien no compete al Registrador entrar en el fondo de las resoluciones judiciales, sí puede y debe examinar la competencia del Juzgado o Tribunal, la congruencia del mandato judicial y los obstáculos que surjan del Registro. En el presente supuesto, ningún obstáculo existe para que, en trámite de liquidación, se acredite que la vivienda habitual tiene un carácter determinado, pero la dación en pago de una deuda de un bien privativo excede de las operaciones liquidatorias, por lo que, para la transmisión de tal bien, será necesario el correspondiente negocio jurídico que recoja la voluntad de los cónyuges.

Derecho Comparado

LA FILIACIÓN ¡NO ES CUESTIÓN DE SEXO, ES CUESTIÓN DE PIEL!

ENRIQUE VARSI ROSPIGLIOSI

Doctor y Magíster en Derecho
Profesor de la Universidad de Lima y
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
http://comunidad.derecho.org/dergenetico

SUMARIO

I. LA FILIACIÓN.
II. LO BIOLÓGICO Y LO JURÍDICO.
III. CLASES O GRADOS DE PATERNIDAD.
IV. PRINCIPIO DE PRUEBA DE PATERNIDAD.

1. **El principio de prueba como límite al derecho a la tutela judicial efectiva.**
2. **La legitimidad del principio de prueba en defensa de otros valores.**

V. NATURALEZA Y VALOR JURÍDICO DE LAS PRUEBAS HEREDO-BIOLÓGICAS EN LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD.
VI. PRUEBA ORDINARIA.
VII. PRUEBA EXTRAORDINARIA.
VIII. LA PRUEBA BIOLÓGICA Y LOS INTERVINIENTES EN EL PROCESO JUDICIAL DE FILIACIÓN.

1. **El juez y la prueba biológica.**
2. **Las partes y la prueba biológica.**

IX. OBLIGATORIEDAD DE LAS PARTES A SOMETERSE AL EXAMEN HEREDOBIOLÓGICO.

1. **Teoría del fin supremo justicia.**
2. **Teoría de los derechos de la persona.**

X. LOS TERCEROS Y LA PRUEBA BIOLÓGICA.

XI. NEGATIVA A SOMETERSE AL EXAMEN BIOLÓGICO.

1. **Negativa justificada.**
2. **Negativa injustificada.**

XII. EFECTOS.

XIII. VALORACIÓN DE LA NEGATIVA Y SU RELACIÓN CON OTRAS PRUEBAS.

XIV. CONCLUSIÓN.

I. LA FILIACIÓN

A nivel doctrinal existen diversas acepciones de filiación, tomando en consideración su trascendencia en la persona, familia y la sociedad. Así tenemos, la filiación en sentido genérico es aquélla que une a una persona con todos sus ascendientes y descendientes; y en sentido estricto es la que vincula a los hijos con sus padres y que establece una relación de sangre y de derecho entre ambos.

PLANIOL y RIPPERT dicen que la filiación es la relación que existe entre dos personas (1), de las cuales una es el padre o la madre de la otra. MÉNDEZ COSTA la define como "el estado de familia que deriva inmediatamente de la generación con respecto del generado" (2). Para CICU es el estado cuya característica es "que forma parte de una serie de relaciones que unen al hijo, no sólo

(1) PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges: *Traité élémentaire de droit civil,* Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1948, I, núm. 1280, p. 454.

(2) MÉNDEZ COSTA, María Josefa: *La filiación,* Santa Fe, Rubinzal y Culzoni SCC, 1986, p. 13.

con sus padres, sino con todos los parientes de sus padres" (3). Según Doménico BARBERO la "filiación es, ante todo, 'el hecho' de la generación por nacimiento de una persona, llamada 'hijo', de otras dos personas, a quienes se llama 'progenitores'" (4). Por su parte, partiendo de que la procreación es obra del padre y de la madre, ESPÍN CÁNOVAS manifiesta que la filiación es aquella "relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y otra la madre de la primera" (5), en igual sentido SCHMIDT y VELOSO quienes complementan y nos dicen que la filiación "constituye un vínculo jurídico, quizá uno de los más importantes que el derecho contempla, por que de él derivan un conjunto de derechos, deberes, funciones y, en general, relaciones entre dos personas, que en muchos casos perduran por toda la vida (...) casi siempre este nexo jurídico va acompañado de un vínculo sentimental profundo y duradero" (6).

En la doctrina nacional moderna se ha dicho que la filiación es la más importante relación de parentesco y que partiendo de una realidad biológica, cual es la procreación, surge una relación jurídica impregnada de derechos y obligaciones que tiene como tema central la problemática legal acerca de los padres e hijos (7).

La filiación es la *conditio sine qua non* para conocer la situación en que se encuentra una persona como hijo de otra. Es una forma de estado de familia. De allí que se diga que la filiación implica un triple estado: *Estado jurídico,* asignado por la ley a una persona, deducido de la relación natural de la procreación que la liga con otra. *Estado social,* en cuanto se tiene respecto a otra u otras personas. *Estado civil,* implica la situación jurídica del hijo frente a la familia y a la sociedad.

Los términos paternidad y filiación expresan calidades correlativas, esto es, aquélla la calidad de padre y ésta la calidad de hijo (8). A pesar de las marcadas

---

(3) CICU, Antonio: *La filiación,* 1.ª edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, p. 18.

(4) BARBERO, Doménico: *Sistema del Derecho Privado,* EJEA, Buenos Aires, 1967, t. II, p. 105.

(5) ESPIN CÁNOVAS, Diego: *Manual de Derecho civil español,* 7.ª edición, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, vol. IV, p. 338.

(6) SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina: *La filiación en el nuevo derecho de familia,* Ed. Jurídica ConoSur Ltda., Chile, 2001, p. 81.

(7) ARIAS SCHREIBER PESTE, Max, ARIAS SCHREIBER, Ángela, y VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: *Exégesis,* tomo VIII, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 11.

(8) ESCRICHE, Joaquín: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia,* Librería de Ch. Bouret, París, 1884, p. 203.

características de cada uno de estos términos, la corriente jurídica que postuló la igualdad entre los hijos ha llevado a abolir toda diferencia entre paternidad y filiación [9] a efectos de no determinar el modo, circunstancias, tiempo y forma como ha sido concebida una persona. De ello tenemos que la filiación es consubstancial e innata al ser humano en el sentido que el *status filii* es un atributo natural, siendo aceptado y fomentado actualmente que toda persona debe conocer su filiación (derecho a conocer su propio origen biológico) no sólo para generar consecuencias legales sino para permitir la concreción y goce de su derecho a la identidad.

Por ello diremos que la filiación está determinada por la paternidad y la maternidad de manera tal que el título de adquisición del estado de hijo tiene su causa en la procreación [10], constituyendo ésta el presupuesto biológico fundamental en la relación jurídica paterno-filial. Sin embargo, esta relación puede constituirse sin hecho biológico (filiación sin procreación: adopción [11]) o existir hecho biológico y no filiación (procreación sin filiación: expósitos) o no existir una procreación propiamente dicha y una filiación por determinarse (reproducción asistida y filiación indeterminada).

II. LO BIOLÓGICO Y LO JURÍDICO

Todo ser humano cuenta con una filiación por el solo y único hecho de haber sido engendrado, ésta es la denominada filiación biológica (hecho físico o natural) que surge del acto propio de la concepción en relación a los progenitores. De allí que se diga que "la filiación humana está basada, pues, en la aportación de material genético con el que se produce la fecundación" [12]. Para que surta efectos legales debe ser conocida conforme a Derecho, de manera tal que la filiación legal (hecho jurídico) es aquella que determina la ley (presunción matrimonial de paternidad o declaración judicial) o la voluntad procreacional

---

[9] SILVA RUIZ, Pedro: "El Derecho de familia y la inseminación artificial 'in vivo' e 'in vitro'", en *Revista de Derecho Privado,* Ed. Derecho Reunidas, Madrid, 1987, enero-diciembre, T. LXXI, p. 326.

[10] VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores: *Introducción a la biojurídica,* Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, p. 154.

[11] La equiparación de los hijos de sangre con los adoptivos es parte de la *teoría de la desbiologización de la paternidad.* Vid. THEODORO JUNIOR, Humberto: "Alguns impactos da nova ordem constitucional sobre o direito civil", en *Revista dos tribunais,* Sao Paulo, Ed. Revista dos tribunais, año 79, diciembre 1990, vol. 662, p. 14.

[12] SOTO LAMADRID, Miguel Ángel: *Biogenética, filiación y delito,* Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 72.

del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado), adquiriéndose la calidad de padre o madre [13].

El problema surge cuando se intenta correlacionar el vínculo biológico con el jurídico. Mientras el biológico es natural, ilimitado y reservado en su determinación, el jurídico es creado, limitado y concreto en su establecimiento. Como vemos, se contraponen, hasta cierto punto. Escapa del Derecho la posibilidad de crear un vínculo biológico. Sólo lo puede reconocer o impugnar, de allí que el vínculo jurídico no es el elemento creador de la filiación, sino que es el elemento calificador y condicionante de la misma. Existen, asumiendo esta posición, dos cuestiones elementales en lo que atañe a la filiación, a saber: el hecho biológico de la procreación [14] y el acto jurídico de su prueba.

Estos dos presupuestos básicos relacionados a la filiación sientan sus bases en las ciencias biológicas, las que tienen como regla evidente el hecho de que cada hijo tiene necesariamente un padre que lo fecundó y una madre que lo alumbró. Sin embargo, para el Derecho puede carecerse de uno de ellos o de los dos porque la procreación es un hecho productor de efectos jurídicos, pero entre estos no está necesariamente la atribución de un estado de filiación.

III. CLASES O GRADOS DE PATERNIDAD

Decir que una persona es padre de otra no conlleva, necesariamente, a la existencia de un vínculo biológico, esta afirmación se sustenta en que ser padre implica actuar oficiosa y veladamente cuidando a la prole (padre es el que cría), mientras el término progenitor indica el vínculo biológico entre una persona y otra por la cual uno es el genitor y otro el generado (progenitor es el que engen-

---

[13] En lo referido a las fuentes de la filiación MARCIAL RUBIO, alineándose con la teoría de la voluntad procreacional, alega que existen tres formas de producir la relación paterno-filial para el Derecho: 1) La consanguinidad, como regla general, 2) la adopción y, 3) la voluntad del marido de asumir la paternidad del hijo de su cónyuge que no sea hijo suyo, y la voluntad de quien declara ser padre o da la condición de hijo a alguien que no tiene vínculo genético con él. (Vid. *Las reglas del amor en probetas de laboratorio,* Biblioteca de Derecho contemporáneo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo editorial, Lima, 1996, vol. 2, pp. 45 y 46).

[14] "El hecho de la procreación interesa al Derecho solamente en cuanto da lugar a una relación social especial. Por la procreación se produce un sujeto de derecho que se relaciona con los demás individuos y con el Estado. Pero se origina también una relación especial entre procreantes y procreado, lo cual significa que hay una actividad particular que deriva de tal cualidad, que hay deberes y derechos que se refieren a ella." CICU, Antonio: op. cit., p. 1.

dra). Bajo esta orientación María Dolores VILA-CORO [15], de manera clara y acertada, precisa las clases o grados de paternidad en el siguiente sentido:

Paternidad plena: El padre es aquel que ha engendrado al hijo (padre biológico) y tiene una relación jurídica con la madre (matrimonio o concubinato) que le otorga la calidad de *padre legal.* Tiene una presencia física en el hogar, en el desarrollo del niño y ejerce los derechos y obligaciones paterno-filiales. Es el caso de una paternidad absoluta o completa en la que no existe disociación entre el aspecto biológico y el legal.

Paternidad referencial: Es el padre cuyo hijo no goza de su presencia física pero tiene referencia de él que le ayudan a desarrollarse dentro de los parámetros de una familia con sus antecedentes y estirpes. El hijo conoce la identidad de su padre (rasgos, profesión, calidades, etc.). Se puede presentar en dos casos:

— Aquella que corresponde al hijo de una pareja en la que el marido ha fallecido o está ausente.

— Aquella que se da por fecundación *post mortem,* el hijo tendrá conocimiento de la identidad de su padre, pero está privado de los derechos legales.

La paternidad referencial sirve para establecer la identidad filogenética del hijo.

Paternidad social: En ésta el padre ha engendrado al hijo pero no convive con él, de manera tal que su relación no tiene efecto legal pero sí contenido emocional ya que le permite tener a un hombre como imagen de padre.

Padre excluido: Es aquel padre que, producto de una técnica de reproducción, ha cedido su material genético (de manera anónima pues prima la reserva en su identificación) sin compromiso de asumir una paternidad, privando del derecho de conocer su identidad al hijo engendrado con su semen. El hijo no cuenta con la persona del padre ni con su presencia referencial: no podrá establecer su identidad.

Todo ello lleva a afirmar que la paternidad representa una multiplicidad de lazos y variedad de relaciones que, organizadas entre sí, orientan la labor natural del hombre en la familia cual es la interrelación padre-hijo. En otras palabras, la paternidad implica consideraciones de orden personal, biológico, social y legal, generando en su conjunto un estado paternal pleno.

---

[15] VILA-CORO BARRACHINA, María Dolores: *Huérfanos biológicos,* San Pablo, Madrid, 1997, pp. 77-86.

IV. PRINCIPIO DE PRUEBA DE PATERNIDAD

La indagación realizada en un proceso judicial para la investigación de paternidad permite el ejercicio de una facultad inherente de la persona, conocer su ascendencia o descendencia, sentido por el cual algunos sectores doctrinarios argumentan que su naturaleza jurídica le otorga la calidad de ser un derecho de la persona, el derecho a la investigación de la paternidad. Cuando este derecho se lleva a la práctica resulta poco efectiva ya que la investigación judicial de la paternidad está sustentada en presunciones, éstas significan situaciones que permiten la investigación de la prueba (16) y el debate de la paternidad, pero de ningún modo determinarán una declaración de paternidad (por sí solas) si no se acreditan previamente y de manera debida. Estos elementos son las presunciones de paternidad y funcionan como hipótesis o indicios, reflejando casos comunes de la vida social (17) que nos lleven a suponer que una persona es padre de otra, porque existen hechos ocurridos, conductas asumidas o situaciones por comprobarse, que así lo indican (rapto, retención violenta, seducción, violación, concubinato —todos coincidentes con la época de la concepción—, posesión de estado o escrito indubitado). Todas y cada una de las presunciones admiten prueba en descargo del demandado. Es así que el supuesto padre probará por los medios que le faculta la ley —el más efectivo la prueba negativa de los grupos sanguíneos— su no paternidad.

En resumen diremos que las características de estas presunciones son las siguientes: No determinan automáticamente la paternidad; son un requisito para indagar la paternidad; deberán ser probadas; son hechos sociales; son presunciones *iuris tantum;* admiten a debate la alegada relación filial; pierden su eficacia frente a hechos biológicos; están basadas en relaciones factuales, comunes, universales y de conducta; son desestimadas plenamente cuando se

---

(16) Ante una demanda de Declaración de filiación extramatrimonial el juez, por interés superior del niño, ordenará una investigación judicial de paternidad sobre todo por el carácter oculto en que generalmente se desarrollan la relaciones sexuales extramatrimoniales. Casación núm. 720-97 (Lima), DOEP, 03 de diciembre de 1998.

(17) Dichos o refranes populares se han referido a la determinación de la paternidad: 1. "Los hijos de mis hijas nietos míos son, los de mis hijos sábelo Dios"; 2. ¡Ay, hijo mío!, cómo te pareces a tu verdadero padre"; 3. "De tal palo, tal astilla"; 4. "De tal padre, tal hijo" *(qualis pater, tales filius);* 5. "Del perro se ve, del gato se oye y del hombre se presume"; 6. "De padres jilgueros, hijos cantores"; 7. "De padres gatos, hijos mininos"; 8. "¿Por qué será que el hijo de Eneas, es parecido a Benitín?"; 9. "Sí, nosotros somos rubios pero Johnny es morenito porque nació en África...". Mentiras Universales. Vid. SOFLOCETO: "Humor dominical", en *El Dominical,* suplemento del diario El Comercio, Lima, LII, núm. 21, 24/5/98, p. 19, 10. "El niño reconoce a su madre por la sonrisa, pero a su padre...?", Virgilio, 11. "No es la carne y la sangre sino el corazón lo que hace padres e hijos" (Schiller).

haya demostrado biológicamente que el demandado no es el padre, a pesar de haberse probado (artículo 402 *in fine,* modificado por la Ley 27048).

Las presunciones de paternidad están siendo desplazadas por las biopruebas. Es más, la aplicación de las biopruebas y la negativa de la parte a su sometimiento ha generado el surgimiento de una nueva presunción. Compartimos con ZANNONI el hecho que, "si las conclusiones de la pericia arrojan un índice de paternidad probada de (99% o más), es casi ocioso preguntarse acerca de otras circunstancias que, antes, permitían inferir sólo presunciones *hominis*" (18). Esta formulación restrictiva para la investigación de paternidad ha llevado a plantear en el sistema español dos tendencias teóricas definidas en pro o en contra de un sustento preliminar o principio de prueba para demandar la indagación filial. Estas son:

1. El principio de prueba como límite al derecho a la tutela judicial efectiva.

El Código civil español establece: *"Artículo 127.*—En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas. El juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba en que se funde". El Código civil de Québec indica: *"Artículo 533.—La probanza de la filiación se puede realizar por cualquier medio de prueba..."*.

Principalmente, es de mencionar que en el caso de los supuestos de paternidad consagrados en el Código civil peruano (artículo 363 y 402) surge la interrogante siguiente: ¿Son taxativos o enunciativos? Es decir, sólo es procedente la demanda cuando se sustenta necesariamente en alguno de los indicados en la ley o cabe la posibilidad de fundamentar una futura acción en un supuesto no contemplado expresamente. De ser lo primero, que prime la taxatividad, se estaría consolidando exclusivamente una verdad formal *(favor legitimatis)* amparando sólo a aquellos hechos que se alinean con la ley. Si es lo segundo, en base a lo enunciativo, tenderíamos al establecimiento de una verdad real *(favor veritatis),* en esta las posibilidades para accionar en paternidad no están parametradas, es labor de interpretación y probanza que nos aproxime a lo biológi-

(18) ZANNONI, Eduardo: "Identidad personal y pruebas biológicas", en *Revista de Derecho privado y comunitario,* Derecho privado en la reforma constitucional, Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1997, núm. 13, p. 167.

co. Sobre este último sentido se ha pronunciado la jurisprudencia peruana [19] así como la brasilera [20] de manera que se puede volver a accionar una investigación de paternidad si el motivo alegado es diferente al presentado en proceso anterior.

2. La legitimidad del principio de prueba en defensa de otros valores.

Otra corriente sostiene que, si bien la exigencia de un principio de prueba responde a una previsión legal a fin de tutelar otros valores constitucionales estableciendo casos que admiten a debate la relación filial, este pre-requisito o llámese obstáculo satisface esta exigencia —en parte puede decirse que es justificado— lo que conlleva a que la actitud del juez requiriendo el principio de prueba no podrá ser catalogada de arbitraria. Más aún, sí es claro que en los procesos de filiación se ha interpretado esta exigencia con cierta flexibilidad, admitiendo pruebas de por sí indirectas (tipología sanguínea, fotografías, afinidades personales) en aras de ampliar las posibilidades de su investigación.

El Derecho y la ley deben reconocer la facultad inherente que tiene el hijo de reclamar su estado filiativo y exigir a sus padres que cumplan con los deberes y obligaciones naturales que tienen respecto de él. Entendemos que el Estado tiene interés en que ni la sombra ni la confusión se proyecten a tan trascendental relación debiendo dictar medidas de protección para asegurar el cumplimiento de la filiación y de los deberes familiares. Sin embargo, la relación paterno-filial y su connotación universal ha determinado que el Estado no sólo haya tomado medidas legales para remediar los problemas suscitados, sino que ha tenido que valerse de alternativas biomédicas, como las más adecuadas, para resolver el problema de la relación filial. A ello se suman los programas de planificación familiar que han servido para disminuir la tasa de natalidad.

---

[19] El juzgador decidió la controversia aplicando la norma legal pertinente al caso concreto, no obstante no haber sido sustentado la demanda en una de las causales de filiación extramatrimonial, contenidas en el artículo 402 del CC. De esta manera hace uso de la facultad que le concede el artículo VII del TPCPC. Casación n.º 3759-2000 (Lima), DOEP, 27 de febrero de 2001.

[20] "O autor de ação de investigação de paternidade rejeitada pelo Poder Judiciário pode entrar com novo pedido na Justiça, desde que o motivo alegado seja diferente do apresentado no processo anterior. O entendimento serviu para a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça determinar o prosseguimento de ação de investigação de paternidade impetrado por uma comerciária do Rio Grande do Sul. Ela alega ser filha de um fazendeiro que já morreu". Vid. "Quem é o pai?, Ação de paternidade pode ser impetrada mais de uma vez", en *Revista electrónica Consultor Jurídico,* www.conjur.com.br, 13 de septiembre de 2001.

El cambio esencial y necesario del Derecho se ve reflejado en temas como: La igualdad de los hijos, la permisibilidad en la investigación de la paternidad, la admisibilidad de las pruebas heredobiológicas en la investigación de la filiación paternal, y el amparo a la paternidad responsable.

V. NATURALEZA Y VALOR JURÍDICO DE LAS PRUEBAS HEREDOBIOLÓGICAS EN LA INVESTIGACIÓN DE LA PATERNIDAD

La pericia es un medio de prueba que fue creado con el objeto de examinar cuestiones que si bien merecían conocimientos especializados sólo servían para otorgar al juez elementos de mera convicción. Es decir, permitían, y a la fecha sigue siendo igual, comprobar a través de elementos científicos, artísticos o industriales cuál es la relación existente entre los hechos controvertidos y el derecho de los justiciables, a fin de obtener una correcta solución a su pretensión. En definitiva, la pericia sirve para ayudar y colaborar con los conocimientos del juez, dejando en claro que no determinan nada, sólo fijan futuras pautas a seguir para permitir una adecuada decisión judicial.

Hoy en día la ciencia ha avanzado considerablemente. A pesar de ello nuestra legislación sustantiva y adjetiva vigente es inadecuada para regular los progresos científicos que, desde su ángulo procesal-probatorio, deben ser regulados por las reglas de la pericia, conforme ha sido siempre entendida. Como tal, este medio de prueba es insuficiente para permitir una decisión acertada, correcta y determinante en casos especiales. Efectivamente, en nuestros días, y a causa del vertiginoso avance de la ciencia, tanto los procedimientos como las reglas que norman procesalmente la pericia resultan inapropiadas a muchos métodos y aplicaciones científicas que pueden, *per se* y con absoluta certeza, resolver la materia controvertida.

Mucho se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de las pruebas biomédicas. Se ha alegado, por un lado, su característica pericial *sui generis* y, por otro, el modo de aplicación puramente técnica de la cual goza. Para nuestro ordenamiento procesal la pericia, más que una prueba, es un medio para la obtención de elementos probatorios que esclarezcan los hechos controvertidos en el juicio. El dictamen pericial en ningún momento podrá obligar al juez quien está facultado a valorarlo de acuerdo a reglas de apreciación [21].

