

LO QUE HAN CAMBIADO LAS COSAS... PERO EL DERECHO DE FAMILIA SIGUE IGUAL

Hace poco tiempo se conmemoraban los veinticinco años de la democracia española, y nos volvían a la memoria épocas pasadas. En el Salón de Plenos del Congreso de los Diputados se dieron cita multitud de parlamentarios que hoy han dejado la política pero que contribuyeron a las profundas reformas que se llevaron a cabo en nuestro país desde aquel 15 de junio de 1977. Allí estaban, aunque con notables ausencias, los padres de la ley del Divorcio.

Los medios de comunicación comparaban con añoranza los precios de algunos artículos, en 1977 el periódico El País costaba 15 pesetas y hoy son 166, un paquete de tabaco rubio 20 pesetas mientras que hoy cuesta 349, el salario mínimo interprofesional estaba fijado en 11.397 pesetas y hoy supera las 72.000, etc.

En julio de 1981 se publicó la ley del Divorcio, aquella que reformaba el Código Civil para adaptarlo a los principios que se instauraron con la Constitución Española. Y salvo unas puntuales reformas, seguimos anclados en el pasado. El sistema matrimonial es el mismo que entonces, como si todo siguiera igual. Pero todos sabemos que las cosas no son como eran. Los españoles han aprendido a separarse de forma civilizada, ya no es un trauma. En los primeros años de aplicación de la ley el 70% de los procedimientos se tramitaban de forma contenciosa y solo el 30% acudían al procedimiento consensual. Hoy la proporción se ha invertido. Hay una cultura del divorcio y de convivencia sin contraer matrimonio.

Es difícil calificar la situación que surge cuando, después de celebrarse un matrimonio, los cónyuges comprueban al poco tiempo que ha sido un error dar ese paso. Siempre cabe la posibilidad de coger la puerta y con o sin despedida dejarlo todo. Pero hay personas que quieren separarse legalmente. Tras consultar a un letrado, se llevan la sorpresa de que no pueden separarse de mutuo acuerdo hasta que no pase un año y si quieren obtener la separación antes deben alegar una causa de las enumeradas en el art. 82 del Código Civil, más o menos que uno debe aparecer como culpable. Algunos que ya dan por irrecuperable el proyecto de vida en común quieren obtener directamente el divorcio. Pero no puede ser, primero la separación y después el divorcio. Y ello aunque los dos estén de acuerdo en divorciarse.

Cumplíendose una de las reivindicaciones de la Asociación Española de Abogados de Familia, hubiese sido deseable que los medios de comunicación, comparando la situación anterior y la presente, incluyesen la siguiente noticia: En 1981 los trámites para obtener el divorcio eran interminables, y hoy día con la sola voluntad de los cónyuges se extingue el matrimonio. Lógicamente no se trataría de imponer el divorcio, sino de dar a los cónyuges la opción de separarse o de divorciarse bastando para ello la prestación de su consentimiento.

Es posible que muchos censuren que el divorcio pueda obtenerse fácilmente, pero si tuviesen en cuenta que solo un porcentaje mínimo de españoles que inician los trámites de la separación terminan reconciliándose, por el bien de los cónyuges, de los hijos y de su propio patrimonio, no es conveniente alargar la situación de crisis matrimonial, porque por más que se pongan trabas al divorcio, las parejas no van a reconciliarse.

Pero es más, aproximadamente el 35% de las parejas de hecho están formadas por personas separadas que no han obtenido el divorcio, y precisamente por ese motivo, muchas de ellas, no pueden acogerse a las leyes autonómicas que regulan esta materia. Es decir, que se quedan en “tierra de nadie”.

Esperemos que antes de que se celebre el cincuenta aniversario de la democracia española podamos ver que los españoles pueden divorciarse, si así lo desean, de mutuo acuerdo, evitándoles un costoso y largo peregrinaje por los pasillos de los juzgados de familia. Puestos a pedir, también sería deseable que todos los juzgados que conozcan de materias de derecho de familia estén especializados y que cuenten con jueces que voluntariamente decidan estar en esta clase de órganos, y que después de un tiempo accederán a las plazas colegiadas en las secciones de las Audiencias Provinciales también especializadas en la materia. Nunca hay que perder la esperanza. Nuestro querido amigo Luis Zarraluqui lleva insistiendo muchos años para que los sábados se declaren inhábiles... y casi ha estado a punto de conseguirlo.

ÍNDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

- Comentarios al procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (II). *Pedro Alejándrez Peña* 19
- La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación en representación de su pupilo: Un supuesto de pugna entre la tutela y el matrimonio. *María José García Alguacil* 51
- La pensión compensatoria y su reto ante la ruptura de la “*unión de hecho*”. *Antonio-Alberto Pérez Ureña* 89

JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 105
 - I. Filiación (*S. de 22 de octubre de 2001*) 105
 - II. Cuestiones fiscales (*S. de 29 de octubre de 2001*) 109
- TRIBUNAL SUPREMO 115
 - I. **Filiación** 115
 - 1. Reclamación de paternidad (*S. de 18 de mayo de 2001*) .. 115
 - 2. Negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica (*S. de 24 de mayo de 2001*) 119

	<u>Página</u>
II. Regímenes económico-matrimoniales	122
1. Gestión y administración de la sociedad de gananciales. Liquidación de la sociedad de gananciales	122
1.1. Bienes no incluidos en la liquidación de la sociedad de gananciales (<i>S. de 25 de abril de 2001</i>)	122
1.2. Impugnación de la liquidación de gananciales (<i>S. de 14 de mayo de 2001</i>)	126
III. Alimentos	128
1. Pensión alimenticia (<i>S. de 18 de mayo de 2001</i>)	128
IV. Menores	131
1. Acogimiento de menores. Competencia (<i>S. de 14 de marzo de 2001</i>)	131
2. Privación de la patria potestad (<i>S. de 3 de mayo de 2001</i>) ..	133
V. Convenio regulador	136
1. Convenio regulador de separación (<i>S. de 23 de mayo de 2001</i>) .	136
VI. Procesal	138
1. Recurso extraordinario por infracción procesal (<i>Auto de 16 de mayo de 2001</i>)	138
VII. Sucesiones	140
1. Disposición de bienes en fraude de acreedores (<i>S. de 11 de abril de 2001</i>)	140
2. Valoración de la vivienda de protección oficial (<i>S. de 11 de mayo de 2001</i>)	143
VIII. Responsabilidad civil	145
1. Demanda de responsabilidad civil contra procurador y abogado que tramitaron la separación (<i>S. de 23 de mayo de 2001</i>) ...	145
2. Responsabilidad civil por fallecimiento de un hijo en accidente de circulación (<i>S. de 29 de mayo de 2001</i>)	150

	<u>Página</u>
IX. Penal	152
1. Delito de impago de pensiones (<i>S. de 3 de abril de 2001</i>)	152
2. Delito de descubrimiento de secretos (<i>S. de 14 de mayo de 2001</i>)	155
 TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	 161
I. Procesal	161
1. Inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto frente a la sentencia dictada en un procedimiento de modificación de medidas, al no concurrir ninguno de los requisitos legales para su admisión (<i>TSJ CATALUÑA, Auto de 27 de septiembre de 2001</i>)	161
2. La supresión de la pensión compensatoria y de la indemnizatoria concedidas en su día en la sentencia de separación al no concurrir los requisitos para su mantenimiento es una cuestión que carece de interés casacional a los efectos de admitir dicho recurso, ya que lo contrario supondría convertir este recurso en una tercera instancia (<i>TSJ CATALUÑA, Auto de 29 de octubre de 2001</i>)	162
 II. Cuestiones fiscales	 164
1. Validez de la autoliquidación del IRPF efectuada por el esposo en la que reduce de la base imponible la cuantía que abonaba con base en el convenio regulador de separación suscrito por los cónyuges, aun cuando el mismo fuese aprobado con posterioridad a efectuar dicha autoliquidación (<i>TSJ CASTILLA-LA MANCHA, S. de 7 de mayo de 2001</i>)	164
2. Aun cuando los cónyuges firmaron un convenio regulador de separación y convivían en domicilios independientes, dicha circunstancia carece de eficacia a efectos fiscales hasta tanto no se dicte la correspondiente sentencia de separación (<i>TSJ CATALUÑA, S. de 18 de junio de 2001</i>)	166

	Página
AUDIENCIAS PROVINCIALES	171
I. Causas de separación, divorcio y nulidad	171
1. Desestimación de la demanda de separación al no haberse acreditado la causa concurrente sin que ello implique en modo alguno la intimación judicial en orden a la reanudación plena de la convivencia, sino únicamente la denegación de la constitución del estado civil propugnado por la actora. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 3 de julio de 2001</i>	171
2. Desestimación de la demanda de divorcio al carecer el actor de falta de legitimación, puesto que no formuló demanda ni reconvencción en el procedimiento de separación. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, S. de 24 de septiembre de 2001</i>	174
3. Habiéndose hecho intolerable la convivencia entre los cónyuges y faltando la voluntad que animaba su unión procede decretar la separación. <i>AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 27 de octubre de 2001</i>	176
II. Patria potestad, guarda y custodia, y régimen de visitas	177
1. Patria potestad	177
1.1. Habiendo sido condenado el padre en un procedimiento penal por abusos sexuales cometidos a una de las hijas, procede privarle de la patria potestad respecto de todos los hijos, ya que estamos ante uno de los más graves incumplimientos que puedan imaginarse respecto de la patria potestad. <i>AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 15 de octubre de 2001</i>	177
2. Guarda y custodia	180
2.1. Cambio de guarda y custodia cuando las expectativas de estabilización de la enfermedad de la madre no se han cumplido y han sido necesarios nuevos internamientos psiquiátricos. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 17 de septiembre de 2001</i>	180

	<u>Página</u>
3. Régimen de visitas	182
3.1. Régimen de visitas restrictivo y en presencia de los abuelos paternos, dada la adicción del mismo al alcohol. <i>AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 29 de septiembre de 2001</i>	182
3.2. Supresión de toda visita de los hijos con el padre debido a la grave enfermedad psíquica que padece en la actualidad. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 20 de noviembre de 2001</i>	183
3.3. Improcedencia de suprimir la pernocta del menor con el progenitor no custodio al no haberse acreditado causa suficiente para ello y no ser aconsejable para el beneficio del menor. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 26 de noviembre de 2001</i>	184
III. Vivienda familiar	185
1. Extinción del uso de la vivienda al alcanzar los hijos la mayoría de edad, ya que ningún alimentista cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar y con exclusión del progenitor con el que no vaya a convivir. <i>AP NAVARRA, Sec. 2.ª, S. de 1 de septiembre de 2001</i>	185
2. A pesar de que la ocupación de la vivienda propiedad de los suegros por la esposa e hijos en virtud de la atribución judicial se califica de comodato, el mismo no puede tener una duración indefinida, por lo que será el comodante el que decidirá el final de su liberalidad, dejando a salvo los supuestos de abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 5.ª, S. de 10 de octubre de 2001</i>	188
IV. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio	191
1. No fijación de alimentos a favor de una persona graduada, con plena capacidad física y mental y que, superando los 30 años de edad, no se encuentra en una situación que se pueda definir de necesidad que le pueda hacer acreedora de una prestación alimentaria. <i>AP ASTURIAS, Sec. 7.ª, S. de 13 de septiembre de 2001</i>	191

	Página
2. Reducción de la pensión alimenticia de la hija que abona el padre en base a que al haber alcanzado la mayoría de edad, los alimentos deben pagarse por ambos progenitores. <i>AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 29 de octubre de 2001</i>	193
3. Inexistencia de incongruencia si en la sentencia se fija la obligación de abonar la mitad de los gastos extraordinarios de la menor aun cuando no se haya solicitado en la demanda de alimentos. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 16 de noviembre de 2001</i>	194
V. Pensión compensatoria	195
1. No fijación de pensión compensatoria cuando en el convenio extrajudicial regulador de la separación la esposa reconoció que no existía desequilibrio económico. <i>AP NAVARRA, Sec. 3.ª, S. de 4 de septiembre de 2001</i>	195
2. La obtención de la eficacia civil de una sentencia canónica de nulidad matrimonial no implica un cambio sustancial de circunstancias para dejar sin efecto lo acordado en la sentencia de separación respecto a la fijación de una pensión compensatoria. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 9 de octubre de 2001</i>	197
3. No procede aumentar en el procedimiento de divorcio la pensión compensatoria que se fijó en la separación, ya que no existen pruebas de que la dolencia que sufre la apelante se deba específicamente a su dedicación a la familia durante el periodo en que tuvo lugar la convivencia conyugal. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 27 de noviembre de 2001</i>	199
VI. Cuestiones procesales	200
1. Ratificado el convenio regulador y dictada la sentencia de separación no cabe la posibilidad de que uno de los cónyuges impugne el convenio dentro del procedimiento matrimonial consensual, debiendo acudir para ello al juicio declarativo ordinario. <i>AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 18 de octubre de 2001</i> ..	200
2. Falta de legitimación activa de la madre para solicitar la modificación de la pensión alimenticia de la hija mayor de edad, procediendo en consecuencia desestimar la acción sin perjuicio de que la hija inste el correspondiente procedimiento de alimentos. <i>AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 20 de octubre de 2001</i> ..	201

	Página
3. No concesión de litisexpensas cuando el solicitante de las mismas pudo solicitar y obtener justicia gratuita. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 3 de diciembre de 2001</i>	202
VII. Ejecución de sentencias	202
1. Los efectos de los pactos económicos del convenio regulador producen sus efectos desde la fecha en que se suscribió. <i>AP LLEIDA, Sec. 1.ª, Auto de 14 de septiembre de 2001</i>	202
2. En principio no cabe utilizar la ejecución de sentencia matrimonial para ejercitar una acción posesoria respecto a la vivienda ocupada por el otro cónyuge, sin embargo, si existe una situación de abuso de derecho, cabe efectuar el lanzamiento para evitar que el cónyuge propietario de la vivienda deba acudir a un nuevo procedimiento. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Auto de 14 de noviembre de 2001</i>	204
VIII. Regímenes económicos	206
1. La renuncia que hizo la esposa en el acuerdo transaccional de la liquidación de la sociedad de gananciales, “a cualquier inventario o su adición, al avalúo y a la revisión, resolución o rescisión de dicha transacción por cualquier causa” solo afecta a la relación de bienes que se mencionaron en el acuerdo, pero no puede afectar al ejercicio de acciones respecto a los bienes que no estaban incluidos en la transacción. <i>AP MÁLAGA, Sec. 4.ª, S. de 18 de julio de 2001</i>	206
2. Desestimación de la acción de nulidad de la transacción suscrita entre las partes para liquidar la sociedad de gananciales al no existir error que invalide el consentimiento, ni intimidación, ni se ha acreditado que la esposa era incapaz en la época en que se firmó. <i>AP MÁLAGA, Sec. 4.ª, S. de 18 de julio de 2001</i>	208
3. Si la vivienda se construyó en un solar privativo, solo procede incluir en el inventario de la sociedad de gananciales el valor de lo invertido en la construcción. <i>AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 2 de octubre de 2001</i>	209
4. Carácter privativo de la indemnización recibida por el esposo por su jubilación anticipada. <i>AP CIUDAD REAL, Sec. 1.ª, S. de 23 de octubre de 2001</i>	210

	Página
5. Siendo el esposo el titular del plan de pensiones, debe declararse su carácter privativo, sin perjuicio de que éste reembolse a la sociedad de gananciales del importe actualizado de las aportaciones realizadas con dinero ganancial. <i>AP CIUDAD REAL, Sec. 1.ª, S. de 23 de octubre de 2001</i>	211
6. Carácter ganancial de la vivienda adquirida constante matrimonio al no haberse acreditado que el producto obtenido por la venta de otros inmuebles privativos del esposo se invirtiesen en la adquisición de esta. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 20 de noviembre de 2001</i>	212
IX. Filiación	214
1. Desestimación de la acción de impugnación de la filiación reconocida ante el Registro Civil al haber transcurrido el año desde dicho reconocimiento y no haberse acreditado la existencia de vicios en el consentimiento. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 9 de octubre de 2001</i>	214
X. Procedimientos de menores	215
1. Después de declarado el desamparo se constituyó el acogimiento familiar con los abuelos maternos del menor, los cuales devolvieron al menor transcurridos diez meses, habiéndose desinteresado durante todo este tiempo los padres de la situación del menor, por lo que procede declararles incurso en causa de privación de la patria potestad. <i>AP JAÉN, Sec. 1.ª, S. de 10 de octubre de 2001</i>	215
2. Constitución del acogimiento familiar cuando la madre tiene una minusvalía del 70% a consecuencia de una enfermedad mental y el padre carece de capacidad para garantizar las más mínimas condiciones para el desarrollo del menor. <i>AP VALENCIA, Sec. 3.ª, Auto de 27 de septiembre de 2001</i>	217
XI. Uniones de hecho	218
1. Se reconoce la condición de perjudicada a la prometida del fallecido en el accidente con quien había concertado ya la celebración de la boda. <i>AP CÁDIZ, Sec. 4.ª, S. de 16 de octubre de 2001</i>	218

	Página
2. Fijación de una renta vitalicia a favor de la conviviente que durante el tiempo que duró la convivencia se dedicó a los cuatro hijos habidos en común, y a quien en la actualidad, por la edad y dolencias físicas que arrastra, le es imposible acceder a un puesto de trabajo. <i>APASTURIAS, Sec. 4.ª, S. de 9 de octubre de 2001</i>	220
XII. Temas penales	221
1. Inexistencia del delito de apropiación indebida cuando, tras el fallecimiento de su mujer, el esposo retira fondos de unas cuentas bancarias conjuntas de ambos cónyuges. <i>AP BALEARES, Sec. 2.ª, S. de 13 de septiembre de 2001</i>	221
2. Condena por delito de bigamia ya que contrajo matrimonio con pleno conocimiento de que aún subsistía el matrimonio que contrajo en Colombia. <i>AP LA CORUÑA, Sec. 4.ª, S. de 28 de septiembre de 2001</i>	224

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Filiación	229
1.1. Se inscribe por vía de expediente del artículo 49 de la Ley la filiación paterna no matrimonial aunque haya fallecido el padre antes de nacer la hija, porque la posesión de estado de la filiación se deduce de actos propios del padre durante el embarazo. No hay oposición del Ministerio Fiscal y la formulada por los padres del padre fallecido no impide la aprobación del expediente por haber sido extemporánea, ir contra sus propios actos y no expresar las razones de fondo en que fundan su oposición. <i>R. de 13 de junio de 2001</i>	229

	Página
2. Matrimonio	233
2.1. Inscripción del matrimonio a pesar de su denegación inicial al existir hechos nuevos que llevan a la conclusión de la existencia de consentimiento matrimonial. <i>R. de 28 de mayo de 2001</i>	233
2.2. No es inscribible el segundo matrimonio de un español en Argentina, porque subsiste formalmente el impedimento de ligamen mientras no se obtenga el exequátur de la sentencia argentina de divorcio que disolvió el primer matrimonio. <i>R. de 5 de octubre de 2001</i>	234
3. Cambio de sexo	236
3.1. Los casos de transexualidad no pueden acceder al Registro por la vía del expediente de rectificación de error en cuanto al sexo, sino sólo por juicio ordinario. No es posible un nombre inequívocamente femenino por el inscrito todavía como varón. <i>R. de 28 de junio de 2001</i>	236
4. Regímenes económico-matrimoniales	237
4.1. Inscripción como presuntivamente ganancial de un inmueble adquirido cuando los cónyuges se encontraban separados de hecho. <i>R. de 6 de junio de 2001</i>	237
4.2. Es perfectamente admisible que si en la liquidación de gananciales uno de los cónyuges resulta deudor personal del otro, éste cancele su deuda mediante la cesión de un bien de su propiedad, incorporándose dicha cesión en la misma escritura. <i>R. de 9 de junio de 2001</i>	240
4.3. Denegación de la anotación de demanda en la que se solicita que se condene a la esposa al pago de una deuda contraída por su consorte cuando ya está inscrita la liquidación de gananciales. <i>R. de 30 de junio de 2001</i>	244

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- La sustracción internacional de menores en la jurisprudencia española. *Guillermo Palao Moreno* 251

TRIBUNA ABIERTA

- El derecho sucesorio y la mediación 285
- La falta de amor, causa de separación matrimonial (*desaffectio coniugalis*). Referencia a las proposiciones de ley sobre modificación de la separación y el divorcio 290

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas estables de las Illes Balears 305
- Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de hecho de la Comunidad de Madrid 310

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

- Publicaciones y Noticias 317

AVANCES JURISPRUDENCIALES

- Avances jurisprudenciales 329

ESTUDIOS DOCTRINALES

COMENTARIOS AL PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000 (II) (*)

PEDRO ALEJÁNDREZ PEÑA

Secretario del Juzgado de Familia de Córdoba.

Profesor Asociado de Derecho Procesal en la Universidad de Córdoba.

SUMARIO

I. ASPECTOS PROCESALES GENERALES.

- A) Regulación y ámbito de aplicación.
- B) Naturaleza.
- C) Legitimación.
 - 1. *Los cónyuges.*
 - 2. *Los herederos de cualquiera de los cónyuges.*
 - 3. *Los acreedores.*
- D) Intervención del Ministerio Fiscal.
- E) Competencia.

(*) El epígrafe I y los apartados A), B) y C) del epígrafe II han sido publicados en el número 15 (Abril 2002) de la Revista de Derecho de Familia.

II. TIPOS DE PROCEDIMIENTOS A SEGUIR.

- A) En el proceso de mutuo acuerdo (inclusión de la liquidación en el procedimiento de separación o divorcio consensual).
- B) Procedimiento consensuado tras sentencia firme (Convenio de liquidación conseguido después de la firmeza de la sentencia matrimonial).
- C) Procedimiento contencioso directamente en sentencia de nulidad, separación o divorcio.
- D) Procedimiento general de liquidación del régimen económico matrimonial por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.
 - 1. *Fase previa.*
 - a) Medidas cautelares (arts. 91 y 103.2.ª CC).
 - b) Determinación del inventario de la comunidad, administración y disposición de los bienes comunes.
 - 2. *Fase de liquidación común.*
 - 3. *Fase de liquidación especial: régimen de participación.*
- E) Juicio ordinario, previsto en el art. 787.5, párrafo 2.º, por remisión del art. 810.5 de la Ley 1/2000.
- F) Juicio declarativo directo que corresponda según la cuantía.
- G) Procedimiento para la partición complementaria.

D) Procedimiento general de liquidación del régimen económico matrimonial por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

Desde el inicio de la demanda del proceso matrimonial, o después de la firmeza de la sentencia de nulidad, separación o divorcio, que lleva implícita la disolución del régimen económico matrimonial, se puede seguir el procedimiento de liquidación por los trámites establecidos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, previstos en los arts. 806 y siguientes en su doble variante, bien por conformidad conseguida en el mismo o bien de forma contenciosa.

Hay que significar que es este el procedimiento que presenta sin duda mayor complejidad en su tramitación y es en el que de hecho aparecen los más

importantes problemas procesales, habiendo sido incorporado como novedad en la nueva Ley, por lo que debe ser el objeto principal de nuestro estudio.

Efectivamente, la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 crea este procedimiento pues en la anterior no existía con autonomía propia, sino que se llevaba a cabo por los trámites de la testamentaría en cuanto a la sociedad legal de gananciales. Además podemos decir que, a pesar de la importancia que en la práctica diaria presenta esta materia (tanto para los órganos judiciales como para las personas interesadas), el proceso aparece en el texto definitivo, pero no se encontraba en el Anteproyecto de Ley.

Entrando en el estudio del procedimiento, hay que significar que se entremezcla una regulación propia (arts. 806 a 811), con los trámites previstos para la división judicial de la herencia, sin perjuicio de las normas del Código Civil sobre la materia.

Pues bien, distinguiremos las siguientes fases:

Fase previa: Medidas cautelares y determinación del inventario de la comunidad.

Fase de liquidación común.

Fase de liquidación especial del régimen de participación.

Estimamos que cada una de ellas debe tramitarse en PIEZA SEPARADA, aunque nada diga la ley al respecto. Vamos a examinarlas.

1. *Fase previa.*

Constituida fundamentalmente por medidas cautelares (arts. 91 y 103.2.^a CC) e inventario de la comunidad matrimonial (arts. 808 y 809 LEC).

a) Medidas cautelares (arts. 91 y 103.2.^a CC).

Durante la tramitación del proceso matrimonial, antes de dictar sentencia.

En pieza separada, previa petición y audiencia de las partes.

Pueden establecerse las que se estimen pertinentes para garantizar el resultado de la liquidación, en base a lo establecido en los arts. 91 y 103.2.^a del Código Civil.

(Ejemplos: Nombramiento de administrador de los bienes en los propios cónyuges o, incluso, en un tercero, si se dieran circunstancias excepcionales

que a ello diere lugar. Intervención de cuentas o depósitos bancarios; disposición conjunta o con previa autorización judicial; relación de bienes o inventario de bienes que se retiren, etc.).

- b) Determinación del inventario de la comunidad, administración y disposición de los bienes comunes.

Con la vigencia de la Ley de 1881, sólo se pueden iniciar los trámites de liquidación del régimen económico matrimonial, partiendo de la primera actuación del inventario, hasta la firmeza de la sentencia, que lleva implícita la disolución (art. 95 CC), sin perjuicio de la adopción de medidas previstas en los arts. 91 y 103.2.^a del Código Civil, a que hemos hecho referencia.

La nueva LEC 1/2000 permite, como relevante novedad, que desde el mismo inicio de un proceso matrimonial (nulidad, separación o divorcio), se pueda a instancia de parte —cualquiera de los cónyuges—, y sólo por facultad de éstos, llevar a cabo todos los trámites necesarios para la fijación del inventario, incluso en caso de controversia sobre inclusión o exclusión, además de adoptar la decisión correspondiente sobre la administración y disposición de los bienes comunes, con la evidente finalidad de que, tramitado en pieza separada, pueda ir en paralelo al procedimiento principal, pero evidentemente no pueden iniciarse los trámites de la liquidación misma hasta la sentencia, pues el régimen económico no se disuelve hasta que ésta no alcanza firmeza, por lo que no cabe ejecutarla hasta este momento procesal.

En cuanto al lugar, específicamente se señala que debe practicarse en comparecencia ante el Secretario Judicial, y por lo tanto en la propia sede del Juzgado. Debe significarse al respecto que en la Ley de 1881 no se expresa concretamente tal comparecencia, sino el señalamiento de día y hora para el inventario, por lo que en determinados supuestos excepcionales se ha venido llevando a cabo en el lugar donde se encontraban los bienes (p.ej. en una biblioteca particular compuesta por un gran número de volúmenes, con intervención autorizada de un archivo histórico público por el valor y trascendencia de su contenido, donde se invirtió prácticamente una semana desde su inicio hasta su conclusión). Estimamos que, a pesar de la nueva regulación, también con la misma, en algún caso muy extraordinario, es admisible que se lleve a cabo la práctica del inventario fuera de la sede judicial, previa su fundamentación.

Por otro lado, la formación del inventario ha de sujetarse a las normas establecidas en la legislación civil para cada régimen (Título III del Libro IV del Código Civil), especificándose el activo y pasivo. Su contenido en este momento no es definitivo, pues después de que se concluya y durante la trami-

tación del procedimiento pueden aparecer (como ocurre a veces en la práctica) nuevos bienes del activo o deudas del pasivo, que deben computarse, y ello es admisible llevarlo a cabo, por ejemplo, en la relación de bienes o inventario que debe realizar el contador al efectuar las operaciones particionales o cuaderno particional. Esto es sin perjuicio del procedimiento de partición complementaria a que haremos referencia, que puede producirse una vez concluido el proceso general que ahora examinamos.

En consecuencia, para llevar a cabo el inventario de la comunidad matrimonial se seguirán, en pieza separada, los siguientes trámites:

- Solicitud y documentos:

El momento procesal para la petición presenta como particularidades:

- Que es facultativo para las partes. “Podrá”, señala la Ley.
- Es posible una vez admitida la demanda.
- Cabe también pedirlo en otro momento posterior del procedimiento o en ejecución. Al escrito inicial de la parte debe acompañarse la propuesta de partidas del inventario, con arreglo a la legislación civil (CC). También los documentos que justifiquen la inclusión de partidas.

Por lo tanto se establece la obligación de las partes de aportar los documentos, conforme, en general, a la prueba de documentos en la nueva Ley (arts. 328 y 329 LEC).

- Comparecencia, formación del inventario y decisión:

Se señala día y hora dentro del plazo máximo de diez días, con citación de los propios cónyuges (además de sus procuradores, aunque no está previsto en la Ley).

En la nueva Ley, aunque no se recoja la necesidad de citar para esta comparecencia al Ministerio Fiscal, como se viene realizando hasta ahora con la vigencia de la Ley de 1881, ello es así al remitir la liquidación del régimen legal de gananciales a los trámites de la testamentaria, y en ésta se prevé tal evento cuando algún interesado es menor, incapaz o ausente, no representados. Entendemos que, en aplicación del principio general de intervención del fiscal en los procesos judiciales en esta materia (menores, incapacitados o ausentes no representados), ha de citarse al Ministerio Público a esta comparecencia, y a todos los demás actos de este proceso, como expusimos en las cuestiones generales.

Se celebrará ante el Secretario Judicial, con asistencia de los cónyuges, sus abogados, aunque no está previsto en la Ley y los Procuradores, en su caso, si lo estiman conveniente, al comparecer los propios interesados.

En la celebración de esta comparecencia cabe distinguir varios supuestos:

a) Que no comparezca ningún cónyuge.

Esta situación no está prevista en la Ley, por lo que habrá de aplicarse bien el acuerdo de sobreseimiento, dispuesto para el juicio ordinario en el art. 414.3, o bien de desistimiento, recogido en las normas del juicio verbal (art. 442). Consideramos más apropiado aplicar los preceptos del juicio verbal, por las remisiones que al mismo se hacen en esta materia.

b) Que no comparezca algún cónyuge.

En este caso, a la parte que no asista se le tendrá por conforme con la propuesta de inventario de la contraria.

c) Que comparezcan ambos cónyuges, y lleguen a un acuerdo.

En este supuesto, como en el anterior (inasistencia de un cónyuge), se recogerá en el acta, y se dará por concluido el acto.

Inmediatamente después (mismo día o siguiente) el Juez ha de resolver (Auto) decidiendo sobre la administración y disposición de los bienes inventariados.

Dictada esta resolución, habrá que esperar hasta sentencia firme.

d) Que comparezcan ambos cónyuges, con controversia.

El litigio o incidente ha de referirse a la inclusión o exclusión de bienes en la masa común, o sea, de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas. Lo más habitual es la discusión sobre las distintas y contrarias pretensiones de las partes sobre la naturaleza de los bienes (privativos o gananciales).

Con ello, se establece la regulación legal de esta materia, pues en la Ley de 1881 no estaba previsto, aunque en la práctica se ha venido admitiendo este incidente de inclusión o exclusión de bienes, pero ha sido por obra de los Juzgados, consentido por la jurisprudencia, incluso aplicando trámites distintos (declarativo o de incidentes). Planteada la controversia, inmediatamente se señala día y hora para la celebración de una vista, citándose a los interesados, continuándose la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal puro (arts. 443 y ss.), por lo que se propondrá y practicará en el acto la prueba, y concluirá con la sentencia, la cual resolverá sobre las cuestiones debatidas (inventario, administración y disposición de bienes comunes).

Después habrá que esperar hasta que se concluya el proceso principal por sentencia firme, no sólo porque lo establece el art. 810.1 de la Ley, sino porque hasta dicha resolución definitiva, si resulta estimatoria, no se produce la liquidación del régimen económico matrimonial (art. 95, párrafo 1.º).

Para finalizar este apartado, sólo reseñar que la doctrina actual, con los postulados de la Ley Procesal de 1881, viene exigiendo que la oposición de las partes a la inclusión o exclusión de bienes en este momento debe ser, por una parte, a algún bien de importancia cuantitativa, y por otra que no sea demostrable su naturaleza de forma fehaciente en el acto. Fuera de estos casos, se defiende que el juez puede resolver en este momento procesal, y sin necesidad de entrar en el incidente, sobre su inclusión o exclusión si existe una base clara y terminante para ello, con el objeto de evitar actuaciones dilatorias o de abuso de derecho de alguna de las partes, basado en la oposición ante el más mínimo bien que componga la masa común, lo cual en este tipo de procedimiento se suele dar en algunos supuestos, y que no debe permitirse al amparo de lo establecido en el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

No obstante, parece deducirse de la nueva ley procesal que, en cualquier supuesto en que se deduzca la controversia, se debe resolver por los trámites de dicho juicio verbal.

2. Fase de liquidación común.

- Solicitud y documentos:

Respecto al momento procesal que establece la Ley (art. 810), se concreta en la ejecución, aunque hay que matizar dos posibilidades:

a) Una de ellas, expresada en el texto legal, tras sentencia firme, supone la práctica de la fase previa antes mencionada.

b) En otro caso (pues la fase previa es potestativa y puede no haberse practicado), hay que llevar a cabo, en primer lugar, el inventario de la comunidad matrimonial en ejecución de sentencia y conforme a los trámites anteriores.

Al escrito inicial debe acompañarse la propuesta de liquidación (con inclusión de indemnizaciones y reintegros a cada cónyuge y la división del remanente), conforme a las normas civiles aplicables (CC).

- Comparecencia para acuerdo sobre la liquidación o designación de contador y peritos:

Admitida la solicitud, en la pieza separada, se señala día y hora para que los cónyuges (entendemos que, siguiendo el espíritu de la ley en esta materia, debe

ser personalmente, por lo que serán citados a tal fin por medio de sus representantes legales) comparezcan ante el Juzgado, con un doble objetivo:

- a) Alcanzar un acuerdo entre los cónyuges litigantes respecto de la liquidación.
- b) Si no hay acuerdo: designar contador partidor y peritos, en su caso.

Estimamos necesaria también la intervención y por lo tanto la citación del Ministerio Fiscal, en su caso (menores, incapacitados y ausentes, no representados), dando por reproducidos los argumentos expuestos con anterioridad en la fase previa de inventario.

Se celebrará ante el Secretario Judicial (novedad, en cuanto la Ley de 1881 incluía al Juez y Secretario Judicial), con asistencia de los cónyuges (y sus abogados, aunque no está previsto en la Ley; los Procuradores, en su caso, si lo estiman conveniente, al comparecer los propios interesados).

En la celebración de esta comparecencia cabe distinguir varios supuestos:

- a) Que no comparezca ningún cónyuge.

Esta situación no está prevista en la Ley, por lo que habrá de aplicarse bien el acuerdo de sobreseimiento, dispuesto para el juicio ordinario en el art. 414.3, o bien de desistimiento, recogido en las normas del juicio verbal (art. 442). Como antes hemos expresado, consideramos más apropiado aplicar los preceptos del juicio verbal, por las remisiones que al mismo se hacen en esta materia.

- b) Que no comparezca algún cónyuge.

En este caso, a la parte que no asista se le tendrá por conforme con la propuesta de liquidación de la contraria.

- c) Que comparezcan ambos cónyuges, y lleguen a un acuerdo sobre la liquidación.

En este supuesto, como en el anterior (inasistencia de un cónyuge), se recogerá en el acta, y se dará por concluido el acto. No exige expresamente que se dicte Auto aprobatorio del acuerdo.

La ejecución de lo acordado por las partes se lleva a cabo conforme al art. 788 LEC —norma de la división de la herencia— (entrega de bienes y títulos de propiedad con nota del “actuario” —Secretario Judicial— y testimonio de adjudicación).

Se mantiene en la nueva Ley la “protocolización”, y no se entiende muy bien, cuando ya con la Ley de 1881 (que la prevé en el art. 1081) no se viene

aplicando por entenderse conforme a la doctrina actual y unánime de la Dirección General de los Registros y del Notariado, iniciada desde la Resolución de 25 de febrero de 1988, innecesaria la protocolización notarial, y se estima suficiente o bastante para la inscripción el referido testimonio expedido por el Secretario Judicial, como documento formal y solemne expedido por fedatario público judicial, que tiene acceso al Registro de la Propiedad. Suponemos que se seguirá aplicando con la entrada en vigor de la nueva Ley, si bien desde luego hubiera sido más conveniente que la Ley se hubiese expresado en estos términos. No obstante, habrá que esperar a su aplicación para comprobar la doctrina que se sienta al respecto.

d) Que comparezcan ambos cónyuges, con controversia en la liquidación.

En este supuesto se remite la continuación de la tramitación a las normas del procedimiento de división de la herencia previstas en el artículo 784, para el nombramiento de contador y en su caso peritos, y en los artículos 785 y ss. para los trámites sucesivos. Ello puede dar lugar a una problemática procesal de aplicación de dichos preceptos, como vamos a señalar en los siguientes párrafos.

Efectivamente, se recoge en acta el desacuerdo sobre la liquidación, y se procede a continuación a la designación de contador y, en su caso, peritos.

En principio, por aplicación del art. 784, se posibilita el acuerdo entre las partes, y por lo tanto cabe, por consenso entre los cónyuges, la designación de:

- Un contador (Abogado especializado del lugar del juicio).
- Perito o peritos (no más de uno por cada clase de bienes a justipreciar).

Por otra parte, de no llegarse al acuerdo, ha de efectuarse la designación de tales profesionales por sorteo conforme a los trámites previstos en el art. 341 LEC.

Como cuestiones previas en este apartado hay que significar que será siempre preciso el nombramiento del contador, no siendo admisibles situaciones creadas algunas veces en la práctica, donde se pretende excluir tal nombramiento por estimar que no existen problemas sobre los bienes, y sólo plantearse la cuestión sobre la valoración, por lo que se pretende nombrar sólo perito/s. Desde luego tampoco es aceptable el nombramiento como contador de uno de los abogados que actúen en el pleito asistiendo a las partes, como también se ha interesado en alguna ocasión.

Sin embargo, en caso de que uno de los litigantes goce del derecho a la asistencia jurídica gratuita, sí se viene aceptando respecto de aquél, al menos

por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita en Córdoba, el nombramiento del contador a través del turno de oficio de abogados. Estimamos que ello excede de los derechos reconocidos en el art. 6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, pues en este precepto se recoge el de asistencia o defensa de abogado, pero el expresado cargo de contador no es precisamente el de abogado; una y otra actuación es completamente distinta dentro de un proceso, y sólo se exige en la Ley que el contador ejerza la profesión de abogado, pero su llamada al proceso no es para que ejerza como abogado (las partes ya deben tenerlos), que es la función que entendemos que se encuentra incluida legalmente en el contenido de tal derecho a la justicia gratuita, sino otra función, como es la de contador. Para terminar, y si no obstante se aceptara tal nombramiento, habrá de contarse con una relación de abogados del turno de oficio especializados en esta materia que puedan ejercer el cargo de contador.

El perito (o los peritos), no hay duda de que sí está comprendido en mencionado derecho, en cuyo caso habrá que efectuar, previamente al nombramiento, los trámites señalados en los arts. 38 y 39 del Reglamento que desarrolla dicha Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, así como en el art. 6.6 de esta Ley (nueva redacción de la D.F. 5.ª de la nueva Ley 1/2000).

- Providencia de nombramiento de contador y de perito o peritos. Requisitos legales relativos a estos profesionales.

Expuesto lo anterior, la problemática ante la nueva Ley surge desde el momento que estimamos que no se recoge con la debida claridad la forma de efectuar el nombramiento de contador, y en su caso, peritos. Se dispone que se lleve a cabo por providencia del Juez (art. 810.5 LEC), pero conforme a lo establecido en el art. 784 de la Ley; aunque en este precepto, como hemos recogido, se regulan dos formas, una por designación de común acuerdo entre las partes, y otra por sorteo, caso de disconformidad; ambas en la misma comparecencia ante el Secretario.

Ante esta situación, se aprecian tres criterios distintos:

a) En primer lugar, cabe aplicar la literalidad más estricta de la norma (art. 810.5, en relación con el art. 784.3 LEC).

Así, llegado el desacuerdo sobre la liquidación, se concluye la comparecencia ante el Secretario, dándose cuenta al Juez, y éste dicta providencia nombrando contador, y en su caso peritos, es decir, designando tales cargos de las listas previstas en el art. 341 LEC. Este criterio estimamos que no es el más correcto, ya que puestos en relación los apartados 3 y 5 del art. 810, el objeto de esta comparecencia es que los cónyuges se pongan de acuerdo sobre la liquidación,

y si este acuerdo no se produce, puedan (los cónyuges) designar contador, y en su caso peritos. Por lo tanto, habrá que darle esta oportunidad a aquéllos, y continuar la junta, debiéndose poner de acuerdo para el nombramiento de tales profesionales. Si, a su vez, no se logra este último acuerdo, habrá que aplicar el apartado 5 del art. 810, y efectuar tal designación mediante providencia del juez.

b) Otra posibilidad es que en este momento procesal (comparecencia ante el Secretario Judicial, que estamos analizando), sólo se permita la designación del contador o peritos, de mutuo acuerdo entre las partes, en análogos términos a lo previsto en la Ley en el art. 784.2, aunque el nombramiento judicial se haga después por providencia. Se basa en que el art. 810.5 no regula la práctica por disconformidad en la forma señalada en el art. 784.3 (sorteo en el mismo acto ante el Secretario), sino mediante providencia del juez.

c) También cabe interpretar que el Juez dicta providencia nombrando contador y, en su caso, peritos, pero en virtud de la designación (o propuesta) que hayan efectuado las partes de mutuo acuerdo, o bien realizada por sorteo en presencia de las mismas (en base a las respectivas listas, conforme al procedimiento tasado señalado en el art. 341), que se plasmará en el acta de la comparecencia efectuada ante el Secretario Judicial, como forma indicada en el art. 784 LEC.

En el repetido apartado 5 del artículo 810 LEC se señala la forma de nombramiento en caso de desacuerdo en la liquidación, remitiéndose a lo establecido en el art. 784 LEC, pudiéndose entender que a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 (no se expresa que sea sólo al apartado 3), y por lo tanto, como hemos expresado, seguir el que estimamos como espíritu de la ley reflejado en que las partes puedan intervenir (proponer la designación) o presenciar la elección (sorteo-lista oficial prevista en el art. 341) del contador y peritos; sobre todo por la trascendencia que la actividad de éstos va a presentar en el futuro para los intereses patrimoniales de aquéllas. Todo ello en la comparecencia ante el Secretario Judicial, sin perjuicio de que, en cumplimiento de la Ley, posteriormente se efectúe el nombramiento judicial mediante providencia.

En consecuencia, entendemos que ésta puede ser la interpretación más correcta, siguiendo los razonamientos anteriormente expuestos del espíritu de la ley respecto al nombramiento de estos profesionales.

Por otra parte hay que señalar que al contador designado por sorteo le será de aplicación lo dispuesto para la recusación de los peritos, previsto en los arts. 124 y ss., así como que no está prevista la posibilidad de conceder la facultad al contador para nombrar perito o peritos, como se recoge en la Ley de 1881.

Del resultado de la comparecencia ante el Secretario Judicial debe darse cuenta al Juez.

Aceptado el último criterio señalado, aplicándose el art. 784, con designación consensual o aleatoria de contador y perito o peritos, es en todo caso, por así establecerlo el art. 810.5, al Juez al que corresponde dictar esta resolución (providencia), efectuando el nombramiento de estos profesionales tanto si ha habido o no acuerdo entre las partes.

Para concluir con este apartado, sólo comentar que en este momento no entendemos muy bien la expresión que usa la Ley (art. 810.5) de “en su caso”, como referida al nombramiento de peritos, pues se remite al art. 784 y en éste se exige el nombramiento de perito o peritos, en la forma y límite que veremos.

- Requisitos legales que han de concurrir en el contador y perito o peritos.

Este laberinto procesal no termina con la problemática emanada de la resolución —providencia— que efectúa el nombramiento de estos profesionales (contador y perito o peritos), sino que continúa a través de los presupuestos cuantitativos y cualitativos, establecidos en la nueva Ley, y que han de concurrir para llevar a efecto tal designación.

Como vamos a comprobar, a la hora de efectuar el nombramiento de estos profesionales también se aprecia una seria problemática procesal en cuanto a los requisitos que han de reunir los mismos, debiéndose seguir las siguientes prescripciones legales.

El contador debe reunir como condiciones:

- a) Número: Ha de ser un sólo contador.

Así se desprende claramente de los arts. 784.2.3, 785.1.2.3, 786.1, 787.3, 784.2 y 810.3 (nombramiento de un contador), a pesar de que pueda existir contradicción con los últimos pronunciamientos del apartado 3 del art. 784, que dice “el contador o contadores”.

Por lo tanto implica un sistema distinto respecto al existente en la Ley de 1881, pues (para tenerlo como referencia) en ésta es preciso, en caso de desacuerdo, el nombramiento de un contador por cada parte, y otro más dirimente (letrado); y en caso de acuerdo, el número que las partes estimen pertinente, con las consecuencias de que cada contador debe realizar un cuaderno particional y darle el trámite oportuno a cada uno de ellos. Evidentemente la nueva normativa supone una importante economía procesal, y ahorro económico.

- b) Entre abogados, que cumplan los siguientes requisitos:

- b1) Ejercientes. No plantea mayores problemas, aunque en esta materia debe tenerse en cuenta en la actualidad la reciente normativa sobre la colegia-

ción de estos profesionales del derecho, recogida con carácter general en el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios (BOE 24-6-2000), concretamente en su art. 39, relativo a la modificación de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, reguladora de los Colegios Profesionales.

b2) Con especiales conocimientos en la materia. Esta es una novedad de la Ley 1/2000, e implica un problema de acreditación por parte del Colegio de Abogados y ha de tenerlo en cuenta en la relación anual.

b3) Y con despacho profesional en el lugar del juicio. Sobre esta condición hay que significar que el nuevo requisito va a limitar la actuación de muchos abogados, poniendo freno en esta materia a la amplia intervención en cualquier lugar de estos profesionales en base a las nuevas normas sobre colegiación, a que hemos hecho referencia.

Por otro lado, también puede dar algún problema en pueblos pequeños, si es escaso el número de abogados con despacho abierto en el lugar del juicio, aunque en lo que respecta a este punto puede interpretarse la norma concediendo facultad de intervención a cualquier colegiado que tenga despacho profesional dentro del territorio que comprenda el Colegio de Abogados respectivo y correspondiente al lugar del juicio, o bien limitarlo a tener despacho en el partido judicial de la sede del Juzgado. No obstante, habrá que esperar a la interpretación que al respecto den nuestros tribunales.

c) Nomenclatura (contador):

c1) En caso de acuerdo, se nombra por providencia al contador que las partes designen en la comparecencia ante el Secretario Judicial, previa comprobación por el órgano judicial de que el designado reúne los requisitos antes expresados.

c2) En caso de desacuerdo, se debe nombrar (art. 784.3, en relación con el 341) un integrante de Colegio profesional respectivo, concretamente el siguiente de la lista anual preceptiva (se entiende que especializada en materia matrimonial), por orden correlativo, tras la primera designación efectuada por sorteo ante el Secretario Judicial.

c3) En caso de que alguna parte goce del derecho a la asistencia jurídica gratuita, si se aceptara por la Comisión correspondiente, habrá que pedir a la misma la designación de contador (entre abogados del turno de oficio), en cuyo caso hay que supeditar las actuaciones a que se efectúe tal designación, previa suspensión de trámites.

En lo que se refiere a los peritos, los requisitos son los siguientes.

a) Número:

a1) Si hay acuerdo, los que los interesados designen, también en dicha comparecencia ante el Secretario Judicial, sin que pueda haber más de uno por cada clase de bienes que hayan de ser justipreciados (art. 784.2). En este caso, después se efectuará el nombramiento judicial del contador y peritos, mediante la referida providencia.

a2) Si no hay acuerdo, los que el “contador” (no contadores), estime necesarios, también con el mismo límite de no más de uno por cada clase de bienes a tasar (art. 784.3).

Esta es una novedad que estimamos puede crear un problema procesal que vamos a reseñar, por cuanto parece que el legislador ha querido dejar a la voluntad o criterio del contador el número de peritos necesarios para practicar los avalúos, cuando no hubiera acuerdo entre las partes. No entendemos muy bien la finalidad de esta facultad del contador. En la Ley de 1881, se le atribuye la facultad de nombrar perito o peritos, pero no su número.

Por lo tanto se le debe oír al contador en este sentido, antes de efectuar el nombramiento de peritos. Ello supone que, si no hay acuerdo, no se puede en el mismo acto de la comparecencia efectuar la designación de tales técnicos o expertos, pues previamente habrá que darle audiencia sobre el número de peritos al contador nombrado por providencia, previa aceptación y juramento del cargo por éste. Como vamos a ver a continuación, esta cuestión puede dar lugar a dificultades procesales para efectuar el nombramiento de los peritos.

b) Nombramiento (perito o peritos):

b1) En caso de acuerdo, tras la designación de las partes, se efectuará el nombramiento judicial a la vez del contador y peritos, mediante la repetida providencia, como ya hemos reflejado en el apartado a1).

b2) En caso de desacuerdo, en vista de la necesidad de audiencia previa del contador respecto del número de peritos, determinado tal número se plantea el problema procesal de su nombramiento.

Para ello, una posibilidad (al no estar regulado expresamente en la Ley) es que habrá que suspender la comparecencia ante el Secretario Judicial, efectuar tal trámite de audiencia, una vez efectuado el nombramiento por providencia del contador, y después volver a señalar fecha para la continuación de dicha comparecencia, a fin de llevar a cabo la designación de perito o peritos en

presencia de las partes, levantándose acta y dando cuenta al Juez, para después ser nombrados por providencia, como resolución exigida en la ley. Esta postura puede ser más correcta si, como prevé la Ley (art. 341.2), deben “citarse las partes” para efectuar la designación, en el caso de que el perito o peritos no sea necesario que tengan título oficial.

Otra posibilidad es que, tras dicha audiencia del contador, se proceda por el juez directamente, sin más trámites, a dictar la providencia de nombramiento de perito o peritos, conforme al art. 341, puesto que la norma es muy tasada, y puede saberse el perito que corresponde de la lista oficial.

En todo caso para el nombramiento de peritos habrá que estar al trámite establecido en el art. 341 LEC, o sea:

— Si es integrante de Colegio Profesional: Al siguiente de la lista anual preceptiva, por orden correlativo, tras la primera designación efectuada por sorteo ante el Secretario Judicial.

— Sin título oficial:

- Al siguiente de la lista anual obligatoria (con al menos cinco personas) facilitada por sindicatos, asociaciones o entidades apropiadas. Con citación de las partes y en presencia de las que asistieren.
- Si se dispusiere de una sola persona entendida o práctica: Se le nombra previo consentimiento de todas las partes.

b3) En el supuesto de que alguna parte tenga concedido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, y lo solicite, habrá que pedir a la Comisión correspondiente la designación de perito o peritos, en cuyo caso hay que supeditar las actuaciones a que se efectúe tal designación.

En todo caso, una vez efectuados los correspondientes nombramientos, se notifica la providencia respectiva a las partes, y se le hace saber al contador, para que acepte y jure el cargo. Verificado se continuará con las actuaciones pertinentes.

Igualmente se practicarán los mismos trámites respecto del perito o peritos, con las particularidades antes examinadas; y entendemos que con la posibilidad de recusación —sólo de los designados por el tribunal mediante sorteo— (arts. 124 y ss.) o, en su caso, tacha —de peritos autores de dictámenes presentados por las partes (arts. 124, 343 y 344), así como de sustitución a que se refiere el art. 342 de la nueva Ley, aunque en este procedimiento que examinamos no se remita expresamente a dicho precepto.

- Continuación del procedimiento sin acuerdo (tramitación de la oposición y su decisión), conforme a lo dispuesto en arts. 785 y ss., por remisión del art. 810.5 LEC.

En caso de que no haya existido acuerdo y deba continuar el proceso de liquidación, podemos distinguir los siguientes trámites:

a) Nombrados y aceptados los cargos por el contador y peritos, se le entregan los autos y documentación al contador.

Se efectúa la entrega de los autos al contador, reconociéndolo en el libro de conocimientos del Juzgado, y se pone a disposición del mismo y, en su caso, de los peritos, los objetos, documentos y papeles para la práctica del inventario, si no se ha hecho aún, avalúo, liquidación y división de los bienes y derechos de los cónyuges, es decir, con objeto de llevar a cabo las operaciones particionales, denominadas Cuaderno Particional.

b) Obligación de cumplir el encargo y plazo para ello.

El cargo de contador, una vez aceptado, se hace obligatorio para éste. Efectivamente, la aceptación del contador dará derecho a cada uno de los interesados para obligarle a que cumpla su encargo; precepto que se recoge en la nueva Ley en términos similares a la Ley de 1881.

No es admisible la renuncia al encargo por no poder conseguir el acuerdo entre las partes, como por ejemplo ha ocurrido en algunas ocasiones, pues obviamente las operaciones deben practicarse sin perjuicio de que los interesados le presten o no su conformidad. El contador decide con arreglo a su criterio y con aplicación del derecho lo que estima pertinente, y lo deja reflejado en el cuaderno u operaciones. Después las partes reflejarán su opinión favorable o desfavorable en la continuación del proceso judicial. No obstante, la renuncia se ha aceptado en alguna ocasión, en la práctica, a petición del contador y de ambas partes conjuntamente.

En principio la Ley 1/2000 señala en su art. 785.3, como ya hacía la Ley de 1881, que las partes pueden solicitar del órgano judicial que se le fije un plazo al contador para cumplir su obligación de presentar las operaciones particionales, y si no lo verificare será responsable de los daños y perjuicios.

Ello presenta, en principio, una clara contradicción con lo dispuesto en el novedoso apartado segundo del art. 786, pues éste determina que las operaciones “deberán” presentarse en el plazo máximo de “dos meses” desde que fueron iniciadas. En consecuencia, lo dispuesto en el art. 785.3 ha de entenderse como la facultad que la Ley otorga a las partes para interesar que el tribunal le señale al contador un plazo más breve, e incluso, estimamos, podría ser más amplio, si

lo piden las partes, teniendo en cuenta la dificultad de las operaciones o incluso de petición de documentos a las partes o a entidades públicas o privadas, directamente o a través del órgano judicial, y sobre todo si se tiene en cuenta que en la actualidad en determinadas liquidaciones, por su complejidad, el plazo que se usa es bastante más amplio que el señalado en la nueva Ley.

Es de significar que esta regulación se presenta como novedad de la establecida en la Ley de 1881, pues en ésta no se fijaba plazo concreto (en el que racionalmente se estime necesario), sino que se podía señalar por el Juzgado a petición de la parte.

c) Práctica de las operaciones divisorias (denominado cuaderno particional).

La remisión que se hace al art. 786 ha de entenderse en lo que le sea aplicable a la liquidación del régimen económico matrimonial, pues el precepto se refiere a la sucesión del causante, que obviamente no puede ser de aplicación.

— Se realizarán por el contador, con arreglo a la Ley, procurando, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas.

— Deberán presentarse, como hemos indicado, en el plazo máximo de dos meses desde que fueron iniciadas.

— Se contendrán por escrito tales operaciones divisorias, en el que se expresará, por disposición legal (análogas ambas leyes procesales):

1.º La relación de los bienes que formen el caudal partible.

2.º El avalúo de los comprendidos en esa relación.

3.º La liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes (cónyuges).

Examinemos cada apartado del contenido:

1.º) La primera operación que debe recoger el Cuaderno Particional es la relación de bienes, es decir, un inventario exhaustivo, detallado y documentado de los bienes y derechos que compongan la masa común. El contador realiza una tarea de investigación respecto de la titularidad de los bienes que las partes entienden que deben incluirse en la relación y que normalmente ha sido fijada en el primer inventario que se realiza al inicio de este procedimiento. A este primer inventario, estimamos, no está sujeto inexcusablemente el contador. Evidentemente parte del mismo, pero si con posterioridad en su labor propia, y

durante este periodo, no se le ha acreditado por las partes la titularidad de un bien o derecho, no lo incluye en referida relación como perteneciente a la masa común; o al contrario, pueden haberse omitido (voluntaria o involuntariamente) bienes comunes en el primer momento o que aparezcan nuevos con posterioridad, en cuyo caso los incluirá.

Por lo tanto se efectuará un inventario donde se recoge tanto el activo (relación de bienes que lo forman) como el pasivo (expresión de las deudas o cargas que le afecten), que exista en la masa común de bienes, a juicio del contador, que incluso puede ser distinto del inventario inicial, sin perjuicio de que debe respetar siempre la decisión judicial, si se ha producido, respecto de algún o algunos bienes (p.ej. decidido en sentencia dictada en incidente de inclusión o exclusión de bienes). Para ello podrá requerir directamente a las partes para que le presenten la documentación que estime pertinente, y, en todo caso, llevarlo a cabo a través del propio órgano judicial, bien a aquéllas e incluso a personas o entidades físicas o jurídicas.

Por otro lado, significar que si con posterioridad a la conclusión del procedimiento aparecieren nuevos bienes o derechos omitidos, nos encontramos ante otro supuesto distinto del expresado anteriormente, es decir, con la denominada partición complementaria a que haremos mención después de forma independiente.

2.º) Como hemos observado, también debe incluirse en las operaciones divisorias la valoración o avalúo de los bienes.

Este debe ser realizado por el perito o peritos nombrados al efecto en el procedimiento.

En la valoración de los bienes ha de tomarse en cuenta la fecha de la liquidación, conforme señala la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1993, referida a la sociedad de gananciales. En su primer fundamento de derecho se recoge: “Según sostiene la parte recurrente la fecha que ha de tomarse como referencia es la de la disolución, mientras que como, con acierto, mantiene la sentencia recurrida, que apoya la tesis seguida por el denominado contador-partidor designado por ambas partes, a efectos de realizar las operaciones divisorias, la fecha que debe tomarse en cuenta es la de liquidación. Con razón, pues, explicita la sentencia de la Sala ‘a quo’, que si bien la fecha de disolución de la sociedad de gananciales es la correspondiente a la de la sentencia firme, la de la liquidación de la misma será aquella en la que efectivamente se produzcan las operaciones antes indicadas, y será a esta fecha a la que habrá de realizar la valoración de los bienes”. El fundamento jurídico se infiere de lo dispuesto en los arts. 1396 y 1397 del Código Civil, que distinguen entre los dos momentos, disolución y liquidación, y relacionan la elaboración del activo y del pasivo con los valores “actualizados” de los bienes que se suman o deducen, obviamente, al tiempo en que se procede a su liquidación. Así resulta, además,

de la propia lógica jurídica, conforme con la naturaleza de la situación que media desde la disolución hasta la liquidación, pues, como enseña la sentencia de esta Sala de 17-2-1992, “es criterio doctrinal y jurisprudencialmente admitido (SS. 21-11-1987 y 8-10-1990) el que durante el periodo intermedio entre la disolución de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad posmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria... Y es que como establece autorizada doctrina civilística la valoración se hace, en la práctica, dado que no hay norma específica, al día de la liquidación, ya que hasta el referido día, el patrimonio continúa siendo común y los incrementos de valor o plusvalías que los bienes hayan podido experimentar y las disminuciones son de riesgo y ventaja de todos”.

3.º) Por último, el cuaderno particional recogerá la liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes; es decir, deben liquidarse y recogerse detalladamente y satisfacerse, en su caso, las deudas acreditadas de los cónyuges con respecto a terceros y, también, las que resulten entre los propios cónyuges. El Código Civil, en sus arts. 1399, siguientes y concordantes, referidos a la sociedad de gananciales, nos señala la forma de efectuar los pagos, y recoge expresamente que terminado el inventario se pagarán en primer lugar las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias que, en cualquier caso, tendrán preferencia, y respecto de las demás, si el caudal inventariado no alcanzase para ello, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos, contenidas en los arts. 1911 y ss. del mismo texto legal. En cuanto a las deudas entre cónyuges, es muy habitual incluir aquí las que tenga uno respecto del otro por impago de pensiones, si así se ha declarado en la ejecución de sentencia de los procesos matrimoniales, y debe realizarse como dispone el art. 1403 CC.

Tras ello debe constar la división del caudal, o sea de los bienes y derechos que queden en la masa común de la sociedad, una vez satisfechas las deudas, procurándose evitar la indivisión o la excesiva división de las fincas. Hechas las deducciones, el remanente constituirá el haber líquido de aquélla, que se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos.

Como última operación debe recogerse la adjudicación a cada cónyuge de los bienes resultantes, debiéndose tener en cuenta por el contador, en su propuesta, la atribución preferente que alguno de los cónyuges pueda ejercer, en base a lo establecido en los arts. 1406 y 1407 CC, de determinados bienes (uso personal, explotación agrícola, comercial o industrial que hubiere llevado con su trabajo, local donde hubiese venido ejerciendo su profesión, etc.), hasta donde su haber alcance.

d) Trámite de aprobación o, en su caso, oposición a las operaciones divisorias.

Se ha establecido en la nueva Ley (art. 787) un procedimiento análogo al que ya estaba recogido en la Ley de 1881. En resumen:

— Traslado a las partes:

Emplazándolas por 10 días para que formulen oposición (se ha aumentado el plazo). Podrán examinar durante este plazo en la Secretaría los autos y operaciones, y obtener copias a su costa.

— Llegado este momento, caben dos posibilidades.

a) Tramitación sin oposición o con conformidad:

Por haber transcurrido el plazo sin oponerse, o cuando los interesados hayan prestado su conformidad. En este caso se dictará auto aprobando las operaciones divisorias, y mandando “protocolizarlas” (cabe reproducir los mismos comentarios anteriores al respecto).

Esta conformidad también puede prestarse en un momento posterior, incluso una vez formulada la oposición, cuando, tras ésta, en la comparecencia preceptiva llegasen las mismas partes a un acuerdo, como después veremos (art. 787.4).

b) Tramitación con oposición:

Se ha de efectuar por escrito, dentro de plazo, expresando:

— Los puntos de las operaciones a que se refiere la oposición.

— Las razones en que se funda la oposición.

Presentado el escrito, se ha de señalar día y hora para una comparecencia, convocando a las partes y al contador dentro de los diez días siguientes.

En ésta se oye a los que asistan, haciendo las alegaciones, propuestas y contrapropuestas que se estimen pertinentes por todos los interesados, respecto de los puntos en que exista divergencia.

En este acto se pueden dar los siguientes supuestos:

Que se alcance la conformidad en esta comparecencia: Si prestan su consentimiento todos los interesados, el contador practicará en las operaciones las reformas convenidas, y verificado, previa la oportuna comprobación, el juez dictará auto aprobando las operaciones divisorias reformadas, y mandando “protocolizarlas” (cabe reproducir los mismos comentarios anteriores al respecto).

Si no hubiere conformidad se continuará la comparecencia, en la que se practicarán los siguientes actos:

- Se oye a las partes.
- Se efectúa la propuesta y admisión de pruebas.

(Respecto del avalúo hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 787.6 LEC, relativo al caso de sentencia penal por cohecho en tal avalúo, pues cabe la suspensión de las actuaciones, pero puede alzarse ésta, si los interesados presentaren otro avalúo de común acuerdo y se dicta sentencia con arreglo a éste).

Tras ello continuará la sustanciación del procedimiento por el juicio verbal puro, es decir, habrá que practicar las pruebas admitidas en el mismo acto. Después concluye por sentencia, en la que se decide sobre las cuestiones promovidas y controvertidas respecto del cuaderno particional presentado por el contador (relación de bienes, avalúo, liquidación, división y adjudicación) y en base a las alegaciones de las partes y pruebas practicadas, es decir aprobando o rectificando las operaciones y en especial las particiones efectuadas.

La ejecución de esta sentencia (también los acuerdos adoptados por las partes) se lleva a cabo conforme dispone el art. 788 LEC. En consecuencia, se practicará, a petición de parte, por el mismo juez que la dictó, pudiendo acordar todas las medidas necesarias para el cumplimiento de todos y cada uno de los pronunciamientos que se contengan relativos a la liquidación (entre otros, entrega o posesión de bienes y títulos de propiedad con nota del “actuuario” —Secretario Judicial— y testimonio de adjudicación, aunque puede ser de cualquier otra índole —abono de cantidades, donaciones, etc.—). Se establece igualmente la “protocolización”, y por lo tanto reproducimos el mismo comentario anterior al respecto.

No obstante hay que matizar que esta sentencia no tendrá eficacia de cosa juzgada, por lo que la misma Ley remite a los interesados a otro nuevo proceso, al juicio ordinario que corresponda, previsto en el art. 787.5, párrafo 2.º LEC. Hay que significar que no al ordinario que corresponda por la cuantía, como expresamente señala la Ley de 1881. En la Ley 1/2000 sólo existe un juicio

ordinario —art. 399 y ss.— dentro de los procesos declarativos (ordinario y verbal), y ello puede dar lugar a interpretaciones. En este juicio ordinario los litigantes pueden hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el anterior juicio verbal.

Por ello, y aunque no lo diga expresamente la Ley, entendemos que, si se solicita, es admisible la suspensión de la ejecución de la sentencia del juicio verbal en los términos indicados, si se presenta este posterior juicio ordinario.

En consecuencia, para resumir y terminar con este procedimiento, debemos hacer una crítica a la nueva normativa en el sentido de que con ella se establecen unos trámites esencialmente iguales (salvo en lo relativo al nombramiento de un solo contador y el límite en el número de peritos). Con la vigencia de la Ley de 1881, nos encontramos con el proceso principal de liquidación, otro posible de inclusión-exclusión de bienes (no establecido legalmente pero admitido por nuestros tribunales), continuando el trámite y, si no se produce el acuerdo, las partes pueden incoar el juicio ordinario según la cuantía.

Sin embargo, bajo la nueva Ley 1/2000, se ha aumentado el ya largo y costoso camino litigioso que presentaba esta materia con aquella Ley de 1881, y en vez de abreviarlo lo que se ha hecho es aumentar el peregrinaje judicial, introduciendo un juicio verbal (art. 787.5), que hay que presumir no va a servir de mucho, si como sabemos en la práctica diaria las partes en esta materia cuando no quieren llegar a un acuerdo van a continuar pleiteando hasta el final, es decir, utilizando el juicio ordinario posterior. Pensamos que hubiera sido más conveniente que la sentencia a dictar en el referido juicio verbal produjera los efectos de cosa juzgada, pues al fin y a cabo es un proceso declarativo como el ordinario.