---

[21] "Si bien es cierto que la prueba de ADN reviste un reconocido grado de certeza científica, también es cierto que no obliga al Juzgador, pues se debe atribuir a dicha prueba la calidad de ilustrativa con sujeción a las reglas de la crítica". Expediente 3446-96, Lima. CD Explorador jurisprudencial 2001-2002, *Diálogo con la jurisprudencia.*

El juzgador no puede reemplazar al técnico especializado e incursionar en un terreno tan espinoso y vedado para el Derecho como es la transmisibilidad de los marcadores genéticos de generación en generación, desestimando los principios biológicos en los cuales se sustenta el informe pericial. Sin duda alguna (insisto con esta idea), la palabra del especialista que interviene en estas pruebas no puede ser considerada *cosa juzgada,* pero tampoco podemos negarle que en gran medida lo es. Por otro lado, efectivamente, la técnica genética se convierte en una prueba de indiscutible valor en la decisión judicial (22). Con ella se demuestra de manera biológica *quién es el padre* o, en su caso, *quién no puede serlo,* lo que producirá de inmediato una valoración absoluta del resultado, determinante al momento de expedir sentencia.

Jurídicamente, resulta forzada la valoración y vinculación judicial de la prueba genética en los juicios de investigación paternal. Debemos considerar las leyes biológicas y principios genéticos en los cuales se sustenta la prueba heredobiológica de paternidad y relacionarlos con lo poco coherente que resulta la valoración subjetiva que otorga nuestra ley procesal a las pericias en general, sin hacer la distinción o clasificación que requieren estos tipos de investigaciones técnico-científicas.

VI. PRUEBA ORDINARIA

Concretamente, las pruebas biopaternales son de carácter ordinario o común, es decir, no son obligatorias. Su utilización no es necesaria, exclusiva o preferente. Podemos prescindir de ellas, pues la investigación filial implica un análisis amplio de todas las pruebas existentes, agotándose los medios necesarios. La biologización judicial de la paternidad no debe tomarse como premisa fundamental ni única. Por sobre todo, estas pruebas deben orientarse, y así utilizarse, al hecho principal.

(22) "Debe tenerse presente que el juez ha dado a la prueba de ADN un valor simplemente coadyuvante, ello teniendo en cuenta que su incorporación a la legislación sobre la materia es posterior a la interposición de la demanda. Sin embargo este hecho no perjudica el derecho de contradicción de los recurrentes y por ende no contraviene de modo alguno las garantías del debido proceso", CAS núm. 65-2001 (Lima), DOEP, 08 de marzo de 2001.

VII. PRUEBA EXTRAORDINARIA

En Italia, la jurisprudencia [23] ha determinado que la prueba biopaternal tiene carácter extraordinario, en otras palabras, es practicable sólo cuando el juez no puede alcanzar de otro modo su convencimiento directo. En todo caso, se presenta como excepcional. Este criterio es limitativo ya que restringe a los tribunales de una de las herramientas de convicción más certeras en la determinación de la paternidad. Será esencial recurrir a las biopruebas en aquellos supuestos en los que exista prueba preliminar o suficiente (principio de prueba) para admitir la demanda, pero será insuficiente por sí sola para acreditar la paternidad.

En Argentina, este sentir legal es consagrado en la Ley núm. 23.511 (Ley de banco de datos genéticos), que en su artículo 4 expresa que "cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable se practicará el examen genético...". Esto servirá como un medio para salvaguardar el derecho de todo ciudadano a no verse sometido a reconocimientos de carácter biológico a causa de demandas —como las denomina la teoría española *jurisprudencial*— frívolas o torticeras.

VIII. LA PRUEBA BIOLÓGICA Y LOS INTERVINIENTES EN EL PROCESO JUDICIAL DE FILIACIÓN

El hecho de que se fomente la bioinvestigación de la paternidad no implica que se vulneren las relaciones sociales existentes, de allí la exigencia de un principio de prueba a fin de vincular el principio de veracidad (que corresponde al demandante) con el de seguridad jurídica y estabilidad (que subyace en el proceso). Con esta orientación MÉNDEZ COSTA argumenta "que no podría exigirse la prueba hematológica (a la sazón hoy la prueba de ADN) si antes no se ha demostrado por cualquier medio que el hecho de la filiación demandada es posible" [24].

De modo que quienes intervienen necesariamente en todo proceso judicial son el juez y las partes:

---

[23] Sentencia de la Corte di Cassazione, 2 de marzo de 1976 y 4 de marzo de 1960, *cfr.* LLEDÓ YAGÜE, Francisco: "Las pruebas biológicas en los procesos de paternidad", en: *La Ley,* Buenos Aires, 1986, p. 1075, notas 2 y 4.

[24] *Cit.* GROSMAN, Cecilia P. y ARIANNA, Carlos: "Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", en: *La Ley,* Buenos Aires, t. 1992, p. 1194.

1. **El juez y la prueba biológica.**

Toda prueba debe tener vinculación con los hechos alegados y producir certeza en el juez respecto a los puntos controvertidos, a fin de que sea de utilidad para fundamentar sus decisiones (25). En tal sentido, el juez puede negarse a admitir una prueba si la considera improcedente o ilegal. Por el contrario, está obligado a su admisión cuando se refiera a los hechos controvertidos y a la costumbre, cuando esta última sustente la pretensión relacionado con el *Principio de pertinencia,* artículo 190 Código Procesal Civil (obligatoriedad judicial). Con similar posición, la jurisprudencia brasilera ha establecido que, habiendo elementos suficientes para el convencimiento del juez respecto a la paternidad objetiva en la acción de investigación, es necesario el examen hematológico HLA, evidenciándose que el supuesto padre es el portador del fenotipo raro.

2. **Las partes y la prueba biológica.**

La aplicación de la prueba genética suscita sendas cuestiones de carácter procesal, sea en lo referente a su admisibilidad (26), eficacia (27) y obligatoriedad

---

(25) "El Recurso de Casación no reúne los requisitos de fondo para establecer su procedencia aunque sí cumple con los requisitos de forma para su admisibilidad... Que la prueba de ADN no se actuó con las formalidades de ley". Casación núm. 2818-99 (Lambayeque), DOEP, 1 de diciembre de 1999.

(26) "Siendo un cálculo de probabilidad el acontecimiento de la paternidad extramatrimonial, es de resaltar la prueba del ADN, la misma que viene a dar plena certeza respecto del padre biológico, con un nivel de aproximación científica del 99,86%. El carácter científico de la prueba genética del ADN da valores absolutos que encuadra perfectamente en la ratio legis del Código Civil y debe ser admitida por el Juzgador sin reserva ni limitaciones". Expediente 3114-96, Lima. CD Explorador jurisprudencial 2001-2002, Diálogo con la jurisprudencia. "Que la denuncia de la aplicación indebida del inciso 2.º del artículo 403 [*sic,* 402] del CC no resulta procedente, toda vez que está referida a un tema de prueba relativo a la acreditación del concubinato durante la época de la concepción del menor, lo cual resulta ser ajeno a los fines y a las causales sustantivas del recurso de casación que versan exclusivamente sobre cuestiones de derecho. Que, igualmente el cargo de inaplicación del artículo 402 *in fine* del CC no resulta procedente porque la prueba sanguínea actuada en el proceso no desvirtúa la veracidad de la relación convivencial que ha servido de base para demandar la filiación extramatrimonial". Casación, núm. 1726-01 (San Román), DOEP, 25 de julio de 2001.

(27) "Los análisis de ADN constituyen en nuestros días una prueba concluyente para determinar la paternidad. En el presente proceso, la actora pretende que al demandado se le declare padre de su menor hijo amparándose en la correspondencia que ha cursado con éste durante la etapa de la concepción y durante la época de su embarazo. La Corte Suprema declara que estas pruebas son insuficientes, pese a la opinión del Fiscal Supremo y al voto en discordia del Magistrado Montoya". Expediente 316-88-LIMA. CD Explorador jurisprudencial 2001-2002, *Diálogo con la jurisprudencia.*

a su sometimiento. Es en este último aspecto que las implicancias directas con el órgano jurisdiccional que conoce la causa y con las partes que discuten el nexo biológico determinan efectos jurídicos trascendentales.

IX. OBLIGATORIEDAD DE LAS PARTES A SOMETERSE AL EXAMEN HEREDOBIOLÓGICO

Este es el punto de mayor importancia en la aplicación judicial de las pruebas biológicas. El sometimiento de las partes a las experticias en estudio motiva innumerables problemas de orden jurídico, que van desde los derechos y garantías constitucionales hasta la valoración de la negativa de parte para esclarecer el nexo biológico. Existen dos teorías doctrinales —entre las más importantes—, muy bien definidas, que tratan sobre la relación jurídica de la conducta de parte frente al valor justicia para investigar la paternidad:

1. **Teoría del fin supremo justicia.**

La obligación de participar activamente y colaborar en el proceso judicial es un acto inherente a toda persona, por la razón de vivir en un Estado de Derecho y con sujeción a las normas del orden jurídico. El sometimiento a las pruebas genéticas ordenadas por el juzgador para investigar la paternidad es una *colaboración obligatoria* y que de ningún modo atenta contra la libertad individual, en razón de que las técnicas de paternidad son sencillas y no implican una violación a los derechos. Quien alegue tal restricción estaría cometiendo un abuso de derecho. El demandado no está *obligado* a prestar su cuerpo, pero sí tiene la *carga* de hacerlo porque si no lo hace su negativa constituirá una de las pautas para juzgar circunstancialmente la situación de hecho [28].

Por sobre todo está el valor justicia y el esclarecimiento de los hechos, más aún tratándose de indagar una filiación que es el sustento de un derecho natural, me refiero al derecho a conocer quién es nuestro padre biológico. En todos estos procesos, lo que se busca no es la defensa de los progenitores sino el reconocimiento de los derechos del hijo. Una forma indirecta de que la prueba biológica de paternidad sea obligatoria es el establecimiento de una presunción en caso de que exista una negativa a su sometimiento. Indiscutiblemente, un gran sector de la población —pro defensa del niño y de la familia— alega

---

[28] *Cit.* ZANNONI, Eduardo: "Identidad personal y pruebas biológicas", en *op. cit.,* p. 170, nota 20, refiriendo el voto de Cifuentes en el fallo de la Cám.Nac.Civ., sala C. 22-10-93, E.D. 157-270.

vivamente la obligatoriedad legal a los exámenes biológicos, es decir, propugnan una forma directa y expresa, reconocida por la ley, para que las pruebas de paternidad tengan el carácter de obligatorias.

2. **Teoría de los derechos de la persona.**

Sostiene que a nadie puede obligársele a un examen biocorporal, en razón de la existencia de derechos personales. Si bien estos planteamientos benefician a los litigantes de mala fe, que ocultan y resguardan su responsabilidad paternal en los principios constitucionales de libertad humana y de la inviolabilidad de la persona, debe considerarse que el impedimento para actuar la pericia reside en la coacción o compulsión al sometimiento de la misma. Sin embargo, los argumentos antes mencionados no son del todo válidos al estar de por medio un interés de carácter preferente, cual es que todo sujeto tiene derecho a conocer quién es su padre.

Los derechos de la persona como la integridad, la libertad, la intimidad, el honor, la igualdad y la tutela judicial efectiva pueden verse afectados por el propio acto de intervención, no importando el resultado que el mismo arroje. Sea negativo o positivo, el daño a los derechos está dado, pero se toma en cuenta "el interés superior del niño" (artículo IX del Código de los niños y adolescentes) o mejor interés del niño.

X. LOS TERCEROS Y LA PRUEBA BIOLÓGICA

La intervención de terceros puede facilitar la investigación del nexo filial en discusión. Como hemos determinado, las pruebas heredobiológicas tienen como sustento la transmisibilidad de los marcadores genéticos de generación en generación, individualizándose cada vez más conforme se vaya estrechando el vínculo biológico entre los parientes consanguíneos, esto es: tíos, abuelos, nietos, hermanos, quienes en procesos de filiación pueden aportar elementos biológicos básicos para sentenciar correctamente. En nuestro medio no existe amparo legal para que los terceros ajenos al litigio (esto es abuelo, hermanos, etc.) se sometan al examen heredobiológico para investigar en sus marcadores genéticos la transmisibilidad de la *huella familiar* en relación con las partes litigantes (padre e hijo). Inclusive, para estos terceros ajenos al litigio no rige el deber de declarar o de sometimiento establecido para el caso de los testigos (*artículo 222* del Código Procesal Civil).

XI. NEGATIVA A SOMETERSE AL EXAMEN BIOLÓGICO

Entendida la tendencia doctrinal de la obligatoriedad de parte a colaborar con la prueba heredobiológica y descartada la compulsión o ejecución forzada

de la misma, es necesario estudiar los efectos jurídicos que surgirían de la resistencia a su sometimiento.

1. **Negativa justificada.**

En estas situaciones los argumentos que se esgriman deben ser razonables y estar debidamente probados. De esta manera, sólo la existencia de causas muy cualificadas, y debidamente justificadas, podrían legitimar la negativa al sometimiento de la prueba biológica.

Entre algunos casos de especial consideración tenemos:

— Razones de salud física (hemofílica) o síquica [29].

— Si el demandado es un anciano de ochenta y tres años, que padece de arteriosclerosis avanzada, con hipertensión y una esclerosis coronaria con un broncoenfisema pulmonar, edad y padecimientos que algunos meses después le produjeron la muerte [30].

— Motivos religiosos [31] o de credo, así como otras causas relevantes vinculadas a la libertad religiosa.

---

[29] Así, un Tribunal alemán, el Olg de Koblenz (sentencia de 19 de setiembre de 1975; cfr. NJW, 1976, p. 379), estimó como argumento válido, en un proceso de impugnación de paternidad matrimonial, para negarse la madre al sometimiento de la prueba hematológica, los importantes daños psíquicos que de ello se podrían derivar dado su gran temor al pinchazo en la extracción de sangre. El tribunal concluyó que, puesto que había sido probado que la señora efectivamente padecía una "Spritzen-Phobie", y que ésta podía ser tratada y curada, si no era posible decidir sobre la filiación mediante las restantes pruebas, cabía postergar la práctica de esa prueba a un momento posterior.

[30] Tribunal Supremo de España, 14/05/1991, sentencia comentada por José Luis DE LOS MOZOS y José María DE LA CUESTA, *Revista de Derecho Privado de Madrid,* dic. 1991, p. 1057. *Cit.* por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida R.: "El valor de la prueba genética en el Derecho argentino", en: *El Derecho ante el proyecto de genoma,* Madrid, Fundación BBV, vol. IV, 1994, p. 182, nota 31 y EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles: "El papel jurídico de las pruebas biológicas y la negativa a su sometimiento en la investigación de la paternidad", en: *Revista de Derecho y genoma humano* (II), Bilbao, Universidad de Deusto, 1995, núm. 3, p. 59, nota 86.

[31] En la sentencia del 3/12/1991, el Tribunal Supremo de España descartó la negativa fundada en razones religiosas; el rechazo estuvo motivado en que estas razones se esgrimieron por primera vez en la instancia de la Casación y no estaban probadas. *Cfr. Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil,* núm. 28, p. 29, especial comentario de Francisco RIVERA HERNÁNDEZ. El autor recuerda la sentencia de 14/11/1987 en la que el Tribunal estimó irrelevante ser miembro de la secta religiosa denominada Testigos de Jehová porque el representante de la Asociación que los nuclea testimonió que esa religión no prohíbe la extracción sanguínea con el fin de practicar un análisis, dejándose su ejecución a la conciencia de cada uno.

— El imputado como padre demuestre su imposibilidad física de haber cohabitado con la madre, ya sea por estar de viaje o en etapa de convalecencia o en prisión.

— Se demuestre efectivamente la infertilidad o impotencia.

— La negativa de un menor de 14 años, tomando en consideración que el reconocimiento en nuestro sistema se realiza a partir de dicha edad *(principio de economía básico)*.

— Error en la identidad del demandado [32].

— Carecer de vínculo sanguíneo.

Los casos mencionados forman parte de lo que se conoce como las *probabilidades a priori contingentes* en la investigación de la paternidad, es decir aquellas situaciones analizadas con anterioridad al examen biológico.

Otros casos que, en cierta manera, justificarían la negativa y que se han presentado en la jurisprudencia comparada son:

— La inexistencia evidente de indicios serios de la conducta que se le atribuye al demandado, pues no hay razones que induzcan una paternidad.

— La absoluta falta de necesidad de la misma (prueba heredobiológica) al existir otros medios probatorios, fácilmente utilizables, que pueden conducir a la determinación de la paternidad. Y es que hay razones suficientes que inducen una paternidad.

2. **Negativa injustificada.**

No serán considerados como motivos justos:

— El daño a la integridad física (la tipificación de los estudios de ADN no requiere sangre sino que los mismos se realizan con cualquier otro fluido corporal).

---

[32] En el caso se consideró acreditado que la madre del menor en la época de la concepción se desempeñaba como doméstica con cama adentro en el domicilio del presunto padre. A su vez, éste no había acreditado que la madre tuviera en aquel tiempo relaciones sexuales con otros hombres. Por otra parte, el demandado no concurrió a someterse a los estudios biológicos, declarando ante el juez que los mismos no dan seguridad y que era mellizo gemelo con otra persona. En relación a ello, el tribunal entendió que al contestar la demanda no se había dicho nada respecto del hermano, ni solicitado que se integrara la litis con él, ni acompañado oportunamente certificados de nacimiento, y mucho menos ofrecido la prueba biológica para acreditar la gemelidad. Finalmente se afirmó que cuando los presuntos padres son mellizos, pueden ser dicigótico o monocigótico (Cámara Civil y Comercial de Morón, Sala I, 2-6-92), *cit. Revista de Derecho privado y comunitario,* Santa Fe, Rubinzal Culzoni, núm. 8, p. 426.

— El riesgo económico (el demandado asume el costo de la prueba si resulta positiva).

— La deshonra social (que sea un personaje público o por notoriedad de la persona).

— La vulneración a la integridad familiar (causal de divorcio por adulterio, injuria grave).

— El desmedro profesional (profesional exitoso).

— Falta de fiabilidad del laboratorio (33).

— Un posible contagio de enfermedades infecciosas.

— El hecho punible como consecuencia de la negativa (delito contra la administración de justicia o ser acusado de violación al comprobarse la compatibilidad génica).

Todo ello será apreciado por el juez de acuerdo a su poder discrecional, considerando que la negativa injustificada al sometimiento de la bioprueba no se dirige a la protección del cuerpo humano sino a obstaculizar una investigación filial.

XII. EFECTOS

La negativa puede derivarse del padre, de la madre o del hijo e indiscutiblemente los efectos jurídicos que produzca serán disímiles en relación a la persona de quien provenga. En paralelo sentir el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, Argentina, ha resuelto por mayoría que: "...no puede atribuirse el mismo efecto si el renuente a la prueba biológica es el pretenso padre, o si lo es un descendiente, colateral o ascendiente en una acción de filiación *post mortem*" (34).

---

(33) "El peritaje de los grupos sanguíneos no es un examen determinante, como sí lo sería el examen de ácido desoxirribonucleico —ADN— para declarar la filiación extramatrimonial. El cuestionamiento del demandado para no someterse a la prueba del ADN por no ofrecerle garantías el laboratorio, es un argumento deleznable pues la extracción de muestras, el envío al exterior y posterior recepción están sometidos a normas de seguridad e inviolabilidad que garantizan el resultado de dicho peritaje". Expediente 542-97, Lima. CD Explorador jurisprudencial 2001-2002, *Diálogo con la jurisprudencia.*

(34) Cámara 1.ª Civil y Comercial de San Nicolás, 22-12-1994, *Cit. Revista de Derecho privado y comunitario,* Santa Fe, Rubinzal Culzoni, núm. 11, p. 338.

Por tanto tenemos:

— Cuando es la madre o el hijo quien de modo injustificado se niega a someterse al examen genético deducimos que de dicha actitud se desprende un temor a que sea descubierto el verdadero nexo biológico, quedando desestimada la demanda por aquellos interpuesta. Igualmente, que sea considerado como una causa fehaciente de no paternidad cuando la prueba biológica haya sido ofrecida por el padre como medio de prueba (35). En este caso, el juez considerará una presunción de incompatibilidad de marcadores genéticos desfavorable a la madre o al hijo que afirmó el vínculo en su demanda, independientemente de quien presentó la prueba de paternidad biológica.

— Cuando es el padre quien se resiste al sometimiento de la experticia biomédica, tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada no son uniformes. En este caso el criterio dictaminador común y lógico es que el juez apreciará la negativa del supuesto padre como una conducta encubridora de la relación filial demandada, ya que si el imputado como progenitor no lo fuera realmente no evadiría una prueba que tiene por objeto poner de manifiesto la existencia o imposibilidad del vínculo parental (36).

— Cuando es un tercero el que se niega a someterse a la prueba biológica, por citar algunos ejemplos: a) el abuelo que se rehúsa al examen para investigar la paternidad de un supuesto nieto, b) el adoptante que se niega a la investigación biológica de su hijo legal. En estos casos no podemos deducir ningún tipo de supuesto relacional de filiación.

---

(35) Impugnación de paternidad y negativa de la madre: "...la negativa al sometimiento fue invocada como elemento coadyuvante para acoger la demanda de impugnación de la paternidad iniciada por el marido de la madre. En el caso, el hijo había nacido dos años después de la separación de hecho seguida de una declaración o manifestación efectuada ante una defensoría en que se dejó constancia de esa situación. La madre, demandada conjuntamente con el hijo, se opuso tenazmente a esta prueba, elemento que fue valorado por el tribunal para acoger la demanda de impugnación" (Cámara Nacional Civil, Sala E, "B.F. c/P.R.A. y otro", 29-8-91), *Cit. Revista de Derecho privado y comunitario,* Santa Fe, Rubinzal Culzoni, núm. 2, p. 327.

(36) De esta manera dictaminó el Tribunal Constitucional español, al declarar la paternidad del famoso torero, El Cordobés, en favor de Manuel Benítez Velasco, hijo de Aline Elizabeth Velasco (otra modelo y amante del demandado). La Alta Corte basó su sentencia en que El Cordobés se negó siempre a hacerse las pruebas de paternidad. El Tribunal Español consideró que tal negativa "constituye base suficiente para que el Tribunal establezca el nexo causal preciso para llegar a una conclusión sobre la paternidad reclamada". Con el fallo del Tribunal Constitucional se confirmó en definitiva la paternidad del demandado "quien no podrá recurrir de nuevo a la sentencia". (Vid. *Semana*, Canarias, España, Ed. Rivadeneyra, 28 de marzo de 1990, núm. 2615 y diario *Expreso,* Lima, 30 de abril de 1990, p. 28, y 3 de mayo de 1990, p. 28).

Presentemos un caso concreto:

La negativa de la viuda y de los presuntos medios hermanos a someterse a la prueba biológica a fin de determinar el vínculo filial *post mortem* solicitado por la madre de un hijo extramatrimonial quien reconoce carecer de otras pruebas:

La tendencia doctrinal y jurisprudencial actual en el Derecho comparado, como ya lo hemos mencionado acerca de los efectos de la negativa al sometimiento de las pruebas biológicas de paternidad es obtener de la misma un indicio o presunción que sumada con otras pruebas confieran al juez elementos sólidos para fallar la acción de filiación. Frente a esta conducta procesal de renuencia se valorará el conjunto, no la individualidad, pues el substrato de la negativa es una mera presunción. Las biopruebas, por lo sustentado jurídicamente, servirán de elementos de convicción al juez para reforzar los supuestos alegados y fundamentados. La idea es sumar indicios al de la negativa a fin de llegar a una conclusión clara, no por ello apresurada. Sin embargo, es de señalarse que no toda negativa genera efectos directos en el razonamiento judicial para fallar una paternidad pues pueden darse casos de negativas justificadas o cualificadas en las que se argumenten motivos que legitimen la oposición de la parte al sometimiento de la prueba biológica.