Sí es loable el hecho de haber regulado el procedimiento de inclusión-exclusión de bienes (art. 809.2), a través de un juicio verbal, que, como hemos dicho, se venía realizando en la práctica de los tribunales, aunque no estaba previsto legalmente, y además se producían problemas en orden al procedimiento a seguir, por la disparidad de criterios al respecto, ahora eliminados con la nueva normativa.

3. *Fase de liquidación especial: régimen de participación.*

Este es un nuevo procedimiento, no regulado expresamente en la anterior Ley de 1881. Se trata de un régimen que debe ser pactado en capitulaciones matrimoniales, o bien elegido por el cónyuge de buena fe en caso de nulidad matrimonial que se declare en sentencia por mala fe de uno sólo de los cónyuges, en cuyo caso, por aplicación del art. 95.2 CC, dicho cónyuge 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. Por lo tanto habrán de tenerse en cuenta estas particularidades, en su caso.

Para su estudio, podemos distinguir:

— Solicitud y documentos: El momento procesal legalmente establecido (art. 811) es sólo en ejecución de sentencia, es decir, una vez firme la sentencia.

Al escrito inicial debe acompañarse la propuesta de liquidación (con inclusión de una estimación del patrimonio inicial y final, y en su caso, cantidad resultante a pagar por el cónyuge que haya experimentado mayor incremento patrimonial).

— Comparecencia para acuerdo sobre la liquidación: Es análoga a la establecida para la liquidación común en el art. 810.3 y 4. Admitida la solicitud, en la pieza separada se señala día y hora para que los cónyuges (entendemos que, siguiendo el espíritu de la Ley en esta materia, debe ser personalmente, por lo que serán citados a tal fin por medio de sus representantes legales) comparezcan ante el Juzgado, con un único objetivo: Alcanzar un acuerdo entre los cónyuges litigantes respecto de la liquidación.

Se celebrará ante el Secretario Judicial, con asistencia de los cónyuges (y sus abogados, aunque no está previsto en la Ley; los Procuradores, en su caso, si lo estiman conveniente, al comparecer los propios interesados).

En la celebración de esta comparecencia cabe distinguir varios supuestos:

a) Que no comparezca ningún cónyuge.

Esta situación no está prevista en la Ley, por lo que habrá de aplicarse bien el acuerdo de sobreseimiento, dispuesto para el juicio ordinario en el art. 414.3, o bien de desistimiento, recogido en las normas del juicio verbal (art. 442). Como antes hemos expresado, consideramos más apropiado aplicar los preceptos del juicio verbal, por las remisiones que al mismo se hacen en esta materia.

b) Que no comparezca algún cónyuge.

En este caso, a la parte que no asista se le tendrá por conforme con la propuesta de liquidación de la contraria.

c) Que comparezcan ambos cónyuges, y lleguen a un acuerdo sobre la liquidación.

En este supuesto, como en el anterior (inasistencia de un cónyuge), el acuerdo se recogerá en el acta, y se dará por concluido el acto.

No se recoge la necesidad de aprobación judicial (como hace en la liquidación común), pero entendemos que será preciso que el Juez dicte Auto al respecto, que después podrá ser objeto de ejecución, en su caso.

d) Que comparezcan ambos cónyuges, con controversia en la liquidación.

En este supuesto se dará por terminada la comparecencia ante el Secretario Judicial, con dación de cuenta al Juez, y reanudándose los trámites en la forma que exponemos seguidamente.

— Celebración de vista y continuación por el juicio verbal: Tras darle cuenta al Juez del resultado de la comparecencia con controversia anterior, se citará a los cónyuges a una vista ante la presencia judicial, y continuará la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal puro (alegaciones de las partes, propuesta, admisión y práctica de prueba en la misma vista, y después sentencia).

La sentencia que en este caso se dicte sí tiene la eficacia de cosa juzgada por cuanto nada en contra dice la Ley (como ocurre en la liquidación común), y resolverá por prescripción legal sobre todas las cuestiones suscitadas, determinando los patrimonios iniciales y finales de cada cónyuge, así como, en su caso, la cantidad que deba satisfacer el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado un mayor incremento y la forma en que haya de hacerse el pago. Implica la sentencia, por lo tanto, la decisión judicial final, bastante más razonable que el procedimiento seguido para la liquidación común del régimen económico matrimonial.

E) Juicio ordinario, previsto en el art. 787.5, párrafo 2.º, por remisión del art. 810.5 de la Ley 1/2000.

Una vez concluidos los trámites establecidos para el proceso especial de liquidación del régimen económico matrimonial, en su fase que hemos denominado común —art. 810 LEC— (no en el del régimen de participación previsto en el art. 811), que, como hemos expresado, termina con la sentencia dictada en el juicio verbal establecido para caso de oposición a la liquidación dentro de aquel procedimiento (art. 787.5, párrafo 1.º), los interesados pueden hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario previsto en el art. 787.5, párrafo 2.º, pues, como hemos señalado con anterioridad, por prescripción legal la referida sentencia no tiene la eficacia de cosa juzgada.

Por lo tanto es la propia Ley la que concede la facultad a los interesados para entablar este juicio ordinario.

En consecuencia, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 se regula de forma análoga a lo previsto en la Ley de 1881, pues ésta también remite en último lugar al juicio ordinario, aunque matiza al que por la cuantía corresponda (art. 1088 LEC de 1881), pero sin pasar previamente por el “juicio verbal” anterior establecido en aquélla. Importante novedad ésta, que tiene unos relevantes efectos, como es que la discusión se ha de centrar ya no en el Cuaderno Particional elaborado por el contador partidor dirimente, como ocurría bajo la Ley de 1881, sino con la adjudicación de bienes determinada en la sentencia dictada por el Juez en tal juicio verbal.

Hay que seguir puntualizando que en la nueva Ley se remite al juicio ordinario que corresponda, que en este momento analizamos, y no se hace referencia a la expresión “que por la cuantía corresponda”. A este respecto, como ya expresamos con anterioridad (al finalizar el estudio del procedimiento de liquidación común del régimen económico matrimonial, que concluye con el referido juicio verbal), hay que significar que con la Ley de 1881 el ordinario que corresponda por la cuantía se refiere bien al juicio verbal, al de cognición, al de menor cuantía o al de mayor cuantía; sin embargo, en la Ley 1/2000 sólo existe un juicio ordinario —art. 399 y ss.—, dentro de la regulación que hace de los procesos declarativos (ordinario y verbal), y ello puede dar lugar a interpretaciones, aunque estimamos que la Ley dice al “ordinario”, y a éste habrá que estar, y no podrá entenderse “declarativo” (en cuyo caso podía ser ordinario o verbal), máxime cuando ya dimana de un juicio verbal, por lo que no nos parece lo más adecuado tener que iniciar otro juicio verbal (si la cuantía es inferior a 500.000 pts.). Además, a mayor abundamiento, está claro que el ámbito de aplicación de los juicios declarativos con la nueva Ley Procesal se establece fundamentalmente en atención a unas determinadas materias que se conocen por un proceso o por otro, y como última norma en virtud de la aplicación del límite cuantitativo. Por lo tanto, estimamos que en este caso es una remisión más del legislador al juicio ordinario por razón de una materia concreta (liquidación del régimen económico matrimonial).

No obstante, como hacemos en general en toda esta nueva materia, encontrándonos prácticamente ante una primera lectura, habrá que esperar a la interpretación definitiva que al respecto le den las resoluciones de los órganos judiciales.

Por lo demás, en este juicio ordinario los litigantes pueden hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el anterior juicio verbal.

Este procedimiento ya presentaba varias particularidades bajo la Ley de 1881, fruto de las resoluciones de nuestra jurisprudencia, si bien, al entender que algunos de sus puntos pueden ser de aplicación al regulado en la nueva Ley, vamos a resumir por su evidente importancia para el proceso que examinamos.

Efectivamente de esta jurisprudencia podemos significar que las particularidades se refieren fundamentalmente a su competencia (mismo Juez), naturaleza (juicio no independiente), limitación del objeto discutible (cuaderno particional del contador dirimente —en Ley de 1881— o los derechos sobre bienes adjudicados en anterior sentencia del juicio verbal —en Ley de 2000—) y tramitación (forma de inicio, normas sobre reconvencción o impugnación del avalúo por cohecho).

Por otro lado, entendemos que las expresiones hechas al Cuaderno Particional del contador partididor dirimente han de ser referidas a los pronunciamientos de la sentencia dictada por el juez en el juicio verbal previo a este juicio ordinario.

No obstante, todo ello es una primera y rápida apreciación sujeta a valoración y a distintos criterios, y sobre todo a la doctrina que al respecto emane de nuestros tribunales tras la aplicación e interpretación de los preceptos recogidos en esta materia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para finalizar, como hemos dicho por su relevante trascendencia hasta este momento y su posible correlación a lo establecido en la nueva Ley, transcribimos a continuación la expresada jurisprudencia:

La Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 8 de julio de 1995, 25 de mayo de 1996 y 31 de enero de 1996, ha reflejado claramente su postura. Efectivamente, como ejemplo, la primera sentencia señalada nos dice expresamente en sus fundamentos de derecho: “Con fecha 18 de abril de 1989, don ... promovió contra su esposa doña ... el juicio de menor cuantía de que este recurso dimana, por medio de demanda en la que, diciendo expresamente promover dicho proceso al amparo del artículo 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y limitándose a transcribir parcialmente en ella las liquidaciones o cuadernos particionales formalizados por sus respectivos contadores-partidores y también el formalizado por el Contador-partidor dirimente ..., pero sin dar a conocer, ni siquiera indiciariamente, los extremos en que discordaba de este último cuaderno particional (el del contador-partidor dirimente), se limitó a postular que se dicte sentencia por la que se condene a la demandada a aceptar la liquidación practicada por su propio Contador-partidor (el del demandante).

Con la expresada demanda el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Gijón (que es el mismo que venía conociendo del ya referido procedimiento número ...) acordó la incoación de un proceso autónomo o independiente y lo registró como Autos número ... La esposa demandada, en su escrito de contestación a la demanda, en el que se limitó a exponer las razones por las que creía que el piso le debía ser adjudicado a ella, pero no dio a conocer si estaba o no conforme con la liquidación practicada por el contador-partidor dirimente, postuló se dicte sentencia por la que se condene al demandante a aceptar la liquidación practicada por su propio contador-partidor (el de la demandada) ... El juicio

ordinario que por la cuantía corresponda, a que se refiere el artículo 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que fue el promovido por el actor ... surge únicamente cuando, habiéndose formalizado en tiempo hábil, por algún interesado, oposición a las operaciones divisorias del contador dirimente, en la Junta correspondiente, a la que serán convocados todos los interesados y el propio contador dirimente (artículo 1086 de la citada Ley), no hubiere conformidad de todos los referidos interesados respecto a las cuestiones promovidas, en cuyo supuesto, decimos, surge el referido juicio ordinario (artículo 1088), el cual solamente puede tener por objeto la impugnación de la partición efectuada por el contador dirimente, respecto de las cuestiones que los interesados disidentes manifiesten sucesivamente («empezando los traslados por aquellos que primero hubieren solicitado la entrega de las operaciones», preceptúa el citado artículo 1088), por lo que el demandante, aquí recurrente, ignoró lo anteriormente dicho, al promover este proceso sin mencionar los extremos en que disiente de la partición del contador dirimente y postular única y exclusivamente que se apruebe la partición (liquidación de la sociedad de gananciales) que hizo el Contador-partidor que él designó, en cuya deficiencia, le secundó el propio juzgado, al incoar dicho proceso con carácter totalmente autónomo e independiente del procedimiento particional que se había venido tramitando (los ya referidos Autos núm. ...), olvidando el actor, como también luego la demandada, que las particiones hechas por los Contadores partidores designados, respectivamente, por ellos, al mostrar recíprocamente los interesados una absoluta disconformidad respecto de las mismas, quedaron ya totalmente periclitadas o precluidas (sin efecto alguno) y sustituidas por la que formalizó el contador dirimente (pues para dicho supuesto se le nombró, artículos 1070 y 1073 de la citada Ley Procesal), que es la única que puede ser impugnada por los disidentes (por múltiples causas, «ad exemplum»: falta de citación de alguno de los interesados a la formación del inventario; valoración arbitraria de los bienes; naturaleza privativa de alguno de los bienes incluidos en la partición; vicios de ésta, determinantes de su nulidad o rescindibilidad, etc.) y la única también que ha de prevalecer, bien con las rectificaciones de las irregularidades denunciadas, que hayan quedado probadas en dicho juicio ordinario, bien en su forma originaria (como la hizo el contador dirimente), si no se prueba ninguna irregularidad en la misma, como así lo ha entendido la sentencia recurrida, al igual que antes la de primera instancia, pese a la ya dicha anómala tramitación de este proceso como autónomo e independiente del procedimiento particional (Autos número ...) del que debía haber formado parte integrante, como pieza separada del mismo.

A través del que hemos llamado segundo submotivo, aunque mezclando confusamente su argumentación impugnatoria con la del que acabamos de examinar, parece que el recurrente quiere denunciar un quebrantamiento de forma, que hace consistir en que el Juzgado no le dio traslado de la reconvenición que, según dice, formuló la demandada en su escrito de contestación, con lo que se le

privó, parece querer decir, de su derecho a poderla contestar... Este segundo submotivo también ha de ser desestimado, ya que si el juicio ordinario a que se refiere el artículo 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil solamente puede tener por objeto la impugnación de la partición practicada por el contador dirimente —una vez que, en la Junta que el Juez convoque al efecto, falte la conformidad de todos los interesados sobre las cuestiones promovidas (artículos 1086 a 1088 de la citada Ley Procesal) resulta evidente que no cabe la posibilidad de formular reconvencción alguna en el mismo, toda vez que, por un lado, los interesados que disientan de la referida partición habrán de limitarse a exponer los motivos de su impugnación a la misma, «empezando los traslados por aquellos que primero hubiesen solicitado la entrega de las operaciones, conforme al artículo 1084» (cuyo precepto imperativo, que establece expresamente el artículo 1088, carecería totalmente de sentido, si el juicio ordinario a que el mismo se refiere fuera un proceso completamente autónomo y con libertad de objeto contencioso), cuyo requisito impugnatorio, además, no cumplió el actor, aquí recurrente, al promover este proceso, sino que formuló en el mismo la insólita pretensión de que se apruebe la partición hecha por el contador-partidor que él había designado, cuando dicha partición, como se dijo al desestimar el primer submotivo, ya había quedado totalmente excluida y sin efecto alguno, y, por otro lado (retomando el hilo de la argumentación que iniciamos más arriba), aquellos otros interesados que no disientan de la partición hecha por el contador dirimente, si quieren hacer alguna alegación, habrán de limitarla exclusivamente, como es obvio, a exponer las razones por las que crean debe ser rechazada la impugnación de los disidentes y ser aprobada, lógicamente, la partición impugnada, requisito que tampoco cumplió la esposa demandada, pues en su escrito de contestación, sin plantear reconvencción alguna que, como se ha dicho, aquí no cabe, formuló la también insólita pretensión de que se apruebe la partición hecha por el Contador-partidor que ella había designado...”.

F) Juicio declarativo directo que corresponda según la cuantía.

Como principio y en términos generales podemos afirmar que tanto el Tribunal Supremo como la mayoría de las Audiencias no admiten este juicio declarativo directo sin el paso previo por el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial.

La admisibilidad de este juicio con la nueva Ley 1/2000 estimamos que ha quedado aún más reducida, y su aplicación será estricta por cuanto que, ante el surgimiento de la controversia entre las partes respecto del objeto del procedimiento, aunque fuere desde su mismo inicio, ya existe legalmente un procedimiento de inclusión o exclusión de bienes, que consideramos se ha de seguir con prioridad.

En consecuencia, habrá que esperar a la decisión de nuestros tribunales bajo el imperio de la nueva Ley 1/2000 en orden a la aceptación o no de este

proceso directo, y, en su caso, sus posibles limitaciones o condiciones de admisibilidad.

No obstante, también es una realidad, que exponemos por su trascendencia práctica, que nuestros tribunales hasta ahora (con la Ley de 1881) vienen admitiendo excepcionalmente este juicio directo:

— Cuando desde el inicio ya exista constancia clara y plena de las discrepancias entre las partes para la determinación de los bienes y derechos que vayan a componer el activo y pasivo de la masa común conyugal.

— Si el objeto o cuestión litigiosa está perfectamente delimitada desde la demanda, con expresión detallada de los bienes y derechos del activo y pasivo.

Por otra parte, una vez obtenida sentencia firme en este juicio, determinándose el activo y pasivo, las operaciones divisorias se harán en ejecución de sentencia, siguiendo los trámites que le resulten adecuados del juicio de testamento (con la nueva Ley debe entenderse al procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial).

En este sentido van las sentencias de las Audiencias Provinciales de Valencia de 9 de julio de 1992 y de Córdoba de 23 de octubre de 1992.

Nuestro Tribunal Supremo en sentencias de 20 de junio de 1987, 14 de julio de 1994 y 14 de marzo de 1997, en base a la Ley de 1881, mantiene claramente este criterio, referido a la sociedad de gananciales.

La primera sentencia citada nos dice que “aunque es cierto que los litigantes pudieron acudir para todo lo no previsto en los arts. 1392 y ss. del CC a lo establecido para la liquidación y partición de la herencia, según previene el art. 1410, en relación con el art. 1059, ambos del CC, no es menos cierto, si en la fase inicial de formación de tal inventario era manifiesto el desacuerdo, que no existe obstáculo procesal para que la concreción del activo y pasivo de la sociedad de gananciales se dilucide previamente acudiendo al juicio declarativo, concreción que después actuará como hecho inalterable en la posterior liquidación del patrimonio ganancial”.

En la señalada en segundo lugar, sus fundamentos de derecho nos dicen concretamente:

“Plantea, como primer motivo casacional, la parte recurrente, la inadecuación de procedimiento al amparo del núm. 2 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que en el presente caso debió seguirse el juicio de testamento en vez del cauce del juicio declarativo ordinario y, por ello, que se han infringido los arts. 1036 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que impone, de conformidad con el art. 238 núm. 1.º de la Ley Orgánica del

Poder Judicial, la nulidad de pleno derecho de las actuaciones habidas. Desde luego, que no puede compartirse la posición que sostiene el recurrente puesto que no cabe que se tomen como referencias de comparación dos modelos procesales que se desenvuelven en planos de utilidades distintos y con finalidades propias, aunque de haber sido otra la voluntad de la parte promovente quizás, como en algún momento se apunta, hubieran podido discurrir por el juicio de testamentaría las pretensiones que se dilucidan en el presente, si bien no todas. Pero es lo cierto que el juicio voluntario de testamentaría, como su denominación denota, tiene un origen no contencioso, sino voluntario y ya esta característica establece una inicial barrera de separación entre el ámbito de lo que es contingentemente jurisdiccional y lo que es necesariamente jurisdiccional, como ocurre con el juicio declarativo ordinario. A ello se añade, como ya señaló la primera sentencia cuyos razonamientos confirma la recurrida, que no se puede negar virtualidad al juicio declarativo incoado, puesto que, sin perjuicio de que la amplitud de las cuestiones que se debaten escapa del ámbito del juicio de testamentaría en cuanto que desde el momento de iniciado existen discrepancias entre las partes respecto de los bienes que integran la masa hereditaria, «es notorio que el juicio declarativo tiene eficacia procesal suficiente para obtener cuantas declaraciones de derecho se pretenden de la jurisdicción voluntaria», y como señala la doctrina científica, y acoge la jurisprudencia, el juicio declarativo resulta pertinente para decidir las cuestiones derivadas de la división de la herencia, determinación del patrimonio a dividir, fijación de las cuotas correspondientes a cada heredero e, incluso, realización de las operaciones divisorias en trámite de ejecución de sentencia”.

G) Procedimiento para la partición complementaria.

Independientemente del cauce procesal por el que se ha llevado a cabo la liquidación de la masa común del régimen económico matrimonial, si después de confeccionada la relación de bienes o inventario, que podemos calificar de definitiva dentro del ámbito de cualquiera de los distintos procedimientos, aparecieran nuevos bienes o derechos omitidos, estimamos no hay inconveniente en que, incluso después de haberse aprobado judicialmente (por conformidad de las partes o en su caso con oposición), se proceda, a instancia de parte, a realizar los trámites oportunos, partiendo de un nuevo cuaderno particional donde aparezcan tales bienes, en base a lo dispuesto en el art. 1079 del Código Civil, el cual establece que la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos.

Ello nos lleva a la denominada partición complementaria. Es esta una materia importante en la práctica, ya que carece de regulación procesal específica, y en

la que merece la pena detenerse, exponiendo que, tras la realización de cualquier inventario o relación de bienes en las distintas fases del procedimiento en que es admisible, es posible que surjan nuevos bienes o que se hayan podido omitir por alguna de las partes, consciente o inconscientemente, es decir, de buena o mala fe. También suele ocurrir la omisión de alguna carga de la sociedad o masa común, como hipotecas, embargos, etc.; o incluso pueden darse meros errores materiales en la descripción o en las cuotas de participación, etc. Por ejemplo, en algunas ocasiones se alega que, dada la tensión que se produce en los primeros momentos, no se recuerdan todos los bienes, derechos, o cargas de la sociedad de la masa común conyugal. No obstante, puede ser por cualquier causa.

En este supuesto es necesario aplicar el mencionado artículo 1079 CC, y ello implica el que sea necesario completar o adicionar la liquidación ya practicada por los cónyuges por consenso judicial o extrajudicial, o bien de forma contenciosa en virtud de resolución judicial.

Se puede producir durante el procedimiento de liquidación, es decir, bien tras el primer inventario o después de la presentación de las operaciones particionales o Cuaderno Particional. En el primer caso, se puede completar en el momento de la relación de bienes que ha de contener el Cuaderno Particional, y si tiene lugar después de éste también es posible completarlo, con acuerdo de las partes, en la comparecencia prevista en el art. 787.4 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, realizando el contador las rectificaciones que sean precisas, que después se aprobarán judicialmente.

Pero la cuestión fundamental surge cuando ya se ha practicado la liquidación del régimen económico matrimonial, aprobada o impuesta judicialmente (Auto o sentencia) por cualquiera de los cauces procesales admitidos, y surgen con posterioridad nuevos bienes, derechos o cargas de la sociedad.

La nueva Ley 1/2000 ha omitido la regulación expresa de este supuesto.

Ante ello se plantean esencialmente dos cuestiones procesales: ¿ante qué juez debe presentarse?, y ¿qué procedimiento se ha de seguir?

Producido tal evento, estimamos debe ser competente el Juez que ya había conocido de la liquidación, por cuanto que nuestro ordenamiento jurídico admite el completar o adicionar, sin que se rescinda la partición por lesión; lo que evidencia que se trata de una mera continuación de la misma liquidación, y por ende la competencia debe ser atribuida al mismo Juez que conoció, aprobó o decidió la liquidación que se pretende completar.

En lo que se refiere al Proceso para completar o adicionar la liquidación, estimamos debe ser en el mismo en que se practicó ésta, teniendo en cuenta que como se ha expuesto se considera como una mera continuación de la liquidación, y resulta esencial que se tengan en cuenta las condiciones y circunstancias en que se realizó la repetida liquidación, en muchas ocasiones con características muy singulares o personales, sujetas al caso e incluso momento concreto, y

evitando perjuicios para uno u otro cónyuge, en relación con la partición precedente de la que traen causa. En consecuencia, para que lo anteriormente postulado pueda llevarse a cabo debemos encontrarnos ante las mismas partes, el mismo proceso y los mismos profesionales que actuaron (contador y perito o peritos).

Si resulta contenciosa, habiendo precedido los trámites de liquidación, presentado el oportuno escrito debe ponerse en conocimiento de la parte contraria, y remitirse al contador nombrado para que realice el nuevo cuaderno particional referido a la adición de los nuevos bienes, derechos o cargas, con su correspondiente valoración, liquidación, división, partición y adjudicación correspondiente, conforme a los arts. 786 y ss. LEC, y continuar por ende con los mismos trámites subsiguientes señalados en los preceptos concordantes, y que se han recogido a lo largo de esta exposición.

También se nos ha planteado esta cuestión cuando la liquidación se realizó de forma conjunta con el procedimiento de separación de mutuo acuerdo, siendo por lo tanto aprobada junto con la sentencia principal; es decir, no había existido trámite alguno de liquidación conforme a las normas generales de liquidación. Había consenso en la liquidación, pero se habían producido divergencias posteriores para completarla o adicionarla (concretamente la inclusión de una hipoteca sobre un inmueble de la sociedad que había sido omitida; aunque puede darse cualquier otro supuesto). En este caso, entendemos, se habrá de tramitar desde el inicio conforme a las normas generales de la liquidación del régimen económico matrimonial y empezar por señalar la comparecencia para el inventario y trámites subsiguientes, pues hay que determinar si hay problemas de inclusión o exclusión, y además con anterioridad no se habían nombrado contador ni perito, y no puede aplicarse el criterio recogido en el párrafo precedente.

En el supuesto de que la adición se efectúe de mutuo acuerdo entre las partes, la cuestión es bastante más simple, pues presentado el escrito de petición y el documento donde conste aquélla, basta con la ratificación personal de los interesados y su posterior aprobación judicial por Auto.

Para terminar, y expuestos los procedimientos que pueden seguirse para obtener judicialmente la liquidación del régimen económico matrimonial, no nos queda más remedio que expresar nuestra opinión (que esperamos sea equivocada), de estimar insuficiente la nueva legislación recogida en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 al no resolver todos los problemas presentados, pudiéndose haber aprovechado para recoger en su redacción definitiva un procedimiento más adecuado a las reivindicaciones que existían para esta materia de tanta trascendencia social y que afecta a un número tan importante de ciudadanos, que desde luego estamos seguros esperaban un cauce procesal más adecuado que el establecido en la nueva Ley para llegar a obtener su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva en un proceso público sin dilaciones indebidas.

LA LEGITIMACIÓN DEL TUTOR PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE SEPARACIÓN EN REPRESENTACIÓN DE SU PUPILO: UN SUPUESTO DE PUGNA ENTRE LA TUTELA Y EL MATRIMONIO

MARÍA JOSÉ GARCÍA ALGUACIL
Facultad de Derecho de Málaga

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. LA TUTELA DEL INCAPACITADO.

1. Incidencia de la sentencia de incapacitación en la esfera personal del incapacitado: restricción de sus posibilidades de actuación en el ámbito de los derechos de la personalidad.
2. Acciones y excepciones al principio de sustitución en la tutela.

III. LA ACCIÓN DE SEPARACIÓN COMO ACCIÓN PERSONALÍSIMA. EXCLUSIVIDAD DE LA ACCIÓN. SU DIFERENCIACIÓN CON LA ACCIÓN DE DIVORCIO.

IV. ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A FAVOR DE LA LEGITIMACIÓN AL TUTOR PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE SEPARACIÓN.

1. El principio inspirador de la tutela.
2. El derecho a la tutela judicial efectiva: acceso a la jurisdicción.
3. El derecho de igualdad.

V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Siempre se ha dicho que las previsiones del legislador al elaborar una Ley no pueden abarcar todas las situaciones que probablemente se vayan sucediendo en el tiempo. Esta imprevisibilidad justificará la intervención de nuestros Tribunales, los cuales, considerando las circunstancias de cada caso y aplicando los principios generales del Derecho, intentarán dar respuesta adecuada y colmar las lagunas que la Ley ha dejado.

Nos situamos ante uno de los temas en los que más grave indeterminación se ha observado: me refiero a la institución de la tutela, y más en concreto, al ejercicio por el tutor en los llamados derechos y acciones personalísimas. En el Derecho de familia se ha dicho que, junto al interés individual de sus miembros, existe un interés superior que es de carácter familiar o de grupo; además de un interés público que deberá velar por el buen funcionamiento de las instituciones familiares, eso sí, sin desconocer su personalidad y sus derechos. Pues bien, estos derechos de la personalidad⁽¹⁾ pueden, en caso de incapacitados, presentar un acusado carácter protector. No en vano la tutela se realiza bajo la salvaguarda y vigilancia de la Autoridad judicial⁽²⁾.

Todos ellos, entre los que se pueden citar los derechos fundamentales, los familiares, las operaciones que atenten a la integridad física, la educación, el derecho a la separación, al divorcio o a la nulidad, serán atribuidos directamen-

(1) “Los derechos de la personalidad se consideran tradicionalmente innatos, esenciales a la persona, intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles. Su ejercicio —declara DÍEZ-PICAZO— es siempre personalísimo, y de ello se desprende una limitación de su ejercicio por medio de representante, tanto legal como voluntario (cfr. art. 162 CC, que exceptúa de la representación legal de los padres los actos relativos a los derechos de la personalidad cuando el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, los pueda realizar por sí mismo)”. Vid. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, *Introducción. Derechos de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 339.

(2) LETE DEL RÍO, J.M.: *La responsabilidad de los órganos tutelares*, Valladolid, 1965, pág. 5. ROGEL VIDE, C.: *La tutela del deficiente mental*, en *Separata de Documentación Jurídica*, núm. 3, julio-septiembre 1974, págs. 807-826. SANTOS MORÓN, M.J.: *Incapacitación y Derechos de la personalidad: Tratamientos médicos. Honor, intimidad e imagen*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000, págs. 47 y 48. ESCALONILLA MORALES, B.M.: “Aspecto personal de las instituciones protectoras de las personas incapacitadas”, en *Los discapacitados y su protección jurídica. Estudios de Derecho judicial*, págs. 277 a 309. MARTÍNEZ DÍEZ, R.: “Los discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de protección”, en *Los discapacitados y su protección jurídica*, op. cit., págs. 193 y 194.

te a la persona. Quedan excluidos, por tanto, del ámbito de actuación del tutor. Pero, he ahí la gran paradoja. Se priva al tutor del ejercicio de un derecho o acción personalísimo, por pertenecer el mismo a la esfera personal del incapaz, cuando la realidad demuestra que ellos no podrán ejercitarlos. Obviamente, nos referimos a supuestos de incapacitación absoluta, por ausencia total de capacidad de discernimiento. Nos empeñamos en atribuirles una esfera de poder que no pueden utilizar, y al mismo tiempo les negamos la posibilidad de que sus representantes legales la ejerciten por ellos. ¿Acaso no resulta sorprendente que sigamos mostrándonos inflexibles ante lo que la realidad social nos demanda? La calificación de personalísimo en un derecho no puede ser tan absoluta que, puesta a la luz de los principios que informan esta materia, como son el beneficio del tutelado, el principio de igualdad, equidad, buena fe, tutela efectiva y protección de los más débiles en un Estado social y de Derecho, resulte siempre victoriosa. Como señala VALLADARES RASCÓN, "...a veces un razonamiento intachablemente lógico puede conducir a un resultado completamente absurdo desde el punto de vista práctico".

La STC 311/2000, de 18 de diciembre⁽³⁾, ha dado una respuesta bien concreta a una situación, aparentemente, de fácil solución como era el matrimonio y la acción de separación ante una situación de tutela. Ambos "actos personalísimos", excluidos, en principio, del ámbito de actuación del tutor, han merecido por el Tribunal Constitucional un tratamiento distinto al dispensado

(3) El supuesto que finalmente resolvió en amparo el Tribunal Constitucional se planteó en las sentencias 105 y 106 de fecha 23 de febrero de 1998 de la Sección Sexta de la AP de Oviedo, dictadas al resolver los recursos de apelación del Procedimiento de Separación núm. 580/96 y de Medidas Provisionales núm. 581/196 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo.

Se trataba de un supuesto en el que una mujer casada, a los tres años separada de hecho mediante escritura pública de capitulaciones matrimoniales en la que el esposo se obliga a abandonar el domicilio y en la que se reconoce lo difícil e insostenible de la convivencia, sufre un accidente de circulación que le produce un traumatismo craneoencefálico que le priva absolutamente de todo juicio y razón, quedando con una importante pensión de jubilación y un sustancioso patrimonio. Del matrimonio había nacido un hijo, y con la intención de que el padre se relacionase con él, la madre cede a su esposo una llave del domicilio que frecuenta de forma esporádica, e incluso se empadrona en el mismo. El matrimonio había transcurrido desde sus inicios por un camino de continuas desavenencias provocadas por la actitud que frente a los deberes matrimoniales había mantenido el esposo. En la fecha del accidente el esposo convivía extramatrimonialmente con otra mujer y había tenido un hijo extramatrimonial de otra relación anterior.

Iniciado el procedimiento de incapacitación por el esposo, y de nombramiento de tutor, se nombró tutora a la madre de la incapaz, al haber quedado acreditado que era ella la que se ocupaba de la hija las veinticuatro horas del día, y al haber quedado demostrado de igual forma la actitud de desidia y ambición del esposo. Nombrada la madre tutora, se procedió a formalizar inventario en presencia judicial, donde se echaron en falta bienes de

por la Doctrina y por la Jurisprudencia en general, al hilo de la realidad social que se impone.

Trataremos de comprender las razones que justificaron la decisión del Tribunal Supremo al impedir que un sujeto incapaz no pudiera, ni por él, ni por su representante legal, ejercitar la acción de separación. Y también analizaremos la postura del Tribunal Constitucional, en franca contradicción con la postura mantenida por el Supremo.

II. LA TUTELA DEL INCAPACITADO

Nos hallamos ante un supuesto problemático que enfrenta a dos instituciones, consideradas pilares del Derecho de familia, como son el matrimonio y la tutela. En concreto, se discutirá la actuación de un tutor frente a la conflictiva situación en la que se halla inmerso su pupilo. La actuación del tutor ha sido, por una parte, puesta en tela de juicio, al considerarse una intromisión en el ámbito personalísimo del tutelado. Por otra parte ha resultado justificada por el principio que informa su labor, como es el beneficio del tutelado, lo cual no ha sido óbice para que haya sufrido duras críticas por la doctrina en general, para

mucho valor. Para solucionar todo el cúmulo de conflictos patrimoniales existentes, la tutora solicitó del Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Oviedo autorización para iniciar acciones, bien reivindicatorias, divisorias o de cualquier otra naturaleza o bien acciones de separación y divorcio y medidas provisionales.

Mediante auto, con la aprobación del Ministerio Fiscal, se autorizó a presentar demanda de separación y divorcio en nombre de la incapacitada, y se denegó cualquier otro tipo de acción reivindicatoria, divisoria o de cualquier otra naturaleza. Este auto se recurrió por el esposo, a lo que la AP de Oviedo respondió legitimando a la tutora para ejercitar la acción de separación y medidas provisionales en nombre de la incapacitada.

La tutora presentó demanda de separación patrimonial en representación de la incapaz con medidas provisionales en las que se reclamaba el abandono del domicilio del esposo con la entrega de las llaves del mismo.

El Juez de Primera Instancia denegó legitimación a la tutora por entender que se trata de un acto personalísimo en el que no cabe sustituir al incapaz. Los argumentos que se recogen en la Sección Sexta para denegar legitimación se fundan en una premisa que el juzgador declara incuestionable, “*que no puede haber igualdad entre sujetos naturalmente desiguales, como son la persona capaz y otra incapaz, dado que dichos estados jurídicos configuran un conjunto radicalmente diferente de derechos y deberes*”.

Contra ambas resoluciones (la que deniega legitimación para demandar la adopción de medidas provisionales y para ejercitar la acción de separación), se presentó recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por la violación de los derechos fundamentales de igualdad y de tutela efectiva de los Tribunales por privación de acción, protegidos en los artículos 14 y 24 CE.

quien esa “excesiva diligencia en su actuación” puede, a la postre, perjudicar más que beneficiar al incapacitado⁽⁴⁾.

El artículo 222 CC establece que “estarán sujetos a tutela: 1.º Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad. 2.º Los incapacitados, cuando la sentencia de incapacitación lo haya establecido. 3.º Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela. 4.º Los menores que se hallen en situación de desamparo”. A tenor de lo establecido en este precepto, es fácil constatar que el legislador ha querido diferenciar entre la tutela de incapacitados y la tutela de menores⁽⁵⁾. La tutela del incapaz, frente a la del menor de edad, ofrece la nota común de encontrarse definida, fijada por la sentencia que declaró la incapacidad y previó este sistema de guarda, lo que no ocurre en la de aquél⁽⁶⁾.

De este precepto nos interesa destacar el párrafo segundo, que es el que alude, específicamente, a la tutela de los incapacitados. Junto a éste hay que situar al art. 210 CC, en el cual se establece que la sentencia que declare la incapacitación determinará el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Mientras que las limitaciones impuestas a los menores, en atención a su capacidad de obrar, vienen determinadas por la ley, las que se refieren al incapacitado quedarán fijadas por la sentencia de incapacita-

(4) Se podría argumentar que ante un tutor pasivo, “cualquiera que tuviera interés legítimo” podría solicitar, por ejemplo, el ejercicio de la acción de separación. La cuestión no es baladí.

(5) Por una parte, tanto en el número 1.º como en el 4.º del citado precepto se habla de menores, mientras que en el 1.º se refiere a menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad; en el 4.º se habla simplemente de menores. Parece muy probable, como señala ROGEL VIDE, que el hecho de no estar bajo la patria potestad, por la razón que sea, coloque a los menores en una situación de desamparo. Así, el artículo 172.1 CC, al definir esta situación, incluye dentro de la misma los supuestos de “imposible ejercicio de los deberes de protección”. Ello determinaría, en consecuencia, la conexión entre estos dos párrafos del art. 222 CC, con independencia de las distintas consecuencias jurídicas que de cada uno de ellos se van a deducir. ROGEL VIDE, C.: *Comentario del Código Civil*. Art. 222, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 693. Según RUIZ-RICO (“La tutela ex lege, la guarda y el acogimiento de menores”, AC, 1988, pág. 67), “a diferencia del resto de los tipos de tutela, en los que se precisa una resolución judicial, y es esa resolución la que se inscribe para su eficacia frente a terceros (art. 218 CC), aquí (refiriéndose a la tutela de menores en situación de desamparo) no habría tal, ni documento auténtico, ni declaración de ninguna clase (art. 23 LRC), por lo que difícilmente podría inscribirse y surtir efectos, a menos que el ente, en cuanto órgano administrativo, (...) en él haga constar la situación de desamparo”.

(6) GETE-ALONSO, M.C.: “La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona”, en Cuadernos Civitas, ed. Civitas, Madrid, 1985, pág. 223.

ción; y, como corolario de estos dos preceptos, la idea de “legitimación”, que es la acogida por la doctrina española para expresar el reconocimiento que hace el Derecho para que el representante actúe en nombre y beneficio del representado.

En nuestro Código Civil la incapacitación sigue siendo una institución de contenido sustancialmente patrimonial. Las disposiciones relativas a intereses de naturaleza personal del incapacitado son prácticamente nulas⁽⁷⁾. Las únicas referencias a aspectos de índole extrapatrimonial son las relativas a la obligación del tutor de “velar por el tutelado, procurándole alimentos y promoviendo la recuperación de su capacidad” (cfr. 269.1.º y 3.º CC) y la posibilidad de “internarle” en un establecimiento de salud mental con la correspondiente autorización judicial (cfr. 211 y 271.1.º CC)⁽⁸⁾. Lo determinante a la hora de ordenar la incapacitación será el hecho de que el sujeto *no pueda gobernarse por sí mismo*. No obstante, el “gobierno” al que alude nuestra doctrina se referirá tanto a la esfera personal y ejercicio de los derechos de la personalidad como a la patrimonial⁽⁹⁾.

Sobre los derechos y acciones personalísimas del tutelado y la actuación del tutor no dice expresamente nada nuestro Código Civil. Salvo lo dispuesto en el art. 267, que en realidad lo que hace es limitar al tutor, no respecto de derechos que sean personalísimos del tutelado, sino respecto de derechos *que por su grado de discernimiento y madurez pueda realizar por sí mismo*, no hay otro artículo en el ámbito de la tutela que se refiera a ello. Sin embargo, por analogía o interpretación extensiva, podemos aplicar el 162 del CC, que en su párrafo primero excluye del ámbito de representación de los padres “los actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con las condiciones de madurez pueda realizar por sí mismo”. Por tanto, aunque este artículo se refiera, en concreto, a los menores sujetos a patria potestad, la

(7) No decimos con ello que no existan tales disposiciones, decimos que son escasas. El artículo 200 CC considera causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que *impidan a la persona gobernarse por sí misma*. El artículo 215, por su parte, al aludir a las distintas instituciones tutitivas, hace referencia a la protección de la *persona y bienes* de menores e incapacitados.

(8) Vid. SANTOS MORÓN, M.ª J.: *Incapacitación y Derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, pág. 32.

(9) Así se pronuncia RIVERO HERNÁNDEZ, “Los derechos humanos del incapacitado”, en *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente y complejidad del sujeto*, Barcelona, 1997, pág. 46.

doctrina estima factible su aplicación a los menores sujetos a tutela y a los incapacitados⁽¹⁰⁾.

El artículo 162 CC consagra definitivamente la tesis del profesor DE CASTRO, quien sostenía que las facultades o acciones de naturaleza estrictamente personal, así como los derechos de la personalidad, no pueden ser ejercitados por el representante legal del menor o del incapacitado⁽¹¹⁾. En la actualidad, la doctrina mayoritaria entiende que en el ejercicio de tales derechos no cabe la representación legal. Y con ello volveríamos al principio de nuestra argumentación. Si el incapacitado no puede ejercitar estos actos y derechos, y al representante legal se le limita la actuación sobre los mismos, ello supondrá la existencia de un conjunto de acciones y derechos que nadie puede ejercitar⁽¹²⁾.

Siguiendo con la línea argumental del artículo 162 CC, hay que decir que la atribución o exclusión del juego de la representación legal a los padres depende de un solo criterio, esto es, que el menor “tenga suficientes condiciones de madurez”. Como es obvio, “no teniéndolas” estaría legitimada la actuación de los mismos. Sobre esta cuestión, señala DÍEZ-PICAZO⁽¹³⁾ que, cuando los padres ejercitan los derechos de la personalidad del menor, no lo hacen como representantes legales, sino en ejercicio de sus propias funciones y potestades y en cumplimiento de su obligación de velar por ellos.

Extraponiendo el planteamiento a los incapacitados, pues el art. 162 CC sólo se refiere a menores, es posible mantener que cuando el incapacitado no tenga suficientes condiciones de madurez, la actuación del tutor debería quedar

(10) Vid. GÓMEZ LAPLAZA, *ex artículo 267 CC*, en *Comentarios a las Reformas de la Nacionalidad y la tutela*, Madrid, 1986, pág. 493. ALBENTOSA, “Las instituciones tutelares” en *Derecho de Familia*, coord. por Montés y Roca i Trias, 2.ª ed., Valencia, 1995, pág. 548.

(11) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, II, Madrid, 1984, págs. 54, 179 y 315.

(12) Vid. GIL RODRÍGUEZ, “Instituciones tuitivas”, en AA.VV., *Manual de Derecho Civil*, I (*Introducción y Derecho de cosas*), Madrid, 1995, pág. 235. GETE-ALONSO, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, 2.ª ed., Madrid, 1992, págs. 49-239. LACRUZ-DELGADO ECHEVARRÍA, *Elementos de Derecho Civil*, I, Vol. 2.º, *Personas*, Barcelona, reimp. act., 1992, pág. 137.

(13) “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, en ADC, 1982, pág. 16. Por su parte, LACRUZ (*Elementos de Derecho civil*, I, *Parte general*, vol. 2.º, edic. rev. y puesta al día por DELGADO ECHEVARRÍA, ed. Dykinson, Madrid, 1998, pág. 127) dice que, cuando el menor no tiene discernimiento suficiente, sólo la necesidad o el beneficio de éste puede legitimar la intromisión en sus derechos de la personalidad sin su consentimiento. El de sus padres o guardadores “no es expresión indirecta de la voluntad del incapaz, sino manifestación de la valoración del interés del mismo emitido por quien tiene el deber de velar por él y la potestad necesaria al efecto”.

legitimada pues, con palabras de Díez-Picazo, “*estaría cumpliendo con su propio ámbito de funciones y de potestades*”. Por ello más que una excepción a la representación legal, el artículo 162.1 CC constituye una excepción del ámbito de funcionamiento de la patria potestad⁽¹⁴⁾ (o tutela). A esas mismas “condiciones de madurez” se viene a referir también el artículo 3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, el cual en el párrafo 1.º exige para que se produzca la intromisión en el ámbito de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la imagen, el consentimiento del menor, “si sus condiciones de madurez lo permiten”. No existiendo tales condiciones, el párrafo 2.º de este precepto legitima al representante legal para que lo haga por aquél⁽¹⁵⁾. Literalmente, el art. 3 de la LO 1/1982 sitúa en el mismo plano de igualdad a menores e incapaces. Ambos están unidos por un criterio que no es precisamente el de la capacidad de obrar, sino el de la concurrencia en su persona de “condiciones de madurez”. Y es que, como declara LACRUZ, “en realidad, el goce de los más importantes derechos de la personalidad (vida, libertad, integridad física y moral, honor, intimidad, imagen, nombre...) no requiere ninguna capacidad de obrar”⁽¹⁶⁾.

Por capacidad de obrar se entiende la aptitud de la persona para realizar actos con eficacia jurídica. O dicho de otro modo, es la posibilidad conferida a la persona de producir con sus actos efectos jurídicos para sí misma y para su patrimonio. Es obvio que tal posibilidad de actuación depende, de forma más o menos directa, de la capacidad natural de querer y entender⁽¹⁷⁾. Referido a los incapaces, esa capacidad natural sería la capacidad de entendimiento suficien-

(14) “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, *op. cit.*, pág. 16.

(15) Vid. art. 3 LO 2/1982, de 5 de mayo, de protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (BOE de 14 de mayo): “1. *El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil.* 2. *En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiera, resolverá el Juez*”.

(16) Vid. LACRUZ, *Elementos...*, ed. 1998, pág. 127.

(17) Según declara RAMOS CHAPARRO (*La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995, págs. 256-257) “el reconocimiento expreso de la capacidad natural en este campo, como excepción a la incapacidad de obrar legal, está ordenado, en última instancia, a no posibilitar *a priori* el ejercicio de derechos fundamentales a sujetos que estén, realmente, en condiciones adecuadas para el mismo”. En contra SILLERO CROVETTO (“Capacidad, incapacitación y medidas de protección. Nuevas perspectivas”, en *Persona y Estado en el umbral del S. XXI*, XX aniversario de la Facultad de Derecho de Málaga), quien afirma que “el recurso continuado a la capacidad natural de querer y entender plantea

te⁽¹⁸⁾. Es decir, lo que la Ley denomina “condiciones de madurez” equivaldría a “la posesión de suficiente capacidad de discernimiento” para comprender el alcance, significado y consecuencias de todos y cada uno de los actos que realizase. Por lo tanto, lo que decide, en última instancia, la posibilidad de ejercitar los derechos de la personalidad, no es la capacidad de obrar sino la posesión de la capacidad de discernimiento y madurez. Ello vendrá determinado, para los incapaces, por la sentencia de incapacitación⁽¹⁹⁾.

el problema, prácticamente irresoluble, del análisis, caso por caso, y con absoluta certeza, de dicha capacidad en cada persona que quiera actuar. Para evitarlo, nuestro ordenamiento jurídico hace girar la capacidad, en torno a circunstancias perfectamente medibles y constatables mediante el recurso a y la consulta de los correspondientes Registros”. En este último sentido también ROGEL VIDE, *Derecho de la persona*, Barcelona, 1998, pág. 13.

(18) Vid. DE LA ROSA, A.: *La tutela degli incapaci*, I, Milán, Giuffrè, 1962, pág. 11. La diferencia esencial entre incapacidad natural e incapacidad jurídica se halla en la causa. Mientras que la incapacitación legal depende de la menor edad, de la interdicción o inhabilitación, la incapacidad natural encuentra su origen en una concreta y al menos normalmente momentánea deficiencia psicósiquica. En orden a la prueba, la incapacidad legal no la necesita, produce los efectos por sí sola. La incapacidad natural sí debe ser probada al tiempo en el que el acto se realiza.

(19) Brevemente, y antes de concluir este epígrafe realizaremos un rápido repaso a esta situación por el Derecho comparado. En el sistema alemán, el parágrafo 1896 BGB regula los presupuestos de la *Betreuung*. Esta presupone la existencia de una enfermedad psíquica o discapacidad física o mental, que impida al sujeto ocuparse total o parcialmente de sus asuntos. En el desempeño de sus funciones el *Betreuer* debe actuar en aras del bien del individuo sometido a su cuidado. Pero por lo que respecta al asunto que nos concierne, hay que decir que el poder de representación del *Betreuer* no se extiende a aquellos asuntos que tienen la consideración de personalísimos. Queda excluida, por tanto, la representación en el matrimonio y en el testamento, y demás negocios *mortis causa* como el contrato sucesorio. En supuestos de tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas o esterilizaciones, la Ley, expresamente (parágrafos 1904 y 1905 BGB) autoriza al *Betreuer* a que dé su consentimiento en aquellos casos en los que el *Betreute* carezca de capacidad para adoptar una decisión de este tipo. Vid. MÜNCHENER-SCHWAB, en *Münchener Kommentar zum BGB*, ex parágrafo 1904, pág. 1460. Dentro de la consideración de derechos estrictamente personales se incluyen: los derechos de la personalidad, los derechos dirigidos a establecer u ordenar relaciones familiares (prometerse, casarse, divorciarse, reconocer filiación...) y el derecho a disponer *mortis causa*. BUCHER, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 2.^a ed., Basilea-Frankfurt-Helbing-Lichtenbahn, 1995, pág. 73.

El sistema francés actual es similar al español. La diferencia estriba en el sistema de tutela de familia instaurado allí. Según el art. 495 del Code, el tutor es el representante legal del incapacitado y ostenta la administración de sus bienes. Por lo que respecta a los actos de carácter personal, la Ley no es mucho más explícita que en nuestro país. Por lo general, la representación legal se aviene mal con los actos de carácter personal. Regula expresamente unos y se olvida de otros. En esto también se asemeja a lo que sucede en

1. Incidencia de la sentencia de incapacitación en la esfera personal del incapacitado: restricción de sus posibilidades de actuación en el ámbito de los derechos de la personalidad.

Las sentencias dictadas en un procedimiento de incapacitación —cuando estiman la incapacidad— son de naturaleza constitutiva, pues sólo a través de esa decisión la persona entra en un estado civil nuevo: el de incapacitado. El órgano judicial, dependiendo de la intensidad de la deficiencia o de la enfermedad que padezca el sujeto y, por tanto, en atención al grado de discernimiento y a la aptitud para gobernarse por sí mismo, fijará en la sentencia los límites y extensión de la incapacidad y el órgano protector más adecuado dependiendo del grado de discernimiento⁽²⁰⁾. La resolución sentará las bases de la posible

España. Por lo que respecta a un supuesto tan específico como es la posibilidad del tutor de ejercitar la acción de divorcio y separación, la doctrina francesa acepta sin excepción el supuesto, siempre que se cuente con la autorización del Consejo de familia. Este planteamiento encuentra apoyo legal en el artículo 464.3 del Code, que justifica este posicionamiento de la doctrina. Vid. art. 464.3: “L’autorisation du conseil de famille est toujours requise pour les actions relatives à des droits qui ne sont point patrimoniaux”. Vid. MARTY y RAYNAUD, *Droit civil. Les personnes*, 3.^a ed., París, 1976, pág. 766. MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, T. I, vol. 2.^o, *Les personnes, la personnalité, les incapacités*, 8.^a ed., a cargo de Laroche-Guisserot, París, 1997, pág. 302. GOBEAUX, en GUESTIN, *Traité de Droit civil*, París, 1989, pág. 356. RAISON, A.: *Le statut des mineurs et des majeurs protégés*, 13.^a ed., Librairie du Journal des notaires et des avocats, París, 1978, pág. 462. Con base en el art. 249 del Code, señala que cuando una demanda de divorcio deba ser formulada en nombre del sometido a tutela, ella será presentada por el tutor, con autorización del Consejo de familia, después del parecer del médico (“traitant”).

En el Derecho italiano son dos los grados de incapacitación: interdicción (“interdizione”) e inhabilitación (“inabilitazione”). La interdicción se corresponde con lo que aquí sería un supuesto de incapacidad de obrar absoluta. Esta incapacidad impedirá al sujeto en cuestión realizar actos de naturaleza personal. Por lo que respecta a la capacidad del sometido a interdicción para solicitar la separación conyugal, la Ley no se pronuncia. La doctrina más integrista niega esta posibilidad al tutor, al igual que hace la jurisprudencia. No obstante, ya algún sector doctrinal se muestra partidario de conceder al tutor legitimación no sólo para exigir la separación judicial sino también la separación consensual. Vid. TRABUCHI, *Istituzioni di Diritto civile*, 34.^a ed., Padua, 1993, pág. 74. BIANCA, *Diritto civile*, V. 1.^o, Milán, 1982, pág. 236. PESCARA, “Interdizione e inabilitazione”, en *Trattato di Diritto privato*, dir. por Rescigno, vol. IV, t. 3.^o, reimp., Turín, 1987, págs. 743 y ss. LISELLA, G.: *Interdizione “giudiziale” e tutela della persone. Gli effetti dell’incapacità legale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1984, págs. 109-110.

⁽²⁰⁾ Teóricamente, al fijar la extensión y límites se determinará si la privación de capacidad de obrar será total o parcial. Siendo parcial, la incapacidad puede ser cuantitativa (privación de la capacidad de obrar para ciertos actos jurídicos), o cualitativa (si no se le priva, sino que se le restringe en el sentido de que necesita el complemento de capacidad que le otorgará un curador. Vid. O’CALLAGHAN, “Protección jurídica de discapacitados...”, op. cit., pág. 51.

actuación de la persona en cuestión. A partir de ese momento, de la sentencia de incapacitación, dejará de estar vigente el principio conforme al cual ha de presumirse la capacidad de obrar de toda persona⁽²¹⁾.

Se parte de la base de que la incapacitación, especialmente cuando el régimen de protección previsto es la tutela, restringe o puede restringir la libertad de actuación del incapacitado en su esfera personal. Y se presupone que los jueces, al dictar la sentencia de incapacitación, se cuestionan la aptitud del individuo para tomar decisiones relativas a su esfera personal y resuelven en consecuencia autorizando o permitiendo la adopción de tales decisiones por parte del incapacitado⁽²²⁾. No debemos olvidar que la incapacitación, en tanto implica una restricción de las posibilidades de actuación del individuo, supone con carácter general una limitación de los derechos fundamentales, concretamente del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE). En consecuencia, al suponer una limitación, ésta deberá estar convenientemente justificada, ya que de otro modo equivaldría a una discriminación⁽²³⁾.

Las limitaciones a las que puede verse sometido el incapaz son de dos tipos: limitaciones relativas a la realización de actos de carácter patrimonial y limitaciones que afectan a decisiones de carácter personal o existencial. El primer grupo de limitaciones tiene una finalidad esencial, y esta no es otra que la de evitar el perjuicio que la realización de actos de este tipo podría ocasionarle al incapacitado. Las limitaciones relativas a derechos de carácter

(21) CABRERA MERCADO, R.: “El proceso de incapacitación”, en *Los discapacitados y su protección jurídica*, *op. cit.*, págs. 222 y 223. Por su parte, hay que tener en cuenta el contenido del art. 2 de la Ley Orgánica del Menor, cuando afirma que “*Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva*”.

(22) Vid. en este sentido SANTOS MORÓN, *Incapacitación y Derechos de la personalidad...*, *op. cit.*, págs. 38 y 39.

(23) Vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: “Los estados civiles I”, en *Derecho civil, Parte General*, coord. por López y Montés, Valencia, 1995, pág. 385. SEOANE RODRÍGUEZ, *Derecho y Retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, La Coruña, 1999, pág. 4. Sostiene que los principios de libertad e igualdad consagrados en la Constitución tienen como consecuencia la subsidiariedad del principio de protección aplicable a los deficientes mentales. Esto significa que sólo la necesidad de proteger a una determinada persona con retraso mental, en atención a sus circunstancias y aptitudes singulares, justifica la existencia de limitaciones a la capacidad.

personal afectarán directamente al derecho de autodeterminación del individuo⁽²⁴⁾.

En aquellos supuestos, como es el caso que analizamos, en que la sentencia de incapacitación determine la completa ausencia de capacidad de discernimiento del individuo, y la privación, en consecuencia, de todo poder de autodeterminación en relación a incumbencias de carácter personal, podría decirse que con semejante pronunciamiento, y teniendo en cuenta que tampoco su representante legal podría ejercitarlos por él, se le está condenando a una permanente situación de inferioridad, convirtiéndole oficialmente en marginado⁽²⁵⁾. En este sentido, tal y como señala RIVERO HERNÁNDEZ, “*el desarrollo de la personalidad de los incapacitados exige el dispensarles el máximo apoyo de todo orden (...) de forma que les permita superar la diferencia que les separa y les desiguala de otras personas*”⁽²⁶⁾.

Si cuando una sentencia de incapacitación prohíbe al incapacitado el ejercicio de los derechos de la personalidad lo hace en interés del propio incapacitado, es decir, como medida de protección ante posibles perjuicios, debería igualmente afirmarse que, cuando la sentencia de incapacitación no diga nada al respecto, parecería lógico imaginar que el tutor pudiera, como en este caso lo ha hecho, solicitar del juez la autorización correspondiente para interponer demanda de separación, cuando se demuestre que se realiza en interés del propio incapacitado. A nuestro modo de ver, en el ámbito de los derechos de la personalidad debería permitirse al sujeto, o cuando este no pudiese a su representante legal, la realización de aquel acto que resultase ser idóneo para satisfacer un interés prevalente. Sólo así estos sujetos gozarán de los derechos fundamentales del hombre, y más en concreto de los derechos a la dignidad y

(24) La doctrina italiana considera que, dado que los actos personalísimos no admiten la representación legal, impedir al sometido a interdicción realizarlos en todo caso, supone convertir la incapacidad de obrar en verdadera incapacidad jurídica. Vid. al respecto PESCARA, “Interdizione e inabilitazione”, en *Trattato di Diritto privato*, dir. por RESCIGNO, vol. 4, *Personae e famiglia*, vol. 3.º, reimp., Turín, 1987, pág. 747. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, CAMERINO-NAPOLI, 1972, págs. 369 y ss. NAPOLI, “L'infermità di mente, l'interdizione, l'inabilitazione”, en *Il Codice civile. Comentario dir. por Schlesinger*, 2.ª ed., Milán, 1995, págs. 5, 7, 8 y 13.

(25) Vid. SANTOS MORÓN, *Incapacitación y Derechos de la personalidad...*, op. cit., pág. 42.

(26) RIVERO HERNÁNDEZ, “Los derechos humanos del incapacitado”, en *Derechos humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente, y complejidad del sujeto*, Barcelona, 1997, pág. 27.

a la igualdad⁽²⁷⁾. Así podemos entender con JORDANO FRAGA⁽²⁸⁾ que, “cuando el menor (en nuestro caso «el pupilo») no puede actuar por sí sus derechos de la personalidad, por carecer de condiciones de madurez adecuadas, el representante del menor o incapaz «recupera para la actuación de sus funciones tutelares el ámbito de la personalidad del menor», y ello con independencia de que tal actuación se califique o no como representación”.

La realidad judicial, hoy, nos demuestra que el sistema de gradación establecido en el art. 210 CC tiene escasa aplicación práctica. Los jueces, por lo general, optarán entre dos pronunciamientos: o declarar la incapacidad absoluta, y en tal caso establecer el régimen de tutela; o declarar la incapacidad parcial, y aplicar el régimen de curatela. Lo cierto y curioso es que el único pronunciamiento que, en los casos de incapacidad absoluta, hacen los jueces, es el relativo a la imposibilidad de ejercer el derecho de sufragio activo al amparo de lo dispuesto en el art. 3.1.b) LO 5/1985 de Régimen Electoral⁽²⁹⁾. Ahora bien, el hecho de que en la sentencia de incapacitación ni se faculte ni se impida al incapacitado el ejercicio de los derechos de la personalidad, como en la sentencia que tratamos sucede, probablemente, como señala un sector de nuestra doctrina, no signifique que haya enjuiciado su capacidad para realizar actos de tal naturaleza, sino más bien que no ha tomado en consideración tal posibilidad⁽³⁰⁾. En cualquier caso, ante la falta de previsión que puede suponer una sentencia de incapacitación con un pronunciamiento tan abstracto como el de “incapacidad absoluta”, es loable pedir al Tribunal que valore cada supuesto en sus justos

(27) Vid. BIANCA, “La protezione giuridica del sofferente psichico”, Riv. Dir. Civ. 1985, I.

(28) Vid. JORDANO FRAGA, “*La capacidad general...*”, *op. cit.*, pág. 895.

(29) La fórmula más utilizada suele ser la siguiente: “se constituye a ... en estado de incapacitación total (o absoluta) incluso para el ejercicio de sufragio activo, debiendo quedar sometido/a a tutela que se deberá constituir en expediente de jurisdicción voluntaria”. Por lo general, como señalan PÉREZ PINEDA y GARCÍA BLÁZQUEZ (*Manual de medicina legal para profesionales del derecho*, Granada, 1990, pág. 303), “generalmente, las declaraciones de incapacidad por demencia suelen hacerse, de modo global, para todo tipo de acto o hecho jurídico, sin embargo el art. 210 CC prevé que la sentencia que declare la incapacitación determine la extensión y los límites de ésta. En este sentido, el médico perito que reconozca a un presunto incapaz, no debe limitar su informe al clásico diagnóstico (...) de no es capaz de gobernar sus bienes y su persona. Hay que profundizar en la afectación de las distintas esferas psíquicas y determinar su influencia en la capacidad global y en los distintos actos de la vida ordinaria”.

(30) Vid. SANTOS MORÓN, *op. cit.*, pág. 39. Parece que el sistema aplicado en la práctica no permite el adecuado respeto a los derechos de la personalidad de los incapacitados.

límites, para evitar que los derechos fundamentales que todos tenemos reconocidos se vean conculcados en la persona del incapacitado. Y si para ello hubiera de atribuirse al representante legal legitimación para actuar, cuando el incapacitado de ninguna otra forma pudiera ejercitar los derechos que le corresponden, así debería hacerse.

No obstante, en sentido estricto se puede afirmar que no es la declaración judicial de incapacidad la que va a impedir la realización de esos actos, como pueden ser los referentes al ámbito de la personalidad, sino que será la propia falta de capacidad de hecho, capacidad natural, en el momento de su realización. Y por ello, consideramos que los actos relativos a los derechos de la personalidad quedarán excluidos de la representación legal del tutor, en tanto en cuanto el incapacitado posea las condiciones de madurez necesarias para la realización del acto. En caso contrario el tutor, recuperando las facultades que la Ley le atribuye, y siempre velando por su pupilo, debería actuar por él.

2. Acciones y excepciones al principio de sustitución en la tutela.

Tal y como señala el art. 267 del Código Civil: “*El tutor es el representante del menor o incapacitado salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia de incapacitación*”. Este artículo hace referencia a la función esencial del cargo de tutor: representar al tutelado.

Es el primero de los preceptos que contemplan el aspecto dinámico del ejercicio de la tutela por la persona a quien el juez ha dado posesión del cargo⁽³¹⁾. Decir que el tutor es el representante es tanto como decir que es la persona que va a sustituir al tutelado en todos aquellos actos que, por su minoría de edad o incapacidad, no pueda realizar por sí mismo⁽³²⁾. Es, incluso, representante del pupilo en aquellos supuestos en los que la actuación precisa el complemento de la autorización judicial. En palabras de DÍEZ-PICAZO⁽³³⁾, la

(31) La Ley atribuye al tutor su condición de representante legal del tutelado, al igual que el artículo 162 lo hace para con los padres que ostenten la patria potestad respecto de sus hijos no emancipados. Vid. CUENA CASAS, M.: “Comentario al art. 267 CC”, en *Comentarios al Código Civil*, II, Vol. 2.º, Libro 1.º (Tít. V-XII), Rams Albesa, coord. Moreno Flórez, ed. Bosch, Barcelona, 2000, pág. 1953.

(32) GIL RODRÍGUEZ, J.: *Comentario del Código Civil*, I, “Art. 267”. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 784.

(33) DÍEZ-PICAZO, L.: *La representación en el Derecho privado*, 1979, pág. 289.

característica más importante de la función del tutor es la de su heteronomía: “la persona queda sustituida por el representante legal y las decisiones de éste le son impuestas a su esfera jurídica y a su patrimonio con todas sus consecuencias”.

Actúa, por tanto, en nombre y beneficio del tutelado, tanto en el ámbito judicial como extrajudicial. Para este tipo de actuaciones se solicitarán las pertinentes autorizaciones judiciales en orden a obtener la adecuada legitimación procesal del tutor⁽³⁴⁾. En la tutela de los incapacitados, este tipo de actuaciones deberá adecuarse a las prescripciones, en todo caso, de la sentencia de incapacitación, a tenor de lo dispuesto en el art. 210 del Código Civil. La sentencia determinará la extensión y límites de la incapacitación. El juez, sea como fuere, de forma abstracta y anticipada, o *a posteriori* caso por caso, será el que tendrá la última palabra.

Es curioso contemplar cómo en el marco de actuación del tutor existe la excepción al principio de representación del mismo que se situará en el ámbito de los “derechos de la personalidad”, respecto de los que, como señala GIL RODRÍGUEZ⁽³⁵⁾, “*o actúa el pupilo por sí, o quedan sin ejercitar porque no se prestan a sustitución*”. Sobre este punto no hay acuerdo a nivel doctrinal. Mientras que para unos⁽³⁶⁾ no es posible la sustitución del menor o incapaz en el ámbito de estos derechos, para otros⁽³⁷⁾ resulta ser perfectamente factible, tal y como se ha podido observar en aquellos casos en los que el tutor, recabando la oportuna autorización judicial, e interviniendo siempre en interés del pupilo, ha obtenido legitimación para actuar en situaciones de internamiento del tutelado, esterilizaciones, o lo que serían intromisiones ilegítimas en el ámbito del dere-

(34) LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho civil*, IV-2.º, edic. 1998, pág. 319.

(35) GIL RODRÍGUEZ, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 235.

(36) En esta primera corriente se encuentran DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, *cit.*, pág. 292.