Para que la negativa pueda implicar una valoración jurídica de aproximación al fallo de paternidad, deberá cumplir con los siguientes elementos, conforme lo señala la jurisprudencia española [37]: Ser seria y sensata, injustificada, manifestada personalmente por el interesado, ser obstruccionista y reveladora de un expreso propósito de no comparecer al juzgado o ante los peritos para someterse a las pruebas biológicas. De no reunir estos elementos esenciales la negativa será admitida como justificada. Es más, y centrándonos a la pregunta esbozada, en nuestro medio no existe amparo legal para que los terceros (esto es abuelo, hermanos, tíos, primos, etc.) se sometan al examen heredobiológico para investigar en sus marcadores genéticos la transmisibilidad de la *huella familiar* en relación con las partes accionantes directas en paternidad (padre e hijo).

Los efectos jurídicos de la negativa serán disímiles en relación a la persona de quien provenga, sea el padre, la madre, el hijo, el abuelo, el hermano, el tío, el primo, etc.

---

[37] STS de 29 de marzo de 1993, SSTS de 14 de julio y 23 de septiembre de 1988 y 15 de marzo de 1989. *Cfr.* EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, *op. cit.* (II), p. 54.

Podemos sustentar, con los elementos teóricos y jurisprudenciales antes mencionados, que las partes demandadas pueden legítimamente alegar una negativa justificada:

a) La viuda, por carecer de relación biológica con el menor requirente en paternidad. En este sentido, la prueba biológica solicitada resulta por demás inoficiosa e inútil pues no probará nada respecto de la filiación reclamada; y

b) Las hijas, porque no hay medios, indicios, presunciones, supuestos o fundamentos de hecho serios y claros acerca de la relación parental que se le atribuye a su difunto padre. De esta manera, la procedencia de la prueba y el sometimiento personal a la misma depende de los argumentos alegados que impliquen una supuesta relación de paternidad. Por el contrario, si los hechos en que se fundamenta la pretensión de la actora no se relacionan con el principio de prueba de paternidad, la bioprueba debe ser declarada improcedente.

En caso se quiera valorar dichas negativas y al no existir otros elementos de pruebas que lleven a suponer una paternidad, la demanda debe ser declarada infundada. En la línea seguida por los puntos a) y b) ha decidido la jurisprudencia española que "...la negativa a someterse a las pruebas biológicas debe ser evaluada caso por caso; pero de la negativa, en general, debe extraerse la presunción de lo afirmado por la otra parte" (38). Todo lo contrario, es decir aceptar o reconocer la negativa injustificada al sometimiento de la prueba de paternidad, sería un acto directamente lesivo contra los derechos del recurrente en filiación, así como una violación al ordenamiento jurídico (39).

Es de ocasión asumir el criterio de GROSMAN y ARIANNA (40), quienes alegan respecto del significado de la obligatoriedad de los bioexámenes que extraer de la negativa una presunción que son ciertas las afirmaciones de la contraparte, si bien permiten la declaración filial, esta adolece de una deficien-

---

(38) Cámara Nacional Civil, Sala M, 8-6-93, *Cit. Revista de Derecho privado y comunitario,* Santa Fe, Rubinzal Culzoni, núm. 5, p. 378.

(39) En esta orientación, la Resolución de la Corte Suprema Argentina núm. 4/12/95 H.,C.S. y otro "admitir la negativa a su cumplimiento importaría tanto como desconocer lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño —especialmente en su artículo 8—; circunstancia esta que podría ocasionar la responsabilidad del estado por incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos". *Cit.* CIFUENTES, Santos: "Difícil y necesario equilibrio entre los intereses públicos y los derechos personalísimos (La *inspectio corporis* forzada)", en *Diálogo con la jurisprudencia, Revista de crítica y análisis jurisprudencial,* Gaceta jurídica editores, Lima, 1997, año III, núm. 6., p. 313, punto 14.

(40) GROSMAN, Cecilia P. y ARIANNA, Carlos: "Los efectos de la negativa a someterse a los exámenes biológicos en los juicios de filiación paterna extramatrimonial", en *op. cit.,* p. 1201.

cia ética, ya que se está reemplazando la posibilidad de obtener un alto grado de probabilidad de paternidad, por una presunción de paternidad nacida de un acto de inconducta procesal. Con esto se está sustituyendo el derecho del hijo a ser declarado como tal sobre la base de pruebas eficientes, por una filiación fruto de un reconocimiento *ficto.* Por otro lado, es de reconocer, y así valorar los efectos, que desde la posición del demandado, es menos comprometedor perder un juicio como resultado de una ficción que como consecuencia de la comprobación de una verdad negada. De esta manera se deja latente la duda.

XIII. VALORACIÓN DE LA NEGATIVA Y SU RELACIÓN CON OTRAS PRUEBAS

En un primer momento la negativa al sometimiento a las biopruebas de paternidad fue considerada como un indicio de valor a efectos de declarar el vínculo filial, criterio este asumido por los primeros fallos españoles así como, de un manera poco más cautelosa, por los códigos civiles de Colombia (41), Venezuela (42) y por la Ley de banco de datos genéticos de Argentina (43). Sin embargo hay países en los cuales aún no existe una regulación clara sobre el tema, tal es el caso de Costa Rica (44).

---

(41) Ley núm. 75 (4 de diciembre de 1968) complementaria al Código Civil en su: "Artículo 7. (...) La renuncia de los interesados a la práctica de tales exámenes, será apreciada por el juez como indicio, según las circunstancias."

(42) El Código civil venezolano indica: "Artículo 210.—La negativa de éste [se refiere al padre] a someterse a dichas pruebas se considerará como una presunción en contra."

(43) Esta ley núm. 235.11 establece (artículo 4) que "La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá un indicio contrario a la posición sustentada por el renuente" y, como sustenta un fallo de la corte de Bahía Blanca, la aplicación de este artículo no hace sino recoger una axioma que la realidad muestra, *pues resulta lógico presumir que quien no quiere desvelar la verdad, algo tiene que ocultar* (Cámara 1.ª Civil y Comercial de Bahía Blanca, sala 1, 27-12-91, L.L. 1992-E-253, 11).

(44) "No más hijos 'sin padre' en Costa Rica con nueva ley", San José, 19/03/2001 (ACI).—Un tribunal consultivo dio luz verde a un proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados de Costa Rica que permitiría a las madres identificar al padre de sus hijos obligando al supuesto responsable a someterse a una prueba de ADN. La normativa permite a la madre de un menor declarar el nombre del presunto padre en la boleta de inscripción del Registro Civil, si así lo desea. El supuesto progenitor será notificado y si no se opone a su supuesta paternidad el bebé será inscrito con los apellidos de ambos padres. Si la rechaza, queda obligado a someterse a una examen de marcadores genéticos (ácido desoxirribonucleico, ADN) en los laboratorios de la Caja del Seguro Social. Con la medida se quiere contrarrestar la tasa de 30 por ciento de niños que cada año nace sin padre conocido. Sólo en 1999, de 78.526 niños nacidos 23.845 sólo llevaron el apellido de su madre.

Actualmente, existe una clara y ya definida posición que conlleva a otorgarle validez a dicha negativa sólo en los casos en que la misma es valorada con otras pruebas actuadas en el proceso. Esto quiere decir que, únicamente o de manera individual, la referida resistencia a la bioinvestigación carece de efectos jurídicos y, por el contrario, la misma es importante cuando genera una relación implícita con otros hechos que tenderían a acreditar la pretensión filial. Frente a esta conducta procesal se valorará el conjunto, no la individualidad, pues el sustrato de ésta última es una mera presunción (45). A partir de ello, las pruebas que se ofrezcan así como las obtenidas serán valoradas a partir de tal indicio. Las biopruebas servirán de elementos de convicción al juez para reforzar los supuestos alegados. La idea es sumar indicios al de la negativa a fin de llegar a una conclusión clara, no por ello apresurada ni mucho menos parcializada. Es en este sentido que "la no comparecencia o bien la negativa a la práctica de las pruebas constituye 'un dato de gran valor cuando va unida a otras pruebas o indicios que revelen la razonable posibilidad de la unión carnal, sobre la que no debe esperarse una prueba plena y directa...'" (46). Esto sí implicaría un acercamiento a la determinación del vínculo filial.

En otros términos, y aproximando la práctica judicial a la hipótesis de esta teoría, se dirá que para declararse la paternidad por esta vía presuncional debemos interrelacionar los hechos ocurridos (demostrables a través de un escrito indubitado, posesión de estado, relación amorosa estrecha o estado de enamorados, concubinato, entre otros) con la prueba biológica. Alegaremos, con más seguridad, que ese indicio probatorio ha de estar acompañado en forma incontrovertible de otras pruebas absolutamente definidas, que conduzcan derechamente al juzgador al convencimiento de la paternidad.

A nivel local, el Código procesal civil en su artículo 282 *(presunción y conducta procesal de las partes)* refiere que: *"Artículo 282*.—El juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a las conductas que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios

---

(45) "Si el documento ha demostrado falta de cooperación para la realización de la prueba científica del ADN, el juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes atendiendo a la conducta que éstas asumen dentro del proceso. Debe valorarse además la fecha de la concepción y nacimiento del menor, pues, el alumbramiento de éste se ha producido al término del plazo estimado". Exp. n.º 2170-98, Sala de Familia, Lima. CD Explorador jurisprudencial 2001-2002, *Diálogo con la jurisprudencia.*

(46) Jurisprudencia española en este sentido: SS. de 28 de junio de 1991 (RJ 1991/4639), 5 y 17 de marzo de 1992 (RJ 1992/2193), 17 de junio de 1992 (RJ 1992/5319), 26 de enero de 1993 (RJ 1993/364) y SSTS 30 de octubre de 1993, 8 de octubre de 1993, 28 de abril de 1993.

probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del juez estarán debidamente fundamentadas". Con la norma en referencia indicamos que el juez puede valorar la negativa de la parte a someterse al examen biológico. El Código Civil, modificado por la Ley 27048, establece en su artículo 402 que "La paternidad extramatrimonial puede ser judicialmente declarada: (...) Inciso 6. (...) Ante la negativa de someterse a algunas de las pruebas luego de haber sido debidamente notificada bajo apercibimiento por segunda vez, el Juez evaluará tal negativa, las pruebas presentadas y la conducta procesal del demandado declarando su paternidad o al hijo como alimentista...".

Esta solución nos lleva a precisar que:

— Los efectos de esta norma son exclusivos para los procesos de declaración de la paternidad extramatrimonial.

— Es necesario el pedido de parte para que se aplique el apercibimiento judicial.

— El Juez hace un análisis general de todo lo actuado y ofrecido en el proceso a efectos de emitir sentencia frente a esta conducta procesal.

— Se mantiene la incertidumbre, al permitirse la posibilidad del juez que declare al hijo como alimentista.

A todo lo expuesto debe sumarse el hecho que, mientras más efectiva sea la prueba, la negativa a su sometimiento será más relevante en cuanto a la presunción que haga surgir (47). Asimismo, se ha esbozado a nivel teórico que la negativa injustificada podría tipificar un delito pues es un comportamiento contra una orden judicial, en este caso, un delito contra la administración de justicia. Así lo consideraría nuestro Código Penal: "*Artículo 368.*—El que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años".

En el Proyecto de Reforma de filiación (48) presentado a la Subcomisión de Familia por la Comisión encargada de elaborar el anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil peruano, contempla en su articulado un precepto referi-

---

(47) La reciente jurisprudencia italiana declara que negarse al examen genético de ADN es considerado como una prueba de paternidad.

(48) *Cfr.* VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: "Derecho genético: su influencia en el Derecho de las personas y en el derecho de familia", en: *Diez años del Código civil peruano: Balance y perspectivas,* 1.ª edición, Universidad de Lima, Lima, 1995, p. 160 (artículo 386).

do al tema de la negativa, presentándose bastante tajante en cuanto a los efectos concluyentes de acuerdo a quien se resista. Tal es el caso que se determinará la paternidad si el padre es quien se niega, o se desestimará la demanda si es la madre o el hijo quien inició la acción. Con relación a ello, las tendencias legislativas otorgan una solución vía apremios, presunciones o de tenerse por ciertos los hechos alegados respecto a quien se niega.

XIV. CONCLUSIÓN

Los lazos de parentesco son variados y múltiples, de diverso origen e intensidad. Se extienden como un vínculo o conexión familiar existente entre dos o más personas en virtud de la naturaleza (consanguinidad), de un acto jurídico matrimonial (afinidad) o de la propia voluntad del hombre (reconocimiento, adopción o posesión constante de estado) (49). De todas estas relaciones parentales la más importante y la de mayor jerarquía es la filiación entendida como la relación jurídica parental yacente entre el hijo y su padre. Tenemos que la filiación no es un derecho sino una relación jurídica familiar que surge de la procreación y no del mero acto sexual. Y es que la transmisibilidad de caracteres a la descendencia jurídicamente se ven garantizados en nexos legales de orden filial. Precisamente este fue el gran problema que afrontó el Derecho para la investigación y correspondiente atribución de paternidad, la falta de posibilidad de saber quién engendró al reclamante. Esto justifica el epígrafe del título de este ensayo *"la filiación no es cuestión de sexo sino de piel"* y es que sexo, procreación y conformación de un nuevo genoma es la generatriz natural de la filiación.

En nuestros días la filiación está consolidada por el derecho a la identidad, habiendo surgido nuevos derechos que tienden a su protección y determinación, como el derecho a la individualidad biológica, el derecho a conocer el propio origen biológico y el derecho a la investigación de la paternidad.

La importancia que tiene para el Derecho la determinación del nexo entre el engendrado y sus progenitores es esencial ya que del mismo surge una vasta gama de derechos, deberes y obligaciones las más importantes, natural y emocionalmente, para todo hombre.

---

(49) VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: *Filiación, Derecho y Genética,* coedición Fondo de Cultura económica y Universidad de Lima, Lima, 1999, p. 31.

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.

DOS CUESTIONES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN LEGAL DE LAS PERSONAS MAYORES. ¿QUÉ DEBEMOS PROTEGER? ¿QUÉ SIGNIFICA CAPACIDAD PARA DECIDIR POR SÍ MISMAS?

Fernando Santos Urbaneja.

Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba.
Coordinador del Foro Andaluz del Bienestar Mental.

PLANTEAMIENTO

Tengo la impresión de que los profesionales del Derecho, a fuerza de estudiar conceptos y construcciones jurídicas, hemos ido perdiendo perspectiva y olvidando lo principal.

Este no es un fenómeno nuevo, sino que tiene su origen en el proceso codificador, muy necesario en su momento pero que ha tenido el tremendo coste de haber separado el Derecho de la vida.

Consciente de ello, intento abordar el estudio de las cuestiones jurídicas partiendo de la incidencia que pueden tener en las personas concretas, en sus aspiraciones o ilusiones.

Me interesa la vida y las vivencias cotidianas. Esas realidades aparentemente sencillas pero que, a la postre, esconden el secreto de las cosas.

Abordo, por tanto, desde esta perspectiva el estudio de la protección legal de las personas mayores al abrigo de dos preguntas: ¿Qué debemos proteger? ¿Qué significa capacidad para decidir por sí mismas?

¿QUÉ DEBEMOS PROTEGER?

Es común que a esta pregunta se responda casi automáticamente que debemos proteger *"sus derechos fundamentales"* entendiendo por tales, aquellos a los que la Constitución de 1978 otorga tal carácter (artículos 14 a 29).

Hace diez años hubiese dado por buena esta respuesta pero hoy, tras la experiencia que proporciona una década asumiendo, por estar así legalmente establecido (artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), la representación y defensa en juicio y fuera de él de muchas personas carentes de capacidad de obrar o desvalidas, entre las que se encuentran muchos ancianos, mi opinión contiene matizaciones importantes.

No se puede perder de vista al hablar de Personas Mayores que este es un colectivo plural muy heterogéneo que abarca situaciones muy diversas en relación con la atención o protección que necesitan (1), siendo en unos casos meramente formal y, en otros, completa y efectiva dependiendo de las circunstancias de cada caso.

La persona mayor que cuenta con amplia autonomía por concurrir en ella salud, familia y suficiencia de recursos económicos tiene una situación muy distinta a la del anciano enfermo, sólo y sin recursos.

La persona mayor autónoma se encuentra frente a los Derechos Fundamentales de modo semejante al resto de las personas más jóvenes. Es importante defender y mejorar sus opciones sanitarias, de suficiencia económica, ocio, cultura, etc.

Por lo demás, podrá tomar sus propias decisiones y si en algún momento sus derechos son desconocidos tendrá posibilidad de reivindicarlos.

Son las personas mayores que, por sufrir carencias más o menos importantes de salud, compañía o recursos económicos, las que requieren una mayor atención y respecto de las cuales la respuesta a la pregunta ¿qué debemos proteger? cobra en mi opinión una dimensión nueva.

Suelo repetir que a nuestra Constitución le falta un derecho; el Derecho a ser Feliz o, al menos, el derecho a tener una oportunidad de serlo o de seguir siéndolo según cada uno haya elegido sin más limitaciones que las que ordinariamente delimitan aquéllos y, muy especialmente, el perjuicio de tercero.

Cuando una persona, por las carencias que en ella concurren, se ve imposibilitada para casi todo, no le sirve que defendamos su derecho fundamental de

---

(1) Esta cuestión es objeto de especial referencia en la Exposición de Motivos de la Ley Andaluza 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores.

reunión, asociación, expresión, a circular libremente por todo el territorio nacional, etc., sino que preservemos su pequeña y frágil parcela de felicidad.

Tan pequeña que puede pasar inadvertida para aquellos sobre cuyas vidas brilla completamente el sol y se conducen vigorosamente por el mundo. Tan frágil que puede destruirse con un soplo.

Es frecuente que los anhelos de felicidad de personas mayores se concreten en cosas tales como el jugar una partida de cartas con los amigos, contemplar un determinado paisaje, dar un paseo por determinado lugar, ver a los nietos, etc., actividades que requieren la permanencia en el lugar donde siempre se ha vivido y que resultan radicalmente amenazadas cuando se plantea el ingreso en una Residencia de Ancianos.

He de confesar que sentí emoción cuando comprobé que D. José Ortega y Gasset, en su obra "Las Meditaciones del Quijote" (1914), mantenía la misma opinión, pues la autoridad del autor dispensa de mayores explicaciones.

Dice así un fragmento de la obra: *"Cuando hemos llegado a los barrios bajos del pesimismo y no hallamos nada en el universo que nos parezca una afirmación capaz de salvarnos, se vuelven los ojos hacia las menudas cosas del vivir cotidiano... Vemos entonces, que no son las grandes cosas, los grandes placeres, ni las grandes ambiciones, quienes nos retienen sobre el haz de la vida, sino este minuto de bienestar junto a un hogar en invierno, esta grata sensación de una copa de licor que bebemos, aquella manera de pisar el suelo, cuando camina, de una moza gentil, que no amamos ni conocemos; tal ingeniosidad, que el amigo ingenioso nos dice con su buena voz de costumbre... Hay aquí un secreto de las bases de vitalidad que, por decencia debe el hombre contemporáneo meditar y comprender."*

Tengo muy claro, cuando represento a un anciano desvalido, que mi misión principal es defender, en la medida de lo posible, su parcela de felicidad, lo cual en ocasiones me lleva a discrepar con los que ya habían decidido hacer otra cosa, ya sea el ingreso en una residencia, un traslado de una a otra, una venta de un bien perteneciente al anciano, etc.

La mayor parte de las veces quien esto pretende lo hace de buena fe pero con una actitud paternalista que pasa por decidir por otro sin preguntarle siquiera al respecto, porque con toda seguridad va a ser bueno para él.

Debería llamar a reflexión el hecho de que las decisiones más importantes, relativas a personas con capacidad de obrar anulada o disminuida adoptadas por los seres queridos de éstas, se someten en todos los países a control judicial previa audiencia del Fiscal, pues en modo alguno está garantizado que la decisión de los familiares sea la más adecuada para los intereses de la persona desvalida.

En fin, queda claro en mi opinión que, sin perjuicio de otros derechos fundamentales, lo prioritario debe ser la protección de los ámbitos de felicidad del anciano y respetar y hacer respetar la capacidad de decidir por sí mismo al respecto, lo cual requiere en primer lugar que los "terceros" (Familiares, Autoridades), adoptemos una actitud receptiva y atenta que permita atisbar cuáles son estos ámbitos.

Llegados a este punto puede considerarse respondida la primera pregunta, lo que ocurre es que la respuesta plantea a su vez otro interrogante mucho más complejo en su análisis y resolución que el primero.

¿QUÉ SIGNIFICA CAPACIDAD PARA DECIDIR POR SÍ MISMAS?

Significa que la persona cuenta con las facultades para atender de modo suficiente sus necesidades, de modo que puede llevar responsablemente las riendas de su vida.

La capacidad para decidir por sí mismo es a la vez un concepto jurídico y un juicio de valor que llena de contenido el concepto jurídico.

El concepto jurídico es la "Capacidad de Obrar" de extraordinaria relevancia en cualquier ordenamiento jurídico por los efectos que conlleva respecto de las posibilidades de actuación de la persona.

El juicio de valor es una opinión, una conclusión extraída por terceros (el Juez, el Médico, el Notario, etc.) más rica y ponderada cuantas más variables se utilicen en su elaboración.

Con todo, cabe reconocer al principio del análisis de esta cuestión que el asunto no puede ser más comprometido y que frecuentemente supera las posibilidades del conocimiento humano.

Pretender determinar la capacidad de decisión de una persona en muchas ocasiones es como pretender apuntalar el viento.

A esto hay que añadir que la cuestión que se juzga no es baladí, pues de resolverse en uno u otro sentido va a depender la validez de un testamento, el que se pueda evitar o no un tratamiento médico o quirúrgico, que se pueda ingresar o no a un anciano en una Residencia a pesar de su oposición, etc.

Por eso, ante estas situaciones tengo la impresión de encontrarme al borde de un abismo y anhelo frecuentemente contar con un *"capacímetro",* esto es, un instrumento que, lo mismo que el termómetro mide la temperatura, mida la capacidad para decidir y dispense de más evaluaciones.

Como esto es imposible tengo que conformarme con lo que dispongo, que no es otra cosa que el análisis técnico-jurídico de la cuestión, que partiendo de

"lo científico" no debe perder nunca de vista "lo humano", al objeto de que la solución final concilie ambas vertientes lo cual, las más de las veces, es perfectamente posible.

Desde esta perspectiva *"técnico-jurídica",* la capacidad para decidir por sí mismo se considera un derecho de la personalidad, inherente a la dignidad de la persona (artículo 10 CE), origen de otros muchos derechos instrumentales, cuyo origen y decaimiento concretos dependen de la existencia o inexistencia de ciertas facultades o condiciones de madurez, existiendo la presunción legal de que se posee en plenitud una vez alcanzada la edad de 18 años (artículo 12 de la CE en relación con lo dispuesto en el artículo 322 del C. Civil).

De la anterior definición se desprende que la capacidad para decidir por sí mismo ha de contar con unos presupuestos y tiene también limitaciones como todos los derechos.

PRESUPUESTOS

"CIERTAS FACULTADES O CONDICIONES DE MADUREZ"

Dejado el análisis de "las condiciones de madurez" para los menores de edad, ahora interesa el estudio de las "facultades" que debe tener la persona mayor de edad para poder decidir por sí misma.

Tradicionalmente, y aún en la actualidad, se viene poniendo el acento en el análisis de las *"facultades psíquicas o intelectuales"* de modo que, afirmada o negada su existencia, quedaría afirmada o negada la capacidad de obrar.

A mi juicio esta solución es demasiado simple como explicaré más adelante.

No obstante, es claro que el primer objeto del análisis debe centrarse en establecer si existe o no alguna pérdida de facultades intelectuales y, en caso afirmativo, cual es su extensión y su evolución previsible.

Cuando la capacidad intelectual de una persona aparece cuestionada porque se han advertido indicios de que exista esta carencia, lo normal es que sea examinada por los facultativos competentes al objeto de que den su opinión al respecto.

Esto no ocurre siempre así, pues tanto el Juez, como el Notario, como el Médico, pueden decidir por sí mismos al respecto.

Así, *el Juez,* podrá evaluar si la persona cuya capacidad aparece cuestionada puede seguir teniendo representación propia en el procedimiento o debe ser objeto de representación por el Ministerio Fiscal en tanto se le nombra un Defensor Judicial o se arbitra otra forma de representación (artículo 8 LEC).

El Notario deberá decidir sobre la capacidad de quien comparece ante él para manifestar su voluntad. Así, en caso que la persona pretenda hacer testamento y no esté judicialmente incapacitada, el Notario apreciará la capacidad del testador atendiendo únicamente al estado en que se hallare al tiempo de otorgar el testamento (artículo 666 C.Civil).

Cuando la persona haya sido judicialmente incapacitada el Código Civil no deja al Notario tan amplio margen de libertad pues establece el artículo 665 que, cuando la sentencia de incapacitación no contenga pronunciamiento acerca de la capacidad para testar de la persona, el Notario deberá designar dos facultativos que previamente la reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad.

Los Médicos se encuentran también con frecuencia con pacientes cuya capacidad para decidir sobre el tratamiento médico o intervención quirúrgica está cuestionada.

Pueden dar validez a la voluntad del paciente o acudir a los mecanismos de sustitución de la voluntad regulados en los artículos 9, 10 y 11 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 y más recientemente, para la Comunidad Autónoma Andaluza, en los artículos 6 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

La regulación andaluza es más completa en este punto que la Ley General de Sanidad de 1986 pues ésta se limita a señalar que, a falta de capacidad en el paciente, decidirán por él sus familiares.

La legislación andaluza proclama en el artículo 6.1 apartado ñ) el derecho: *A la libre elección entre las opciones que les presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del paciente para la realización de cualquier intervención sanitaria, excepto en los siguientes casos: 1.º Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública. 2.º Cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas allegadas, y en el caso de no existir éstos o no ser localizados, corresponderá a la autoridad judicial 3.º Cuando la posibilidad de lesión irreversible o peligro de fallecimiento exija una actuación urgente.*

Es obvio que el párrafo 2.º encuentra su límite en el párrafo 3.º, es decir, que el mecanismo de sustitución de la voluntad previsto en el párrafo 2.º consistente en recabar el consentimiento de familiares o allegados, o la resolución judicial, queda sin efecto si la obtención de ese consentimiento retrasa la intervención hasta el punto de que pueda existir riesgo de lesión irreversible o fallecimiento.

Téngase presente, por ejemplo, que la duración mínima indispensable para evaluar en sede judicial la cuestión, recabando los informes necesarios y el dictamen del Fiscal, difícilmente será inferior a diez días.

A esta regulación estatal y autonómica hay que unir las previsiones del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser Humano respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, ratificado por España el día 23 de julio de 1999, Publicado en el Boletín Oficial del Estado de 20 de octubre de 1999, habiendo entrado en vigor el día 1 de enero de 2000, que dedica su capítulo II (artículos 5 a 9) al Consentimiento [2].

Hemos visto como el juicio sobre las facultades para decidir puede obtenerse directamente por quien recibe la manifestación de voluntad y en un doble sentido:

A) Considerar que existe capacidad suficiente, en cuyo caso se lleva a cabo el acto con la consecuencias que lleve aparejadas sin perjuicio de que pueda ser impugnado posteriormente por quien pretenda negar que tal capacidad existió.

B) Considerar que no existe capacidad suficiente o que, al menos la cuestión es dudosa, en cuyo caso, antes de realizar el acto solicitado, habrán de adoptarse ciertas cautelas y pruebas destinadas a resolver esta cuestión.

---

[2] Art. 5.º Regla General.—Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento.

Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.

En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.

Art. 6.º Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento.—(...)

3. Cuando, según la ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, una autoridad o una persona o institución designada por la Ley.

4. El representante, la autoridad o persona o institución indicados, recibirán en iguales condiciones, la información a que se refiere el artículo 5.

5. La autorización indicada podrá ser retirada en cualquier momento, en interés de la persona afectada.

Art. 8.º Situaciones de urgencia.—Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico, a favor de la salud de la persona afectada.

En este caso la opinión médica aparece como ineludible punto de partida. Los facultativos competentes deberán informar a quien deba decidir al menos sobre los siguientes extremos:

a) Existencia o no de anomalía o alteración mental y, su caso, características del padecimiento.

b) Grado de afectación en relación con la capacidad de decidir, sobre todo en relación con el acto concreto que se pretende realizar.

A nadie se nos escapa que para llegar a conclusiones fiables el estudio deberá ser prolongado, máxime en el caso de las personas mayores aquejadas de demencias que están sujetas a presentar mejorías repentinas y disfrutar de períodos de lucidez más o menos prolongados.

El valor que hayan de tener los informes a efectos de la decisión final será variable según los casos.

Es claro que los informes periciales no vinculan al Juez quien, del examen directo a la persona, puede extraer conclusiones divergentes.

El Notario en cambio, en algún caso, como el ya examinado del artículo 665, sí está vinculado por el informe de los facultativos *("y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad").*

Son muchos los padecimientos mentales que pueden aparecer en la Tercera Edad. Dejo para los médicos su descripción.

Me interesa destacar que no sólo existen enfermedades que afectan a la vertiente intelectual. También existen enfermedades de la "voluntad" que preservan completamente las facultades intelectuales pero cuyos efectos, en relación con el desvalimiento que producen a la persona, pueden considerarse parejos a aquéllas.

Me estoy refiriendo a las depresiones crónicas, a la fase depresiva del trastorno bipolar, que puede ser muy prolongada, etc.

La persona conserva plena la capacidad de ideación y desde el punto de vista intelectual puede completar correctamente el proceso de toma de decisiones, pero le falta el aliento vital mínimo para llevarlas a cabo.

El resultado final es que la persona carece de autonomía y se ve incapaz de atender al gobierno de su persona y de su patrimonio, en suma, de hecho carece de "capacidad de obrar" y si esta incapacidad no se subsana puede repercutir muy negativamente en la persona (patrimonios que no se atienden, medidas que no se toman, atenciones socio-sanitarias que no se solicitan, etc.).

Entiendo, por tanto, que el juicio de valor sobre la capacidad para decidir no debe quedarse sólo en el aspecto intelectual y debe abarcar también el aspec-

to volitivo; de otro modo podemos dejar indefensas a las personas que tienen la voluntad anulada y existe un mal pronóstico en cuanto a su recuperación.

Soy consciente de que este es un terreno comprometido y que esta opinión puede invalidarse fácilmente acudiendo a principios generales como el de "respeto a la libertad ajena" en el que todos estamos de acuerdo, pero ocurre que no hay libertad sin voluntad y, negada ésta, el respeto a libertad ajena es una pura falacia.

Hasta aquí he intentado fijar los presupuestos de eso que llamamos "capacidad para decidir" reclamando la valoración no sólo de las facultades intelectuales sino, una vez afirmadas éstas, la ponderación de las facultades volitivas.

Asimismo he presentado la capacidad de decidir como un derecho, lo cual plantea el problema de su contenido y posibles límites.

CONTENIDO

La capacidad para decidir es una facultad genérica que se concreta en múltiples decisiones referidas a actos concretos.

Es preciso conectar la capacidad para decidir con la naturaleza de cada acto concreto, que puede ser simple o complejo, trascendente o liviano, reversible o irreversible, etc.

No es lo mismo decidir ir al teatro que hacer testamento. No es lo mismo comprar el periódico que comprar acciones de bolsa.

Es claro que el juicio de valor sobre la capacidad de decidir será uno u otro en función de la complejidad y características del acto que se pretende realizar.

A esto hay que añadir una segunda cuestión. Algunas decisiones generan consecuencias que demandan nuevas decisiones.

La capacidad para decidir ¿debe valorarse sólo en relación con la primera decisión o también en relación con la capacidad para decidir sobre sus consecuencias?

En mi opinión lo razonable es que se realice una valoración global tomando también en cuenta la capacidad para decidir sobre las consecuencias.

Si llega a determinarse que una persona tiene capacidad para rechazar un tratamiento médico pero en cambio no tiene conciencia de las consecuencias directas y personales de su no adopción ni facultades para responder a las exigencias que se deriven de esa decisión, podemos adoptar dos posturas.

Primera. Respetar su voluntad en cuanto a la primera decisión y esperar a las consecuencias.

Segunda. Negar validez a la decisión en cuanto que provoca consecuencias sobre las que la persona carece de capacidad de decisión.

En la práctica diaria, cuando examino a las personas mayores cuya capacidad está cuestionada, trato siempre de reformular dos o tres nuevas preguntas a cada respuesta y sólo cuando la persona contra-argumenta con coherencia y lucidez suficientes todas las cuestiones que se plantean tengo la sensación de que la capacidad para decidir por sí mismo está presente.

LÍMITES

Siempre se ha dicho que el perjuicio de tercero es un límite general para todo derecho. Desde esta perspectiva voy a examinar dos cuestiones:

Primera: ¿El perjuicio propio es un límite?

Teórica y legalmente no. Stuart MILL en su célebre ensayo "Sobre la libertad" proclama que: *"La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadirle producía un perjuicio a algún otro. La única parte de la conducta de cada uno por la que es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano. Casi es innecesario decir que esta doctrina es sólo aplicable a seres humanos en la madurez de sus facultades. No hablamos de los niños ni de los jóvenes que no hayan llegado a la edad que la ley fije como de plena masculinidad o femineidad. Los que están todavía en una situación que exige ser cuidados por otros, deben ser protegidos contra sus propios actos, tanto como contra los daños exteriores..."*

Legalmente es también claro que el perjuicio propio no es un límite a la decisión. Esto se observa con claridad en la legislación sanitaria que concibe la asistencia sanitaria como un derecho de la persona, no como un deber, de modo que puede oponer su voluntad a la realización de cualquier tratamiento médico o intervención quirúrgica aunque ello lleve consigo no sólo perjuicios para la salud, sino la pérdida de la propia vida.

El médico debe respetar la voluntad libremente expresada por el paciente sin más excepciones que las legalmente previstas (artículo 10 L.G. Sanidad; artículo 6.º de la Ley de Salud de Andalucía; artículo 5.º y ss. del Convenio relativo a los Derechos Humanos y Biomedicina).

El perjuicio propio, conscientemente asumido por el anciano para salvaguardar otras opciones que considera más valiosas, debe ser respetado.

Llevadas las cosas hasta el extremo de la pérdida de la vida, aunque desde el punto de vista teórico la respuesta deba ser la misma, la solución se presenta aún como socialmente inaceptable.

Las cuestiones relativas a la validez del disentimiento respecto de los tratamientos están bien estudiadas y han recibido respuestas generalmente aceptadas.

Así, en caso de que la persona que ha rechazado un tratamiento o intervención cayera en estado de inconsciencia o incapacidad de manifestar su voluntad, la solución clásica era la de actuar a pesar de su oposición anteriormente expresada acudiendo a la ficción de considerar que quizás en el último segundo antes de caer en ese estado se arrepintiera y deseare que tal intervención se produjese.

Esta artificiosa orientación recibe un enfoque nuevo en el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, cuyo artículo 9.º establece que: "Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad".

Este precepto abre, sin duda, posibilidades nuevas. Imaginemos que un anciano, en previsión de carecer de capacidad de decisión en el futuro, manifieste ante Notario (Testamento vital) su decidida voluntad de no ser sometido a un determinado tratamiento o intervención quirúrgica.

Segunda: Admitido que el perjuicio de tercero es un límite.

¿Qué debe considerarse perjuicio de tercero? ¿Quién tiene derecho a oponer a la decisión este perjuicio? ¿Cuándo debe estimarse que el perjuicio de tercero es suficiente para invalidar una decisión?

Las preguntas vuelven a enfrentarnos ante cuestiones comprometidas. Vamos a analizar algunos supuestos.

1. Una anciana ha decidido permanecer en su domicilio en vez de ingresar en una Residencia pero los vecinos temen que cualquier día, por su advertida falta de memoria, deje abierto un grifo o el brasero encendido.

2. Un anciano ha decidido no tomarse la medicación prescrita, lo cual hace que no mejore de su dolencia y que tenga que ser atendido por una hija casada que se desplaza desde su domicilio todas las tardes y los fines de semana.

3. Una anciana ha decidido permanecer en el domicilio con asistencia domiciliaria por turnos de ocho horas que importan 300.000 pts. mensuales.

4. Un anciano ha decidido que no le practiquen una traqueotomía aun a riesgo de morir, lo cual provoca desolación en sus familiares y amigos.

5. Una anciana pretende seguir viviendo en su casa después de que su negligencia haya provocado un destructivo incendio en el edificio.

Podemos seguir poniendo ejemplos. Entiendo que para decidir la cuestión pueden ser útiles los siguientes criterios:

— El perjuicio oponible ha de ser real, no bastando los meros temores.

— El perjuicio ha de ser de cierta entidad, no bastando molestias menores.

— No es lo mismo que el perjuicio lo sufra un desconocido que quien por sus relaciones familiares con el anciano tenga la obligación moral o legal de soportar ciertas cargas.

— No puede oponerse válidamente el perjuicio cuando se actúa desde un derecho porque "quien ejercita un derecho a nadie daña".

Puede ocurrir que la atención domiciliaria al anciano resulte más gravosa que el ingreso en una Residencia o un determinado tratamiento médico más complicado que otro para los profesionales del ámbito sanitario, pero si la opción es un derecho del anciano no podrá oponerse el perjuicio.

Existe otro factor que "de hecho" influye notablemente sobre la consideración del perjuicio es la trascendencia social de la situación. Si el problema ha transcendido a la opinión pública y ésta ha tomado partido es innegable que ello va a tener su influencia en la decisión.

EXAMEN PARTICULAR DEL INGRESO DEL ANCIANO EN UN CENTRO RESIDENCIAL

Planteamiento

Se trata de uno de los supuestos más frecuentes que afectan a las personas ancianas y que plantea con más claridad los interrogantes que hemos venido examinando.

Hay que apresurarse a señalar que cuando la persona se encuentra incapacitada o cuando existen dudas sobre la capacidad para decidir al respecto, el ingreso se encuentra sometido a control judicial que deberá ser previo a la materialización del mismo y, excepcionalmente cuando existan razones de urgencia, el control será posterior tras la comunicación que el Director del Centro debe realizar al Juez de 1.ª Instancia competente a la mayor brevedad y, en todo caso, en un plazo no superior a las veinticuatro horas.

La intervención judicial está plenamente justificada pues debemos ser conscientes de que con el ingreso no voluntario la persona va a ver restringida o incluso anulada su libertad de elegir residencia y circular libremente por el territorio nacional (artículo 19 CE).

A partir de esta circunstancia otros derechos van a resultar también afectados, como el de elección de médico y tratamiento, el derecho a vivir según sus deseos, etc.

El artículo 17 de la Constitución establece que "Nadie puede ser privado de su libertad, sino (...) en los casos y en la forma previstos en la ley".

Esta previsión constitucional obligaba a determinar legalmente los supuestos de privación de libertad que no tuvieran causa en la comisión de un delito y el procedimiento para decidir al respecto.

En lo que atañe a la privación de libertad por razón de trastorno psíquico, la primera regulación tuvo lugar en el año 1983 a raíz de una reforma del Código Civil en materia de incapacidad y tutela (Ley 13/1983, de 24 de octubre).

Desde entonces el artículo 211 del Código Civil ha sido el precepto regulador de la materia, habiendo sufrido modificaciones parciales en el año 1996 (LO 1/1996, de 15 de enero) hasta ser derogado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) que entrará en vigor el próximo día 8 de enero de 2001 que, con notables mejoras técnicas, reproduce la regulación en el artículo 763 de este nuevo texto.

Lo que me interesa destacar es que este precepto, aunque es de aplicación a otros colectivos como los discapacitados psíquicos y ancianos seniles, está redactado pensando en los enfermos mentales, lo cual es ya claramente perceptible en la propia denominación ("internamiento"). Ello explica los problemas de interpretación y aplicación que ha suscitado.

El ámbito subjetivo del precepto son las *personas que por razón de sufrir un trastorno psíquico no están en condiciones de decidir por sí mismas respecto al internamiento.*

Es imprescindible que se determine la existencia de un trastorno psíquico, de otro modo nos encontraremos fuera del ámbito de aplicación del precepto (ingresos hospitalarios en estados de inconsciencia, etc.).

Es necesario partir de un informe médico que ha de tener como mínimo un triple contenido:

A) Determinación, aunque sea indiciaria, de un trastorno psíquico.

B) Apreciación de que ese trastorno es de tal entidad que coloca a la persona en situación de no poder decidir por sí misma.

C) Indicación de que el internamiento es la opción más idónea e indicada desde el punto de vista médico para su tratamiento.

No es suficiente para proceder un informe social, aunque contenga indicación de internamiento.

El precepto contempla dos grandes clases de "internamiento".

El ORDINARIO, en el que la intervención judicial es previa al internamiento y concluye con una resolución (Auto) en la que, sobre la base de la falta de capacidad de decisión de la persona y la necesidad del internamiento se autoriza (no se ordena) éste o bien, sobre la base de que existe capacidad de decisión suficiente, se declara la capacidad de decisión autónoma o, a la postre, se niega la autorización por considerar que existen otras alternativas menos gravosas.

El URGENTE, en el que la premura justifica la materialización del internamiento, la intervención judicial es posterior concluyendo con la aprobación o desaprobación de lo realizado.

En el procedimiento que se incoa para examinar la cuestión (procedimiento de Jurisdicción Voluntaria) se deben practicar como mínimo las siguientes pruebas:

1.º Dictamen de un facultativo designado por el Juez.

Normalmente será el Médico Forense, aunque puede siempre puede el Juez solicitar otros informes complementarios.

2.º Examen personal por parte del Juez.

La Ley 6/1999 de Atención y Protección a las Personas Mayores en Andalucía, en su Título X dedicado a la "Protección Jurídica" dedica su artículo 45 a los "Ingresos en Centros Asistenciales" y establece que:

"1. Ninguna persona mayor podrá ser ingresada en un centro, sin que conste fehacientemente su consentimiento.

En los casos de incapacidad presunta o declarada en los que no sea posible tal consentimiento, se requerirá autorización judicial para el ingreso.

2. Los responsables de centros asistenciales que advirtieren en una persona mayor ingresada la concurrencia sobrevenida de circunstancias determinantes de su incapacitación, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

3. Ninguna persona mayor podrá ser obligada contra su voluntad a permanecer en un centro residencial, salvo que medie resolución judicial.

4. Los servicios de inspección velarán por el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados anteriores e, igualmente, podrán solicitar del interesado que ratifique la voluntariedad de su estancia mediante entrevista personal mantenida sin la presencia de familiares ni de representantes del centro."

Dado que el precepto no prevé ningún trámite judicial especial para examinar la cuestión, subsidiariamente habrá que aplicar lo previsto en el artículo 211 del C.Civil como Derecho supletorio (artículo 149 *in fine* de la CE).

En cualquier caso, el objeto del expediente será determinar la capacidad de la persona para decidir por sí misma.

La casuística es variada.

A) Puede ocurrir que el anciano se encuentre en un estado de demenciación muy avanzado hasta el punto de carecer de consciencia y posibilidad de expresar voluntad o deseo alguno.

B) Puede ocurrir que el anciano con capacidad relativa muestre alternativamente su voluntad de ingresar y su rechazo.

C) Puede ocurrir que el anciano que sufre cierto trastorno mental rechace abiertamente la iniciativa de un tercero (familiares, vecinos, profesionales del ámbito sanitario o de los servicios sociales, etc.) para proceder a su ingreso en un centro residencial, pretendiendo permanecer en su domicilio.

Voy a ocuparme de este tercer supuesto por ser el más complejo y en el que se plantean más claramente las cuestiones relativas a los presupuestos, contenido y límites de la capacidad para decidir por sí mismo, en este caso, la capacidad para decidir permanecer en el hogar frente a terceros que entienden que eso no es lo más conveniente.

Llegados a este punto es obligado retomar a Stuart MILL y su ensayo "Sobre la libertad" que constituye todo un alegato contra el paternalismo.

Se señala en esta obra que: *"La libertad humana exige libertad en nuestros gustos y en determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter, para obrar como queramos*

sujetos a las consecuencias de nuestros actos sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada.

Nadie es mejor juez que uno mismo con respecto a lo que daña o no daña los propios intereses.

El hombre o la mujer más común tiene al respecto, medios de conocimiento que superan inconmensurablemente aquellos que pueda poseer cualquier otro.

Todos los errores que el individuo pueda cometer en contra del consejo y la advertencia, están contrarrestados de lejos por el mal de permitir a otros que le obliguen a hacer aquello que consideran que es un bien."

Cualquiera que se acerque a otra persona debe tener la humildad de reconocer esto.

A partir de este reconocimiento y actitud, habrá que evaluar si existen facultades psíquicas suficientes para emitir un juicio fiable, si existen facultades para atender las consecuencias derivadas de la permanencia en el hogar, si existe perjuicio para tercero y de qué grado y carácter; en fin, si existen alternativas de protección menos gravosas que el ingreso en un centro residencial.

Conclusión

Si se llega al convencimiento de que el anciano carece de capacidad para decidir por sí mismo habrá que actuar según criterio médico y de asistencia social.

Desde el punto de vista jurídico nos encontraremos ante un anciano "presuntamente incapaz", lo cual puede hacer aconsejable la adopción de alguna medida de protección jurídica.

En este campo y retomando la pregunta inicial ¿qué debemos proteger? diría que debemos cuidar de que la intervención judicial sólo se produzca cuando sea imprescindible y únicamente en la medida que lo sea.

Reclamo en este campo la vigencia del principio de proporcionalidad.

Es tristemente frecuente que desde el ámbito jurídico se acuda a la incapacitación judicial como receta universal cuando tal medida es a todas luces excesiva y perfectamente evitable.

Hoy existen mecanismos jurídicos diversos para proteger sin incapacitar que no pueden ser objeto de esta exposición.

La comprensión cabal del concepto legal de incapacidad (artículo 200 CC), la utilización de determinadas posibilidades notariales, y el aprovechamiento de otras instituciones como la Guarda de Hecho y las medidas de protección del artículo 216 del C.Civil (artículo 762 LEC) permiten proteger al anciano preservando al propio tiempo sus derechos y su dignidad.

A PROPÓSITO DE LOS REGISTROS DE UNIONES CIVILES DE HECHO

Diego Alonso Herreros.

Abogado.

I. INTRODUCCIÓN

Probablemente uno de los temas más discutidos en la actualidad sea el reconocimiento de efectos jurídicos a las parejas no matrimoniales. La evolución social y las reformas legislativas han ido cimentando una nueva conciencia social en relación con las parejas no casadas, a la vez que ha impulsado un nuevo fenómeno que desde 1994 se ha extendido por toda la geografía de nuestro país; me estoy refiriendo a los Registros de uniones civiles, una figura tan novedosa como controvertida.