(37) En este sentido JORDANO FRAGA, “La capacidad general del menor”, RDP, 1984, II, pág. 895. Como ya hemos señalado anteriormente, declara este autor que “...en aquellos casos en que el menor (o incapaz), no tenga (...) ni siquiera aquella capacidad natural que es presupuesto universal de toda la norma del art. 162.2. En este caso, al fallar el presupuesto básico de la excepción —que opera sobre la base de que se trate de actos de ejercicio de derechos de la personalidad, y de que el menor (o incapaz) tenga juicio suficiente (capacidad natural)— ésta no opera, y por consiguiente, el representante legal recupera para la actuación de sus funciones tutelares el ámbito de la personalidad del menor”.

cho al honor, si no se gozaba de la citada legitimación⁽³⁸⁾. En cualquier caso, lo que no parece razonable es que, por el hecho de negar el mecanismo representativo en este tipo de derechos, el incapaz que carezca de las condiciones de madurez suficientes para el ejercicio de sus derechos de la personalidad quede desprotegido⁽³⁹⁾. No obstante, la posibilidad de excepcionar, valga la redundancia, la propia excepción que la ley marca en el art. 162.1 CC plantea un conflicto de no fácil solución. Mientras que unos consideran que sólo deberían admitirse las excepciones que la Ley señala con claridad, otros estiman conveniente excepcionar el propio ámbito de excepción del progenitor, y en nuestro caso tutor, siempre que se demostrase que el menor o incapacitado no tiene suficiente madurez (capacidad natural). Y es que, tal y como afirma PARRA LUCÁN, aunque en algunos ámbitos existan disposiciones aisladas, al no establecer todas el mismo régimen, resulta difícil inducir una regla general. Por ello declara: “en cada caso debe analizarse la forma y la naturaleza del acto para precisar si, en función de lo dispuesto en la sentencia, puede actuar el incapacitado o su representante o ninguno de los dos”⁽⁴⁰⁾.

La problemática que se presenta al hilo de la Sentencia de 27 de febrero de 1999⁽⁴¹⁾ deja entrever una situación nueva a los ojos del legislador, pero no

(38) Vid. MARCO SAAVEDRA, “Incapacitación e internamiento: la tutela en la persona con retraso mental”, en *La persona con retraso mental. II jornadas sobre fundaciones tutelares*, Sevilla, marzo, 1997. MARTÍNEZ-PUJALDE, “Esterilización de deficientes mentales y derecho a la integridad física”, *Humana Iura de Derechos Humanos*, 1994-4. GARCÍA ARÁN, “Derecho a la integridad física y esterilización de disminuidos psíquicos (Comentario a la STC 215/94 de 14 de julio RJC 1995-3)”. ARROYO ZAPATERO, “Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización”, *Estudios penales y criminológicos*, 1988, T. XI. Universidad de Santiago de Compostela, 1987.

(39) En este sentido vid. CUENA CASAS, M.: *Comentario al art. 267 CC*, op. cit., pág. 1956. Por su parte RUBIO SAN ROMÁN estima que “la excepción a la representación (...) no actúa en los casos en que el hijo (añadiríamos nosotros «incapaz»), no tenga suficiente madurez para el total y libre ejercicio de sus derechos...”. Comentario al art. 162, *Comentarios al CC*, II, Vol. 2.º, op. cit., pág. 1503.

(40) Así opina PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho Civil II, Derecho Privado de la Persona*, “La persona y el Derecho de la persona”, ed. Colex, Madrid, 1998, pág. 173.

(41) El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de febrero de 1999, y resolviendo un recurso en interés de ley presentado por el Ministerio Fiscal, establece una doctrina que se puede calificar cuanto menos de llamativa: el cónyuge incapacitado, al que su situación mental no le permite tomar ninguna decisión al respecto, no puede pedir, por sí (debido a su enfermedad mental), ni por medio de tutor (fundamentalmente, por tratarse de un acto relativo al estado civil), la separación de su consorte plenamente capaz.

ajena a la realidad social en que nos hallamos. Ya la doctrina, anteriormente, dejando entrever las posibles fisuras que el planteamiento del 162.1 podía plantear, llegaba a afirmar que éste, que hoy analizamos, este nuevo supuesto, hasta ahora no había sido objeto de resolución judicial⁽⁴²⁾. Hoy, esta nueva situación, al menos para el Tribunal Constitucional, ha merecido la misma respuesta que los demás supuestos que se han enmarcado dentro de los denominados “derechos de la personalidad”. Además, ¿acaso no atenta contra el derecho a la libertad personal el internamiento del incapaz?, ¿o no agrede a la libertad sexual el autorizar la esterilización del incapaz?, ¿o no constituye una intromisión ilegítima en la esfera del derecho al honor la autorización reconocida en el art. 3.2 de la LO 1/82?⁽⁴³⁾ Desde luego que habría que responder afirmativamente a estas cuestiones. La diferencia, no obstante, es clara. En todos esos casos, el legislador ya ha respondido. En éste, que ahora analizamos, es la primera vez que sobre ello se pronuncia un Tribunal. Obviamente la restricción de la libertad del incapacitado, o la realización de actos que afectan a su integridad física, como dice VALLADARES RASCÓN⁽⁴⁴⁾, “*son consecuencias de mayor alcance que las derivadas de un cambio de estado civil, y especialmente de la separación legal*”; sin embargo ello no tendría que presuponer la discriminación del tutelado, que por la desgracia de ser incapaz, y no poder ejercitar la acción de separación, se verá vinculado eternamente a un cónyuge que ya le ha demostrado cuál es su verdadera pretensión. Con esto no quiere decirse que al tutor se le permita hacer todo, incluso lo que no está previsto en la sentencia de incapacitación⁽⁴⁵⁾; con esto lo que se está diciendo es que el cónyuge incapaz debe quedar

(42) Así opina PARRA LUCÁN, “La persona y el Derecho de la persona”, *op. cit.*, pág. 173.

(43) Como señala BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “las facultades del tutor para cumplir con sus funciones de guarda y protección llegan hasta el punto de poder internar al tutelado en un establecimiento de salud mental, de educación o formación especial; e incluso puede proceder a su esterilización en determinados casos, siempre con autorización judicial”. “Separación matrimonial de un incapaz”, en *Tribuna de Aranzadi Civil*, mayo de 1999, núm. 4, págs. 9 y ss.

(44) VALLADARES RASCÓN, E.: “La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación en representación de su pupilo (Comentario a la STS de 27 de febrero de 1999)” en *Derecho Privado y Constitución*, 1999, núm. 13, págs. 273 a 295.

(45) No olvidemos que en la mayoría de los casos las sentencias de incapacitación ofrecen un pronunciamiento muy general, optando o por la incapacidad absoluta o por la incapacidad relativa. No es extraño pensar que en estos supuestos, ante situaciones como la discutida en la sentencia citada 311/2000 del TC, en la que el tutor observa el grado de indefensión de su pupilo, y el daño al que se ve sometido, solicite la autorización preceptiva para actuar, siempre, en interés de su pupilo.

salvaguardado y protegido frente a quien le pueda ocasionar un daño, y si para ello el tutor tiene que actuar en el ámbito de los derechos personalísimos, el juez, con buena lógica jurídica, debería autorizarlo.

De otro modo, aceptando sin fisuras esa tesis, se acabará provocando la privación más absoluta de estos derechos fundamentales a los incapacitados. En efecto, algunos de los actos o derechos personalísimos, atribuidos a los incapaces, de no poder ejercitarlos el tutor, son de imposible realización porque no existe voluntad en el incapacitado de poder organizar su puesta en marcha (v.gr. la iniciación de un proceso de separación). De este modo, si se priva al tutor de la posibilidad de ejercitar acciones “personalísimas” de su pupilo precisamente por ese carácter, de manera absurda habría que colegir que los incapacitados no tienen tales acciones, que se les niega la protección de esos intereses; y consecuentemente ello conduciría a la no menos absurda afirmación de que las acciones “personalísimas” sólo existirían para los capaces.

Si la tutela está pensada fundamentalmente para proteger los intereses de los menores e incapaces a ella sometidos (vid. art. 216 CC), si es éste el principio general que inspira esta institución, los jueces deberían aplicarlo supletoriamente como tercera fuente del Derecho, en aquellos supuestos en que el legislador no haya contemplado una situación concreta (vid. arts. 1.1.º y 4.º del CC). Es aquí, precisamente, en esa obligación que tiene el tutor de actuar siempre en beneficio del tutelado, donde DÍEZ-PICAZO encuentra el fundamento de la legitimación del tutor para ejercitar cuantas acciones sean precisas para defender los derechos personalísimos del incapacitado⁽⁴⁶⁾.

Como es natural, la crítica a este planteamiento está servida. Qué mejor manera hay para acabar desvirtuando un ordenamiento jurídico que apartarse de él cada vez que surja una cuestión nueva que parezca merecer una respuesta distinta a la ofrecida por la Ley. Mientras el Tribunal Supremo ha realizado una aplicación e interpretación de la Ley ajustada a los parámetros de la Ley y de nuestra tradición jurídica, en este orden de cosas, el Tribunal Constitucional, quizás guiado más por la propia practicidad del Derecho que por una aplicación positiva de la Ley, acaba dando una loable, aunque criticable, solución a un caso hasta este momento nunca planteado.

⁽⁴⁶⁾ Vid. DÍEZ-PICAZO, L.: “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, en ADC, 1982, pág. 16.

III. LA ACCIÓN DE SEPARACIÓN COMO ACCIÓN PERSONALÍSIMA. EXCLUSIVIDAD DE LA ACCIÓN. SU DIFERENCIACIÓN CON LA ACCIÓN DE DIVORCIO

El carácter personalísimo de la acción de separación ha sido puesto en tela de juicio por el Tribunal Constitucional, a través de su sentencia 311/2000 de 18 de diciembre.

Es cierto que, como regla general, la representación legal del tutor no se extiende a los actos personalísimos, pues en ellos la actuación del sujeto es insustituible. Así, se afirma que se excluye del ámbito de la representación los negocios jurídicos de Derecho de familia, dado su carácter personalísimo, que requiere que esa declaración de voluntad emane de la persona a quien el acto va a afectar⁽⁴⁷⁾. Pero, como señala BERCOVITZ⁽⁴⁸⁾, “*no todos los actos personalísimos tienen las mismas características o, si se prefiere, ocurre que algunos actos personalísimos en verdad no lo son tanto*”.

Ya la propia Ley de 2 de marzo de 1932, la llamada “Ley del divorcio” invitaba a tal interpretación, pues permitía al tutor ejercitar la acción de separación matrimonial siempre que contara con la autorización del Consejo de familia. Algunos pasajes de esta Ley constituían un claro apoyo, por el contrario, al carácter “absolutamente” personal de la acción de divorcio. Así el artículo 5.º señalaba que “el divorcio, mediante causa legítima, sólo puede ser pedido por el cónyuge inocente, cualquiera que sea su edad”. La literalidad del precepto dejaba entrever la personalidad de la acción de divorcio, pues se pretendía que en

(47) Especialmente, se considera inadmisibile la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas que sólo pueden ser decididos por aquéllos cuyo estado civil va a resultar modificado. No obstante, como ya hemos dicho, estado civil y esfera personalísima no se corresponden absolutamente. Existen actos que afectando a la esfera más íntima de la persona pueden ser realizados por el tutor: v.gr. arts. 3.1.º y 3.2.º de la LO 1/82, de 5 de mayo, de Protección civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Vid. PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho civil, II, Derecho Privado de la persona, op. cit.*, pág. 330. Afirma esta voz doctrinal que “la inherencia del estado civil a la persona se traduce en la imposibilidad de ejercicio de las acciones de estado por persona distinta de la legitimada por la ley (...) lo que implica que hay que negar el ejercicio de las facultades de cambio de estado civil por el representante del interesado, salvo en los casos en los que el legislador, atendiendo al juego de intereses de una situación concreta, expresamente haya previsto lo contrario”. Vuelve, una vez más, a plantearse la disyuntiva entre la admisión o no de la representación por el tutor en el ámbito de los derechos de la personalidad del tutelado.

(48) BERCOVITZ, “Separación matrimonial...”, *op. cit.*, págs. 9 y ss.

todo caso fuese el cónyuge el que la ejercitase, aunque careciese de lo que se consideraba como capacidad “apta” para este tipo de menesteres.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de febrero de 1999⁽⁴⁹⁾, considera que, a pesar de la representación otorgada al tutor a través del art. 267 CC, existen actos que éste no podrá realizar, “bien porque en ellos no se admita la representación, caso del matrimonio, o por estar prohibidos al incapaz por razón de su incapacidad, caso de la testamentifacción (art. 663.2 CC)”. La prohibición de la representación en el ámbito matrimonial, que en realidad no se recoge en ningún precepto legal, se admite casi sin reservas por la generalidad de nuestra doctrina y jurisprudencia. Sin embargo, esta prohibición también hay que ponerla en entredicho.

El artículo 81 del Código Civil establece: “Se decretará judicialmente la separación, **cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio** (...) 1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro (...) 2.º A petición de uno de los cónyuges...”. En realidad, no se puede afirmar, que a través de este artículo se prohíba al representante legal del cónyuge, cuando no sea el otro, el ejercicio de esta acción. Por otra parte está el art. 55 CC, que permite la celebración del matrimonio por apoderado. Ello implicará la posibilidad de que un contrayente manifieste el consentimiento matrimonial a través de una tercera persona, que actuará como representante voluntario del contrayente⁽⁵⁰⁾. Así, como señala VALLADARES RASCÓN, un matrimonio en el que preste su consentimiento el tutor será nulo, al faltar el consentimiento matrimonial del contrayente, pero si el tutor actúa en representación de su pupilo incapacitado, al que un dictamen médico asegura capacidad para consentir, el acto será válido, y nos encontraremos ante un matrimonio celebrado por poderes. La cuestión no es baladí. El propio DE CASTRO se mostraba esquivo en sus afirmaciones, pues si bien mantenía que el tutor no podía ejercitar acciones respecto al estado civil del incapacitado, más adelante afirmaba

(49) En RJ 1999, 1418. Dice el Tribunal Supremo en esta sentencia: “...se considera inadmisibile la representación en relación con aquellos actos que implican un cambio en el estado civil de las personas, que sólo pueden ser decididos por aquéllos cuyo estado civil va a resultar modificado. Tal es el caso de las acciones civiles de separación matrimonial o divorcio”.

(50) Afirma, sin embargo, PUIG FERRIOL (“Comentario al art. 55 CC”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, T. I, Madrid, 1993, pág. 289) que en el matrimonio por apoderado éste no actúa como un verdadero representante voluntario, sino que se trata aquí de la manifestación del consentimiento matrimonial por medio de un “*nuntius*” o persona que actúa como simple portador de una declaración de voluntad ajena, predeterminada en todas sus partes por el poderdante, como resulta de la expresión “poder especial” que aparece en el apartado primero de este precepto.

que el tutor debía ejercitar las acciones necesarias para defender la persona, derechos de la personalidad y sus consecuencias patrimoniales⁽⁵¹⁾.

Hasta la STC 311/2000 no cabía duda acerca de que, si bien los padres están de común legitimados para promover acción de nulidad del matrimonio contraído sin dispensa por sus hijos menores no emancipados (cfr. art. 75 CC), nunca podría interponerse acción de separación y divorcio por persona diferente de los cónyuges⁽⁵²⁾. En consonancia con el carácter intimista de la relación matrimonial, las pretensiones de separación y divorcio brindan una virtualidad subjetiva, de suerte que, por regla general, al versar sobre derechos personalísimos, su ejercicio se exclusiviza en los cónyuges como titulares de las acciones de que se trata⁽⁵³⁾.

Sin embargo, tal y como ya hemos adelantado, algunos autores han sostenido la posibilidad de que en los supuestos en los que un cónyuge estuviere legalmente incapacitado, el tutor podría ejercitar por él esta acción *ex art. 267 del CC*, que considera al tutor “*representante del menor o incapaz, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación*”⁽⁵⁴⁾. GÓMEZ LAPLAZA ha distinguido a este respecto entre el poder de disposición del tutor sobre facultades o acciones de naturaleza estrictamente personal, y el ejercicio de las mismas. El tutor, en la esfera estrictamente personal y en la familiar, no podrá disponer sobre facultades o acciones de naturaleza estrictamente personal como son los derechos de la personalidad. Sin embargo, el tutor deberá ejercitar las facultades y acciones necesarias para defender la persona, derechos de la personalidad

(51) Vid. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, T. II, Madrid, 1984, pág. 315.

(52) También la jurisprudencia se ha hecho eco de esta interpretación en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1982 al señalar que el art. 81 del Código Civil limita a los cónyuges el ejercicio de la acción de separación. La mención de la STS de 26 de mayo de 1982 por parte de la AP de Oviedo no es adecuada. Aunque en ella se diga que la acción de separación es personalísima ello se hace para negar la posibilidad de sucesión hereditaria, y la tutela es otra cosa: “sucesión hereditaria y representación legal” son fundamentos de legitimación procesal absolutamente diferenciados.

(53) SANCHO GARGALLO, I.: *Incapacitación y tutela (conforme a la L. 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2000. Se muestra este autor partidario de que las acciones que impliquen un cambio de estado civil sólo deben ser decididas por la persona a la que afecte el cambio.

(54) AA.VV. (GARCÍA VARELA, LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, GONZÁLEZ POVEDA, SIERRA GIL DE LA CUESTA): *La Ley del Divorcio (Experiencias de su aplicación)*, ed. Colex, Madrid, 1982, pág. 136.

y sus consecuencias patrimoniales, si no se quiere privar con ello a los incapacitados⁽⁵⁵⁾.

De lo preceptuado en el art. 267 del CC no parece deducirse, pues, una privación a los incapacitados de sus derechos. Nada más lejos de la realidad. De la lectura de este precepto se deduce más bien lo contrario: La más amplia legitimación del representante para activar los intereses del incapaz, dotándole de todos los medios adecuados para cumplir esa finalidad, removiendo todos los obstáculos que impidan desarrollarla, excepto, obviamente, la vigilancia y control en su ejercicio por parte de la autoridad judicial.

Además de ostentar esa representación generalista, el precepto citado realiza una exclusión concreta de actos en que no juega esta función: los actos que, según la ley o la sentencia de incapacitación, pueda realizar por sí solo el incapacitado. Sin embargo, la excepción no incluye los actos personalísimos y debe comprenderse que el incapaz es precisamente, de manera especial, vulnerable en esos actos “personales”⁽⁵⁶⁾.

La consideración de la acción de separación como “personalísima” no sólo es tradicional en nuestra doctrina⁽⁵⁷⁾, sino que, en general, en temas de legitimación ni siquiera se han llegado a discutir tales términos: los cónyuges y sólo los cónyuges pueden plantearla, con el efecto excluyente que ello implica: *inclusionis unius, exclusionis alterius*.

Sin embargo, llegados a este punto debemos plantearnos la siguiente pregunta: ¿existe un derecho a separarse? Desde luego, lo que sí es un derecho, porque así lo declara nuestro Código Civil en el art. 44, es la voluntad del hombre y de la mujer de contraer matrimonio. Algo que, por otra parte, reproduce el art. 32 de la Constitución Española. Los derechos y deberes de los cónyuges han quedado positivizados en los artículos 66 a 71 del Código Civil. En ninguno de ellos se refiere a la separación. Según pone de manifiesto PUIG FERRIOL, si no es un derecho, sí podemos afirmar que la separación sería una

(55) GÓMEZ LAPLAZA, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, art. 267, pág. 493. Vid. también DE CASTRO, *Derecho civil de España*, reed. conjunta de las eds. de 1949 y 1952, Madrid, 1984, pág. 56.

(56) *A sensu contrario*, no se exceptúan (pues no entrarían en la literalidad de este precepto) los actos personalísimos que de acuerdo con las Leyes y la madurez del incapaz no puede realizar por sí solo.

(57) Cfr. ENTRENA KLET, *Matrimonio, separación y divorcio*, Aranzadi, Pamplona, 1982, pág. 483. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, ed. Tecnos, Madrid, 1982, pág. 127. GARCÍA CANTERO, “La separación de los cónyuges en el matrimonio civil”, en RDN, 1959, pág. 15: La acción es un derecho personalísimo que no podrá ejercitar el representante legal del cónyuge.

facultad que la ley otorgaría a los cónyuges cuando se cumpliesen determinados requisitos⁽⁵⁸⁾. Para BARONA VILAR⁽⁵⁹⁾, la separación no se ha llegado a proclamar como un derecho fundamental de todo individuo.

Sin embargo, si la separación la llevamos al terreno de la libertad personal, y se relaciona en su legítimo ejercicio con el libre desarrollo de la personalidad reconocido en el art. 10 CE, sí que quedaría bajo el manto de los derechos fundamentales. Esta ha sido una tesis avalada por nuestro Tribunal Constitucional⁽⁶⁰⁾. La separación, por tanto, resulta difícilmente encuadrable entre los derechos subjetivos, respondiendo mejor al margen de libertad que se nos reconoce y ampara, en última instancia, en el art. 10 CE.

Sin embargo, sea como fuere, lo cierto es que la acción de separación queda incluida en lo que pudiéramos denominar el ámbito del matrimonio y, por tanto, acabará participando de las mismas características esenciales. De tal forma que, habiendo sido considerado el matrimonio (y con él la separación) un estado civil, del mismo se predicará una característica esencial como es su carácter personal, el cual se traducirá en la imposibilidad de ejercicio de las acciones de estado por persona distinta de la legitimada por la ley⁽⁶¹⁾. Además, en sentido estricto, la inherencia del estado civil a la persona significará la posibilidad de cambiar el mismo dentro de los límites fijados por la ley, pero no la de alterar el estado civil por otra persona. Como es obvio, este planteamiento implicaría la imposibilidad para el representante legal del ejercicio de las facultades de cambio del estado civil, salvo en aquellos casos en los que el legislador, atendiendo al juego de los intereses de una situación concreta, haya previsto expresamente lo contrario. Sin embargo, así es como opina sólo un sector de nuestra doctrina, porque existe otro que estima matizable este planteamiento. Ello sucederá cuando se demuestre que el incapacitado no tiene suficiente madurez para reali-

(58) PUIG FERRIOL, *Comentarios a las Reformas del Derecho de familia*, V. I, Madrid, 1984, pág. 442.

(59) BARONA VILAR, “Los procesos matrimoniales”, en *Comentarios a la L. 30/81 de 7 de julio, sobre los procedimientos en las causas de nulidad, separación y divorcio*, coord. Montero Aroca, Valencia, 1997, pág. 172.

(60) STC 184/1990, de 15 de noviembre, fund. 3.º: “...la posibilidad de optar entre el estado civil de casado o entre el de soltero está íntimamente vinculado al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)”. Vinculación refrendada por los votos particulares de los Magistrados Rodríguez Bereijo y Gabaldón López, formulados a la STC 222/1992 de 11 de diciembre. Vid. LLEBARÍA SAMPER, S.: *Comentario al Código Civil*, art. 81, *cit.*, pág. 750.

(61) En este sentido PARRA LUCÁN, M.A.: *Curso de Derecho civil*, II, *Derecho privado de la persona*, ed. Colex, Madrid, 1998, pág. 330.

zar los actos personalísimos. En estos casos, el representante legal, actuando en cumplimiento de las obligaciones que le son propias (v.gr. velar por el tutelado, y actuar en su beneficio), debería recuperar su ámbito de poder de representación y actuar por el tutelado ⁽⁶²⁾.

No obstante, aun con esta argumentación, es preciso tener presente que probablemente tales consideraciones respondan, también, al producto de la interpretación de determinados preceptos legales, pues la letra de la ley no expresa “exclusividad” en la legitimación de la acción de separación. Probablemente la realización de una interpretación sistemática de los artículos 81 y 74 del CC haya tenido bastante que ver, pues se ha entendido que del texto del art. 81 ⁽⁶³⁾ se deduce legitimación para pedir la separación sólo a los cónyuges; y por otra parte sólo el art. 74 alude al referirse a la petición de acción de nulidad a “*cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella*”. Con lo cual la interpretación de la doctrina ha sido drástica en este sentido: existe un artículo que legitima sólo a los cónyuges para ejercitar la acción de separación, y sólo corresponde a ellos, porque si el legislador hubiese querido otra cosa, si el legislador hubiese pretendido dar entrada a otros sujetos (v.gr. el tutor), lo hubiese mencionado, tal y como lo hace para el ejercicio de la acción de nulidad en el art. 74 del CC. Sin embargo, basándonos precisamente en este precepto, sería factible realizar una argumentación a favor de la legitimación del tutor. Resulta que si el art. 74 legitima a “cualquier persona” para ejercitar una acción, como es la de nulidad, de efectos más radicales que la separación, y el art. 75 legitima al tutor para ejercitar la acción de nulidad si la causa de la misma fuese la minoría de edad, ¿con qué razón se negaría al tutor el ejercicio de una acción encaminada, sin duda alguna, a la defensa de los intereses de su tutelado? Si el tutor manifiesta ese “interés” para el ejercicio de la acción de nulidad, el mismo quedará patente con respecto a la acción de separación. Por otra parte, no debe-

⁽⁶²⁾ En este sentido vid. GÓMEZ LAPLAZA, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, págs. 488 y ss.; Díez-Picazo, “Notas sobre la reforma del Código Civil en materia de patria potestad”, *ADC*, 1982- II, núm. 32, págs. 15 y ss.; Jordano Fraga, *op. cit.*, pág. 895.

⁽⁶³⁾ En la sentencia comentada del TC 311/2000, el voto particular (V. Conde Martín de Hijas) muestra una opción distinta. No está de acuerdo el magistrado con la interpretación sistemática que se realiza del artículo 81 y del 74 del Código Civil con los artículos 834 y 835, estos últimos en sede de sucesión *mortis causa*. Estos últimos preceptos no tienen el mismo fundamento que los anteriores referidos al matrimonio y a la tutela. Luego la interpretación que se deduce de ellos no parece que deba fundamentar de forma inequívoca la denegación de la legitimación al tutor. Esta interpretación deja sin respuesta otra parte de la legitimación que no tiene cabida en la interpretación de acto personalísimo que se desprende de esos citados preceptos, ni de los preceptos referidos a la tutela como son los arts. 271, 276 y 156.2.

mos olvidar que nunca en el artículo 81 CC se utilizó el adverbio “solamente”, por lo que, en principio, no puede afirmarse que el legislador haya excluido directa ni indirectamente a los representantes legales; simplemente no los ha mencionado. Y es que puede que, aun habiendo partido de un razonamiento intachablemente lógico, se haya llegado a un resultado francamente absurdo. Y como dice un viejo brocárdico, “las interpretaciones que conduzcan al absurdo deben rechazarse”.

No obstante, tampoco es así de simple el planteamiento, pues al parecer la imposibilidad del incapacitado de acceder, por sí o por su tutor, a los Tribunales para la defensa de sus legítimos intereses no constituye indefensión. Y no constituye indefensión porque, en principio, es de suponer que el tutor podría realizar otras actuaciones para salvaguardar los intereses de su pupilo, que no fueran las de solicitar el ejercicio de la acción de separación. Desde luego que el tutor podrá pedir, por ejemplo, al cónyuge alimentos para su pupilo, tal y como se establece en el art. 269.1 CC, y en el 143 del citado cuerpo legal, si ha transcurrido más de un año desde que aquél abandonó el hogar familiar; podrá también pedir la disolución de la sociedad de gananciales, si no ha habido acuerdo mutuo, o ha habido abandono del hogar por el cónyuge. Sin embargo, en estos casos, el tutor se verá sometido a un peregrinaje judicial que, a la postre, poco favorecerá a su pupilo. El tutor deberá demostrar, bien que el otro cónyuge ha estado realizando actos contrarios a los derechos de su pupilo en la sociedad de gananciales, en los términos que previene el art. 1393.2 CC; o bien, por ejemplo, el incumplimiento grave y reiterado del deber de informar sobre la marcha y rendimiento de las actividades económicas⁽⁶⁴⁾. El tutor, por tanto, podrá llevar a cabo todas esas actuaciones para intentar salvaguardar los derechos del tutelado. Sin embargo, el camino, qué duda cabe, será más largo, tortuoso y costoso⁽⁶⁵⁾. Si a todo este proceso, largo por lo general, difícil en cuanto a su prueba, se le añade otra dificultad más, como es la obligación que incumbe al tutor de realizar inventario al tomar posesión de su cargo hallándose la mayoría

(64) Vid. ESTRADA ALONSO, *op. cit.*, pág. 291.

(65) Para empezar, son muchas las cuestiones dudosas que pueden alargar innecesariamente un determinado proceso. Así, por ejemplo, cuando se alegue fraude, daño o peligro para los intereses del otro en la sociedad de gananciales, ha de probarse éste. Tal y como dice LACRUZ, “el daño y el peligro han de ser reales y de alguna importancia, y debe mediar una razonable relación de causalidad entre ellos y la actuación del cónyuge”. Por su parte, la concurrencia de los requisitos de “gravedad” y “reiteración” en el incumplimiento del deber de información son difícilmente comprobables. Quizás, como ya adelantara un autor, una forma de preconstituir esta prueba puede ser a través de sucesivos requerimientos fehacientes, pretendiendo el cumplimiento del deber. En todos estos supuestos, la actividad del juez se contraerá a comprobar la realidad de la separación, el

de los bienes del pupilo distraídos en poder del otro cónyuge ⁽⁶⁶⁾, es fácil, llegados a este punto, entender la solución del Tribunal Constitucional para este concreto supuesto. No olvidemos que al tutor se le desestimó la demanda en la que solicitaba el ejercicio de acción reivindicatoria o divisoria. Sólo le quedó la posibilidad de utilizar, si así se lo autorizaban, el mecanismo jurídico que nuestro ordenamiento contempla para la solución de las crisis matrimoniales.

Además pensemos que ante un supuesto como el enjuiciado, en el que el cónyuge incapaz está unido a un cónyuge capaz, que está actuando negligentemente contra aquél, haciéndole soportar situaciones de las cuales no puede defenderse, debería darse una respuesta rápida y efectiva. El tutelado, por su incapacidad, no debería soportar quizás situaciones vejatorias y atentatorias contra su dignidad, ni tampoco debería dejar de obtener una serie de pronunciamientos favorables en el orden personal y patrimonial. Al fin y al cabo, la acción de separación no sólo está dirigida a conseguir la dispensa del deber jurídico de vivir en compañía de su consorte (vid. art. 68 CC), sino también a resolver situaciones en relación a los hijos, la vivienda familiar, la pensión compensatoria, liquidación de la sociedad de gananciales, etc. ¿Habría de quedar el incapaz, forzosamente, sujeto al destino que su cónyuge capaz quiera depararle? Parece que la lógica más elemental y el sentir social deben hacernos responder negativamente a esta pregunta.

Ahora bien, así como hemos dicho que la concesión de legitimación al tutor para el ejercicio de la acción de separación podría ser perfectamente factible, y nada desdeñable por los beneficios que podría acarrear, no opinamos lo mismo de la acción de divorcio. Hay que tener en cuenta que ambas acciones tienen contenidos diferentes y efectos distintos, amén de que casi todos los fines perseguidos a través de la acción de divorcio se pueden conseguir a través

incumplimiento del deber de información, o la realidad de los actos dañosos y fraudulentos. Comprobados todos y cada uno de estos extremos, el juez resolverá a través de una sentencia. Sobre qué se entiende por “abandono del hogar familiar”, nuestro TS puede pensar, por ejemplo, que si el cónyuge del incapacitado sigue viviendo en el hogar conyugal, y el incapacitado se encuentra internado en una institución de salud mental, no entra en juego la causa 3.^a de disolución de la sociedad de gananciales (art. 1393). Vid. GARCÍA URBANO, J.M.: Comentario al art. 1393 CC, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, T. II, Madrid, 1993, pág. 767. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: Comentario al art. 1396, *op. cit.*, pág. 768.

⁽⁶⁶⁾ La obligación de hacer inventario que correspondería al tutor podría cumplirse si los bienes de su pupilo hubieren quedado dispersos, o desaparecidos en manos del otro cónyuge. Amén de ampliársele el plazo, por esta razón justificada ¿cómo podrá realizar inventario en este caso? ¿Deberá ejercitar específicas acciones contra él? Vid. HUALDE SÁNCHEZ, J.J.: Comentario de los arts. 262 y 263 del CC, Ministerio de Justicia, I, *op. cit.*, pág. 778.

de la acción de separación⁽⁶⁷⁾. La acción de separación es una acción menos agresiva que la de divorcio. En este sentido, activar o pretender activar la representación del tutor para ejercitar la acción de divorcio es ya otra cuestión bien distinta. Aunque la doctrina, por lo general, sitúa a las dos acciones en el mismo plano de igualdad, las consecuencias que de una y otra se derivan no son las mismas.

No obstante, antes de señalar los efectos de la separación judicial y del divorcio, nos detendremos brevemente en los efectos de la separación de hecho, que es a la que en este caso concreto se hallan sometidos los cónyuges. Pues bien, para empezar hay que decir que ambos o cualquiera de ellos, cuando transcurran tres años desde la separación de hecho, podrán pedir la separación judicial (vid. art. 82.6 CC). Queda, a su vez, suprimido el deber de convivencia. No sucederá lo mismo con los deberes de ayuda, socorro y respeto mutuo, que deberán adaptarse a la nueva situación. Cesa, asimismo, la preferencia en el nombramiento de la tutela y curatela (vid. arts. 234.1 y 291 CC). Por lo que respecta al aspecto patrimonial, debemos decir que la separación de hecho no es causa automática de disolución o extinción de la sociedad de gananciales, según se deduce de los arts. 1.368 y 1.388 CC). No obstante, cualquiera de los cónyuges podrá pedirlo al juez cuando la separación de hecho dure más de un año, con independencia de la causa que lo motivó⁽⁶⁸⁾. Algo, por otra parte, que en este supuesto ya se hizo. Si se incumpliese entre los cónyuges estando en esta situación cualquiera de los deberes existentes entre ambos, lo que podría hacer el cónyuge no infractor es exigir judicialmente el cumplimiento de los mismos con los problemas que ello conlleva, o, en su caso, solicitar la separación judicial.