Si durante la década de los ochenta existió un reconocimiento muy concreto, pero escaso y disperso, del fenómeno de la convivencia de las parejas no casadas heterosexuales —sirva como ejemplo la Disposición adicional décima, apartado 2.º de la Ley de 7 de julio de 1981, que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y fija el procedimiento en las causas de nulidad, separación y divorcio [1]— en los noventa, el protagonismo lo ha alcanzado la jurisprudencia constitucional. Primero, con la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 160 de la Ley General de Seguridad Social, a propósito de la pensión de viudedad para la pareja no casada. Luego, con la inconstitucionalidad del artículo 58 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, por silenciar al conviviente *more uxorio,* a propósito de la subrogación cuando fallece el arrendatario

(1) "Quienes no hubieran podido contraer matrimonio por impedírselo la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieren vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendrá derecho a los beneficios, prestaciones de la Seguridad Social, pensión de viudedad y demás derechos pasivos o prestaciones por razón de fallecimiento".

—a este respecto, la Sentencia 222/1992 supuso el reconocimiento de este género de convivencia en el ámbito de protección del artículo 39.1 de la Constitución—. Y más tarde, ha sido, no una sentencia, sino un texto legislativo —la Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994— el que reconoció la convivencia homosexual.

En el momento presente, el legislador comienza a ordenar jurídicamente esta materia, produciéndose una intervención orgánica en un tema que, si por algo se ha caracterizado desde siempre, ha sido por su anomia y devenir al margen del propio ordenamiento. El máximo exponente de este intervencionismo lo representan cuatro leyes autonómicas, a saber: la de Cataluña (2), la de Aragón (3), la Ley Foral navarra (4) y la de la Comunidad Valenciana (5). Igualmente, seis comunidades autónomas —Asturias, Baleares, Castilla-La Mancha, Canarias, País Vasco y Andalucía— tienen muy avanzadas sus proposiciones de ley, que pronto se tramitarán como leyes en sus respectivos parlamentos.

También han proliferado diferentes Proposiciones de Ley de un amplio abanico de partidos políticos, que pretenden determinar el encaje que deberían tener las uniones de hecho en nuestro ordenamiento. Baste señalar de forma abreviada la falta de una posición común a la hora de precisar lo que debe entenderse por unión de hecho. En todo caso, y sin entrar en otras consideraciones, lo más relevante por lo que a este trabajo se refiere, son las propuestas que se hacen desde el punto de vista formal, esto es, la manera de acreditar la relación de convivencia no matrimonial. El texto del Grupo Parlamentario Socialista menciona dos posibilidades: la inscripción en registros específicos de Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales del lugar de residencia, o bien la acreditación mediante documento público. Por contra, el Grupo Parlamentario Popular habla de un novedoso contrato de unión civil, otorgado ante Notario e inscrito en el Registro Civil.

Tal vez habría que recordar a nuestros parlamentarios que el Código Civil recoge un espléndido mosaico de artículos sobre diferentes materias, en los que no se menciona la palabra cónyuges, como ocurre en el tema de la filiación, de patria potestad e incluso en el de alimentos. Por tanto, las soluciones previstas en el articulado serían sustancialmente idénticas, con independencia de la existencia de vínculo matrimonial o no entre los miembros de la pareja.

---

(2) Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de parejas de Cataluña.

(3) Ley 6/1999, de 26 de marzo, de la Comunidad autónoma de Aragón sobre parejas estables no casadas.

(4) Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables.

(5) Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho.

La regulación legal que en estos momentos se pretende ocasiona una aporía insuperable: la de las parejas que voluntariamente optaron por una convivencia libre de ataduras jurídicas, y que más tarde pretenden buscar el amparo del Derecho, abandonándose así el concepto de pareja de hecho que pasa a convertirse en pareja de derecho. La aceptación social, doctrinal y jurisprudencial, como opción de convivencia elegida en ejercicio de la libertad individual, en modo alguno puede suponer una equiparación *ipso iure* respecto del matrimonio. No se puede eludir la legislación, y luego pretender que la ley se aplique a la pareja en aquello que le favorezca. Una regulación *de iure* de estas parejas, pero con la intención de continuar siendo parejas de hecho, se me antoja una antinomia difícilmente explicable.

La intervención legislativa supone, básicamente, el nacimiento de derechos y obligaciones jurídicamente exigibles. Pero si la exégesis para fundamentar una hipotética regulación es conseguir la protección económica de una de las partes cuando cesa la relación, habría que tener exquisito cuidado con la posibilidad de incurrir en un presunto fraude de ley, puesto que se darían unos efectos muy similares a los del matrimonio, pero a través de una institución diferente.

Pero si las uniones civiles de hecho y su problemática regulación se enfrentan al muro infranqueable de la contradicción, una de sus muchas ramificaciones como fenómeno global ha venido a sembrar la polémica: me estoy refiriendo a los llamados Registros de uniones de hecho. Un instrumento caracterizado por dos cuestiones primordiales: la primera, servir como elemento probatorio, y, la segunda, su falta de cobertura legal, lo que les hace ser un medio meramente testimonial.

Precisamente uno de los mayores obstáculos con que tropiezan las uniones de hecho es la dificultad que existe a la hora de probar su existencia, un inconveniente que se ha intentado paliar con la creación de estos Registros. Sin embargo, lo que ha acaecido ha sido la aparición de nuevos interrogantes; uno, si con ellos queda resuelto el peliagudo tema de la prueba; y dos, si quienes crean estos Registros tienen realmente competencia para hacerlo. La experiencia está demostrando que los controles que se exigen en estos Registros son claramente insuficientes, dando lugar en muchos casos a situaciones que simulan una situación de convivencia de hecho con el fin de alcanzar determinados beneficios, por lo general de índole económica. Desde el punto de vista práctico, el certificado de convivencia expedido por el funcionario encargado del propio Registro suele perseguir situaciones tales como: solicitar la nacionalidad española por residencia, regularizar la titularidad de viviendas de promoción pública, aplazamiento del cumplimiento de la prestación social sustitutoria por sostenimiento de las cargas familiares, etc. A pesar de todo, se estima que unos 200 Ayuntamientos han abierto registros de parejas de hecho, que permiten a este tipo de uniones gozar de ciertos derechos.

La constitucionalidad de tales registros estribaría en considerar que carecen de efectos civiles. Tan sólo producirían publicidad de la declaración conjunta de la pareja que ha manifestado su unión de hecho, sin hacer prueba sobre la veracidad de dicha declaración. La creación de estos registros por las Corporaciones Locales y Comunidades Autónomas exceden el marco constitucional.

Pero retomando lo que decía con anterioridad, en el origen de estos Registros palpita una cuestión testimonial, a saber: la negativa a conceder, por parte del Tribunal Constitucional, una pensión de viudedad a uno de los integrantes supervivientes de una pareja de hecho que había convivido maritalmente durante 55 años en la Sentencia 66/1994, de 28 de febrero, no fue bien acogida por muchos, que lo consideraron como algo injusto. No tardaron en sucederse Plenos municipales, dispuestos a aprobar la constitución de Registros municipales de uniones de hecho, sin reparar demasiado en la cuestión de si tenían o no competencia para hacerlo. El pionero en la materia fue, como de todos ya es conocido, el Registro de Vitoria-Gasteiz.

II. GENERALIDADES Y PROBLEMÁTICA DE ESTOS REGISTROS

El reconocimiento progresivo de derechos a las parejas de hecho, y una mayor sensibilidad social, han propiciado toda una cascada de Registros, creados tanto en el ámbito autonómico como en el local. Uno de los asertos argüidos para su creación ha sido procurar la no discriminación social de las uniones de hecho en virtud del art. 14 de la Constitución. Sin embargo, como dice BERCOVITZ, "no parece discriminatorio entender que, como regla general, quien no se acoge a la institución matrimonial quede excluido del sistema de protección previsto para el matrimonio, sin que ello suponga atentado alguno al libre desarrollo de la personalidad de quienes realicen semejante opción; sobre todo si se tiene en cuenta que de acuerdo con nuestra Constitución, el legislador español ha previsto un sistema matrimonial respetuoso con la libertad individual e igualdad de los cónyuges" (6).

Lo primero que habría que advertir en ellos sería su naturaleza; ciertamente no es jurídica, como la que tienen, en cambio, el Registro Civil, el Mercantil y el de la Propiedad; sino administrativa. La diferencia estriba en que, en estos últimos, los Registradores controlan y califican el cumplimiento de las normas

(6) *Vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Las parejas de hecho,* Ar. Civ., 1993-1, p. 1835.

sobre el registro y también las de carácter privado que regulan las relaciones publicadas generadoras de derechos y obligaciones (7).

Esto ha planteado también la duda de si un municipio está investido de la potestad necesaria para crear un Registro de la naturaleza anterior. A este respecto hay que señalar que la cuestión no es pacífica. Los que se decantan por una respuesta positiva apelan al art. 25.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece: "El Municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal". Por contra, los que creen que los municipios no pueden crearlos (8), invocan el art. 149.1.8.ª de la Constitución (9) referente a la competencia exclusiva (10) del Estado central en la legislación civil; un artículo, éste último, considerado superado por muchos y que sistemáticamente se ha visto incumplido.

1. **Postulados para la inscripción.**

Los Registros de uniones civiles acostumbran a fijar una serie de postulados, que deberán ser de obligado cumplimiento para todas aquellas parejas que deseen inscribirse. Así por ejemplo, tendrán acceso tanto las declaraciones de constitución de una convivencia no matrimonial entre parejas, sean de igual o de distinto sexo, como la transcripción de los contratos por los que se rijan las relaciones patrimoniales de los integrantes de esas parejas. También acceden al

---

(7) *Vid*. MEZQUITA DEL CACHO, J.L., "El principio de igualdad jurídica en las diferentes opciones legislativas relativas a la situación de la pareja de hecho: aspectos probatorios. Registros y otras formas de salvaguarda", en *El Derecho Europeo ante la pareja de hecho* (coordinado por VILLAGRASA ALCAIDE), Cedecs, Barcelona, 1996, p. 170.

(8) *Vid.* GARCÍA VILLALUENGA, L., "Las nuevas familias: las uniones de hecho, régimen jurídico", en *El Derecho y los servicios sociales* (coordinado por GARCÍA VILLALUENGA), Comares, Madrid, 1997, p. 112.

(9) "El Estado tiene competencia absoluta sobre las siguientes materias: Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial".

(10) *Vid.* CANTERO NÚÑEZ, F.J., "Reflexiones en torno a la pretendida regulación de las uniones de hecho", *RDP,* 1995, p. 224.

Registro las declaraciones de finalización de la unión, si bien no se establece la obligatoriedad de la comunicación para que se cancele el asiento de constitución, con lo que podemos encontrarnos con la situación paradójica de que la pareja que en su día decidió formalizar su convivencia a través de la inscripción, transcurrido el tiempo, haya extinguido la vida en común pero no lo haya puesto en conocimiento del propio Registro. De esta forma se produciría una asimetría entre la realidad del Registro y la realidad de la, ya, ex-pareja de hecho.

Para practicar la inscripción deberán comparecer conjuntamente los dos miembros de la unión, no permitiéndose su comparecencia por separado ni la comparecencia de uno solo. Los comparecientes deberán ser mayores de edad o en todo caso menores emancipados. No podrán ser parientes entre sí por consanguinidad o adopción en línea recta, ni por consanguinidad en segundo grado colateral. También se exigirá el empadronamiento en el Municipio del Registro de, al menos, uno de sus miembros. La extinción, además de no ser obligatoria, podrá comunicarla cualquiera de los convivientes, no siendo necesario que lo hagan conjuntamente.

Otro de los requisitos exigidos para la inscripción es no figurar inscrito en otro registro semejante, algo cuya comprobación se me antoja imposible, desde el momento en que no se plantea ninguna intercomunicación entre registros. Aquí no existe, como en otras materias, por ejemplo las franquicias, un Registro Central con el que en teoría deberían comunicarse los Registros que se crean en las Comunidades Autónomas.

Por último, la ausencia de vínculo matrimonial para poder practicar la inscripción es causa que imposibilita el acceso de personas separadas de hecho o judicialmente, o que estén tramitando su divorcio.

2. **La cuestión de la publicidad.**

La publicidad se restringirá a las certificaciones de los asientos, que sólo se emitirán a instancia de los miembros de la unión de hecho o de los Jueces. Es decir, la publicidad queda limitada exclusivamente a las peticiones mencionadas; ¿por qué razón?; *a priori,* para preservar el derecho a la intimidad de los inscritos. Pero este oscurantismo no será ninguna ayuda para el supuesto de que terceras personas desconocieran la existencia de esa unión. En el matrimonio inscrito en el Registro Civil, la publicidad se puede obtener a través de la manifestación y examen de los libros [(11)], y también por medio de las certifica-

(11) Cfr. art. 6.º LRC.

ciones [12] solicitadas por todos aquellos que tengan interés en conocer los asientos, con la excepción de los supuestos de publicidad restringida [13] que requerirán de una autorización especial.

El valor que tienen las certificaciones expedidas por estos Registros no puede equipararse al de una prueba plena, sino más bien al de alguno de los medios sometido a la libre consideración por parte de Jueces y Tribunales. Entre los cometidos que tienen las personas encargadas de los Registros administrativos de uniones civiles no figura averiguar la veracidad de los hechos manifestados, pudiendo así generarse una duda sobre la veracidad de los datos presentados, lo que ocasiona un paso atrás importante, en la credibilidad de estos Registros, al arrojar sombras de una inseguridad preocupante [14].

En esta misma línea, hay que afirmar que las certificaciones de los Registros administrativos de uniones de hecho nada prueban en aquellos casos en que uno de los convivientes tenga una pretensión frente a un tercero, como pueda ser la subrogación en el arrendamiento habiendo fallecido el arrendatario, compañero suyo en la unión: no tendrían fuerza frente a terceros [15].

En suma, la inscripción en un Registro de uniones civiles no acaba con el problema de la incertidumbre jurídica; entre otras cosas, porque no se ha impuesto la obligación de inscripción para todas las parejas de hecho, ya que dicha obligación convertiría a las uniones de hecho en uniones de derecho; y porque además se crearía un doble rasero entre ellas: las que están inscritas y las que no lo están; una distinción que han seguido las legislaciones de los países del norte de Europa. La inscripción es ante todo voluntaria, y los problemas existentes en esta materia, antes de la creación de los Registros, son miméticos de los que se plantean ahora. Como contraposición a la inscripción de las uniones de hecho, la inscripción del matrimonio en el Registro Civil consigue privilegios probatorios del acta, publicidad frente a terceros, y soporte registral para las anotaciones que correspondan por razón del matrimonio [16].

---

(12) Cfr. arts. 7.º LRC y 17 a 34 RRC sobre las certificaciones del Registro.

(13) Art. 21 RRC.

(14) *Vid.* GARCÍA VILLALUENGA, L., *op. y loc. cit*.

(15) *Vid*. GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "La prueba de la unión de hecho", en *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al profesor Dr. Enrique Casas Barquero,* Área de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, p. 227.

(16) *Vid.* DURÁN RIVACOBA, R., *La inscripción en el Registro Civil del matrimonio canónico,* Montecorvo, Madrid, 1988, pp. 391 y ss.

III. EL PRIMER REGISTRO EN ESPAÑA: VITORIA-GASTEIZ

El primer Registro Municipal de Uniones Civiles creado en España, fue el Registro de Vitoria-Gasteiz (17). En el Decreto se justifica su creación apelando a la obligación que tienen todos los poderes públicos de promover los principios constitucionales de libertad e igualdad de todos los ciudadanos, a fin de procurar su traducción práctica en nuestra sociedad, para no quedarse en meros principios teóricos y, por ende, en mera declaración de intenciones.

Se alude al matrimonio como la manifestación histórica, y por tanto tradicional, de la unión afectiva y estable, pero al mismo tiempo se aboga por otros modelos de convivencia en comunidad estable de vida, al margen del matrimonio, que deberán gozar de idéntica protección social, económica y jurídica que este último, con el fin de hacer realidad los principios constitucionales antes aludidos. Incluso se da un paso más, al incluir dentro de esta protección e igualdad a las parejas del mismo sexo, víctimas según el preámbulo del Decreto, de criminalización unas veces, y de silencio en nuestro ordenamiento jurídico, otras.

La respuesta fragmentaria y tímida desde el punto de vista legal y judicial que desemboca en una desprotección jurídica y en clamorosas injusticias han sido el detonante para que en el ámbito de la Administración Municipal se oferte un medio que restablezca la igualdad y la protección social, económica y jurídica de las uniones no matrimoniales. Este instrumento será un Registro de carácter administrativo que se regirá por lo establecido en el propio Decreto (18).

El objeto de inscripción (19) son las declaraciones de constitución de uniones no matrimoniales entre personas del mismo o diferente sexo, así como su extinción, sin reparar en la causa de la misma. También podrán acceder al

---

(17) Decreto de la Alcaldía de Vitoria-Gasteiz de 28 de febrero de 1994, publicado en el Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava, n.º 3, de 11 de marzo de 1994.

(18) Cfr. art. 1 del Decreto: "Se crea en el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz el Registro Municipal de Uniones Civiles, que tendrá carácter administrativo y se regirá por el presente Decreto y demás disposiciones que puedan dictarse en su desarrollo".

(19) Cfr. art. 2.º, n.os 1, 2 y 3:

"1. En el Registro Municipal de Uniones Civiles se inscribirán las declaraciones de constitución de uniones no matrimoniales de convivencia entre parejas, incluso del mismo sexo, así como las de terminación de esa unión, cualquiera que sea la causa.

2. También se podrá inscribir, mediante transcripción literal, los contratos reguladores de las relaciones personales y patrimoniales entre los miembros de esas uniones.

3. Asimismo podrán inscribirse otros hechos o circunstancias relevantes que afecten a la unión extramatrimonial."

Registro mediante una transcripción literal aquellos contratos que regulen las relaciones personales y patrimoniales entre los miembros de la pareja, así como cualquier circunstancia que afecte a la unión.

Para practicar la inscripción [20] se exige la comparecencia conjunta y personal de los miembros de la pareja ante el funcionario encargado del Registro, teniendo que concurrir los siguientes requisitos: ser mayores de edad o menores emancipados, no haber sido declarados incapaces, no ser parientes entre sí por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral, y por último estar empadronado, por lo menos uno de sus miembros, en el Municipio de Vitoria-Gasteiz. No podrá inscribirse aquel compareciente afectado por anomalías psíquicas o quien hubiere sido declarado incapaz para contraer matrimonio.

La publicidad de este Registro [21] se constriñe a las certificaciones de asientos, solicitada exclusivamente por cualquiera de los integrantes de la unión interesada, de Jueces o de Tribunales de Justicia. Por otra parte, en un polémico art. 5, se equipara las uniones no matrimoniales inscritas con el mismo tratamiento jurídico y administrativo de las uniones matrimoniales.

La estructura interna del Registro es la siguiente: habrá un Libro General, compuesto por hojas móviles, foliadas y selladas, en el que quedarán plasmadas todas las inscripciones vistas con anterioridad. La primera inscripción de cada pareja es la básica, y al margen de esta, figurará todo asiento posterior relativo a esa unión. Existirá, además, un Libro Auxiliar en el que figurarán el número de las páginas del Libro General en las que haya anotaciones que afecten a los inscritos; este Libro estará ordenado por apellidos. Ya por último, reseñar que tanto las inscripciones que se practiquen, como las certificaciones que se expidan, serán gratuitas.

A modo de resumen, se podrían señalar como características de este Decreto las que enumero a continuación:

---

[20] Cfr. art. 3: "las inscripciones que puedan practicarse en el Registro Municipal de Uniones Civiles lo serán a instancia conjunta de los dos miembros de la unión no matrimonial, que deberán ser mayores de edad o menores emancipados, no estar declarados incapaces y no ser entre sí parientes por consanguinidad o adopción en línea recta o por consanguinidad en segundo grado colateral. Al menos uno de los miembros de la unión deberá estar empadronado en el Municipio de Vitoria-Gasteiz.

Solamente las inscripciones que hagan referencia a la extinción de la unión civil, podrá efectuarse a instancia de uno solo de sus miembros".

[21] Cfr. art. 4.º: "La publicidad del Registro Municipal de Uniones Civiles quedará limitada exclusivamente a la expedición de certificaciones de sus asientos a instancia de cualquiera de los miembros de la unión interesada o de los Jueces y Tribunales de Justicia".

1. Flexibilidad al aceptar cualquier opción sexual, incluida, por tanto, la del mismo sexo.

2. Simplificación a ultranza del procedimiento de inscripción.

3. Publicidad restringida de los asientos del Registro.

4. Posibilidad de descoordinación entre la realidad registral y la extrarregistral.

5. Ausencia de cualquier investigación sobre la veracidad de la declaración expresada por la pareja.

6. Empadronamiento unilateral.

7. Extralimitación en la concesión gratuita de efectos, equiparando las uniones no matrimoniales inscritas a las uniones matrimoniales.

El elemento subjetivo de la inscripción se restringe a las parejas no matrimoniales tanto heterosexuales como homosexuales, lo cual supone una de las principales novedades en la constitución de esta clase de Registros. Su justificación estriba en el principio de igualdad en relación con las parejas heterosexuales, si bien se critica el carácter congénito que se otorga a la orientación sexual. Sí parece plausible que este tipo de parejas, que no son consideradas como *more uxorio* al no cumplir el requisito de la heterosexualidad, dispongan de un instrumento que recoja su existencia, puesto que hoy en día y en España no pueden acceder al matrimonio.

En cuanto a los requisitos exigidos para inscribirse, quisiera hacer las siguientes consideraciones: el requisito de la mayoría de edad, o el de ser menor emancipado, supone un calco de lo exigido para contraer matrimonio (22); como lo es, también, exigir en caso de anomalías psíquicas un dictamen médico (23) referente a su aptitud. Sin embargo, llama la atención que no se establezca como causa para impedir el acceso al Registro la subsistencia de un vínculo matrimonial o de otro registral, tal y como hacen expresamente los Registros de otros países de Derecho comparado, basándose en la más elemental seguridad

(22) Cfr. art. 46 del CC: "No pueden contraer matrimonio:

1. Los menores de edad no emancipados.
2. Los que estén ligados con vínculo matrimonial".

(23) Cfr. art. 56 del CC: "Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código.

Si alguno de los contrayentes estuviera afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento".

jurídica. También me sorprende el requisito del empadronamiento unilateral; no se entiende muy bien cómo una pareja de hecho puede inscribirse residiendo en distintos domicilios; tal vez sería más afortunado exigir el empadronamiento bilateral.

Pero, sin duda, el artículo del Decreto que ha suscitado el mayor número de críticas ha sido el número 5, ya que la competencia para legislar en el ámbito civil, y por tanto, para otorgar derechos y obligaciones, es potestad exclusiva del Estado, con la salvedad de las Comunidades Autónomas que tuvieran un Derecho Civil propio en el instante de la entrada en vigor de la Constitución, en cuyo supuesto tendrán capacidad suficiente para poder legislar a través de su Parlamento. Está claro que el Decreto no sólo crea un Registro administrativo, sino que otorga unilateralmente toda una serie de consecuencias jurídicas a las uniones no matrimoniales que consten en él. En esta equiparación hay, pues, dos limitaciones: la primera, el ámbito territorial, que será el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, lo que excluye de la equiparación a las uniones no pertenecientes a dicho territorio; y la segunda, la distinción entre parejas inscritas y no inscritas, dotando a la inscripción de un supremo valor constitutivo (24).

Ciertamente el art. 5 del Decreto invade la parcela legislativa reservada al Estado, ya que es a éste, y no a los Ayuntamientos, a quien compete mediante ley decidir sobre los efectos jurídicos de las uniones no matrimoniales. Bien entendido que la eficacia jurídica que puedan tener las parejas de hecho arranca del hecho intrínseco de su propia existencia y será establecida por el legislador estatal, pero en ningún caso tendrá su nacimiento en una inscripción obligatoria, puesto que ello acarrearía una discriminación entre las parejas inscritas, que gozarían de la suerte de efectos jurídicos, y las que siendo igualmente parejas de hecho, pero que huyendo de cualquier formalismo no estarían interesadas en inscribirse, en cuyo caso no tendrían relevancia desde el punto de vista jurídico. Bien distinta es la necesidad de probar la existencia de una unión no matrimonial, para lo que el Registro puede servir de medio canalizador de dicha prueba, facilitándola. Sin embargo, ello no quiere decir que unos Registros como los que estoy analizando sean imprescindibles para tal fin, ya que existen otros medios de prueba que pueden servir perfectamente para la misma finalidad.

Por consiguiente, desde el punto de vista legal, se vulnera el principio de jerarquía normativa, al ir, el artículo analizado, contra lo dispuesto en otra norma de rango superior, en este caso el art. 149.1.8.ª de la Constitución, y porque además se viola lo preceptuado en los arts. 1 y 2 de la LRC al convertir esa equiparación en una regulación paralela de un presunto estado civil: el de

---

(24) *Vid.* Moreno Verdejo, J., "Algunas reflexiones sobre los registros municipales de uniones civiles no matrimoniales", *RGD,* 1994, p. 12547.

las uniones de hecho inscritas. Pero además, desde el prisma jurisprudencial, esa equiparación choca frontalmente con la doctrina del Tribunal Constitucional, patente en reiteradas Sentencias, entre ellas las siguientes: 184/1990; 29, 31, 35, 38 y 77 todas del año 1991; 222/1992; 29/1992. En todas se niega que matrimonio y convivencia extramatrimonial sean realidades equivalentes a todos los efectos.

De otra parte, no está de más recordar, que la unión de hecho no otorga derechos y obligaciones por la mera inscripción (25), si bien, ésta, tendrá eficacia como prueba de la unión, y a partir de ahí, como elemento eficaz que fija su nacimiento y llegado el caso su extinción (26). Las consecuencias jurídicas de la convivencia no matrimonial, no debieran conectarse ineludiblemente con el hecho formal de la inscripción, aunque no puede desconocerse que la inscripción registral supone una presunción de hecho, que no jurídica (27), favorable de su existencia, abierta a la posibilidad de prueba en contrario por parte de quien niegue su existencia (28).

ACTITUDES LEGALES ANTE LA SITUACIÓN DE EMBARAZO DE UNA INCAPAZ O DE UNA MENOR DE EDAD Y SU POSIBLE INTERRUPCIÓN

Juan José Reyes Gallur.

Abogado.

En la práctica del derecho, nunca podemos dar por sentado que todo está escrito o que no nos surgirá un asunto curioso al que habremos de dedicarle algunas horas de estudio. Tal es así que se me plantea la situación de un embarazo en los supuestos de las incapaces y los de las hijas menores de edad, y el deseo del tutor o del padre de acudir a la interrupción voluntaria del mismo.

---

(25) *Vid.* GARCÍA VILLALUENGA, L., "Aspectos jurídicos no civiles de las parejas de hecho", *RFDUC,* Madrid, 1997, pp. 66 y ss.

(26) *Vid.* PÉREZ BERASTEGUI, J.I., *Los registros municipales de uniones civiles, en especial el de Vitoria,* Tapia, 1995, p. 76.

(27) *Vid*. VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ªR., "La institucionalización jurídica de la pareja. Registro de parejas de hecho", en *Las uniones de hecho* (coordinado por SÁNCHEZ GONZÁLEZ), Servicio de publicaciones de la Universidad de Cádiz, Jerez de la Frontera, 1995, p. 64; GARCÍA VILLALUENGA, L., *op. y loc. cit.* p. 68.

(28) *Vid*. REINA BERNÁLDEZ, V. y MARTINELL, J.M.ª., *op. y loc. cit.*, p. 37.

En estos dos supuestos la situación legal que se plantea es la de si es posible suplir el consentimiento de la incapaz o de la menor para una interrupción voluntaria del embarazo (aborto) o si es suficiente con el consentimiento del padre o tutor.

He de indicar que la realidad supera a la legalidad, y de hecho esta cuestión no suele plantearse por los médicos que la realizan, los cuales se limitan a solicitar la autorización firmada del representante legal (padre o tutor); es más, se llevan las manos a la cabeza, cuando se les informa de las posibles consecuencias en que pueden incurrir de no obtener la preceptiva autorización judicial. Se olvida que no estamos ante una simple intervención quirúrgica programada o ante una situación urgente, sino ante una conducta tipificada en el Código Penal, y que solo reuniendo una serie de requisitos será una conducta no punible.

El Código Civil establece de forma taxativa las funciones del tutor; así, en su artículo 271 enumera los supuestos en los que es preciso la autorización judicial, siendo los siguientes:

"1.º) Para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial.

2.º) Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

3.º) Para renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones en que el tutelado estuviese interesado.

4.º) Para aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia, o para repudiar ésta o las liberalidades.

5.º) Para hacer gastos extraordinarios en los bienes.

6º) Para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía.

7º) Para ceder bienes en arrendamiento por tiempo superior a seis años.

8º) Para dar y tomar dinero a préstamo.

9º) Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado.

10.º) Para ceder a terceros los créditos que el tutelado tenga contra él, o adquirir a título oneroso los créditos de terceros contra el tutelado."

Como podemos observar en ninguna de ellas se establece la posibilidad de que el tutor precise de autorización judicial para autorizar la práctica del aborto.

Si tenemos presente que en la legislación actual no existe una ley que autorice la interrupción voluntaria del embarazo, sino unos supuestos de no punibilidad contemplados en el Código penal, y en los que siempre se habla de ***"consentimiento expreso de la mujer embarazada"*** deberemos analizar si puede ser suplido ese consentimiento por el tutor.

Si acudimos a la legislación especial, el artículo 10 de la *Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad,* permite que el tutor preste el consentimiento a la intervención quirúrgica cuando no esté capacitado para ello, en cuyo caso corresponderá a las personas allegadas al incapacitado (1). Como podemos observar, la legislación especial poca luz arroja sobre este asunto.

Ante esta situación hemos de acudir al supuesto que más se acerca a la solicitud de interrupción de embarazo, cual es el supuesto de esterilización, y que al igual que ocurre con aquel, se trata de un supuesto de exclusión de punibilidad.

Así el artículo 156 del Código Penal nos dice:

"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimientos se haya obtenido viciadamente, o mediante precio, recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio recto el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz."

A la vista del citado artículo, entiendo que, a pesar de que el artículo 10 de la Ley General de Sanidad permite al tutor suplir el consentimiento de una

---

(1) *"A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:*

a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.

b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas."

forma genérica, es evidente que no estamos ante una simple intervención jurídica, sino ante el hecho de evitar un acto que pudiera ser constitutivo de delito. No olvidemos que el artículo 144 castiga al "que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento" o que el artículo 145 igualmente sanciona al que "produzca el aborto de una mujer con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley".

Como sabemos, los supuestos de intervención voluntaria del embarazo que prevé la Ley penal como no constitutivos de delito son:

1. No será punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud física o psíquica de la embarazada y así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En caso de urgencia por riesgo vital para la gestante, podrá prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

2.ª Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación del artículo 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

3.ª Que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

2. En los casos previstos en el número anterior, no será punible la conducta de la embarazada aun cuando la práctica del aborto no se realice en un centro o establecimiento público o privado acreditado o no se hayan emitido los dictámenes médicos exigidos.

Ante la similitud de situaciones entre el aborto y la esterilización debemos llegar a la conclusión de que tanto en los casos de incapaces como de menores de edad se tiene que solicitar autorización judicial para no incurrir en el tipo

delictivo, ello obviamente cuando concurran los supuestos previstos en el Código penal.

En apoyo de tal afirmación hemos de recordar que el artículo 428 del CP de 1973 (derogado, sin embargo actualmente mantiene la misma redacción el 156 del CP vigente), fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por considerarlo contrario al artículo 15 CE y dio lugar a la Sentencia TC 215/1994 de 14 de julio de 1994, que finalmente declaró su constitucionalidad, analizando claramente los requisitos para su realización.

El Tribunal Constitucional, si bien analizando el supuesto de esterilización de un incapaz y si esta medida atentaba o no a su integridad física y moral, llega a la conclusión de la inexcusable intervención judicial, exigiendo los siguientes requisitos:

1.º *Solicitud por parte de quienes ostenten la representación legal de la persona incapaz ante el Juez del domicilio del incapaz.*

2.º *Exploración judicial de la persona incapaz, siempre que las circunstancias lo permitan, ello por exigencia del propio Código penal.*

3.º *Oír a dos especialistas que determinen con claridad y precisión si se cumplen los requisitos establecidos para proceder a la interrupción voluntaria del embarazo. Informes que deberán ser aportados con la solicitud.*

4.º *Intervención del M.º Fiscal.*

Todo ello *"...tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz..."* apoyado en la citada Sentencia TC 215/1994, que en su Fundamento de Derecho Cuatro establece:

"Que quienes padecen una grave deficiencia psíquica no pueden cumplir adecuadamente las obligaciones que a los padres impone el artículo 39.3 CE y que son explicitadas en los deberes y facultades que el Código Civil (artículo 154) señala a los que ejercen la patria potestad, es algo perfectamente claro. De ahí que el deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos (artículo 39.3 CE), el reconocimiento, entre otros, del derecho de éstos a la protección de la salud (artículo 43.1 CE), y su derecho también a disfrutar de todos los que la Constitución establece en su Título I (artículo 49 CE), aunque no impelen al legislador a adoptar una norma como la que estudiamos, la hacen plenamente legítima desde la vertiente teleológica, toda vez que la finalidad de esa norma, tendente siempre en interés del incapaz a mejorar sus condiciones de vida y su bienestar, equiparándola en todo lo posible al de las personas capaces y al desarrollo de su personalidad sin otras trabas que

las imprescindibles que deriven necesariamente de la grave deficiencia psíquica que padece, permite afirmar su justificación y la proporcionalidad del medio previsto para la consecución de esos fines..."

No podemos perder de vista que estamos ante personas que no pueden decidir sobre sí mismas, debiendo siempre tener como referencia el deber de ampararles; así nos indica la sentencia analizada del Tribunal Constitucional, que:

"...respecto de los disminuidos psíquicos existe el deber constitucional de ampararles especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos (artículo 49 CE), precepto éste que concuerda con el artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, aprobada por la Asamblea General, de las Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971 ('El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos'), habrá de concluirse que el inciso cuestionado del artículo 428 del CP no plantea realmente un problema de posible vulneración del artículo 15 CE en lo concerniente al derecho 'a la integridad física y moral' —aunque ciertamente afecta a ese derecho—, sino que tiene una dimensión diferente: precisar si el derecho a la autodeterminación que a las personas capaces reconoce el párrafo segundo del artículo 428 del CP, es susceptible de ser otorgado también a solicitud de sus representantes legales y en los términos que establece el inciso cuestionado, a las personas incapaces que, a causa de una grave deficiencia psíquica, no pueden prestar un consentimiento válido.

Se desprende de este planteamiento, que es el que surge de relacionar lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 428 del CP en sus dos vertientes de personas capaces e incapaces, que lo que este Tribunal tiene que ponderar principalmente y en primer lugar, sin perjuicio de atender también a la argumentación del Auto de planteamiento y a la finalidad del precepto y proporcionalidad de la medida —cuestiones que trataremos en otros fundamentos—, es la relativa a las garantías que la norma establece para que la autorización judicial, llamada a sustituir el consentimiento de las personas capaces, vaya precedida de requisitos suficientes para que la misma esté justificada en interés prioritario y realmente único del propio incapaz.

Sobre las garantías que la norma establece, lo primero que hay que decir, saliendo al paso del recuerdo de las esterilizaciones abominables que apunta el Auto, es que tal disposición, referida siempre a un supuesto concreto y excepcional, excluye radicalmente cualquier política gubernamental sobre la esterilización de los deficientes psíquicos, ya que la prevista en el precepto sólo puede autorizarse a solicitud de parte legítima por el Juez".

En resumen podemos confirmar que para la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo de una incapaz o de una menor, no puede simplemente acudirse a la Ley General de Sanidad, y suplir la autorización judicial sin más por el representante legal. Es necesario por tanto acudir al proceso judicial, recabar el informe de especialistas, oír en su caso a la incapaz, todo ello con la intervención del representante legal del menor o incapaz y del Ministerio Fiscal; solamente así habremos cumplido no solo con la legalidad vigente, sino que se habrán visto amparados los derechos del menor o del incapaz, pues de otro modo podríamos entrar en lo que la Sentencia del Tribunal Constitucional califica como *"política gubernamental sobre la esterilización de los deficientes psíquicos",* por tanto, en palabras del Alto Tribunal *"La intervención judicial, por tanto, es inexcusable para que pueda otorgarse la autorización constituyendo la principal garantía a la que están subordinadas todas las demás"*.

Crónica Legislativa

LEY 4/2002, DE 23 DE MAYO, DE PAREJAS ESTABLES. COMUNIDAD DE ASTURIAS

(BO Principado de Asturias, núm. 125, 31-V-2002)

PREÁMBULO

El artículo 9.2 de la Constitución establece que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

La actuación de los poderes públicos amparada en dicho precepto debe ir dirigida a que la igualdad reconocida en el artículo 14 de la Constitución sea real y efectiva, eliminando todo tipo de discriminación basada en cualquier condición o circunstancia personal o social. En este sentido, el artículo 39 de la norma fundamental impone a los poderes públicos la obligación de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, sin que en el mismo exista referencia alguna a un modelo de familia determinado ni predominante, por lo que su determinación exigirá la interpretación de dicho concepto de manera consecuente con la realidad social actual, de manera que no puedan derivarse consecuencias discriminatorias del modelo de familia que de manera libre y legítima los ciudadanos tengan a bien adoptar.

Corresponde por tanto a los poderes públicos asegurar que toda agrupación familiar, determinada socialmente por las notas de convivencia y afectividad, se produzca en condiciones de libertad e igualdad reales y efectivas, de tal modo que los ciudadanos puedan optar por cualquier medio para formar una familia que les permita el libre desarrollo de su personalidad en condiciones de igualdad sin que de esta opción se puedan derivar consecuencias discriminatorias. Con la presente Ley, el Principado de Asturias, dentro de su marco competencial, al amparo de lo dispuesto en el artículo 9.2.d), que impone a las instituciones de la Comunidad Autónoma la obligación de procurar la adopción de medidas dirigidas a promover las condiciones y a remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean efectivas y reales, y en el artículo 10.1.1, 3, 24, 25, que atribuye al Principado de Asturias competencias exclusivas en materia de organización de sus instituciones de autogobierno, vivienda, asistencia y bienestar social y protección y tutela de menores, y concordantes de la Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, modificada por la Ley Orgánica 1/1999, de 5 de enero, ofrece un instrumento para favorecer la no discriminación de las personas unidas de forma estable en relación de convivencia y afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, en cumplimiento de los principios constitucionales, y de nuestro Estatuto, de libertad e igualdad del individuo y de protección a la

familia, con respeto a la Resolución adoptada por el Pleno del Parlamento Europeo el 8 de febrero de 1994 sobre la igualdad de derechos de los homosexuales en la Unión Europea desde la plena convicción de la igualdad de todos los asturianos y asturianas.

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 del Principado de Asturias, 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 la presente Ley se aplicarán a las parejas estables cuyos miembros estén empadronados en cualesquiera de los concejos de Asturias.

Art. 3.º Pareja estable.—1. A efectos de lo dispuesto en esta Ley, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

2. Se entenderá que la unión es estable cuando los miembros de la pareja hayan convivido maritalmente, como mínimo un período ininterrumpido de un año, salvo que tuvieran descendencia común, en cuyo caso bastará la mera convivencia, o salvo que hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público, o se hayan inscrito en el Registro de Uniones de Hecho del Principado de Asturias.

3. La existencia de pareja estable o el transcurso del año de convivencia podrán acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho.

Art. 4.º Disolución de la pareja estable.—1. Se considerará disuelta la pareja estable en los siguiente casos:

a) Por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus integrantes.

b) Por matrimonio de uno de sus miembros.

c) Por mutuo acuerdo.

d) Por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehacientemente al otro.

e) Por cese efectivo de la convivencia por un período superior a un año.

f) En los supuestos acordados por sus miembros en escritura pública.

2. Los miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto, en su caso, el documento público que hubieren otorgado o a cancelar la inscripción en el Registro de Uniones de Hecho que hubieran promovido.

3. La disolución de la pareja estable podrá acreditarse a través de cualquier medio de prueba admitido en derecho.

4. A los efectos de la presente Ley no se reconocerá la existencia de otra pareja estable mientras no se hubiera producido la disolución de la anterior mediante alguno de los supuestos descritos en el primer apartado.

5. La disolución de la pareja estable implica la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros haya otorgado a favor del otro.

CAPÍTULO II

Contenido de la relación de pareja

Art. 5.º Regulación de la convivencia.—1. Los miembros de la pareja estable podrán regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, mediante documento público o privado, con indicación de sus respectivos derechos y deberes, en el que también podrán incluir las compensaciones económicas que convengan para el caso de disolución de la pareja, y siempre con observancia de la legalidad aplicable.

2. No podrá pactarse la constitución de una pareja estable con carácter temporal ni someterse a condición.

3. En todo caso, los pactos a que se refiere este artículo, nunca podrán perjudicar a terceros.

Art. 6.º Guarda y régimen de visitas de los menores.—En caso de disolución de la pareja estable, en vida de ambos miembros, la guarda y custodia de los menores y el régimen de visitas, comunicación y estancia se determinarán en aplicación de la legislación civil vigente en materia de relaciones paterno-filiales.

CAPÍTULO III

Medidas de acción afirmativa

Art. 7.º Empleados públicos de la Administración del Principado de Asturias.—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 del Principado de Asturias 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. 8.º Acogimiento familiar de menores.—Los miembros de una pareja estable podrán acoger a menores de forma conjunta siempre que la modalidad del acogimiento familiar sea simple o permanente, de acuerdo con la legislación aplicable.

Art. 9.º Prestaciones y servicios.—En todo lo referente a prestaciones y servicios dependientes de la Administración del Principado de Asturias dirigidos a la protección familiar y de apoyo a la unidad convivencial o que presupongan demandas de la unión familiar, las parejas estables se entenderán equiparadas al matrimonio.

Art. 10. Viviendas propiedad de la Administración del Principado de Asturias.—En la adjudicación de viviendas propiedad de la Administración del Principado de Asturias se entenderá equiparada la pareja estable al matrimonio.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Las disposiciones de la presente Ley se aplicarán a las parejas de hecho constituidas con anterioridad a su entrada en vigor siempre que cumplan los requisitos establecidos en su artículo 3.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—El Consejo de Gobierno del Principado de Asturias queda facultado para desarrollar reglamentariamente la presente Ley.

Segunda.—La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Principado de Asturias.

Publicaciones, Noticias y Datos de Interés

TÍTULO: LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

Autor: Helena Sotelo.
Tirant lo blanch, Valencia, 2002.

Una vez que surge la crisis matrimonial y hasta que se dicta sentencia acordando la separación o el divorcio se hace preciso arbitrar unas medidas que regulen las relaciones familiares tanto desde el punto de vista personal como patrimonial. Aunque estas medidas van a tener un carácter provisional, ya que conforme a lo establecido en el art. 774.4 de la LEC serán sustituidas por las que se contengan en la sentencia definitiva, su importancia es básica y fundamental en la resolución del conflicto.

La obra de la doctora Helena Sotelo hace un estudio riguroso y a la vez práctico de las medidas provisionales que pueden adoptarse en los procesos de familia, analizando no solo las crisis matrimoniales sino también las que, con mayor frecuencia cada día, surgen en las parejas de hecho.

Estructurada en siete capítulos, después de una reflexiva introducción se comienza analizando la clasificación de esta clase de medidas compaginando las medidas de los arts. 102 y 103 del CC con las medidas cautelares previstas en los arts. 727 y ss. de la LEC, poniendo de manifiesto su plena aplicación a los procedimientos de familia. En el capítulo siguiente se estudia el ámbito de aplicación de las medidas, incidiendo especialmente en las que se adoptan en los "otros procesos de familia", donde se incluyen, entre otros, las crisis de familia paramatrimonial y los procesos de cónyuges separados de hecho.

El capítulo IV se dedica a las medidas de contenido no patrimonial, que divide en dos secciones, las medidas relativas a los cónyuges (separación de los cónyuges y cese de la convivencia y, por otro lado, las medidas ante los malos tratos) y las medidas relativas a los descendientes (custodia, ejercicio de patria potestad, derecho de visitas y prohibición de salida del territorio nacional y de expedición de pasaporte).

En el capítulo siguiente se analizan las medidas de contenido patrimonial y concretamente la revocación de poderes y consentimientos, la prohibición de vincular los bienes privativos del otro cónyuge, la suspensión y disolución de la sociedad de gananciales, la contribución a las cargas, la vivienda familiar, el ajuar familiar, la entrega de bienes y la determinación de reglas de administración y por último las medidas de aseguramiento.

Como no podía ser de otra manera, otro de los capítulos tiene como objeto las cuestiones de procedimiento, comenzando con la jurisdicción y competencia, para seguir con los requisitos para su obtención, el procedimiento aplicable y, por último, la polémica modificación de medidas.

La última parte de la obra analiza la eficacia de las medidas provisionales en general y especialmente las dictadas en los procedimientos matrimoniales y de menores, y el complemento necesario de toda resolución que es su ejecución forzosa.

A modo de apéndice se incluyen unos formularios que sin duda facilitarán al lector la redacción de escritos forenses en relación con las medidas provisionales.

La importancia del tema que aborda la obra, y la maestría con la que está desarrollado, hacen de la misma un material imprescindible de consulta para todos los que nos dedicamos al derecho de familia, siendo más que recomendable su adquisición.

TÍTULO: LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN LAS CRISIS MATRIMONIALES

Autor: Santiago Salazar Bort.
Editorial Aranzadi, Navarra, 2001.

La presente monografía se centra en el estudio de la atribución del uso de la vivienda familiar, estudiando su fundamento, naturaleza, requisitos, condiciones y supuestos en que puede tener lugar dicha medida en las crisis matrimoniales, partiendo de las diferentes situaciones en las que se puede encontrar la pareja en el momento del conflicto en relación con su vivienda, es decir, en régimen de comunidad, de propiedad exclusiva de sólo uno, en arrendamiento, comodato o incluso en precario.

El autor, doctor en derecho y profesor de la Universidad Jaime I, al mismo tiempo pretende, y lo consigue, dar el punto de vista teórico de cada una de las cuestiones que aborda, pero acto seguido expone la visión jurisprudencial sobre la problemática y casuística relacionada con la misma.

La obra se estructura en tres partes, precedidas de una introducción donde se sitúa el tema de la vivienda familiar en el Derecho civil tanto a la luz del artículo 1320 del Código Civil como en la hipótesis de ruptura de la pareja.

La Primera Parte lleva la rúbrica de "Los intereses de los hijos y de los cónyuges en el uso de la vivienda familiar: la causa de atribución". Por lo que se

refiere a los intereses de los hijos se analiza el derecho de alimentos, el principio de mantenimiento del entorno social de los hijos menores y el principio del interés del menor, manifestación del *favor filii.*

En cuanto al interés de los cónyuges se aborda el beneficio económico inherente a la utilización de la vivienda familiar y las ventajas derivadas del uso de la concreta vivienda familiar. También se tiene en cuenta otra serie de aspectos generales sobre intereses protegidos, por ejemplo el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de los tres supuestos de hecho contemplados en el artículo 96 del Código y la no disponibilidad de otras viviendas como factor relevante en la atribución.