Los efectos de una separación judicial vienen regulados en el artículo 83 de nuestro Código Civil, que dice así: “La sentencia de separación produce la suspensión de la vida en común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica”. Redacción esta poco afortunada, pues en realidad la suspensión de la vida en común se produce, incluso, antes de la interposición de la demanda. No obstante, lo que debe quedar claro es que al utilizar el Código la expresión “suspensión de la vida en común” está indicando la subsistencia del vínculo matrimonial tras la sentencia de separación. Por ello, la convivencia de los cónyuges podrá

⁽⁶⁷⁾ El marido, de cualquier forma, si lo desea, en cualquier otro momento podrá utilizar la vía del divorcio, y obtener la desvinculación matrimonial de su pareja.

⁽⁶⁸⁾ Vid. LLEBARIA SAMPER, S.: *Comentarios al Código Civil*, II, Vol. I (T. I-IV), ed. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 753 y ss.

reanudarse en cualquier momento. Cesa, por tanto, el deber de convivencia; sin embargo, sobre los otros deberes que incumben a los cónyuges no se dice nada al respecto. Parece obvio que el resto de los deberes desde el momento en el que se produce la sentencia de separación pierden efectividad y significado⁽⁶⁹⁾. El segundo efecto que menciona el art. 83 es la imposibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. En definitiva lo que desaparece es la misma potestad doméstica, a la que se le priva de su fundamento y efectos⁽⁷⁰⁾. Al quedar sustituidas tras la separación las reglas atinentes a las relaciones económicas por otras que se entienden más adecuadas a la nueva situación (disolución del régimen matrimonial, pensión entre los cónyuges, alimentos a los hijos), carece de sentido que se mantenga su vigencia.

El divorcio, por su parte, constituye una causa de disolución del matrimonio a tenor de lo establecido en el art. 85 CC. Se une a otras dos causas de disolución con una diferencia fundamental, mientras las otras dos (v.gr. la muerte, y la declaración de fallecimiento) se producen *mortis causa*, esta es una causa de disolución *inter vivos*. El divorcio se produce sobre la base de un matrimonio válidamente celebrado, que se extingue por causas sobrevenidas a

(69) Vid. DÍEZ-PICAZO, “La situación jurídica del matrimonio separado”, *RDN*, 1961, T. XXXI, pág. 112. GÓMEZ LAPLAZA, *Comentarios a las Reformas de nacionalidad y Tutela*, ed. Tecnos, Madrid, 1986, pág. 493. VALPUESTA FERNÁNDEZ, R.: *Derecho de familia*, “Las vicisitudes del matrimonio. La separación”, Coord. V. Montés, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1991, pág. 87. El deber de respeto que se establece en el art. 67 se asemejará más bien al deber general de respeto que merecen todas las personas. El deber de fidelidad queda debilitado, pues tras la separación judicial su incumplimiento tiene escasa relevancia jurídica, ya que sólo puede constituir causa de desheredación al amparo del art. 855.1.º; no siendo ni tan siquiera suficiente para perder el derecho a la pensión que haya quedado fijada (art. 97). Finalmente el deber de actuar en interés de la familia, que establece el art. 67, carece de sentido mantenerlo ante la nueva situación de los cónyuges.

(70) La potestad doméstica, señala VALPUESTA FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pág. 67), regulada en el art. 1319 CC, supone una fuente de legitimación de los cónyuges para que puedan atender a las necesidades ordinarias de la familia, vinculando con su actuación los bienes comunes y los del otro cónyuge, con independencia del régimen económico vigente. Su existencia se explica por la comunidad de intereses que genera la convivencia matrimonial, que deben ser atendidos por los dos cónyuges indistintamente. Vid. también VARELA DE LIMA, F.: *Separación convencional de los cónyuges y el Derecho español*, Eunsa, Pamplona, 1972, págs. 53-73; ZANÓN MASDEU, L.: *La separación matrimonial de hecho*, ed. Hispano Europea, Barcelona, 1974, págs. 22 y ss. PUIG FERRIOL, *Comentario al Código Civil*, V. I, art. 83, cit. pág. 479. VALLADARES RASCÓN, “Nulidad, separación y divorcio”, *Comentarios a la Ley de Régimen del Matrimonio*, ed. Civitas, Madrid, 1982, págs. 414 y ss.

la celebración, distintas de la muerte. La sentencia de divorcio produce una serie de efectos entre las partes. La sentencia produce, como ya hemos dicho, un efecto directo, como es la disolución del vínculo conyugal; y una serie de efectos secundarios, como son la adquisición de ciertos derechos, como es la facultad de poder volver a contraer matrimonio; la modificación de otros, como sucede con el deber de mutuo socorro (art. 68 CC), o incluso la extinción de otros, como sucede con la pérdida de la patria potestad por uno de los cónyuges (art. 92.3). Respecto de los bienes, por imposición del art. 95 se produce la disolución del régimen económico matrimonial⁽⁷¹⁾.

Por tanto, así como la separación no produce la disolución del vínculo matrimonial, sino tan sólo la suspensión de sus efectos, permaneciendo por tanto el vínculo, no sucede lo mismo con el divorcio. En consecuencia, el matrimonio objeto de separación estará en una situación latente, de manera que se podrá disolver por muerte o declaración de fallecimiento, o por divorcio; o por el contrario podrá reanudar la convivencia conyugal por la reconciliación. A estos efectos el art. 84 CC establece que “la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto...”. Sin embargo, una vez dictada la sentencia de divorcio, desaparece radicalmente el vínculo matrimonial entre quienes con anterioridad habían sido cónyuges, y en consonancia con ello dispone el art. 88.2 que “la reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán volver a contraer entre sí nuevo matrimonio”. De este modo, la mera recuperación de la convivencia entre los divorciados no determina su consideración de cónyuges⁽⁷²⁾.

Así pues, aun siendo consideradas ambas acciones (divorcio y separación) salidas a las crisis matrimoniales, de carácter esencialmente rogado y naturaleza constitutiva, los efectos que de una y otra se derivan no pueden, en ningún caso, hacernos plantear en idénticos términos la cuestión que hemos discutido hasta ahora.

(71) Sobre este punto MONTES PENADES, V.: *Derecho de familia*, “Las vicisitudes del matrimonio”, “El divorcio”, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1991, págs. 127 y 128. También en *Comentarios a la reforma del derecho de familia*, I, ed. Tecnos, cit., pág. 534. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, Tomo Sexto, *Derecho de familia*, 2.ª ed., Madrid, 2000, pág. 147. O’CALLAGHAN, X.: *Compendio de Derecho civil*, T. IV, *Derecho de familia*, Edersa, 1996, págs. 84-93.

(72) Vid. LASARTE ÁLVAREZ, *op. cit.*, pág. 148.

IV. ARGUMENTOS ESGRIMIDOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A FAVOR DE LA LEGITIMACIÓN AL TUTOR PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE SEPARACIÓN

1. El principio inspirador de la tutela.

El hecho de haber centrado todo el análisis de la cuestión en lo que se ha de entender por “acción personalísima”, y la consideración de tal de la acción de separación, ha provocado el olvido, si bien no intencionado, del principio que fundamenta y da sentido a una institución como es la de la tutela. Velar por el beneficio del tutelado ha quedado relegado a un segundo plano. Es prioritario, o por lo menos eso parece a los ojos de los Tribunales, la consideración del carácter personalísimo de una acción como es la de separación.

Sin embargo, el planteamiento no es tan simple como a primera vista parece. Habría que partir de lo que se entiende por “velar por el tutelado”. ¿Hasta qué punto interfiere el carácter personalísimo de una acción en la función del tutor? Si el tutor ha sido nombrado para algo en concreto como es defender, proteger y salvaguardar la esfera personal y patrimonial de su pupilo, esa es la función que deberá cumplir sin restricciones de ninguna clase. “Velar por el tutelado”, tal como se expresa en el artículo 269 CC, se refiere a los bienes personales y supone velar también por sus actos personalísimos porque el precepto engloba a toda su persona⁽⁷³⁾. Ya el art. 216 del CC establece: “*Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*”. La idea rectora no ofrece dificultad. Es pues el beneficio del menor o incapacitado el motor de la actuación del tutor. Lo difícil, sin embargo, será determinar cuál es el beneficio, o qué se entiende por beneficio. De conformidad con los usos sociales generalizados, tal y como afirma ROGEL VIDE, el beneficio de cada uno consiste en disfrutar de una posición similar o parecida a la de los demás, lo que puede encontrar su fundamento último en la idea de igualdad⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷³⁾ Vid. BERCOVITZ, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Vol. II, Madrid, 1984, pág. 864.

⁽⁷⁴⁾ ROGEL VIDE, “Comentario al art. 224 CC”, en *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, *op. cit.*, pág. 703.

Así pues, a la hora de adoptar una decisión relativa a la injerencia en una cuestión referente a derechos de la personalidad, el tutor deberá regirse por el criterio del mayor interés o mayor beneficio del incapacitado⁽⁷⁵⁾.

2. El derecho a la tutela judicial efectiva: acceso a la jurisdicción.

La misión del Tribunal Constitucional, en amparo de dicho derecho fundamental, se limita a la censura de aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que, por ser arbitrarias, irrazonables o excesivamente restrictivas, no responden a la finalidad de esta institución y cierran indebidamente el paso a la decisión sobre el fundamento de la acción afirmada. En esta línea de principios ha de subrayarse que el art. 24.1.º CE reconoce dicho derecho a los titulares, no sólo de derechos subjetivos, sino también de intereses legítimos.

El artículo 24.1 de la CE dispone que *“Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”*. Se refiere, por tanto, a todas las personas y para todas las acciones, y no excluye a los incapaces o minusválidos. Al denegar al tutor del incapaz el ejercicio de la acción de separación se está vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva del incapaz, al que se refiere el artículo 24 de nuestra Constitución. Privar al incapaz de este ejercicio es tanto como dejarlo desamparado y en condiciones desiguales a las de su cónyuge capaz, al imposibilitar o dificultar gravemente la adopción de medidas protectoras, en los términos antes señalados.

(75) En los sistemas de la Common law se entiende que el sujeto que decide por el enfermo considerado incapaz para consentir ha de guiarse por el principio del “mejor interés” (best interest) del enfermo. Y son dos los criterios que se utilizan. Por un lado, un criterio subjetivista. En este caso se entiende que ha de intentarse decidir conforme lo habría hecho el enfermo. Para averiguar cómo lo habría hecho él se tendrán en cuenta declaraciones, puntos de vista, valores o preferencias de éste, expresados a través de declaraciones o conductas pasadas. Obviamente esto sólo es posible cuando el enfermo que carece de capacidad para discernir gozó de ella en algún momento anterior. En segundo lugar, se utiliza también un criterio puramente objetivo para deducir la voluntad presunta del enfermo. En Alemania, el “Betreuer” debe actuar *en bien del sometido a su cuidado*; y ello supone la posibilidad de regir su vida conforme a sus deseos y concepciones. Vid. SANTOS MORÓN, *op. cit.*, pág. 83.

El Tribunal Constitucional ha venido declarando que conforma el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva el derecho de acceso a la jurisdicción⁽⁷⁶⁾, derecho, desde luego en este caso, conculcado. Conculcado, precisamente, por haberse negado legitimación a la tutora para ejercitar como tal la acción de separación matrimonial y la adopción de medidas provisionales⁽⁷⁷⁾.

Nos recuerda DÍEZ-PICAZO que “el derecho a la tutela judicial efectiva contiene el mandato *ex Constitutione* de plenitud de la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos, de plena justiciabilidad de todas las situaciones reguladas por el ordenamiento. Este mandato significa que no pueden existir sectores del ordenamiento jurídico de los que deriven derechos subjetivos o intereses legítimos”⁽⁷⁸⁾. Y nos preguntamos, al hilo de este planteamiento, ¿existe otra forma de atribuir, por ejemplo, el uso de la vivienda familiar que no sea a través de un proceso matrimonial? A la vista de todas las argumentaciones que se han vertido, parece que la respuesta habrá de ser negativa.

Del artículo 24 CE se desprende el derecho a la jurisdicción, pero a la prestación de la jurisdicción según “los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal”. Ahora bien, este precepto no impone cauces procesales determinados, siempre, claro está, que se respeten las garantías esenciales para proteger judicialmente los derechos e intereses legítimos de

⁽⁷⁶⁾ Vid. STC de 8 de febrero de 1999 (AC, 1999, I, pág. 6). Se reitera en esta sentencia el siguiente pronunciamiento: que dicho derecho tiene por objeto “la obtención de una resolución fundada en Derecho, sea o no favorable a las pretensiones de las partes, resolución que podrá ser de inadmisión siempre que concorra causa legal para ello y así se aprecie por el Juez o Tribunal y mediante resolución motivada, basada en la existencia de causa impeditiva prevista por la Ley, que no vaya en contra del contenido esencial del Derecho —que ha de respetar el legislador—, y aplicada con criterios interpretativos favorables a la mayor efectividad de tal derecho fundamental de forma que la negación de concurrencia del presupuesto procesal en cuestión no sea arbitraria e irrazonable”. También recuerda la sentencia que la tutela se ha de obtener “sin que se produzca indefensión”, lo que en la interpretación del Tribunal Constitucional supone que tal indefensión es la que produce “un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte procesal, un perjuicio de índole material que impida poder defender sus derechos e intereses legítimos en la esfera del proceso jurisdiccional”. Vid. CORDÓN MORENO, *El sistema procesal en el marco de la Constitución de 1978 en 20 años de Ordenamiento Constitucional*, homenaje a Estanislao de Aranzadi, Aranzadi, 1999, pág. 208.

⁽⁷⁷⁾ Se le ha negado el derecho a ser parte en el proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial.

⁽⁷⁸⁾ DÍEZ-PICAZO, “Garantías procesales”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, T. III, dirigidos por ALZAGA, Edersa, Madrid, 1996, págs. 36-37.

los justiciables⁽⁷⁹⁾. Es decir, han de respetarse, en todo caso, para el acceso a la jurisdicción, los presupuestos y requisitos legales que pueden llegar a establecer límites, pero siempre que esos límites sean válidos. Límites válidos, en tanto en cuanto sirvan a “razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos”.

Fácilmente deducibles resultan las vías de vulneración de este derecho. La tutela judicial efectiva podrá verse conculcada: en primer lugar, por una norma jurídica que imponga restricciones inadecuadas o excesivas; y en segundo lugar, por una interpretación también errónea o demasiado rigurosa y formalista. En definitiva, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios, excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la CE. Y puede verse conculcado por aquellas interpretaciones de las normas que son manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que revelen, por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón, una clara desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión no resulte arbitrario o irrazonable. En este último punto afirma el Tribunal constitucional (STC 311/2000) que el artículo 24 CE obliga a jueces y tribunales a “interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación para acceder a procesos judiciales”⁽⁸⁰⁾. Y es que, desde luego, la interpretación que se realiza, además de pecar de excesivamente rígida y restrictiva, no responde en absoluto a la finalidad ni a la naturaleza de una institución como la de la tutela.

Así pues, habiéndose extendido el artículo 24 CE a todas las garantías procesales, parece lógico pensar que no debería quedar fuera la posibilidad de ejercitar una acción que privaría, en último término, al incapacitado del ejercicio de un derecho subjetivo. En este caso concreto, del derecho subjetivo a separarse que, en no pocos supuestos, será el único procedimiento adecuado para solucionar muchos de los conflictos que se presentan entre esposos capaces e incapaces⁽⁸¹⁾. No olvidemos que este derecho discutido para el cónyuge

⁽⁷⁹⁾ Vid. SSTC 114/1997 de 16 de junio, 298/1993, 11/1982, 1/1987, 43/1987 y 160/1991.

⁽⁸⁰⁾ SSTC 24/1987, FJ 2; 93/1990, FJ 2; 195/1992, FJ 2.

⁽⁸¹⁾ Vid. ESTRADA ALONSO, E.: “La legitimación del tutor para interponer demanda de separación...”, AC, núm. 11, marzo 1999, pág. 299.

incapaz es ostentado legítimamente, aunque provocando un trato desigual inaceptable, por el cónyuge capaz.

Existe, pues, un interés legítimo al que se ha vetado la posibilidad de ser tutelado judicialmente. La acción de separación matrimonial y la acción judicial que constituye el medio de obtenerla vienen a satisfacer ese interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial en las situaciones previstas por el legislador como supuestos legales de las distintas causas de separación. Si se deniega el ejercicio de esta acción se está impidiendo la posibilidad de hacer efectivo, reclamar y defender ese interés⁽⁸²⁾. Y es que, tal y como señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “el derecho a la tutela judicial efectiva, en sentido estricto, (...) tiene el significado primigenio de derecho de acceso a la jurisdicción. Ello (continúa diciendo) significa que todo derecho e interés legítimo debe poder hacerse valer, llegado el caso, en un proceso, ante un verdadero órgano judicial”⁽⁸³⁾.

Pues bien, dichos intereses pueden mostrarse en los incapacitados casados, incluso de modo más drásticamente perceptible, si quedasen por su desvalimiento bajo la sumisión absoluta de su cónyuge capaz. En el caso de la STC 311/2000, la madre de la incapacitada, nombrada tutora de la hija, después de solicitar autorización para el ejercicio de la acción reivindicatoria y habérselo denegado, optó por la vía que más garantías le ofrecía para defender los intereses patrimoniales de la incapacitada, cual era la vía de la separación. En esas circunstancias, la negativa de la legitimación de la tutora para ejercitar la acción de separación ha determinado, de modo inexorable, el cierre del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial efectiva. Hay que advertir que privado el incapaz con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el art. 2 de la LEC, será sólo el tutor el que podría verificar el ejercicio de la acción de separación. Con lo que resulta que negándole legitimación para actuar en este sentido al tutor, se está privando injustamente al cónyuge incapaz de la defensa de su legítimo interés.

Cierto que no corresponde al Tribunal Constitucional valorar la forma en que los Tribunales ordinarios interpretan y aplican las leyes. Lo cual significa-

(82) El perjuicio al que pueden verse sometidos los cónyuges puede referirse, directamente a la persona del cónyuge —que puede incluso encontrarse en una situación de peligro físico en su convivencia con el otro consorte (art. 82.4 CC)—, o puede afectar de modo inaceptable a su dignidad (art. 82.1 CC), o a su situación patrimonial (art. 81.1 y 2), supuesto este fácilmente reconducible al incumplimiento de los deberes conyugales.

(83) DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.: “Aproximación a la tutela judicial efectiva”, en *Persona y Estado en el umbral del S. XXI-XX Aniversario de la Facultad de Derecho de Málaga*, Málaga, 2001, pág. 211.

ría que, ante una sentencia motivada, fundada en Derecho y congruente con la demanda, no cabría alegar en un caso como el presente la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, como advierte CORDÓN MORENO, “el mismo Tribunal Constitucional ha señalado con frecuencia los límites de esta doctrina, afirmando que cabe, aunque sea excepcionalmente, que dicho Tribunal controle la interpretación y aplicación de la ley material realizada por los Tribunales ordinarios si, como consecuencia de dicha interpretación, se lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva”⁽⁸⁴⁾.

En definitiva, afirmar que no se ha violado el derecho a la tutela judicial efectiva sería tanto como decir que el cónyuge legalmente incapacitado no tiene un interés legítimo en obtener el uso de la vivienda familiar, ni tampoco en instar a través de su representante legal las medidas oportunas en relación con las demás cuestiones derivadas de la situación matrimonial y, como señala VALLADARES RASCÓN, no tiene ningún interés en que su crisis matrimonial se resuelva en un solo proceso, en el proceso ideado precisamente para ello, sino que más bien prefiere que su tutor se vea sometido a un tortuoso rosario de procesos, en los que, con suerte, si logra obtener legitimación para actuar, intentará resolver algunos, pero difícilmente todos y cada uno de los problemas que la crisis matrimonial desencadena⁽⁸⁵⁾.

3. El derecho de igualdad.

El Tribunal Constitucional ha declarado que no toda desigualdad de trato legal respecto de una materia ha de suponer una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE. En principio, sólo lo será aquella que introduzca una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales y que no ofrezcan una justificación razonable y objetiva para ello⁽⁸⁶⁾.

El artículo 14 CE considera cualquier circunstancia personal o social como justificación de discriminación. Con este planteamiento no habría por qué pre-

(84) Vid. CORDÓN MORENO, *El sistema procesal en el marco de la Constitución de 1978 en 20 años de Ordenamiento Constitucional*, Homenaje a Estanislao de Aranzadi, Aranzadi, 1999, pág. 208. Por su parte afirma DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, (*op. cit.*, pág. 211) que la tutela judicial efectiva no consiste sólo en una prohibición de inmunidad frente al control judicial, sino también en un deber positivo de interpretar y aplicar las leyes —en especial las procesales—, de la manera más favorable posible para la efectiva iniciación del proceso.

(85) Vid. sobre este punto, VALLADARES RASCÓN, “La legitimación...”, *op. cit.*, pág. 294.

(86) En este sentido, vid. STC 90/1995, de 9 de junio.

juzgar a la incapacidad como causa no discriminatoria si en realidad la misma ha funcionado como tal. El hecho de negar al cónyuge incapaz, a través de su tutor, legitimación para ejercitar la acción de separación, aparte de que no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela que impida el acceso a la justicia, desemboca en una inaceptable situación de desigualdad entre los cónyuges en la defensa de sus intereses patrimoniales.

Una de las argumentaciones del Tribunal de Apelación para negar la legitimación solicitada fue la de que no puede haber igualdad entre sujetos naturalmente desiguales como lo son la persona capaz y la incapaz, afirmando que dichos estados jurídicos configuran un conjunto radicalmente diferente de derechos y obligaciones⁽⁸⁷⁾. Sobre esta cuestión la doctrina no se ha mostrado pacífica. Mientras unos consideran que con tal apreciación el artículo 49 CE queda vulnerado⁽⁸⁸⁾, otros estiman que ello no es así, pues lo único que el artículo 49 recoge es un principio rector del ordenamiento jurídico constitucional, guía en la interpretación de las leyes y normas (cfr. art. 53 CE)⁽⁸⁹⁾. A nuestro modo de ver, el artículo 49 CE obliga a prestar un amparo especial a los disminuidos psíquicos para que puedan disfrutar de los derechos reconocidos en su Título I a “todos los ciudadanos”. Y si no se considera un derecho, como algún sector de la doctrina ha manifestado, habrá de considerarse enmarcada la separación en el ámbito de libertades que la Constitución nos reconoce.

A este respecto, la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional parece consagrar la llamada “discriminación positiva”. Esto es, justifica que la ley trate desigualmente a personas en situaciones desiguales, siempre que esa diferencia de trato vaya dirigida a proteger, promocionar o suprimir la diferencia que coloca a una de ellas en situación de desventaja. Sin embargo, no es lo que en este caso concreto ha sucedido. Las desigualdades establecidas entre el cónyuge capaz e incapaz se hacen aún mayores si nos detenemos en el art. 82.4.º del CC, que concede la posibilidad al cónyuge capaz de desvincularse para siempre de su cónyuge incapaz, solicitando la separación y luego el divorcio. ¿Qué clase de igualdad es esa que priva a la parte más débil (v.gr. el incapaz) de esas oportunidades que concede a manos llenas al cónyuge capaz?, ¿qué clase de discriminación positiva es ésa que en lugar de proteger y amparar al sujeto incapaz, ayudándose de los mecanismos que el Derecho arbitra (la tutela), le somete a una situación de inferioridad real difícilmente soportable? El privarles de todo po-

(87) Afirmación formulada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección Sexta, de 4 de febrero.

(88) Vid. ESTRADA ALONSO, “La legitimación...”, *cit.*, pág. 299.

(89) Entre otros VALLADARES RASCÓN, “La legitimación...”, *cit.*, pág. 289.

der de autodeterminación en relación a sus incumbencias de carácter personal no favorecerá su desarrollo como persona (cfr. art. 10 CE), sino que les condenará a una permanente situación de inferioridad convirtiéndoles oficialmente en marginados⁽⁹⁰⁾. Si no existiera un mecanismo, como el de la tutela, diseñado para amparar al sujeto en situaciones especiales, como la de la incapacidad, quizás tuviera explicación, pero existiendo esa institución dirigida a velar por el interés del incapacitado (en este caso), ¿por qué no dejarla actuar? Parece ilógico, amén de injusto.

El principio de igualdad deberá ser sometido a revisión, sobre todo de cara a corregir posibles desigualdades reales⁽⁹¹⁾, como son las que han surgido en estos supuestos de crisis matrimonial entre un cónyuge capaz y otro incapaz, que han hecho entrar en pugna dos instituciones tan sólidas como son el matrimonio y la tutela. Desde luego, el amparo concedido por el Tribunal Constitucional a la tutora, en semejante situación, podrá ser considerado como una medida correctora de planteamientos tradicionales, y excesivamente formalistas. O si se prefiere, una reinterpretación o interpretación correctora de las normas legales por la primacía del principio constitucional de protección de los disminuidos (cfr. art. 49 CE). La realidad social que como siempre adelanta al Derecho necesita respuestas rápidas. En este caso, el Tribunal Constitucional se ha hecho eco de ello.

V. CONCLUSIONES

1.º El debate planteado ante la respuesta dada por el Tribunal Constitucional a este supuesto concreto parece poner de manifiesto, una vez más, la enconada polémica en que se hallan inmersos ambos Tribunales (el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional). El Tribunal Supremo ha seguido fielmente los parámetros que el Código Civil y la tradición jurídica le ofrecen. Sin

⁽⁹⁰⁾ Así se manifiesta BIANCA, “La protezione giuridica del sofferente psichico”, Riv. Dir. Civ. 1985, I, pág. 27. La doctrina italiana considera que en el ámbito de los derechos personales debe permitirse al sujeto la realización de todo acto que sea idóneo para satisfacer un interés jurídicamente relevante. Sólo así puede asegurarse el completo goce a estos sujetos de los derechos y libertades fundamentales.

⁽⁹¹⁾ Pensemos que quizás se está produciendo una situación más de desigualdad real que formal. En realidad, el sujeto incapaz tiene reconocidos los mismos derechos que el sujeto capaz. Otra cosa será que por la situación en la que se halla no pueda ejercitar las acciones derivadas de los mismos. Y por ello, consideramos que más que de una situación de desigualdad formal (que creemos que no existe) se trataría de una situación de desigualdad real, que es la que debería corregirse.

apartarse de ellos, ha resuelto como se esperaba que lo hiciese. El Tribunal Constitucional, guiado por la propia practicidad del Derecho, ha encontrado una solución totalmente distinta. Ha hecho predominar el interés del tutelado ante un supuesto concreto hasta este momento sin respuesta jurídica. Sea cual fuere la motivación que llevara al Tribunal Constitucional a adoptar esta decisión, consideramos que aun no ajustándose estrictamente a los parámetros que marca nuestro Código sobre la materia que nos compete, ha realizado una interpretación de la ley intentando con ello favorecer a la parte más débil de todo este entramado legal (cónyuge incapacitado). Y no por ello el ordenamiento jurídico civil quedaría, en lo atinente a esta materia, desvirtuado.

2.º El considerar a los incapacitados inhábiles para todo tipo de derechos o facultades personales no los protege. Así como el privarles de todo poder de autodeterminación no favorecerá su desarrollo como persona, sino que los convertirá en seres humanos aún más desvalidos y marginados.

3.º La excepción que en el ámbito del ejercicio del tutor supondrán las facultades o derechos personalísimos no debe actuar en aquellos supuestos en los que el incapacitado no tenga suficiente madurez (capacidad natural) para el total y libre ejercicio de sus derechos. En definitiva, la falta de condiciones requeridas para actuar por sí sus derechos de la personalidad por carecer de condiciones de madurez adecuadas no debe conducir a la desprotección del sujeto incapaz. En estos casos, en los que se demuestre por ejemplo que se trata de evitar un daño al incapaz, o de mejorar su posición patrimonial, deberá el tutor recuperar, para la actuación de sus funciones tutelares, el ámbito de la personalidad del menor.

4.º Considero que, en este caso, más que discutir si se trata o no de una genuina actuación representativa del tutor, bastaría con instrumentar los medios de control existentes en el propio Código Civil, para asegurar el recto ejercicio de las facultades tutelares, que por su propia naturaleza estarán vinculadas a la realización del interés del pupilo. Para ello, el Juez podrá, tal y como establece el art. 323 CC, adoptar las medidas de vigilancia y control que estime oportunas.

5.º De igual modo estimo que, así como sí sería posible otorgar legitimación al tutor para ejercitar la acción de separación, no sucedería lo mismo con la acción de divorcio. A veces, la doctrina sitúa ambas acciones en el mismo plano, cuando, como hemos podido comprobar, las consecuencias que se deducen de una y otra no son las mismas. Indudablemente, la ruptura del vínculo conyugal que acarreará la acción de divorcio es algo que, como el matrimonio, nunca debería salir de la esfera estrictamente personal del individuo.

LA PENSIÓN COMPENSATORIA Y SU RETO ANTE LA RUPTURA DE LA “UNIÓN DE HECHO”

ANTONIO-ALBERTO PÉREZ UREÑA
Abogado del Ilustre Colegio de Granada
Miembro de la AEAFA

SUMARIO

- I. LA RUPTURA DE LAS “UNIONES DE HECHO” EN EL DERECHO COMÚN. LA LIBERTAD DE PACTO ENTRE LOS CONVIVIENTES. EN SU DEFECTO, ¿CABE LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ART. 97?
 - II. TOMA DE POSICIÓN PERSONAL.
 - III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO AUTONÓMICO.
 - IV. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA DE LA SALA 1.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE ESTA MATERIA. “LA FUERZA EXPANSIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO”: LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 97 DEL CC.
 - V. A MODO DE CONCLUSIÓN.
-

Finalizada la unión de hecho, cabe preguntarse si, al igual que sucede en el régimen marital, el conviviente “perjudicado” por dicha ruptura tendrá derecho a percibir una pensión del otro conviviente (beneficiado, se entiende) con base en los arts. 97 y siguientes del Código Civil.

- I. LA RUPTURA DE LAS “UNIONES DE HECHO” EN EL DERECHO COMÚN. LA LIBERTAD DE PACTO ENTRE LOS CONVIVIENTES. EN SU DEFECTO, ¿CABE LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ART. 97?

En primer lugar, hemos de distinguir los supuestos en los que existe pacto entre los convivientes a fin de regular las consecuencias de la ruptura de la convivencia, de aquellos otros —en la práctica, la inmensa mayoría—, en los que no se prevé dicho pacto. Por lo general, se convendrá esta pensión previamente a la ruptura, puesto que, como es sabido, son plenamente válidos y

vinculantes los convenios reguladores de las relaciones y efectos de la unión de hecho celebrados entre sus integrantes. Quienes así obran hacen uso de la autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1255 del CC. En este sentido, la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 7 de marzo de 1988 (R 88-3) orienta a que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como parejas no casadas, que regulan las relaciones patrimoniales, no puedan tenerse por nulos por el mero hecho de haberse celebrado en tales situaciones⁽¹⁾. De otro lado, nada impide que dicho pacto se concrete tras la ruptura, y es que como afirmaba el profesor LACRUZ BERDEJO, “...para las situaciones de convivencia more uxorio, pactar en nuestro país una pensión compensatoria no resulta demasiado distinto a un convenio de igual naturaleza en caso de divorcio consensual...”. La fijación de una pensión a favor de uno de los convivientes, cesada la cohabitación, pertenece al campo del derecho voluntario, al igual que la pensión compensatoria regulada en el art. 97 del CC pudiendo las partes establecer sobre la misma lo que estimen conveniente, obligando dicho contrato, como no podía ser de otra forma, a los otorgantes, y vinculando al Juzgador, llegado el caso.

En caso de que, como es general, los convivientes no hayan previsto —tácita o expresamente— nada para el caso de la finalización de la convivencia, ¿el régimen previsto en el art. 97 y siguientes del CC es extensible a la ruptura de la convivencia análoga a la marital? La cuestión, al menos hasta ahora, no ha sido pacífica entre las doctrinas científica y jurisprudencial⁽²⁾. Así, cabe destacar cierto sector favorable a la extensión analógica de dicho precepto⁽³⁾. Concretamente, LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, considera aplicable, por analogía *legis*, el art. 97 del CC a las rupturas de las uniones de hecho⁽⁴⁾. Consideramos que no se

(1) Es admitida por la doctrina de nuestro Tribunal Supremo en sus Sentencias de 27 de mayo y 4 de junio de 1998.

(2) Tal y como lo pone de manifiesto la sentencia de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 6 de febrero de 1999.

(3) A este respecto, resulta paradigmática la Sentencia de la Sección 3.ª de la AP de Palma de Mallorca, de 1 de junio de 1987. También, en este sentido, vid. la Sentencia de la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 27 de mayo de 1991.

(4) Según este autor, “...acreditada la existencia de una unión paramatrimonial, que reúna todos los requisitos internos y externos para ser calificada como tal, podría llegar a estimarse que la ruptura de dicho compromiso de convivencia crearía un derecho a que las actividades de uno de los compañeros en beneficio de los dos, e incluso del otro, fuera compensado una vez que se produjera la mencionada ruptura. Y ello es claro en cuanto que muchos motivos por los que la pensión compensatoria puede ser otorgada no son específicos de la relación conyugal, sino de cualquier relación humana que, en otro caso, podría dar lugar a la relación de enriquecimiento sin causa o injusto”.

trata sino de arbitrar un sistema de equidad que venga a liquidar una situación para o metajurídica, intentando evitar un desequilibrio económico que haga más sangrante, con el desvanecimiento de los sentimientos de protección y afectividad, los efectos de la separación. Inciden en esta tesis algunas recientes resoluciones dictadas por distintas Audiencias Provinciales, aunque —todo sea dicho—, numéricamente son minoritarias⁽⁵⁾.

En cambio, el sector doctrinal mayoritario disiente de la anterior tesis, no entendiendo aplicable por vía analógica lo previsto en el artículo 97 del CC para los supuestos de crisis matrimoniales, a las rupturas de las uniones de hecho⁽⁶⁾, en base, sucintamente, a los siguientes argumentos:

— De una parte, por la falta de coherencia de quienes eligen la convivencia *more uxorio* y en el momento de la ruptura reclaman los efectos del matrimonio (SAP Huesca, 12 de noviembre de 1998).

— También, la falta de identidad entre las uniones matrimoniales y las extramatrimoniales (SAP Barcelona, 18 de septiembre de 1996) supone la exclusión de esta medida.

— El tercer argumento, y creemos que nuclear de esta cuestión, es, en principio, sencillo: cuando de lo que se trata es de la aplicación de lo legislativa-

(5) En este sentido, vid. la Sentencia de la AP de Ciudad Real, de 15 de marzo de 1999.

(6) Vid. Santiago CAVANILLAS MÚGICA, en su comentario al art. 97 del CC, en *Jurisprudencia del Código Civil*, obra colectiva coordinada por Miguel Pasquau Liaño. Tomo I, pág. 606, Comares, 2000. Recientemente, Agustín CAÑETE QUESADA, en “La pensión compensatoria. Una visión de futuro”, *Revista de Derecho de Familia*, octubre 2001, pág. 55, afirma que “...un respeto mínimo al principio de legalidad impide aplicar dicha norma a otro tipo de uniones que no sean las matrimoniales...”, y sigue afirmando que “la pensión compensatoria regulada en el art. 97 del CC no puede ser predicable a las uniones no matrimoniales, ni tan siquiera por la vía analógica, máxime cuando se trata de una materia que no es de derecho necesario, habiendo sido creada y regulada únicamente para la institución matrimonial y que, en consecuencia, no puede proyectarse más allá de su estricto ámbito...”. Por su parte, Carolina MESA MARRERO, en *Las uniones de hecho*, 1.ª edición, Aranzadi, 1999, pág. 232, entiende, igualmente, que, “...el artículo 97 es claro al establecer la vinculación que debe existir entre las partes para que nazca el derecho a pensión, pues emplea el término ‘cónyuge’, esto es, se requiere que las partes estén o hayan estado unidas por un matrimonio válidamente contraído, de modo que el derecho a pensión surge como consecuencia del cese de la convivencia o de la disolución del matrimonio. Evidentemente, sigue afirmando esta autora, si en la relación *more uxorio* falta el vínculo matrimonial entre sus miembros, en ningún caso podrán éstos ser sujetos activo y pasivo de la pensión compensatoria...”. Por último, destacamos a Carlos LALANA DEL CASTILLO, en *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Bosch, Barcelona, 1993, pág. 36, nota 2.

mente previsto para el supuesto de existencia de vínculo matrimonial, debe entenderse que es presupuesto necesario para que tal aplicación sea jurídicamente correcta la existencia de tal vínculo matrimonial. En concreto, el artículo 97 del CC se ubica en el Capítulo IX del Título IV del mencionado cuerpo legal. En dicho Título se regula el matrimonio y en el mencionado Capítulo se determinan los efectos jurídicos comunes a la nulidad del matrimonio, la separación y el divorcio. Atendida la naturaleza negocial del matrimonio, ya sea entendido éste como un contrato, como una institución, o en general como un negocio jurídico de Derecho de familia en todo caso, se configura desde el punto de vista jurídico como un vínculo que deriva de un acto de carácter negocial, y en este sentido, un acto voluntario y complejo del que emana una serie de derechos y deberes y un concreto contenido jurídico que de forma más o menos acertada y completa se recoge en el Código Civil.

De ahí que la mayoría de las resoluciones judiciales consultadas se inclinen por entender que desde el punto de vista estrictamente judicial no existe la posibilidad de la aplicación analógica a las parejas o uniones de hecho, de las normas del matrimonio, y en consecuencia, tampoco de aquellas que referidas a los efectos de su resolución o nulidad regulan las medidas a tomar en caso de defecto de acuerdo entre los cónyuges y en relación con la concesión de una pensión compensatoria⁽⁷⁾.

II. TOMA DE POSICIÓN PERSONAL

Como ya hemos tenido oportunidad de declarar en alguna ocasión, no vemos inconveniente para que, *de lege ferenda*, se extienda a estos supuestos la

(7) Destacamos, entre muchas, la Sentencia de la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 2 de julio de 1999 (Ponente: Sra. Álvarez-Ossorio Benítez), para la que, textualmente, “...la reclamación formulada por pensión compensatoria, no es posible su aceptación, ya que el presupuesto legal es la previa existencia de un vínculo matrimonial, en el caso de autos inexistente...”. También, la Sentencia de la Sección 12.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 18 de septiembre de 1996 (Ponente: Sr. López-Carrasco Morales), para la que “...constituye la pensión compensatoria tal como viene regulada legalmente en el artículo 97 del CC, un derecho que necesariamente ha de descansar en la existencia de un matrimonio al que se pone fin..., por lo que los términos legales empleados por tal precepto cuando habla inequívocamente de ‘cónyuges’ y ‘matrimonio’, no cabe hacer una interpretación extensiva a situaciones convivenciales ajenas a tal vínculo como son las uniones de hecho...”. Sentencia de la Sec. 2.^a de la AP de Vizcaya de 24 de mayo de 2001: “...obviamente no cabe conceder una pensión compensatoria puesto que la misma es propia del régimen matrimonial, y en el presente caso estamos ante una relación de hecho...”. En estos términos se han mostrado las Secciones 18.^a y 14.^a de la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid en sus Sentencias de 10 de noviembre de 1998 y 28 de mayo de 2001.

indemnización por desequilibrio contenida en el art. 97 del CC. Ciñéndonos al derecho positivo vigente, junto con el sector doctrinal mayoritario, no creemos aplicable dicha institución de forma analógica a las crisis de las uniones extra-matrimoniales, y ello porque no cabe hacer una extensión de este beneficio al conviviente *more uxorio*, para equipararlo al verdadero “cónyuge”, pues de haber sido esa la intención del legislador, así lo hubiera dispuesto en el desarrollo de los principios constitucionales a través de las Leyes positivas promulgadas a partir de 1978, por lo que no puede el intérprete rebasar los límites de la Ley, ni fundar como única *ratio esendi* de la pensión compensatoria el desequilibrio de patrimonios cuando falta el elemental supuesto de un matrimonio previo: el presupuesto legal de la pensión compensatoria es la previa existencia de un vínculo matrimonial⁽⁸⁾⁽⁹⁾.

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO AUTONÓMICO

De las legislaciones dictadas hasta la fecha (Cataluña, Aragón, Navarra, Comunidad Valenciana, Islas Baleares, Madrid y recientemente Asturias), cuatro de ellas recogen que, una vez ha tenido lugar la extinción de la convivencia *more uxorio*, surgirá el derecho a obtener, bien una pensión periódica o una compensación a favor del conviviente (ex) que reúna una serie de requisitos:

1. La **Ley del Parlamento de Cataluña, 10/1998, de 15 de julio**, que no se remite en esta materia al Codi de Família, en sus artículos 13 y 14, en cuanto a las uniones heterosexuales, reconoce el derecho a una compensación económica cuando cese la convivencia, a favor de aquel conviviente que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común, o para el otro conviviente, en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto. La segunda (art. 14) tiene claras connotaciones alimentarias, siendo ambas compatibles como dispone el art. 16 del mismo texto. Por su

⁽⁸⁾ Sentencia de la AP de Cádiz, Sec. 2.ª, de 2 de julio de 1999. Ponente: Sr. Álvarez-Ossorio Benítez.

⁽⁹⁾ Dada el estado de la cuestión actual, estimamos con Modesto DE BUSTOS que si rechazamos la aplicación analógica de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, por no ser realidades equivalentes y faltar en éstas el estado que aquel crea, no pueden hacerse distinciones en la aplicación de tal pronunciamiento general, según la parcela de que se trate se estime más digna o merecedora de protección, sobre todo cuando el ordenamiento jurídico ofrece remedios para obtener la tutela de la persona desfavorecida y perjudicada por la ruptura: indemnización por enriquecimiento injusto.

parte, y para las uniones homosexuales, el art. 31.2 admite una pensión alimenticia fundada en el enriquecimiento injusto del otro conviviente.

2. La **Ley de las Cortes de Aragón, núm. 6/1999, de 26 de marzo**, dispone en su art. 7.º —en términos semejantes—, como efecto patrimonial para determinados casos, en supuestos de extinción de la pareja estable no casada por causa distinta a la muerte o declaración de fallecimiento, el derecho a exigir una compensación económica por el conviviente perjudicado si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto.

3. Asimismo, la **Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio**, establece que, en defecto de pacto, cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado en el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre los patrimonios de ambos, que implique un enriquecimiento injusto (art. 5.5).

4. Respecto a la **Ley 1/2001, de 6 de abril, de la Comunidad Valenciana**⁽¹⁰⁾, cabe decir que omite toda alusión a este tipo de derechos y beneficios⁽¹¹⁾.

5. La reciente **Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables**⁽¹²⁾ **de las Illes Balears**, contiene en su artículo 9, refiriéndose a los efectos de la extinción en vida, en su apartado 1.º siguiendo el modelo de la Ley catalana 10/1998, una dualidad de beneficios a favor del conviviente perjudicado por la extinción de la convivencia. Dispone el primer apartado de dicho precepto que: *“cuando la convivencia cese, cualquiera de los miembros puede reclamar al otro el pago de una pensión periódica, siempre que la necesite para atender adecuadamente su sustento y se encuentre en uno de los casos siguientes: a) Que la convivencia haya disminuido la capacidad del solicitante para obtener ingresos. b) Que el cuidado de los hijos comunes a su cargo impida o dificulte seriamente la realización de actividades laborales”*.

(10) BOE de 10-5-2001.

(11) Extremo este también advertido por Begoña FERNÁNDEZ GONZÁLEZ en “Comentario a la Ley por la que se regulan las uniones de hecho en Valencia. Ley 1/2001, de 6 de abril”, Actualidad Civil, núm. 1/2002. Afirma esta profesora que el contenido de la Ley valenciana es notablemente escueto y diferente del establecido en las otras tres leyes, refiriéndose a la catalana, aragonesa y navarra.

(12) BOIB núm. 156, de 29-12-2001. BOE de 16-1-2002.

6. La reciente **Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho, de la Comunidad de Madrid** ⁽¹³⁾, al igual que la normativa de la Comunidad Valenciana, omite por completo toda referencia a esta posibilidad ⁽¹⁴⁾, aun cuando su artículo 4, refiriéndose a la regulación de la convivencia, dispone, en su apartado 2, que *“Los pactos a que se refiere el número anterior podrán establecer compensaciones económicas cuando, tras el cese de la convivencia, se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento respecto a la situación anterior. Tales compensaciones habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil”*.

Poco aporta de nuevo la normativa especial de la Comunidad Autónoma madrileña, al igual que la valenciana. En la primera, con los únicos votos a favor del PP y con la abstención del PSOE e IU, por considerar que la normativa *“se ha quedado vacía”* y no reconoce a las familias homosexuales. A decir verdad, la cuestión reside en la ausencia de competencias legislativas tal y como lo pone de manifiesto su Preámbulo. De cualquier forma, y aun dándole la bienvenida, a nuestro modesto entender la referida normativa *“peca”* de un excesivo conservadurismo, que tiene su cénit en la omisión de las uniones homosexuales.

IV. LA POSICIÓN DE LA DOCTRINA DE LA SALA 1.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE ESTA MATERIA. “LA FUERZA EXPANSIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO”: LA APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 97 DEL CC

Recapitemos. Hemos visto que, salvo en las Comunidades Autónomas de Cataluña, Aragón, Navarra e Islas Baleares, por término general, no se concede la pensión compensatoria en el caso de ruptura de la convivencia *more uxorio*. Siendo ello así, se ha abierto camino jurisprudencialmente el criterio de conceder al conviviente *“empobrecido”* una pensión o prestación, bien atendiendo a los parámetros legales del enriquecimiento injusto —en la mayoría de los casos—, bien aplicando analógicamente los criterios patrimoniales de la

(13) BOCM, núm. 2, jueves 3-1-2002.

(14) Afirma su Preámbulo que *“...la convivencia genera relaciones diversas de carácter intersubjetivo, muchas de las cuales se ajustan a las esferas personal y patrimonial. Su regulación supondría una extensión del Código Civil a uniones de hecho no formalizadas en sede matrimonial, especialmente en lo tocante a los convivientes, pues respecto a los descendientes las reformas del Derecho de familia dan cumplida respuesta a tales situaciones...”*.

pensión por desequilibrio económico que se recoge en el artículo 97 del Código Civil —los menos—. Por su parte, la posición de la DOCTRINA LEGAL en este ámbito, al menos hasta la fecha, ha sido unívoca: *desautoriza la aplicación analógica de aquellos criterios matrimoniales y se ha centrado en la doctrina del enriquecimiento injusto*.

1.º Imposibilidad de la aplicación analógica de las normas matrimoniales a las uniones de hecho.

Es conocida la doctrina emanada de nuestro Tribunal Supremo en el sentido de que a las situaciones de convivencia como la examinada les sean de aplicación las normas establecidas en el Código Civil para las situaciones propiamente matrimoniales.

La aplicación analógica a estas uniones de las normas establecidas para la regulación de los regímenes económico matrimoniales supondría una subversión de los principios informadores y constitutivos de las mismas; por ello, su aplicación no puede extenderse a aquellos casos que constituyen un límite racional en el sentido y espíritu de la norma que se pretende aplicar, sin olvidar que lo contrario podría implicar una auténtica creación judicial del derecho en materia de dichos regímenes económicos, lo cual no autoriza hoy el art. 1.º del CC en general y su ordinal 6.º en particular.

Parece clara la posición jurisprudencial sentada sobre las uniones de hecho. Buenas muestras de lo expuesto, las hallamos en las Sentencias de la Sala 1.ª del TS, de 18 de febrero de 1993 (*“conocida es la doctrina de esta Sala [SS., entre las más recientes, de 12 de octubre y 11 de diciembre de 1992] en el sentido de venir declarando la imposible aplicación a estas uniones more uxorio de las normas legales reguladoras de la sociedad de gananciales; pues aun reconociéndose sin limitación el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y la susceptibilidad de constituir mediante estas libres o de hecho una familia, perfectamente protegible por la Ley, no por eso cabe equipararlas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicadas a las primeras las normas reguladoras de esta última institución [STC de 15 de noviembre de 1990]”*); y sigue diciendo que: *“de ahí que la doctrina jurisprudencial haya tenido que acudir, en estos casos, a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados, que patenticen la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal; y estos pactos expresos, o los facta concludentia, deben inequívocamente evidenciar que fue su voluntad la de hacer comunes todos o algunos de los bienes*

adquiridos durante la unión de hecho”), y de 30 de diciembre de 1994⁽¹⁵⁾, que tuvo ocasión de salir al paso de la alegación de la aplicación analógica de las normas matrimoniales a favor de las uniones de hecho, cuyos argumentos se pueden resumir en los siguientes términos:

— La inexistencia de regulación legal sobre las uniones de hecho no quiere decir que exista un vacío que haya de ser llenado por “*la fuerza expansiva del ordenamiento jurídico*”.

— En infinidad de casos ocurre que la falta de regulación concreta responde al respeto del libre albedrío o arbitrio del hombre.

— Someter su voluntad al establecer una situación *de facto* a la situación reglamentaria que una institución jurídica implica puede constituir un ataque frontal a su libertad.

— Si se aplicase la analogía habrían de imponerse a los litigantes los mismos derechos y deberes que a la institución matrimonial impone la Ley, en detrimento de la libertad de la pareja.

2.º La doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa. Su admisión para los supuestos de ruptura de la convivencia extramatrimonial y su aplicación a las relaciones patrimoniales.

El Tribunal Supremo (v.gr. en Sentencia de 11 de diciembre de 1992) —arrastrando a la doctrina de las Audiencias—, ha declarado plenamente aplicable la **doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa** en aquellos supuestos en los que pese a no existir comunidad de gananciales ni de otro tipo, sí ha existido algún tipo de aportación de uno de los convivientes a la adquisición de los bienes privativos del otro⁽¹⁶⁾. Así, puede ser, y de hecho es, una posibilidad para la reparación económica en caso de ruptura. En función del contenido de los pactos entre los interesados respecto al régimen económico que debe regir su unión de hecho, el régimen jurídico en caso de ruptura de la convivencia puede producir distintas consecuencias, e incluso hay que admitir que la ruptura de la convivencia, cuando coloca al conviviente que no ha dado causa para ello en una situación de necesidad (como es el caso en que uno de ellos, frecuentemente la mujer, se ha dedicado en exclusiva a las tareas domésticas y cuidado

(15) Con ponencia del Excmo. Sr. Fernández-Cid de Temes.

(16) Esta figura (según las Sentencias de fecha 31 de marzo de 1992, 11 de diciembre de 1992 y la más reciente de 20 de octubre de 1994), queda supeditada a la concurrencia de los siguientes requisitos: a) un aumento patrimonial del demandado; b) un correlativo empobrecimiento de la actora; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento; y d) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de este principio.

de los hijos habidos, no pudiendo procurarse los ingresos precisos para su sustento personal) pueda dar lugar, en la forma que corresponda según los casos, a una reparación económica hasta el momento en que la situación provocada desaparezca⁽¹⁷⁾.

Pese a que, como tiene reconocido el TS, en su Sentencia de 19 de febrero de 1999⁽¹⁸⁾, la acción de enriquecimiento debe entenderse subsidiaria, y ello “...en el sentido de que cuando la ley conceda acciones específicas en un supuesto regulado por ella para evitarlo, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni su falta de ejercicio legitiman para la acción de enriquecimiento”, debemos resaltar la tesis de cierto sector doctrinal que entiende que no resulta preciso que la acción de enriquecimiento injusto sea ejercitada necesariamente en forma subsidiaria (lo que sí sucede en el Derecho francés y en el italiano —CC de 1942—) pues ningún precepto legal así lo establece, por lo que la jurisprudencia, tras una vacilante doctrina anterior, a partir de la Sentencia de 12 de abril de 1955, ha declarado de forma rotunda y continuada (SS. de 10 y 20 de mayo de 1993 y 14 de diciembre de 1994) que la acción de enriquecimiento injusto es del todo compatible con otras acciones y con las que puede coincidir en los pronunciamientos o resultados que se trata de conseguir en vía judicial, no actuando como idéntica a la propia de daños y perjuicios.

Procederá la indemnización por la vía del enriquecimiento injusto en los casos en que el conviviente no perceptor de ingresos hubiese ayudado al otro en la actividad, a través de la cual los obtuvo o se hubiese encargado de las labores propias de la casa (ESTRUCH). Modesto DE BUSTOS clasifica esta solución entre los “remedios subsidiarios”, puesto que se aplicará ante la ausencia de pacto entre los convivientes, y al no serles de aplicación por vía analógica lo dispuesto en el art. 1438 del CC (aunque a tenor de la STS de 27 de marzo de 2001 es discutible), ni el régimen de comunidad de bienes. Por su parte, Rodrigo BERCOVITZ entiende que “*el recurso a la figura del enriquecimiento sin causa constituye una vía para conseguir en su caso efectos similares a los previstos en los artículos 97 a 99 del CC*”.

El enriquecimiento injusto —entiende ESTRADA ALONSO⁽¹⁹⁾— sirve de base a la remuneración del conviviente que ha trabajado gratuitamente, e incluso a la liquidación de los bienes de la unión de hecho.

(17) Vid. así la Sentencia de la AP de Palma de Mallorca, Sec. 4.ª, de 15 de mayo de 1998.

(18) Ponente: Sr. Gullón Ballesteros. La Ley, 1999, núm. 2845.

(19) Op. cit., p. 221; véase también p. 227.

Aun cuando es cierto que la jurisprudencia ha venido reputando cauce adecuado para fundar una reclamación patrimonial, en los supuestos de ruptura unilateral de situaciones de convivencia *more uxorio*, el enriquecimiento injusto, ello lo es siempre que por las concretas circunstancias concurrentes en la misma existan los requisitos a que se supedita su nacimiento. La doctrina legal (STS de 19 de diciembre de 1996⁽²⁰⁾) y la científica (CAPILLA RONCERO⁽²¹⁾, ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, LACRUZ, RAMS ALBESA...) concretan los requisitos conformadores del enriquecimiento injusto en los siguientes:

— Un aumento del patrimonio, o una no disminución del mismo, en relación al demandado; es decir un enriquecimiento procurado a uno de los convivientes. El enriquecimiento tanto puede revestir forma positiva, *lucrum emergens* —aumento del activo patrimonial o disminución del pasivo—, como negativa, *damnum cessans* —no disminución del patrimonio que de otra forma se hubiese producido—⁽²²⁾. Este se produce cuando se lucra uno de los convivientes de la actividad del otro, ahorrándose la remuneración. En el caso de las uniones de hecho la actividad ajena, base del enriquecimiento, tanto puede ser la colaboración directa sin retribución en el comercio, profesión o tráfico del conviviente enriquecido, como la realización del trabajo doméstico, que, sin ninguna duda, evita gastos a quien se beneficia de él (GALLEGO DOMÍNGUEZ, ESTRADA ALONSO, ESTRUCH y DíEZ-PICAZO).

— Un empobrecimiento sufrido por el otro conviviente por un daño positivo o por un lucro frustrado. Entiende la doctrina (GALLEGO DOMÍNGUEZ, LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI y ESTRUCH) que este se produce, no sólo mediante realización de aportaciones, sino también mediante la prestación de servicios o trabajo, sin contraprestación o sin contraprestación suficiente.

(20) Ponente: Sr. Sierra Gil de la Cuesta, Ar. 9218.

(21) “Cuasicontratos y enriquecimiento injustificado”, en *Derecho de obligaciones y contratos*, Coord. Valpuesta Fernández, Valencia, 1994, p. 452.

(22) CAPILLA RONCERO, “Cuasicontratos y enriquecimiento injustificado”, op. cit., p. 453; NÚÑEZ LAGOS, *El enriquecimiento sin causa en el derecho español*, Madrid, 1934, p. 113 (publicada nuevamente en los Comentarios al Código Civil de Quintus Mucius Scaevola, tomo XXX, Vol. 2.º, Madrid, 1961, pp. 362 y ss.); ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, op. cit., p. 81; LACRUZ BERDEJO, “Los cuasicontratos”, en *Derecho de obligaciones*; “Contratos y cuasicontratos”, LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA y RIVERO HERNÁNDEZ, Vol. III, Barcelona, 1986, p. 626, y en la nueva edición, RAMS ALBESA, “Los cuasicontratos”, en *Derecho de obligaciones*; “Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito”, LACRUZ BERDEJO, SANCHO REBULLIDA, LUNA SERRANO, DELGADO ECHEVERRÍA, RIVERO HERNÁNDEZ Y RAMS ALBESA, Vol. II, Barcelona, 1995, p. 438.

— Relación de causalidad entre aquél (enriquecimiento) y éste (empobrecimiento). Es preciso que el empobrecimiento del actor sea precisamente la causa del enriquecimiento del demandado (DÍEZ-PICAZO).

— La inexistencia de una causa justa, entendiéndose por ésta aquella situación jurídica que autoriza al beneficiario de un bien a recibirlo, sea porque exista una expresa disposición legal en este sentido, o sea porque se ha dado un negocio jurídico válido y eficaz. No es aplicable la regla prohibitiva del enriquecimiento injustificado cuando el presunto enriquecimiento lo ha sido en virtud de una disposición legal (SS. de 30 de marzo de 1988 y 23 de marzo de 1992...). Se concreta en la ausencia, por tanto, de una razón válida en Derecho que le exima de restituir (DÍEZ-PICAZO y LACRUZ); es decir, la falta de causa (en sentido técnico jurídico) del enriquecimiento⁽²³⁾.

3.º Cambio de orientación. La fuerza expansiva del ordenamiento jurídico y su aplicación en los supuestos de las uniones de hecho.

La doctrina de nuestro TS, hasta ahora expuesta, parece haber cambiado diametralmente en los últimos tiempos. Así, la Sentencia de la Sala 1.ª de 27 de marzo de 2001⁽²⁴⁾ insinúa —*obiter dictum*— la aplicabilidad del art. 97 del CC y su pensión compensatoria a la ruptura de las uniones de hecho. Esta resolución, declaró textualmente, “...no debe rechazarse como argumentación jurídica, fundante de la indemnización compensatoria, la aplicación analógica del Derecho. Ya la demandante había indicado, como razón de apoyo a su pretensión, la analogía del supuesto normativo con el contenido del artículo 97 del Código civil (ruptura de la convivencia, desequilibrio económico en relación con la posición del otro, enriquecimiento de la situación anterior a la misma...). Se suele decir, sin demasiadas precisiones, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no reconoce la aplicación analógica a las uniones de hecho de las normas sobre el matrimonio y, esto es cierto, en tanto en cuanto afecta a reglas específicas del matrimonio, y muy especialmente, a la sociedad legal de gananciales...”.

Cita ésta, a su vez, la Sentencia de la misma Sala de fecha 16 de diciembre de 1996 que sentó que no serían aplicables a estas uniones las normas que fueran específicamente establecidas para la regulación del matrimonio, a menos que ello pudiera llevarse a efecto por el cauce de la analogía. El juego de la analogía radica en la similitud (“semejanza” según el artículo 4.º del Código

(23) En cuanto al concepto de causa de la ventaja y falta de una justa causa, véase DÍEZ-PICAZO, “La doctrina del enriquecimiento...”, op. cit., pp. 63 a 67, LACRUZ BERDEJO, “Los cuasicontratos”, op. cit., p. 629, nueva edición; RAMS ALBESA, “Los cuasicontratos”, op. cit., p. 439.

(24) Con ponencia del Excmo. Sr. Almagro Nosete.

Civil) entre el supuesto que ante el órgano judicial —o intérprete— se presenta, carente de regulación legal, y aquel al que se pretende aplicar la norma en cuestión por razón de esa semejanza o “identidad de razón”, cual señala el citado precepto, lo que se traduce en que su aplicación lleve implícita la idea del uso razonable del Derecho (sentencia de 12 de diciembre de 1980). Por supuesto —añade la sentencia referida— *“que debe rechazarse, como ya hizo la sentencia, parcialmente transcrita, la aplicación analógica de los regímenes económicos matrimoniales, puesto que la libertad que se autoconceden los convivientes al margen de formalidades matrimoniales, no puede paradójica y contradictoriamente tener parigual con vinculaciones societarias de carácter económico, a no ser que, en virtud de principio de la autonomía de la voluntad y dentro de sus límites, se constituyeran pactos válidos de esta naturaleza”*. Termina la sentencia, tras decir que *“...sí puede y debe tratarse el problema como una aplicación analógica de la disciplina matrimonial en cuanto algunos aspectos de la misma se hacen extensivos con moderación, y sobre todo investigando la ratio normativa a la convivencia more uxorio...”*, aplicando a la cuestión de *litis*, analógicamente, de un precepto incardinado en la regulación jurídica del régimen económico matrimonial.

Concluye la sentencia extractada: *“Medítese, en relación con la analogía solicitada en este caso, sobre la compensación no sólo en el artículo 97 del Código civil, y su razón, trasladable a situaciones equivalentes...”*.

En cambio, la más reciente Sentencia de la misma Sala de 5 de julio de 2001 ⁽²⁵⁾ ha admitido expresamente la aplicación analógica de lo dispuesto en art. 97 del CC a las rupturas de las uniones de hecho, declarando que *“...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 y divorcio por el Código Civil y así su artículo 97 atribuye al cónyuge, al que tal contingencia produzca un desequilibrio económico con relación al otro y que implique un empeoramiento con relación a su situación al matrimonio, el derecho a una pensión...”*. Esta resolución sigue afirmando que *“...de no ser así, ello conduciría inexorablemente a que los españoles no pertenecientes a alguna autonomía que haya legislado en este punto, hayan de utilizar el argumento del enriquecimiento injusto o sin causa, que ha sido denostado por un importante sector de la doctrina civilista, pudiendo utilizar la analogía en situaciones de verdadera semejanza, en el sentido del artículo 4.1 del Código Civil, entre el caso enjuiciado carente de normativa*

(25) Con ponencia del Excmo. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.

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... ”.

Para terminar diciendo que “...el precepto de aplicación es el artículo 97 del Código Civil, a través de la analogía...”. Otra solución, a decir de la resolución, conduciría a establecer dos clases de españoles, según sus Autonomías tuvieran o no dictadas ley de parejas de hecho.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

En algo más de siete años, el Tribunal Supremo parece haber cambiado su doctrina sobre la aplicación analógica de las previsiones del artículo 97 del CC, extendiendo su aplicación a los supuestos de las crisis convivenciales de hecho, para las que inicialmente no estaba previsto, tal y como la doctrina mayoritaria venía entendiendo. La Sentencia de la Sala 1.^a del TS de 5 de julio de 2001 rompe con una doctrina, aunque no pacífica, sí ampliamente mayoritaria, sobre todo entre la “jurisprudencia menor”. Ahora bien, entendemos que los planteamientos argüidos por la resolución comentada pueden ser aplicados a cualquier otra institución de Derecho de familia que basándose, en principio, en el nexo conyugal, resulten sus previsiones analógicamente extensibles a estas manifestaciones convivenciales de hecho en ausencia de pacto entre los convivientes. Nos referimos, de forma específica, al régimen económico de sociedad de gananciales, al derecho de alimentos, o a la sucesión hereditaria *mortis causa*.

Creemos no equivocarnos al afirmar que es ésta una nueva llamada de atención al legislador estatal para que, de una forma definitiva y sistemática, encauce dentro del Derecho de familia las relaciones personales y patrimoniales de las uniones estables o de hecho en el régimen común, evitando con ello la inseguridad jurídica a la que venimos asistiendo. Este nuevo acicate llegado desde los “*aplicadores del derecho*” contrasta con la ya sabida pasividad del “creador primero del derecho”, tal y como recientemente hemos tenido oportunidad de comprobarlo con la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, que omite cualquier alusión a las uniones de hecho⁽²⁶⁾. Entendemos que el TS con su doctrina unificadora, ahora reforzada, aún si cabe más gracias al recurso de casación por interés casacional, suple la ausencia de regulación legal, tan exigida y reclamada por parte de la sociedad.

(26) Este extremo ya ha sido “denunciado” por buena parte de la doctrina patria, y como no podía ser de otra forma, por la propia AEAFA.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. FILIACIÓN

Tribunal Constitucional, Sala 1.^a, Sentencia n.º 208/2001, de 22 de octubre de 2001.

Ponente: Excm.a Sra. D.^a María Emilia Casas Baamonde.

Aun cuando la prueba biológica no se pudo practicar por causa atribuible al órgano judicial, se desestima el recurso de amparo al haber apreciado la sentencia de la Audiencia Provincial la caducidad de la acción de impugnación de paternidad por el transcurso de más de un año desde que el recurrente tuvo conocimiento del nacimiento de la hija.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Alfonso formuló demanda impugnando la filiación que se le atribuía sobre doña María Ángeles y solicitando la rectificación de la inscripción de nacimiento de los hijos de ésta y la retirada de todas ellas del apellido del actor. Admitida a trámite la demanda se dispuso el emplazamiento de la parte demandada que se opuso a dicha pretensión. Recibido el juicio a prueba, se practicaron todas las propuestas por las partes, excepto la pericial biológica propuesta por el actor que, admitida, no se pudo practicar.
- Finalizado el período probatorio y presentados los escritos de conclusiones por las partes, con fecha 27 de octubre de 1995, como diligencia para mejor proveer, se acordó la práctica de prueba pericial biológica. Por providencia de 28 de noviembre de 1995 se acordó librar comisión rogatoria a Alemania para la obtención de una prueba de sangre del actor, a la que se unió un informe del Centro de Transfusiones de la Comunidad Valenciana sobre el modo en que debería diligenciarse, lo que no pudo cumplirse, al ser devuelta dicha comisión por el Ministerio de Asuntos Exteriores, por no hallarse traducida al alemán, indicándose que los gastos de traducción en los procesos civiles, a realizar por Intérprete jurado, corren a cargo de las partes.