La Segunda Parte se titula "La relación existente entre el sujeto interesado en la atribución y el sujeto titular de la vivienda". Sobre esta cuestión se trata de la vivienda ocupada en precario y otras situaciones conflictivas como la vivienda en copropiedad de los cónyuges y un tercero, los parientes del cónyuge residentes en la vivienda familiar, la previa disposición por el cónyuge titular de su derecho sobre la vivienda y la anterior privación del uso de la vivienda familiar en régimen de propiedad horizontal.

En capítulo independiente se aborda la cuestión de la influencia de la responsabilidad de uno de los cónyuges en la atribución del uso de la vivienda familiar.

La Tercera Parte, con el título "La especial caracterización del derecho del cónyuge titular de la vivienda", estudia la caracterización del derecho del cónyuge en este sentido, es decir, vivienda ocupada en virtud de un derecho de habitación, o vivienda ocupada por razón de cargo, profesión u oficio.

Por último, el autor analiza el supuesto del uso entre ambos cónyuges (la distribución espacial de la vivienda, la ocupación alternativa) y la regulación subsidiaria del uso en el supuesto de vivienda familiar común.

Termina la obra con una serie de conclusiones, un extenso y completo índice de jurisprudencia citada, un índice cronológico de disposiciones citadas y la relación de bibliografía tanto de autores en el Derecho español como en el Derecho comparado.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

Durante los días 14 y 15 de noviembre de 2002 se celebrarán en Málaga (Salón de Actos del Centro Cultural Provincial) las IV Jornadas de Derecho de Familia que organiza la Delegación en Málaga de la Asociación Española de Abogados de Familia. Los temas y ponentes serán los siguientes:

— Una aproximación al derecho Sucesorio. D. Juan Carlos Martín Romero, Notario.

— Fiscalidad en el Derecho de Familia y Sucesiones. D. Manuel Jerez Martínez, Inspector de Hacienda Pública.

— Expedientes a tramitar ante el Registro Civil relacionados con el Derecho de Familia. Ilma. Sra. D.ª Susana Salvador Gutiérrez, Magistrada Encargada del Registro Civil Único de Madrid.

— Las Uniones de Hecho, breve referencia al Proyecto de ley de Uniones de Hecho en Andalucía. Ilmo. Sr. D. Antonio Javier Pérez Martín, Magistrado del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Córdoba.

Finalizadas las ponencias se celebrará una mesa redonda sobre las aplicaciones prácticas de la Ley de Enjuiciamiento Civil donde intervendrán los Magistrados de los Juzgados de 1.ª Instancia números 5 y 6 de Málaga, núm. 7 de Marbella, núm. 3 de Antequera, núm. 1 de Torremolinos y núm. 1 de Vélez-Málaga.

La clausura correrá a cargo del Excmo. Sr. D. Luis Zarraluqui Sánchez-Ezarriaga, Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

CONCLUSIONES DEL ENCUENTRO SOBRE DESAMPARO, ACOGIMIENTO Y ADOPCIÓN CELEBRADO EN MADRID LOS DÍAS 28 Y 29 DE MAYO DE 2002 CON LA PARTICIPACIÓN DEL MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES, LA FISCALÍA, LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CON COMPETENCIAS TRANSFERIDAS, JUECES Y MAGISTRADOS

1.º Dentro de la actual organización jurisdiccional, sería preciso introducir las siguientes modificaciones:

La separación de los Juzgados de Familia de la Jurisdicción Civil, creando una verdadera Jurisdicción especializada en la materia. Teniendo tales Juzgados un ámbito competencial mayor, tanto a nivel de atribución de materia como a nivel territorial, extendiendo su competencia a todas las demarcaciones judiciales. Para conseguir tal objetivo sería preciso:

— Delimitar la competencia objetiva y territorial de tales órganos y por supuesto crear de más órganos judiciales especializados.

— Crear Salas especializadas de Derecho de Familia en los Tribunales Colegiados.

—Especializar a los Jueces y Magistrados, para lo cual estos deberán recibir una formación específica que abarque necesariamente el conocimiento de otras disciplinas muy relacionadas e interconectadas con la labor que tienen que desarrollar en este ámbito jurisdiccional.

2.º Dotación a los Juzgados de Familia del material necesario y de personal que haya recibido una formación complementaria y específica. No hay que pasar por alto la necesidad de contar con equipos técnicos especializados en materia de protección del menor.

3.º De igual manera se hace necesaria la especialización de los integrantes del Ministerio Fiscal que intervengan en procedimientos conectados con esta materia. Es decir, en todas las Fiscalías debe existir, al menos, un grupo de Fiscales con competencia exclusiva en materia de protección del menor. Grupo en el que se deberá incluir a Fiscales que se hayan especializado en la materia y que igualmente cuenten con medios materiales y personales para poder desarrollar dignamente su labor.

4.º Mejorar y solicitar la asistencia jurídica, resultando igualmente conveniente contar con un grupo de letrados de oficio especializado en materia de protección del menor.

5.º Procurar que los padres, tutores o guardadores, así como cualquiera que pudiera resultar afectado, y, en su caso, considerarse perjudicado por el contenido de una resolución administrativa en materia de protección de menores, tengan la posibilidad de contar, desde el inicio del procedimiento administrativo, con asistencia jurídica y con asistencia psicosocial.

En el caso de no contar con medios económicos suficientes se deberá facilitar por los Colegios respectivos, tan pronto como lo interesen, profesionales del turno de oficio.

6.º La entidad pública competente debe ajustarse a las reglas del procedimiento administrativo aplicable, evitando causar cualquier tipo de indefensión a los afectados. Destacando al respecto la obligación que tiene de notificar sus decisiones lo antes posible a los interesados, para que estos desde el inicio del expediente tengan la oportunidad de ser oídos y en su caso personarse.

7.º La Administración debe también evitar que las resoluciones de fondo que dicten se correspondan con fórmulas tipo, debiendo contener una descripción detallada de los hechos en los que se apoya la decisión. En definitiva, han de estar debidamente motivadas. Al igual que también han de estar debidamente fundadas las Resoluciones Judiciales.

8.º Al día de hoy, y a pesar de lo que mantengan algunos Juzgados, la Administración ha de acudir, cuando precise contar con el auxilio judicial para hacer efectiva una determinada decisión, a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo.

No obstante, no estaría de más que tal regla general tuviera su excepción, y en aquellos casos en los que el acto administrativo a ejecutar esté conectado con un tema de protección de menores, el auxilio judicial se impetre ante los Juzgados de Familia. Si bien tal solución por ahora no es posible, siendo necesaria por tanto una modificación de la norma legal por la que se regula tal cuestión.

9.º En relación con el control jurisdiccional de las resoluciones administrativas que decretan una situación de desamparo resulta conveniente hacer una distinción entre:

a) Las impugnaciones *strictu sensu,* que se formulan contra la Resolución Administrativa de Desamparo, por no estar conformes los padres, tutores o guardadores con las causas en las que sustenta la Administración ese pronunciamiento.

b) Aquellas peticiones que tienen como finalidad el cese de la situación de desamparo por causas sobrevenidas que hubieran hecho desaparecer las circunstancias que provocaron que el menor se encontrara privado de la mínima y exigible asistencia moral y material.

El ejercicio de la primera acción se habría de plantear por los legitimados en un plazo de CUATRO MESES desde la notificación fehaciente de la Resolución Administrativa de Desamparo.

Transcurrido ese plazo, por parte de los padres, tutores o guardadores únicamente se podría instar la recuperación del ejercicio de la patria potestad y el cese del desamparo por haberse producido una mejora sustancial de las circunstancias que lo motivaron. Esa revisión se solicitaría en vía administrativa y, en caso de denegación, los interesados dispondrían de un plazo de CUATRO MESES desde la notificación fehaciente de la resolución administrativa denegando la concreta petición revisora, para impugnarla judicialmente.

Asimismo, por la Entidad Pública, el propio menor (si fuera mayor de 12 años) y el Ministerio Fiscal se podría valorar o plantear la conveniencia de que menores declarados en desamparo puedan reintegrarse con sus padres, tutores o guardadores, recuperando el ejercicio de la patria potestad. En caso de negativa de estos últimos la reintegración se interesaría judicialmente.

Si existieran posibles impugnaciones a la Resolución Administrativa de Desamparo o a la propuesta de Acogimiento no se podrá resolver judicialmente la propuesta de Adopción, que quedará en suspenso hasta que se decida lo procedente en los expedientes de Oposición al Desamparo y al Acogimiento.

10. En consonancia con la anterior conclusión, los padres, tutores o guardadores, cuando se opongan a la propuesta de Acogimiento Familiar, sólo podrán alegar como motivo de oposición la posible existencia de familiares (dentro de la propia familia extensa) más idónea para la asunción del Acogimiento y

siempre que también comparezcan ofreciéndose a ello también podrían oponerse alegando que la modalidad de Acogimiento propuesta no es la adecuada. En relación a las causas que propiciaron el Desamparo, sólo podrían formular oposición si en un plazo precedente de CUATRO MESES, por la Entidad Pública, se les hubiera notificado fehacientemente resolución administrativa declarando el Desamparo o resolución denegando la existencia de causas sobrevenidas que propiciaron el cese de esa medida. En estos supuestos, ambas peticiones se conocerían acumuladamente.

11. Establecer un procedimiento judicial más sencillo en sus trámites para sustanciar las oposiciones que tengan por objeto decisiones administrativas relacionadas con la concreción o suspensión del régimen de visitas al que tienen derecho los padres biológicos y los menores.

Le hubiese bastado al legislador con remitirse al procedimiento previsto para la adopción de medidas previas en los procedimientos matrimoniales.

12. Aunque se agradece la regulación de un procedimiento judicial específico para la tramitación de estas cuestiones, se hace preciso que se desarrolle con un estricto cumplimiento de plazos procesales, otorgándole una preferencia en relación a la resolución de otros procedimientos.

13. Es necesario dar respuesta en centros especiales, o en unidades específicas de los centros ordinarios, del Acogimiento Residencial, en casos excepcionales y justificados, a la problemática personal de aquellos menores que requieran un programa educativo personalizado y ajustado a sus necesidades y particularidades psíquicas o sociales.

14. Deberían estar reguladas en la norma correspondiente las posibilidades de intervención de carácter coactivo —no sancionador—, dentro del proyecto educativo, para hacer frente a situaciones extraordinarias de comportamientos conflictivos de menores internados en centros de protección, que resulten peligrosas para la integridad física y moral del propio menor, del resto de los menores, de los educadores o de las instalaciones del centro.

La regulación debe realizarse como complemento de lo previsto en los artículos 172 y 158 del Código Civil o de los artículos 11 y 21 de la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, así como del artículo 271 del Código Civil.

15. Los informes periciales de idoneidad para la adopción, habrían de ser emitidos por profesionales con experiencia y cualificación.

16. A efectos de declarar que los padres están incursos en causa de privación de patria potestad, el momento a tener en cuenta será aquel precedente al de la declaración de desamparo.

17. Ante las propuestas de acogimientos judiciales en general, y principalmente cuando previamente se ha formalizado un acogimiento provisional en fase administrativa, es necesario, en interés del menor, reducir al mínimo im-

prescindible el tiempo de duración del procedimiento judicial, dándole carácter preferente.

18. Con carácter general no debería constituirse un acogimiento con familia externa cuando exista una convivencia estable de un niño con familiares suyos. La Administración no debería intervenir en una relación consensuada por las partes.

La Administración sí deberá intervenir, sin embargo, cuando existan indicios de peligro en la estabilidad de convivencia del niño con sus familiares o en casos de graves conflictos entre padres y familiares.

En estos casos sería deseable la constitución de la tutela ordinaria, si ello es posible.

19. En todo caso los criterios de valoración y selección de los acogedores que sean familiares del menor deben ser los mismos que cuando no les une relación familiar.

20. Los casos de menores con problemáticas relacionadas con la drogadicción, la discapacidad, la enfermedad y con desajustes de carácter social, en principio, no deberían ser objeto de actuación de los servicios especializados de protección de menores.

Deberían desarrollarse recursos desde el ámbito de la salud, la educación o los mismos servicios sociales, que puedan hacer frente a estas problemáticas, que están ahora demandando la intervención de los servicios especializados de protección de menores.

21. Cuando las carencias de atención a estos menores sean atribuibles al comportamiento de los propios menores (absentismo, fugas, toxicomanía, actos delictivos, etc.) y los padres cumplan con unos mínimos de atención exigibles, no podríamos hablar de situación formal de desamparo.

22. La asunción de la guarda por la Entidad Pública, a petición de los padres, prevista en el artículo 172.2 del Código Civil, únicamente debería producirse cuando la desprotección del menor es atribuible a causas residentes en los propios padres, no en los hijos.

23. En todo caso, debe exigirse a los padres que asuman la responsabilidad que conlleva el ejercicio de la patria potestad, ya que son cada vez más los casos en los que se produce dejación de funciones parentales ante los problemas de conducta de los menores.

24. Se constata la necesidad de definición de nuevos centros para la atención de la problemática presentada por menores adolescentes, que viene a responder también a la demanda social de atención por el sistema de protección de problemáticas tales como los trastornos de conducta.

25. Debería regularse todo el procedimiento para acceder a los datos referentes a los orígenes de los adoptados. En este proceso es importante la mediación de profesionales especializados.

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

Salario Mínimo Interprofesional (SMI) para 2002

14,74 euros/día o 442,20 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		

Tabla estadística de pensiones alimenticias (cuando un solo progenitor obtiene ingresos)

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1.025	232,7	337,4	383,9	449,1
1.100	249,7	362,1	412,0	481,9
1.175	266,7	386,8	440,1	514,8
1.250	283,8	411,4	468,2	547,6
1.325	300,8	436,1	496,3	580,5
1.400	317,8	460,8	524,4	613,4
1.475	334,8	485,5	552,5	646,2
1.550	351,9	510,2	580,6	679,1
1.625	368,9	534,9	608,6	711,9
1.700	385,9	559,6	636,7	744,8
1.775	402,9	584,2	664,8	777,6
1.850	420,0	608,9	692,9	810,5
1.925	437,0	633,6	721,0	843,4
2.000	454,0	658,3	749,1	876,2
2.075	471,0	683,0	777,2	909,1
2.150	488,1	707,7	805,3	941,9
2.225	505,1	732,4	833,4	974,8
2.300	522,1	757,0	861,5	1.007,7
2.375	539,1	781,7	889,6	1.040,5
2.450	556,2	806,4	917,6	1.073,4
2.525	573,2	831,1	945,7	1.106,2
2.600	590,2	855,8	973,8	1.139,1
2.675	607,2	880,5	1.001,9	1.171,9
2.750	624,3	905,2	1.030,0	1.204,8
2.825	641,3	929,8	1.058,1	1.237,7
2.900	658,3	954,5	1.086,2	1.270,5
2.975	675,3	979,2	1.114,3	1.303,4
3.050	692,4	1.003,9	1.142,4	1.336,2
3.125	709,4	1.028,6	1.170,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

Tabla estadística de pensiones alimenticias
(cuando existe un solo hijo y ambos progenitores perciben ingresos)

	900	**1.050**	**1.200**	**1.350**	**1.500**	**1.650**	**1.800**	**1.950**	**2.100**	**2.250**	**2.400**	**2.550**	**2.700**	**2.850**
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos.

Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

Avances jurisprudenciales

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Los acogedores preadoptivos tienen interés legítimo para comparecer en el procedimiento instado por los padres biológicos del menor oponiéndose a la declaración de desamparo. (*T.C., S. 124/2002, de 20 de mayo de 2002).*

TRIBUNAL SUPREMO

I. FILIACIÓN

- Acreditada la oposición personal del demandado a la práctica de la prueba biológica, carecen de eficacia las razones alegadas para no someterse a la misma. La no intervención del Ministerio Fiscal en la instancia no es motivo de nulidad de actuaciones ya que fue subsanada por su intervención en el recurso de casación. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 26 de julio de 2001).*

- Declaración de la filiación paterna no matrimonial con base en la negativa al sometimiento a la prueba biológica unido a la acreditación de las relaciones entre la actora y el demandado y que tuvieron lugar cuando la actora trabajaba en el negocio propiedad de la esposa del demandado, siendo despedida al poco de nacer la hija. Aun cuando el demandado se encontraba en coma estructural como consecuencia de un accidente, antes del mismo fue citado para la práctica de la prueba biológica sin que compareciese para someterse a ella. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 3 de noviembre de 2001).*

- Al haberse producido el reconocimiento de la filiación paterna el mismo día en el que contrajo matrimonio con la madre de la menor, no puede impugnarse la paternidad por vía del artículo 140 del CC, ya que la filiación tiene carácter matrimonial y dicho precepto solo se refiere a supuestos de filiación no matrimonial. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 26 de noviembre de 2001).*

II. PATRIA POTESTAD

- Aun cuando la madre es una disminuida psíquica al estar aquejada de insania mental y no encontrándose en su cabal juicio, la circunstancia de que no se procediera a su previa incapacitación no es motivo de nulidad del procedimiento que finalizó privándola de la patria potestad, ya que la misma actuó por medio de Procurador y Abogado en defensa de sus derechos tanto en primera como en segunda instancia. *(T.S., Sala 1.ª, Auto de 18 de septiembre de 2001).*

III. REGÍMENES ECÓNOMICO-MATRIMONIALES

- Habiendo reconocido el esposo en capitulaciones matrimoniales que la finca fue comprada por la esposa con dinero privativo de la misma, ésta no necesita del consentimiento de aquél para venderla por tener la libre disposición de la vivienda sin que pueda aplicarse al supuesto la presunción de ganancialidad, al haber sido desvirtuada por el reconocimiento hecho por el marido. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 25 de septiembre de 2001).*

- Carácter ganancial de la deuda generada por la prestación de un aval por parte del esposo a favor de la empresa familiar que constituía el medio económico para el sustento de la familia. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 28 de septiembre de 2001).*

- La cláusula incluida en el convenio regulador del divorcio de que no hay bienes gananciales que liquidar no destruye la presunción de ganancialidad que consta en el Registro de la Propiedad respecto de un bien inmueble, que si bien se adquirió antes de contraerse el matrimonio, posteriormente se inscribió en el Registro por el cónyuge comprador "para su sociedad de gananciales". *T.S., Sala 1.ª, S. de 7 de septiembre de 2001.*

- Habiéndose suscrito constante el matrimonio un contrato de compraventa sin que aún se haya producido la entrega del inmueble, procede incluir en el activo los derechos que puedan corresponder a la sociedad de gananciales en virtud del contrato de compraventa. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 22 de octubre de 2001).*

IV. UNIONES DE HECHO

- Plena equiparación entre el padre biológico y la persona que convive de forma estable con la madre y sus hijos, a los efectos de fijar la indemnización como consecuencia del fallecimiento de una hija en accidente de circulación. *(T.S., Sala 2.ª, S. de 17 de septiembre de 2001).*

- Adquirido un inmueble en documento privado, la circunstancia de que la compradora inicie con posterioridad una relación de unión de hecho con un tercero, y que en la escritura pública del inmueble aparezca que se adquiere por mitad y

pro indiviso por ambos convivientes, no le otorga la propiedad al conviviente que no figuraba en el documento privado, sin que pueda entenderse que existe una donación encubierta al no constar la misma en escritura pública. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 22 de septiembre de 2001).*

V. CUESTIONES PROCESALES

- Estimación del recurso de revisión interpuesto por la madre residente en el extranjero contra la sentencia dictada en primera instancia que atribuyó la guarda y custodia de los hijos al padre, al apreciarse la existencia de maquinaciones fraudulentas por ocultación maliciosa del domicilio de la madre, forzándose el emplazamiento por edictos. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 24 de septiembre de 2001).*

VI. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

- Concesión de exequátur a la sentencia de divorcio de dos españoles dictada en Venezuela al no existir razones para considerar que la competencia judicial internacional de los tribunales de la Venezuela haya sido buscada fraudulentamente por las partes. *(T.S., Sala 1.ª, Auto de 18 de septiembre de 2001).*

- Denegación del exequátur de una sentencia de divorcio dictada en Cuba al no haberse salvaguardado suficientemente las garantías de audiencia y defensa en el proceso de origen porque la citación al mismo se hizo por edictos y la sentencia fue dictada en rebeldía sin haberse demostrado por la parte solicitante del exequátur que la ausencia de la otra parte al proceso fue por mera conveniencia, convicción o por causa voluntaria. *(T.S., Sala 1.ª, Auto de 18 de septiembre de 2001).*

- Admisibilidad de que se cursen directamente, por medio de los agentes diplomáticos o consulares de los Estados contratantes, las notificaciones de los documentos judiciales, siempre que el destinatario de la comunicación sea un nacional del Estado de origen. *(T.S., Sala 1.ª, Auto de 25 de septiembre de 2001).*

- No concesión de exequátur a la transacción judicial alcanzada por las partes para liquidar la sociedad de gananciales y partir la herencia, ya que su reconocimiento debe efectuarse por vía del art. 323 de la nueva LEC. *(T.S., Sala 1.ª, Auto de 25 de septiembre de 2001).*

VII. PENAL

- Condena por un delito de abandono de menores a la madre que deja solo en casa a un hijo de 23 meses, sin que tenga virtualidad alguna la alegación de que pensaba que lo cuidaría una hermana mayor, pues no dejó al menor con una

delegación concreta sino que lo hizo sin confiarlo expresamente a ninguna persona mayor. *(T.S., Sala 2.ª, S. de 4 de octubre de 2001).*

VIII. INCAPACIDAD

- Necesidad de que la Audiencia Provincial practique el reconocimiento de la presunta incapaz antes de declarar la incapacidad total cuando en la sentencia de instancia solo se declaró la parcial. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 15 de octubre de 2001).*

IX. CUESTIONES FISCALES

- Las aportaciones de bienes y derechos verificadas por los cónyuges a la sociedad conyugal gozan de exención en el ITP, y ello se refiere a todos los actos en virtud de los cuales cada cónyuge adscribe un bien propio al régimen de administración, aprovechamiento y cargas inherente al régimen económico conyugal, siendo esta tesis, de otra parte, la mantenida para todo tipo de aportación de bienes. No obstante, cualquier transmisión o donación efectuada entre cónyuges se encuentra sometida a tributación ordinaria, sin gozar de exención, pues esas operaciones son ajenas, como tales, a todo acto de aportación al régimen económico matrimonial. *(T.S., Sala 3.ª, S. de 2 de octubre de 2001)*.

X. SUCESIONES

- Estimación de la acción rescisoria por fraude de acreedores al acreditarse la existencia de una deuda anterior a las donaciones efectuadas por los padres en favor de los hijos sin haberse reservado bienes para subsistir los donantes, no exigiéndose por otro lado una insolvencia total en los deudores. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 10 de septiembre de 2001).*
- Rescisión de la donación efectuada por los padres a favor de los hijos aun cuando la exigibilidad de la deuda surgiese con posterioridad a la donación, ya que no resulta preciso para la acción rescisoria por fraude de acreedores que el crédito anterior fuese exigible, pues basta su existencia para que pueda ser objeto de fraudulento impago. *(T.S., Sala 1.ª, S. de 11 de octubre de 2001).*

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- No se atisba razón social alguna que conduzca a la inexorabilidad de un plazo a fijar para la pensión compensatoria, plazo que, además, obligaría a adivinar *ex ante* la cesación de la situación de desequilibrio, cuando la Ley ofrece mecanismos suficientes para modular una situación que se fija *rebus sic stantibus. (T.S.J. Cataluña, S. de 4 de marzo de 2002).*

- Inaplicación del art. 152.5 del Código Civil al supuesto en el que el hijo no sigue su formación ni busca trabajo, no procediendo la extinción de la pensión sino, conforme a lo establecido en el art. 260 del Codi de Familia, la pérdida de todo derecho a compensarse de los gastos necesarios para la continuación de su formación, conservando tan solo el escaso derecho de alimentos consistente en los auxilios necesarios para la vida. *(T.S.J. Cataluña, S. de 3 de junio de 2002).*

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

- Desestimación de la demanda de nulidad matrimonial, ya que no estando la demandada aquejada de un brote o crisis esquizofrénica, ni en el momento anterior, ni posterior inmediato a la prestación del consentimiento, ha de inferirse con cierta seguridad que no lo estaba en el momento mismo de la celebración del matrimonio, por lo que aunque hubiese abandonado el tratamiento y tuviese nula conciencia de su enfermedad no puede afirmarse que tuviese sus facultades mentales limitadas hasta el punto de que ello le impidiese prestar válidamente el consentimiento matrimonial. *(AP BURGOS, Sec. 3.ª, S. de 28 de enero de 2002).*

- Desestimación de la demanda de separación al no haberse practicado prueba suficiente para acreditar la causa, sin que sea admisible que en fase de recurso se introduzca una nueva causa no alegada inicialmente. *(AP CÁDIZ, Sec. 8.ª, S. de 5 de febrero de 2002).*

- Estimación de la demanda de divorcio al haber transcurrido más de un año desde la interposición de la demanda de separación contenciosa aun cuando posteriormente la esposa desistiera de la misma. *AP SEVILLA, Sec. 6.ª, S. de 6 de febrero de 2002).*

- Dentro del número 1.º del art. 81 del Código Civil hay que incluir no sólo el supuesto en que ambos cónyuges pidan conjuntamente la separación, o uno con el consentimiento del otro, sino que también comprende la petición por separado cuando, en un proceso contencioso, el demandado formula reconvención o, sin hacerlo explícitamente, alega causas distintas imputables al contrario. *(AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 7 de febrero de 2002).*

- El paradero desconocido del demandado implica ya de por sí un claro incumplimiento del deber de convivencia, básico para el desarrollo del resto de los deberes y funciones de ayuda y respeto mutuos. *(AP ASTURIAS, Sec. 7.ª, S. de 13 de febrero de 2002).*

II. PATRIA POTESTAD

- El desinterés mantenido por el padre respecto a su hija durante más de cinco años, con abandono absoluto del deber de alimentarla, justifica la privación de la patria potestad. *(AP A CORUÑA, Sec. 1.ª, S. de 19 de febrero de 2002).*
- Al no quedar acreditado que el mantenimiento de la patria potestad pueda afectar negativamente en el futuro al menor no procede acordar la privación. *(AP MURCIA, Sec. 5.ª, S. de 5 de febrero de 2002).*
- El desinterés mantenido por el padre respecto a su hija durante más de cinco años con abandono absoluto del deber de alimentarla justifica la privación de la patria potestad. *(AP A CORUÑA, Sec. 1.ª, S. de 19 de febrero de 2002).*

III. GUARDA Y CUSTODIA

- Cambio de guarda y custodia dando cobertura legal a la guarda que *de facto* venía ejerciendo el progenitor no custodio. *(AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 22 de enero de 2002).*
- Mantenimiento de la guarda y custodia de los hijos en favor de la madre, ya que las estancias del menor en las escaleras del edificio, o su no recogida a la hora de salida de clase, no han sido debidamente contrastados, ni se sabe tampoco con la necesaria exactitud cuál fue el alcance y la razón de ser de las situaciones indicadas, por lo que puede resultar aventurado efectuar una valoración de tales situaciones que permita afirmar que la madre del menor no está en condiciones de asumir la guarda y custodia de su hijo. *(AP BADAJOZ, Sec. 2.ª, S. de 4 de febrero de 2002).*
- Atribución de la guarda y custodia del hijo próximo a cumplir la mayoría de edad a la madre, si bien se permite que pueda permanecer en el domicilio de la abuela, a la que la madre entregará la cantidad establecida para su alimentación. *(AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 19 de febrero de 2002).*
- Habida cuenta que puede ser más perjudicial para el desarrollo de los menores el atribuirle la guarda y custodia a uno solo de los progenitores, acreditada la dependencia que cada uno de ellos ha desarrollado con el progenitor que convive, procede que cada hijo permanezca con un progenitor. *(AP SEVILLA, Sec. 5.ª, S. de 25 de febrero de 2002).*

IV. RÉGIMEN DE VISITAS

- Prohibición de que el padre (de ascendencia argelina aunque de nacionalidad española) pueda sacar a la hija fuera del país sin autorización de la madre con la finalidad de evitar un posible riesgo de retención de la hija por parte de la

familia del padre en caso de que éste viajase con ella a su país de origen, país que no tiene firmado convenio alguno sobre sustracción de menores. *(AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 21 de enero de 2002).*

- Debido a la enfermedad que padece el padre y que le impide realizar desplazamientos con normalidad, se acuerda que sea la madre la que, para el desarrollo de las visitas, lleve al niño al domicilio del padre, siendo de cargo de éste los gastos de desplazamiento, quedando excluidos la utilización de avión o taxi. *(AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 2 de febrero de 2002).*
- No fijación de régimen de visitas dada la situación de tensión y conflicto existente entre el hijo y la madre, ya que no es posible confirmar un proceso de estabilidad y equilibrio psíquico en la madre, pese al tratamiento de que está siendo objeto. *(AP ZARAGOZA, Sec. 2.ª, S. de 4 de febrero de 2002).*
- Procedencia de las visitas entre la abuela y la menor, ya que los problemas entre los adultos no pueden constreñir los derechos de la menor a relacionarse con su familia biológica, máxime cuando esa relación ya ha existido con anterioridad y ha sido estrecha y beneficiosa para la niña. *(AP MURCIA, Sec. 1.ª, S. de 4 de febrero de 2002).*
- Unión a los fines de semana del día festivo que siga al mismo. *(AP A CORUÑA, Sec. 5.ª, S. de 11 de febrero de 2002).*
- No procede que la madre abone los gastos de desplazamiento del hijo al lugar de residencia del padre para el desarrollo de la visita puesto que la distancia geográfica entre domicilios ya se conocía cuando se dictó la sentencia de separación y nada se pidió en este sentido. *(AP NAVARRA, Sec. 2.ª, S. de 22 de febrero de 2002).*
- Fijación de un régimen de visitas restrictivo ya que el interés y la predisposición del padre para estar con sus hijas son muy escasos. *(AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, S. de 26 de febrero de 2002).*

V. VIVIENDA FAMILIAR

- No atribución del uso de la vivienda familiar cuando esta está ocupada por la hermana del esposo que es propietaria, junto con éste, del 50 % del inmueble. *(AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 6 de febrero de 2002).*
- Admisibilidad de atribuir el uso de viviendas distintas de la familiar. *(AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 7 de febrero de 2002).*
- Eficacia de la venta efectuada a un tercero de la vivienda cuyo uso se atribuyó a la esposa, ya que ésta era la titular de la misma, siendo de aplicación lo dispuesto en el art. 96.4 del CC y no lo previsto en el art. 1320 del CC. *(AP VIZCAYA, Sec. 4.ª, S. de 11 de febrero de 2002).*
- Si el esposo venía obligado a abonar el 50% de las cuotas de la hipoteca, el hecho de que la esposa haya cancelado anticipadamente el préstamo no le exime

de seguir abonando dicha cantidad. *(AP ALBACETE, Sec. 1.ª, S. de 12 de febrero de 2002).*

- Acreditado en el procedimiento de liquidación de gananciales que la vivienda familiar tiene carácter privativo del esposo y que existe otra vivienda ganancial libre de cargas, procede dejar sin efecto la atribución del uso que se hizo respecto a la primera de las viviendas, debiendo pasar a residir la madre y el hijo a la segunda de ellas. *(AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 12 de febrero de 2002).*
- Teniendo en cuenta que el uso de la vivienda familiar se atribuye al esposo, se encuentra pertinente que el mismo se haga cargo del abono del préstamo hipotecario sin que su pago dé derecho posteriormente a incluir un crédito a su favor por este concepto en la liquidación de la sociedad de gananciales. *(AP LEÓN, Sec. 2.ª, S. de 28 de febrero de 2002).*
- Limitación del uso de la vivienda familiar aun cuando en el mismo resida una hija mayor de edad sin independencia económica. *(AP VALLADOLID, Sec. 1.ª, S. de 28 de febrero de 2002).*

VI. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

- Fijación de pensión alimenticia a favor de la hija mayor de edad al haber quedado acreditado que en los tres últimos años sólo estuvo trabajando durante 87 días. *(AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 3 de enero de 2002).*
- Obligación de los hijos de abonar por partes iguales el coste que supuso la permanencia de la madre en una la residencia geriátrica una vez descontada la cantidad que percibía la madre. *(AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 8 de enero de 2002).*
- No acreditado que el bajo rendimiento escolar haya sido producido con carácter voluntario por parte del hijo y sí por problemas físicos y personales del mismo, es procedente mantener la pensión alimenticia fijada para que intente reanudar su carrera universitaria. *(AP PALENCIA, S. de 4 de febrero de 2002).*
- Extinción de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad por el solo hecho de haber estado dado de alta en el Régimen especial de la Seguridad Social como trabajador autónomo abonando las correspondientes cuotas. *(AP CÁCERES, Sec. 1.ª, S. de 5 de febrero de 2002).*
- Residiendo aún los hijos mayores de edad en el domicilio familiar junto a la madre, no es causa para la fijación de una pensión alimenticia la circunstancia de que éstos, a pesar de estar trabajando, no aporten ninguna cantidad de dinero para atender los gastos que generan. *(AP TOLEDO, Sec. 1.ª, S. de 8 de febrero de 2002).*
- Admisibilidad de fijación de una pensión alimenticia entre cónyuges después de haber mediado una separación de hecho entre ellos. *(AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 11 de febrero de 2002).*

- No puede privarse a los hijos de la pensión alimenticia por la circunstancia de que residan con los abuelos y no con la madre. *(AP VALLADOLID, Sec. 1.ª, S. de 22 de febrero de 2002).*

VII. PENSIÓN COMPENSATORIA

- No procede limitar temporalmente la pensión compensatoria habida cuenta que la convivencia ha durado más de veintiséis años y la esposa carece de cualificación profesional y cuenta con más de 50 años de edad. *(AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 23 de enero de 2002).*

- Teniendo en cuenta que el trabajo desarrollado por la esposa es a tiempo parcial, debido a que su actividad laboral tiene que compatibilizarla con el cuidado y atención de los hijos menores, no procede extinguir la pensión compensatoria. *(AP MURCIA, Sec. 1.ª, S. de 4 de febrero de 2002).*

- Si cuando se firmó el convenio regulador de la separación se hizo constar que no existía desequilibrio económico, no procede con ocasión del divorcio fijar dicha pensión. *(AP CASTELLÓN, Sec. 2.ª, S. de 4 de febrero de 2002).*

- Si la pensión compensatoria no se solicita o se hace valer en el proceso de separación, ya no puede invocarse en posterior juicio de divorcio por haber quedado definitivamente decidido en proceso precedente. *(AP SALAMANCA, S. de 7 de febrero de 2002).*

- Fijación de una pensión compensatoria a la esposa aun cuando ésta realice trabajos de limpieza por horas, ya que la atención a las necesidades de los dos hijos le impide realizar una jornada de trabajo completa. *(AP ALBACETE, Sec. 1.ª, S. de 12 de febrero de 2002).*

- La asunción voluntaria de nuevas cargas familiares fruto de una relación posterior no es motivo para reducir la cuantía de la pensión compensatoria. *(AP ASTURIAS, Sec. 6.ª, S. de 28 de febrero de 2002).*

- Extinción de la pensión compensatoria en fase de ejecución de sentencia al haber quedado acreditado por reconocimiento de la esposa que está conviviendo maritalmente con un tercero, sin que para dicha extinción sea necesario acudir a un procedimiento de modificación de medidas. *(AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 5 de marzo de 2002).*

VIII. CUESTIONES PROCESALES

- No cabe ampliar en el escrito de interposición del recurso los motivos de oposición que quedaron determinados en el escrito de preparación. *(AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 1 de febrero de 2002).*

- Admisibilidad del recurso de apelación aun cuando no se expresen en el escrito de preparación los pronunciamientos de la sentencia que recurre. *(AP A CORUÑA, Sec. 6.ª, S. de 5 de febrero de 2002).*
- Inadmisión del recurso de apelación al no haberse preparado dentro de plazo con traslado del escrito al procurador de la contraparte. *(AP MADRID, Sec. 24.ª, Auto de 7 de febrero de 2002).*
- La remisión que hace el art. 775 de la LEC a lo dispuesto en el art. 771 de la LEC debe entenderse referida única y exclusivamente a las normas procedimentales de tramitación a seguir, pero no en cuanto a la imposibilidad de recurrir la resolución dictada en primera instancia en sede de una modificación de medidas. *(AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 12 de febrero de 2002).*
- No puede añadirse ningún nuevo motivo de oposición en el escrito de interposición del recurso de apelación, si no se anunció en el escrito de preparación del recurso. *(AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 19 de febrero de 2002).*
- Si el demandando contesta a la demanda de divorcio y solicita que se dicte sentencia conforme al suplico de la misma, y el Juzgado, sin recibir el procedimiento a prueba, dicta sentencia sin más trámite, no se vulnera principio procesal alguno ni es causa para declarar la nulidad de actuaciones. *(AP A CORUÑA, Sec. 1.ª, S. de 25 de febrero de 2002).*

IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

- Cuando queda acreditada la fecha de la convivencia del hijo con el padre cesa para este último la obligación de abonar los alimentos, según venía establecido en el auto de medidas provisionales que se estaba ejecutando. *(AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 11 de enero de 2002).*
- No procede descontar de la reclamación de atrasos de la pensión alimenticia la cantidad que abonó el padre en concepto de inscripción de la hija en un campamento de verano. *(AP MADRID, Sec. 24.ª, Auto de 17 de enero de 2002).*
- El cambio de circunstancias alegado como motivo de oposición a la ejecución carece de trascendencia sin perjuicio de que, en el procedimiento adecuado, se solicite la modificación de las medidas vigentes. *(AP SALAMANCA, Auto de 4 de febrero de 2002).*
- La caducidad establecida en el art. 518 de la LEC no es aplicable a las sentencias dictadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva LEC. *(AP LEÓN, Sec. 2.ª, Auto de 4 de febrero de 2002).*
- Abono de la pensión alimenticia desde la fecha de presentación de la demanda, sin que para ello sea necesario un pronunciamiento expreso, ya que se produce *ex lege. (AP MADRID, Sec. 24.ª, Auto de 13 de febrero de 2002).*
- Desestimación de la oposición a la ejecución, ya que no cabe alegar como motivo la pluspetición. *(AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, Auto de 25 de febrero de 2002).*

X. REGÍMENES ECONÓMICOS

- Denegación de autorización para la venta de un bien ganancial. *(AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 11 de enero de 2002).*
- Las cantidades que procede incluir en el pasivo de la sociedad de gananciales por el pago del préstamo hipotecario son las abonadas por el esposo desde la firmeza de la sentencia de separación y no desde el dictado del auto de medidas provisionales. *(AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 31 de enero de 2002).*
- Inclusión en el activo del valor actualizado de las cantidades que el esposo retiró de la cuenta corriente ganancial cuando se inició la crisis matrimonial al no haber acreditado que lo invirtiese en interés de la familia. *(AP A CORUÑA, Sec. 4.ª, S. de 7 de febrero de 2002).*
- Inclusión en el activo del importe actualizado del valor que el negocio ganancial tenía en la fecha de su transmisión. *(AP MURCIA, Sec. 4.ª, S. de 28 de febrero de 2002).*
- Aun cuando el inmueble se encuentre inscrito a nombre del esposo, acreditado de manera fehaciente que el dinero empleado para la adquisición del mismo era de la pertenencia exclusiva del padre de este, procede excluirlo del inventario de la sociedad de gananciales. *(AP ASTURIAS, Sec. 1.ª, S. de 27 de febrero de 2002).*
- Inclusión en el activo del importe actualizado del valor que el negocio ganancial tenía en la fecha de su transmisión. *(AP MURCIA, Sec. 4.ª, S. de 28 de febrero de 2002).*

XI. FILIACIÓN

- No procede excluir al padre de las funciones de la patria potestad ya que no se opuso a considerarse padre de la menor sino que sólo quería hacerlo sobre una base cierta y segura. *(AP BALEARES, Sec. 5.ª, S. de 2 de febrero de 2002).*
- Declaración de la filiación paterna no matrimonial, no siendo obstáculo para ello que el demandado alegase que era estéril en el momento de la concepción del menor al haberse efectuado una vasectomía, ya que en ese supuesto no debería haber tenido ningún inconveniente en someterse a la prueba biológica. *(AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 7 de febrero de 2002).*
- Nulidad del reconocimiento de la filiación efectuado ante el Registro Civil una vez acreditado que el actor no adquirió un conocimiento completo y terminante de que no era el padre biológico del niño hasta que se practicó la prueba destinada a comprobar tal situación. *(AP SEVILLA, Sec. 6.ª, S. de 11 de febrero de 2002).*

XII. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

- Inexistencia de situación de desamparo, ya que la guarda de hecho ejercida por los abuelos se hacía de forma adecuada, si bien se aprecia la existencia de una

situación de riesgo, que precisa la intervención de los servicios sociales. *(AP VIZCAYA, Sec. 4.ª, Auto de 3 de enero de 2002).*

- Se deja sin efecto la declaración de desamparo, ya que la situación potencialmente de riesgo para los menores ha evolucionado, pues la madre, con el adecuado tratamiento, se recupera de su enfermedad, al igual que el padre de su alcoholismo. *(AP JAÉN, Sec. 1.ª, S. de 10 de enero de 2002).*

- En la apelación contra el auto que acuerda la adopción no puede volver a discutirse lo resuelto en el incidente de oposición. *(AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 18 de enero de 2002).*

- Declaración de desamparo de una menor y constitución de la tutela ordinaria nombrando para tal cargo a la guardadora de hecho. *(AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, Auto de 30 de enero de 2002).*

XIII. UNIONES DE HECHO

- Existencia de precario en la ocupación de la vivienda por parte del compañero sentimental del propietario de la misma, sin que sea de aplicación la Ley de Parejas Estables al ser posterior, además de no concurrir en la pareja los requisitos exigidos en dicha norma. *(AP BALEARES, Sec. 5.ª, S. de 11 de febrero de 2002).*

- No fijación de pensión compensatoria ni indemnizatoria en una pareja de hecho, ya que no ha acreditado la conviviente la imposibilidad de trabajar, ni la situación de desequilibrio que le origina el cese de una relación de muy corta duración. *(AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 22 de febrero de 2002).*

XIV. TEMAS PENALES

- Condena por un delito de impago de pensiones, al haberse acreditado a través de la inspección de trabajo que el padre realiza trabajos en un taller de joyería. *(AP CÓRDOBA, Sec. 3.ª, S. de 2 de febrero de 2002).*

- Absolución del delito de abandono de menores, ya que este implica que el menor o incapaz sometido a la guarda de una persona sea privado de ella y liberado a su propia suerte, y sin embargo, en el presente caso, lo que se ha producido es un abandono asistencial, que, en el caso de los padres, consiste en incumplir los deberes inherentes a la patria potestad. *(AP GRANADA, Sec. 2.ª, S. de 6 de febrero de 2002).*

- Condena por un delito de alzamiento de bienes cuando el esposo, al día siguiente de practicarse el embargo, otorgó con su esposa escritura pública de capitulaciones matrimoniales, adjudicándose esta todos los derechos sobre el inmueble embargado. *(AP CÁDIZ, Sec. 7.ª, S. de 11 de febrero de 2002).*

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

I. FILIACIÓN

- Si la madre biológica está determinada por el parto, no puede figurar como madre la mujer unida como pareja estable con la madre biológica, lo cual sólo es posible por medio de una adopción reservada en el Código civil y en Cataluña a las parejas heterosexuales. *(R. de 9 de enero de 2002).*
- Aun cuando las hermanas de un solo vínculo de la solicitante diesen su conformidad a la inscripción de la filiación paterna, esta no puede acordarse por vía del expediente del art. 49 de la LRC al constar la oposición del Ministerio Fiscal. *(R. de 15 de enero de 2002).*
- Se inscribe la filiación matrimonial presumida del hijo de casada, porque no se ha probado que el nacimiento haya acaecido pasados 300 días desde la separación de los cónyuges. *(R. de 18 de enero de 2002).*
- Aun cuando la madre abandonase al menor tras dar a luz en el centro hospitalario, no puede inscribirse el nacimiento desconociendo la filiación materna. *(R. de 8 de noviembre de 2001).*
- Para mantener los apellidos anteriores a la inscripción de la filiación paterna hay que tramitar expediente y no basta la sola declaración del interesado. *(R. de 9 de febrero de 2002).*
- En ausencia de reconocimiento formal puede inscribirse éste por el expediente de los artículos 120.2.º del Código Civil y 49 de la Ley del Registro Civil, pero debe tramitarse el expediente probando la posesión de estado y notificándolo personalmente a todos los posibles interesados y al Ministerio Fiscal, sin que haya oposición de éstos. *(R. de 21 de febrero de 2002).*
- No se inscribe el nacimiento acaecido en España en 1973 alegando que el padre es español y ha reconocido su paternidad en el año 2000, porque hay graves dudas de la legalidad de este hecho a la vista de que el reconocimiento de la paternidad está en total contradicción con la filiación del reconocido según consta en su primera inscripción peruana de nacimiento. *(R. de 4 de marzo de 2002).*

II. MATRIMONIO

- Inscripción del matrimonio celebrado entre español y dominicana que fue inicialmente denegada, al presentarse nuevos hechos y pruebas. *(R. de 4 de enero de 2002).*

- No es inscribible el matrimonio celebrado por un español en Cuba en 1995, porque estaba ligado por un matrimonio anterior y la sentencia cubana de divorcio no ha obtenido el necesario exequátur del Tribunal Supremo. *(R. de 1 de febrero de 2002).*

III. ADOPCIÓN

- Cuando se extiende una nueva inscripción de nacimiento, conforme a la Instrucción de 15 de febrero de 1999, no es posible variar el lugar del nacimiento, aunque éste se haya hecho constar ficticiamente por ser el domicilio de los padres biológicos. *(R. de 10 de enero de 2002).*

IV. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

- Denegación de la anotación preventiva de embargo de un bien que pertenece con carácter privativo al cónyuge no deudor, pues para que pueda considerarse la deuda como ganancial se hace preciso una declaración judicial al respecto en un procedimiento entablado contra ambos cónyuges. *(R. de 15 de abril de 2002).*

- Eficacia de la aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales pudiendo entenderse como onerosa la causa de esta aportación basada en que los gastos habidos al contraer el matrimonio y a que el préstamo hipotecario que grava el inmueble se está reintegrando con dinero ganancial. *(R. de 17 de abril de 2002).*

- Denegación de la anotación preventiva de embargo por deudas contraídas por el esposo cuando la finca figura inscrita con carácter privativo a nombre de la esposa. *(R. de 24 de abril de 2002).*