- Por providencia de 7 de febrero de 1996 el Juzgado acordó unir a los autos el anterior oficio ministerial junto con la comisión rogatoria sin traducir y declaró los autos conclusos para sentencia. Dicha providencia, que contenía la indicación de los recursos procedentes contra ella, aparece notificada a la representación del recurrente el 28 de febrero de 1996. La demanda fue desestimada mediante Sentencia dictada el 7 de febrero de 1996, y también aparece notificada al recurrente el día 28 de febrero del mismo año.
- Contra dicha resolución se interpuso por la representación del recurrente recurso de apelación, instándose de nuevo la práctica de la referida prueba biológica, pretensión que fue rechazada por la Audiencia Provincial de Alicante, mediante Auto de 16 de julio de 1996, confirmado por Auto de 13 de diciembre de 1996, al resolver el recurso de súplica interpuesto contra aquél, por considerar que si no se practicó en primera instancia ello fue por causa imputable al propio interesado, al haberse marchado voluntariamente a Alemania.
- Mediante Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Alicante, de 13 de octubre de 1997, desestimatoria del recurso, se declara, “a mayor abundamiento que la acción de impugnación de la paternidad ha caducado, pues el apelante tenía conocimiento del nacimiento de la demandada con anterioridad al año 1985 (...) por lo que el plazo de un año establecido en el artículo 136 del Código Civil ha transcurrido con exceso”.
- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación no admitido a trámite por Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 9 de febrero de 1999, que declara firme la resolución recurrida.
- Don Alfonso interpuso recurso de amparo invocando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y el derecho a utilizar los medios pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) que se anuda a la denegación, por parte de los órganos judiciales, en primera y segunda instancia, de la práctica de una prueba declarada pertinente, admitida por el órgano judicial y esencial para el resultado del proceso, por causa no imputable al recurrente, sin que por el Tribunal Supremo se pusiera remedio a una situación semejante. Según el recurrente, por una parte, el juez *a quo* no adoptó de oficio las medidas necesarias para que la prueba, acordada de oficio y consistente en la extracción de una muestra de sangre, se practicase, dictando Sentencia sin haber ejecutado lo previamente ordenado en esa diligencia. Y, por otra parte, en segunda instancia, se acordó no haber lugar a la práctica de la prueba, apreciándose además una causa nueva de desestimación, la de caducidad de la acción de impugnación de paternidad, basándose únicamente en la prueba testifical de doña María, prescindiendo de la documental aportada y en contradicción absoluta con lo sostenido en primera instancia, pronunciamiento que resulta confirmado en casación.
- El Tribunal Constitucional desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de fecha 9 de febrero de 1999, la Sentencia de 13 de octubre de 1997, y el Auto de 13 de diciembre de 1996, de la Audiencia Provincial de Alicante, recaídos en apelación de Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Denia, de 7 de febrero de 1996, y contra esta última, dictada en autos de juicio de menor cuantía núm. 329/92, sobre impugnación de filiación.

El recurrente denuncia la lesión de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa proclamados en el art. 24, apartados 1 y 2, CE, que basa exclusivamente en la indefensión producida ante la denegación en primera y segunda instancia, no reparada en casación, de la práctica de la prueba pericial biológica declarada pertinente, admitida por el órgano judicial y esencial para el resultado del proceso, por causa que no le sería imputable, por lo que solicita la nulidad de las decisiones judiciales impugnadas y del procedimiento desde el momento en que fue devuelta al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Denia la comisión rogatoria sin traducir del alemán o, alternativamente, hasta el momento en que el recurrente propuso la prueba pericial biológica ante la Audiencia Provincial de Alicante.

Así pues, se trata de dilucidar si la denunciada denegación de la práctica de una prueba (pericial biológica), declarada pertinente y admitida por el órgano judicial, y estimada además por el recurrente esencial para el resultado del proceso, ha podido conculcar los derechos invocados, pues en definitiva lo que el recurrente denuncia es que las resoluciones judiciales han lesionado, de modo conjunto, sus derechos a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) y su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE) al desestimar su pretensión como consecuencia de no haber tenido en cuenta un medio

de prueba, admitido y declarado pertinente, que no fue practicado por causa que le es imputable al órgano judicial. Para el recurrente, en definitiva, su pretensión ha sido desestimada en la medida en que no se ha podido acreditar por un medio fidedigno y definitivo que él no es el progenitor de una de las demandadas, y no se ha podido acreditar porque el Juzgado de Primera Instancia de Denia primero frustró su realización, y la Audiencia Provincial de Alicante desestimó de modo irrazonable, después, la práctica de tal prueba, lo que convierte en arbitraria la decisión de los órganos judiciales de desestimar su pretensión de impugnación de la paternidad.

Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional la conexión entre los dos apartados del artículo 24 CE es estrecha, pues el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con una respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable (SSTC 46/1982, de 12 de julio, FJ 2, y 324/1994, de 1 de diciembre, FJ 2). También ha mantenido que, en ocasiones, la respuesta del órgano judicial, aunque fundada en Derecho y formalmente motivada puede resultar viciada de raíz cuando es arbitraria (por todas, STC 160/1997, de 2 de octubre, FJ 7). Y entre los supuestos en los que ha considerado que la resolución es arbitraria, aun cuando esté formalmente razonada, puede citarse expresamente el caso del órgano judicial que con su propia actitud frustra la práctica de determinada prueba de parte que previamente ha declarado pertinente y después desestima la pretensión con el argumento de que no ha quedado probado lo que, precisamente, se pretendía acreditar con la prueba no practicada. En estos supuestos, que el Tribunal Constitucional ha calificado de denegación de justicia, lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación es consecuencia de la previa conculcación de un derecho fundamental

del perjudicado encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho. Con ello, el órgano judicial limita los derechos de defensa del demandante al frustrar los medios de prueba de los que se intentaba valer por causas que sólo al órgano judicial fueron imputables, resolviendo desestimarlas, justamente, por no haberlas acreditado (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre, FJ 4; 183/1999, de 22 de julio, FJ 4; y 10/2000, de 17 de enero, FJ 2, entre otras muchas).

Como parece ya evidente por los anteriores razonamientos, la vulneración de los derechos que se dicen conculcados requiere como presupuesto indispensable no solamente que los medios de prueba no se hayan practicado por causa imputable al órgano judicial (extremo éste sobre el que insiste el demandante de amparo). Es también elemento esencial para la apreciación de la lesión que la inadmisión, o la ausencia de práctica de la prueba, haya supuesto para el demandante de amparo una efectiva indefensión, toda vez que la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa (SSTC 25/1991, de 11 de febrero, FJ 2; 205/1991, de 30 de octubre, FJ 3; 33/1992, de 18 de marzo, FJ 6; 357/1993, de 29 de noviembre, FJ 2; 1/1996, de 15 de enero, FJ 3; 164/1996, de 28 de octubre, FJ 2; 218/1997, de 4 de diciembre, FJ 3; 217/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 219/1998, de 16 de noviembre, FJ 3; y 10/2000, de 17 de enero, FJ 4). Dicho de otro modo, aun cuando se apreciara que el órgano judicial frustró la práctica de la prueba por su exclusiva responsabilidad, sería preciso acreditar que el medio de prueba no practicado era decisivo en términos de defensa para el demandante de amparo (SSTC 1/1996, de 15 de enero; 129/1998, de 16 de junio; 217/1998 y 219/1998, de 16 de noviembre, ya citadas).

Desde la primera de las perspectivas enunciadas —es decir, desde el análisis de

la causa de la inejecución de un medio de prueba propuesto por el demandante de amparo y admitido por el órgano judicial—, tal como mantiene el Fiscal, y pese a los razonamientos de los órganos judiciales, la prueba no se dejó de practicar, al menos por lo que aparece en las actuaciones, por pasividad o negligencia del recurrente de amparo. Pese al tenor de las resoluciones judiciales, en el período ordinario no consta el motivo por el que la prueba no se practicó pero no debió ser por la negligencia del demandante cuando el Juez la admitió para mejor proveer. Y, por lo que se refiere a la práctica en este último período, no se practicó porque se remitió indebidamente por el órgano judicial sin la correspondiente traducción y, conocida esta deficiencia de que adolecía la comisión rogatoria, antes que proceder del modo en que lo hizo, el Juzgador debió haber dado a la parte la ocasión de decidir acerca del abono de los gastos de traducción que, por tratarse de una causa civil, recaían sobre el actor.

Es incuestionable, por tanto, que la inactividad judicial consistente en la falta de notificación al ahora recurrente de esta carencia formal, en la medida en que ha supuesto la frustración de la práctica de una prueba acordada por el propio Juzgador, relevante a los efectos de dar respuesta a la controversia, habría podido, en principio, causar a la parte la indefensión denunciada.

No obstante, como ya se expuso anteriormente, la constatación de que el medio de prueba propuesto y admitido no fuese practicado por causas ajenas al recurrente de amparo, sino por la responsabilidad del órgano judicial, no es suficiente para la estimación del recurso. Para que se produzca la vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa, es además preciso que la prueba sea decisiva en términos de defensa para el demandante de amparo, lo que exige que sea potencialmente trascendente para el sentido de la resolución. En definitiva, para que se produzca una indefensión material es preciso que el recu-

rrente haya alegado y fundamentado adecuadamente en el proceso de amparo que de haberse practicado la prueba omitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta (SSTC 131/1995, de 11 de septiembre y, últimamente, 26/2000, de 31 de enero, FJ 2; 37/2000, de 14 de febrero, FJ 3; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2; 173/2000, de 26 de junio, FJ 3; 246/2000, de 16 de septiembre, FJ 3; 19/2001, de 29 de enero, FJ 4; 27/2001, de 1 de marzo, FJ 8; 73/2001, de 26 de marzo, FJ 2; y 165/2001, de 16 de julio, FJ 2.d).

Pues bien, desde esta perspectiva, el recurso de amparo debe ser desestimado. Ciertamente, en la instancia, el Juez desestimó la demanda por no haber quedado acreditadas las afirmaciones de hecho del demandante rechazando la excepción de caducidad formulada por los demandados. Sin embargo, en la apelación y en la resolución inadmitiendo el recurso de casación se aprecia la caducidad de la acción de impugnación de la paternidad, basada en el conocimiento previo por parte del ahora recurrente del nacimiento de la demandada, como ex-

presamente se razona en el fundamento segundo de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante.

En consecuencia, al haberse declarado en apelación la caducidad de la acción de impugnación de paternidad deducida en atención al transcurso del plazo legalmente previsto al efecto (decisión ésta que no ha sido denunciada como lesión autónoma en la demanda de amparo, que el recurrente ha limitado a la vulneración de sus derechos a la tutela judicial efectiva y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa), como bien apunta el Fiscal, decae la relevancia de una actividad probatoria cuyo resultado no podría ya influir en la resolución judicial impugnada, puesto que no podía ser relevante para el sentido del fallo la práctica de la prueba heredobiológica, ya que tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Supremo consideraron que, en cualquier caso, la acción para la impugnación de la filiación había caducado, lo que conlleva por esta última razón la desestimación del recurso de amparo.

II. CUESTIONES FISCALES

Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia 212/2001, de 29 de octubre de 2001.

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

No existe vulneración del derecho a la igualdad y capacidad económica establecidos en el art. 31.1 CE y la protección social, económica y jurídica de la familia del art. 39.1 CE, por la circunstancia de que se haya denegado a un contribuyente casado y con dos hijas hacer una liquidación conjunta por el IRPF cuando su esposa hizo una declaración individual. La norma tributaria no discrimina a quienes están casados y no separados legalmente frente a quienes se han separado mediante resolución judicial.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 19 de junio de 1993, dentro del plazo reglamentariamente establecido, don Federico, casado y con dos hijos, efectuó declaración en concepto de IRPF correspondiente al ejercicio impositivo 1992. Habiendo presentado su esposa declaración individual, Don Federico se acogió expresamente a la modalidad de “declaración conjunta”, contemplada en el núm. 2 del art. 87 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, reguladora del impuesto constituyendo unidad familiar con sus dos hijos.
- La Dependencia de Gestión Tributaria de la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Córdoba, considerando, en virtud del art. 88 LIRPF, que la modalidad de unidad familiar prevista en el art. 87, núm. 2, LIRPF no resulta aplicable a los contribuyentes casados cuyos cónyuges han optado por la declaración individual, el 13 de noviembre de 1993 giró al recurrente una liquidación provisional en concepto de IRPF del ejercicio 1992. De dicha liquidación paralela, que determinaba la deuda tributaria de don Federico en régimen de declaración individual, derivaba una cuota tributaria a ingresar de 227.852 pesetas, más los intereses legales correspondientes.
- Interpuesto recurso de reposición contra la citada liquidación provisional, éste fue desestimado por Acuerdo de 18 de enero de 1994 del Jefe de la Dependencia de Gestión Tributaria de la Delegación de la Agencia Tributaria de Córdoba. Frente a dicho Acuerdo se formuló reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía, que fue desestimada mediante Resolución de 25 de marzo de 1996.
- Contra dicha Resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo, turnado con el núm. 755/96, que fue desestimado por Sentencia de 10 de enero de 1998 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.
- D. Federico interpuso recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El solicitante de amparo considera que la Sentencia impugnada ha vulnerado su derecho fundamental a la igualdad ante la ley garantizado en el art. 14 CE, en relación con los principios de igualdad y capacidad eco-

nómica establecidos en el art. 31.1 CE y la protección social, económica y jurídica de la familia que el art. 39.1 CE ordena asegurar a todos los poderes públicos. El derecho a la igualdad habría resultado desconocido

al interpretar la Sentencia impugnada que, mientras que los padres casados, como es el caso del demandante, no pueden constituir con sus hijos la modalidad de unidad familiar establecida en el art. 87, núm. 2, LIRPF (esto es, la formada por el padre o la madre con los hijos menores), esta es una opción a la que sí pueden acogerse quienes están separados legalmente, lo que se traduciría en la práctica en otorgar un trato fiscal más favorable a estos últimos, lo cual, no sólo carece de justificación razonable, sino que además contraviene lo preceptuado en los arts. 31.1 y 39 CE.

Por su parte el Abogado del Estado se opone a la pretensión de amparo. A su juicio no se ha producido la infracción del art. 14 CE invocada porque existe una razón jurídica que fundamenta que, en el régimen de tributación conjunta, la LIRPF dé un trato diferente a los cónyuges no separados y a los separados legalmente: en efecto, mientras que los cónyuges tienen la obligación de vivir juntos (art. 69 del Código Civil, CC) y deben tener en su compañía a los hijos no emancipados (art. 154.1 CC), la sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados (art. 83 CC) y los hijos pueden convivir con uno sólo de los cónyuges separados (arts. 91 y ss. CC, y art. 156 CC).

El Fiscal, en cambio, considera que se ha vulnerado el principio de igualdad. Según su opinión, en efecto, la interpretación que del art. 87 LIRPF hace la Administración tributaria supone un trato desigual y desfavorable a los contribuyentes por el mero hecho de estar casados y no separados legalmente, planteamiento que, en tanto carece de justificación objetiva y razonable, contraviene el art. 14 CE.

Expresada la queja en estos términos, el Tribunal Constitucional, antes de abordar el fondo del recurso hace varias aclaraciones: En primer lugar, es de tener en cuenta que el art. 87 LIRPF, hoy derogado, rezaba, literalmente, así: “Unidad familiar. Constituyen modalidades de unidad familiar las siguientes: 1. La integrada por los cónyuges no se-

parados legalmente y, si los hubiere, los hijos menores, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientemente de éstos. 2. La formada por el padre o la madre y los hijos que reúnan los requisitos a que se refiere la regla anterior. Nadie podrá formar parte de dos unidades familiares al mismo tiempo.”

En segundo lugar, es preciso advertir que tanto el recurrente como el Fiscal atribuyen la vulneración del art. 14 CE, no al art. 87 LIRPF, sino a la interpretación que de él hacen tanto la Administración tributaria como el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Desde su punto de vista, en efecto, una interpretación del citado precepto legal realizada, como establece el art. 23 de la Ley General Tributaria (LGT), “con arreglo a los criterios admitidos en Derecho” (criterios que concreta el art. 3 CC), permite sin dificultad entender que el núm. 2 del art. 87 LIRPF resulta también aplicable a los padres o madres casados con hijos menores que convivan con ellos.

En tercer lugar, no es objeto de discusión en el presente proceso de amparo que para un contribuyente casado y no separado legalmente y con hijos puede, en determinados supuestos, resultar más favorable, desde un punto de vista tributario, en aplicación del art. 87, núm. 2, LIRPF, constituir una unidad familiar únicamente con los hijos, haciendo el otro cónyuge la declaración individual. Esta es la premisa (compartida expresamente por el Ministerio Público) de la que arranca la demanda de amparo para denunciar la discriminación. En todo caso, como hemos señalado en los antecedentes, según cálculos del propio Tribunal Superior de Justicia de Andalucía expresados en la Sentencia recurrida, la negación a D. Federico de la posibilidad de optar por el régimen de tributación conjunta previsto en el núm. 2 del art. 87 LIRPF le ha supuesto una carga fiscal adicional que asciende a un total de 240.886 pesetas.

La cuestión planteada en el presente recurso de amparo es muy similar a la que fue objeto de la Sentencia 47/2001, de 15 de fe-

brero, del Pleno de este Tribunal, razón por la cual procede que reproducir como consideraciones previas algunos de los razonamientos allí expuestos. Como se expresaba en el fundamento jurídico quinto de la citada Sentencia, la Ley 18/1991, dictada a raíz de la STC 45/1989, de 20 de febrero, establece como regla general la tributación individual, siendo el régimen de tributación conjunta una mera opción a la que pueden acogerse alternativamente las personas físicas integradas en alguna de las unidades familiares previstas por la Ley (art. 86 LIRPF). No plantea duda alguna el hecho de que la tributación conjunta es una opción más beneficiosa para aquellas unidades familiares recogidas en el art. 87 LIRPF cuyas rentas no sean muy elevadas; en este sentido puede afirmarse sin temor a errar que con el régimen de tributación conjunta regulado en la Ley 18/1991 el legislador pretendió favorecer especialmente a las familias cuyos integrantes percibieran rentas medias o bajas, utilizando así dicho régimen, “como es casi inexcusable, para cumplir la obligación de proteger la familia que le impone el art. 39.1 de la Constitución” (STC 45/1989, FJ 5).

Obviamente las únicas familias a las que la norma beneficia desde la perspectiva fiscal son las que encajan en la definición que de “unidad familiar” establece el art. 87 LIRPF. Y de la literalidad del citado precepto se deduce que éste establece dos modalidades de unidad familiar: en primer lugar, “la integrada por los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiere, los hijos menores” que con ellos convivan; en segundo lugar, “la formada por el padre o la madre y los hijos” que reúnan los citados requisitos. Como destaca el Abogado del Estado, la pertenencia a una u otra unidad familiar no queda al arbitrio del sujeto pasivo del impuesto, sino que se predetermina en la Ley con carácter imperativo.

Pues bien, resulta claro que, conforme al citado precepto legal, el recurrente, casado y no separado legalmente, en el supuesto de que opte por la declaración conjunta debe

acogerse, junto con su cónyuge y sus dos hijos menores no emancipados, a la modalidad de unidad familiar prevista en el núm. 1 del art. 87 LIRPF. Sin embargo, como se ha expuesto en los antecedentes, el demandante pretende que la Administración tributaria le permita constituir una unidad familiar de las recogidas en el art. 87, núm. 2, LIRPF únicamente con sus hijos, “escindiendo así artificiosamente en dos, no sólo la ‘unidad familiar’ tal y como está legalmente configurada en el citado art. 87 LIRPF, sino incluso, de algún modo, la propia familia en cuanto sustrato de la referida categoría” (STC 47/2001, FJ 6).

El recurrente fundamenta su pretensión en que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía interpreta que el art. 87, núm. 2, LIRPF sólo puede aplicarse a aquellos padres o madres con hijos que no mantengan una relación matrimonial. Bajo estas premisas la Ley reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas establecería un trato fiscal desfavorable para quienes están casados y no separados frente a los cónyuges separados legalmente, dado que, a diferencia de estos últimos, en el caso de que opten por la declaración conjunta deben acumular sus rentas, no sólo a la de sus hijos, sino también a la de su cónyuge, lo que supondría una discriminación contraria al art. 14 CE, en relación con los arts. 31 y 39 CE. Para ilustrar la vulneración que denuncia no está claro si el demandante de amparo ofrece como término de comparación la situación de una persona separada jurídicamente y de hecho que convive únicamente con sus hijos o, como parece entender el Ministerio Público (y claramente proponía el actor en el recurso contencioso-administrativo), la de un padre o madre que convive con su pareja de hecho y sus hijos.

Sea como fuere, descrita en estos términos, la cuestión suscitada por el recurrente es la de la interpretación que, en abstracto, exigiría el art. 87, núm. 2, LIRPF a fin de que éste pueda entenderse respetuoso con el art. 14 CE, en relación con los arts. 31 y 39

CE. En su opinión, en tanto que el repetido art. 87, núm. 2, resulta aplicable a los cónyuges separados (permanezcan o no conviviendo de hecho), el principio de igualdad obligaría a considerar que dicho precepto legal comprende también a los sujetos pasivos que conviven en matrimonio. Se trata, en suma, de un problema de igualdad en la ley.

Como se señaló en la STC 47/2001, para responder a la cuestión planteada conviene recordar que, conforme a constante doctrina de este Tribunal, el principio de igualdad ante o en la Ley, garantizado en el art. 14 CE, “impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación” (SSTC 134/1996, de 22 de julio, FJ 5; en el mismo sentido, entre otras muchas, SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 9; 214/1994, de 14 de julio, FJ 8; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; 46/1999, de 22 de marzo, FJ 2).

Para poder apreciar vulneración del art. 14 CE, pues, es *conditio sine qua non* que se ofrezca un término de comparación que permita ilustrar la desigualdad que se denuncia. Y este es un requisito esencial que, claramente, no concurre en este caso, tanto si el demandante de amparo confronta su situación con la de un padre o madre separado que convive únicamente con sus hijos, como si el término de comparación propuesto es el de un contribuyente separado que convive con su pareja de hecho (que, como señala el Fiscal, bien podría ser su ex-cónyuge) y sus hijos.

Como punto de partida conviene señalar que el art. 88 LIRPF establece que la “opción por la declaración conjunta debe abarcar a la totalidad de los miembros de la unidad familiar”, de manera que si “uno de ellos presenta declaración individual, los restantes deberán utilizar el mismo régimen”. Y este es un requisito que la norma

prevé para los dos tipos de unidad familiar recogidos en el art. 87 LIRPF. Si se trata (como en el caso del recurrente) de la primera de las modalidades, la declaración conjunta habrá de ser suscrita necesariamente por ambos cónyuges y sus hijos. Pero también cuando la unidad familiar está conformada por un padre o madre separado legalmente y sus hijos la norma obliga a que sean todos los integrantes de la familia los que se decidan por la declaración conjunta para que el régimen de acumulación de rentas resulte aplicable. Esto sentado, no resulta correcto afirmar, como hace el demandante de amparo, que es el mero hecho de estar casado y no separado legalmente lo que le impide hacer la declaración conjunta con sus hijos. La razón de que Administración tributaria haya denegado al recurrente la opción por el citado régimen reside exclusivamente en que uno de los componentes de la unidad familiar (concretamente, su esposa) ha decidido presentar una declaración individual, régimen que la Ley 18/1991, dictada a raíz de la STC 45/1989, de 20 de febrero, establece como regla general.

Ciertamente, para que quienes están casados y separados legalmente puedan hacer la declaración conjunta sólo es preciso que acumulen sus rentas a la de los hijos menores que con ellos convivan, sin que en este caso, a diferencia de quienes mantienen el vínculo matrimonial, deban (ni puedan) integrar en la declaración las rentas del otro cónyuge separado. Esta circunstancia, empero, no permite afirmar que la norma tributaria discrimina a quienes están casados y no separados legalmente frente a quienes se han separado mediante resolución judicial, dado que, como advierte el Abogado del Estado, el diverso trato responde a que las situaciones jurídicas consideradas son diferentes. En efecto, parece evidente que la convivencia como obligación jurídica es uno de los elementos que ha tenido en cuenta el legislador en el ámbito tributario, al igual que en otros sectores del Ordenamiento (así, en el art. 3.2 de la Ley 1/1996, de 10

de enero, de asistencia jurídica gratuita), a la hora de delimitar quiénes integran las unidades familiares a las que se permite optar por la tributación conjunta. Y mientras que los padres casados y no separados “están obligados a vivir juntos” (art. 68 CC), y se presume legalmente que así lo hacen (art. 69 CC), debiendo tener en su compañía a los hijos bajo su potestad (art. 154.1 CC), por el contrario, “la sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados” (art. 83 CC), y los hijos pueden convivir solamente con uno de los cónyuges separados (arts. 91 y ss. CC, y art. 156 CC). Al ser efecto característico de la separación legal el cese de la convivencia de los esposos, resulta razonable que la LIRPF únicamente autorice al cónyuge separado a acumular sus rentas con las de los hijos con los que conviva.

Desde luego, como apunta el Ministerio Público, es posible que quienes están casados, aun manteniendo la convivencia, decidan “por razones de exclusiva conveniencia tributaria” o cualesquiera otras separarse legalmente. Y tampoco es inimaginable que, debido a la escasa cuantía de las rentas de los miembros de una familia, y a que la ley no obliga a acumular las de quienes no están unidos por el vínculo matrimonial, el sujeto pasivo pueda tributar en estos casos por una cifra inferior a la que correspondería si, estando casado, optara por efectuar la declaración conjunta. Semejante eventualidad, sin embargo, como señalamos en la

STC 47/2001: “no permite afirmar que la LIRPF discrimina a los sujetos pasivos casados frente a quienes no lo están”. “Pues, para que el art. 14 CE resulte vulnerado por el legislador, no basta con que en situaciones puntuales, al margen de los objetivos perseguidos por la Ley, determinados sujetos pasivos, con un determinado nivel de renta, puedan verse ocasionalmente beneficiados en su declaración del IRPF por el hecho de no mantener una relación matrimonial. Como hemos señalado en diversas ocasiones, las leyes ‘en su pretensión de racionalidad se proyectan sobre la normalidad de los casos, sin que baste la aparición de un supuesto no previsto para determinar su inconstitucionalidad’ (SSTC 73/1996, de 30 de abril, FJ 5; y 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 6). Por el contrario, la discriminación denunciada sólo podría apreciarse si un análisis de la regulación del IRPF llevara a la conclusión de que la Ley establece un régimen tributario más gravoso en su conjunto para los sujetos pasivos casados que para quienes no lo están, en atención, precisamente, a su vínculo matrimonial. Pero nada de esto puede deducirse ni del art. 87 LIRPF, que establece expresamente la posibilidad de que los cónyuges no separados legalmente opten por el régimen de tributación conjunta cuando lo estimen conveniente, ni del resto de los preceptos de la Ley 18/1991, que regulan los elementos que inciden en la cuantificación del IRPF sin atender en absoluto al estado civil de los sujetos pasivos” (FJ 7).

I. FILIACIÓN

1. Reclamación de paternidad.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 18 de mayo de 2001.

Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Vázquez Sandes.

Ejercitada la acción por el hijo mayor de edad no es necesario que la madre sea demandada. Se cumple el requisito del art. 127.2 del CC con la presentación de un acta de manifestaciones ante Notario efectuada por la madre indicando quién era el padre.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José interpuso demanda de menor cuantía contra D. Antonio sobre declaración de paternidad, solicitando se dicte sentencia declarando que el actor es hijo del demandado D. Antonio y nieto por línea paterna de D. Francisco y D.^a Inocencia y el derecho de aquél a ostentar el primer apellido de éste y cuantos otros derechos y obligaciones se deriven de la relación jurídica paterno-filial entre citados actor y demandado.
- Admitida a trámite la demanda, por la representación de la parte demandada se contestó a la misma, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, alegando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: “...y tras los trámites de Ley, dictar sentencia desestimando la demanda y absolviendo a mi patrocinado de los pedimentos de la misma, condenando al actor a estar y pasar por dicha declaración y al pago de las costas”.

- El Juzgado de 1.^a Instancia número 2 de Plasencia dictó sentencia el 8 de enero de 1996 estimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Cáceres dictó sentencia el 5 de marzo de 1996 desestimando el recurso interpuesto por D. Antonio.
- D. Antonio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Aportación de un principio de prueba con la demanda.

Denuncia el recurrente que la sentencia ha infringido lo dispuesto por el art. 127.2 del Código Civil en cuanto este impide admitir a trámite demanda sobre filiación que no se presente con un principio de prueba de los hechos en que se funda.

Acompañaron a la demanda rectora una certificación del acta del Registro Civil expresiva del nacimiento del demandante el 15 de marzo de 1962 consignándose la identidad de la madre cuyos apellidos, al no expresarse cuál fuese el padre, se le impusieron al nacido que así los lleva, lo que hubo de hacerse por traslado a inscripción cumpliendo la obligación impuesta por el art. 43.2 de la Ley del Registro Civil y la comprobación que dispone su art. 44, quedando asignada una filiación materna como la que establece el art. 120.4 del Código Civil después de haberse observado el silencio de respeto que para aquel acto registral establece el art. 122 del mismo Código.

En esa situación familiar, quien detenta por ella la calidad de madre comparece ante notario el 18 de enero de 1995 para manifestar, interesando que se levante acta de ello, que siendo soltera en el año 1961 mantuvo relaciones íntimas con el aquí demandado, soltero también él, de cuyas relaciones nació el demandante al que con el nombre de D. José L.M. y sus propios apellidos inscribió como su hijo en el Registro Civil, apor-

tándose igualmente con la demanda esa escritura notarial.

Ante la negación de suficiencia de esa documentación para entender cumplida la exigencia y prohibición de aquel art. 127.2 del Código Civil, ha de tenerse en cuenta que el propósito del precepto es impedir la promoción de procesos de filiación sin fundamento alguno en su inicio, sin perjuicio de las posibilidades posteriores de probanza que no cabe exigir desde la presentación de la demanda según ha explicado esta Sala en sentencia de 3 de noviembre de 1996 —el precepto “sólo hace referencia a un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda”—, en sentencias de 28 de abril de 1994, 26 de junio de 1999 y 22 de marzo de este mismo año 1999, insistiendo en lo mismo que “nunca puede dar lugar a una restricción, ni un obstáculo a la posibilidad que abre el art. 39 de la Constitución”, y en esos parámetros ha de entenderse que se ha hecho aquella aportación inicial y ha quedado cumplida la exigencia legal que se invoca como infringida cuando en la instancia ha sido plenamente respetada para llevar ahora a la desestimación del motivo de recurso.

2. Excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

El segundo motivo de recurso sostiene que la sentencia recurrida infringe las normas reguladoras de la sentencia o de los actos y garantías procesales, con indefensión, al no haberse estimado la excepción de litis-

consorcio pasivo necesario, sentada en la jurisprudencia.

Se sostiene la invocada existencia de litisconsorcio pasivo necesario, excepcionalmente por entenderla vulnerada así, al no haberse demandado a la madre del actor y tal argumentación carece de base sostenible pues descansando dicho presupuesto procesal en un interés legítimo para no quedar fuera del proceso, no tiene por qué ser demandado quien nada tiene que defender en él —sentencias de 11 de febrero, 9 de abril, 22 de mayo, 8 de junio, 17 de septiembre y 4 de noviembre de 1985 y 13 de junio de 1987— y aquí, siguiendo la tesis del recurrente, se produciría una doble carencia cual es la del demandante al tener legal y voluntariamente reconocida su filiación materna y también la de la madre a la que no cabe demandar por aquello que previamente ha concedido, primeramente a través de la promoción de la inscripción registral y después por reconocimiento en escritura pública señalando al demandado como progenitor de su reconocido hijo, y si a esta falta de interés que respaldase acción y oposición para ser parte en el proceso añadimos que la relación filial a determinar queda supeditada únicamente a la del hijo que la reclama y a la del progenitor que no la admite, o la niega, como resulta de los arts. 120, 122, 124, 128, 137 y demás concordantes del Código Civil, al quedar aquí esa relación ineludiblemente establecida entre demandante y demandado, sin posibilidad de ser pretendida o impugnada por otros, el motivo de recurso tiene que ser desestimado.

3. Inhabilidad de los testigos.

En este motivo, el recurrente sostiene la infracción de los arts. 1245 y 1247 del Código Civil por no haber apreciado la inhabilidad de los testigos propuestos por la parte actora, con interés directo en el pleito y ser parientes del demandado, con infracción del art. 24.1 de la Constitución.

Acude el recurrente a una impugnación de la prueba testifical practicada desde una imputación de inhabilidad legal a quienes prestaron testimonio estando incurso, sin mayor concreción aunque era posible establecerla, en las causas que contempla el art. 1.247 del Código Civil siquiera en el desarrollo del motivo aquella impugnación se centra en razones de parentesco que en ocasiones, como en el caso de D. Fulgencio, se entrecruza con pluralidad y sólo en una con interés admitido en favor del demandante, lo que no constituye impedimento para declarar en tema como el debatido —otra cosa será el valor que el juzgador dará a estos testimonios— y así debió entenderlo el recurrente al no haber procedido a tacharlos poniendo de relieve circunstancias que pueden alertar sobre su testimonio que, en cualquier caso salvo el de interés directo confesado o demostrado, ha de ser valorado únicamente por el juzgador sin perder de vista esas circunstancias como resolvió la sentencia de 6 de mayo de 1983 y dispuso la de 10 de noviembre de 1989 o la de 23 de noviembre de 1990, y por lo mismo la prestación de testimonio por esas personas que se reseñan, con la excepción de aquella concreta que el juzgador cuida de excluir, no puede sostener el motivo que sobre tales circunstancias se extiende a sustituir la apreciación que de esos testimonios se hace en la instancia con olvido de que esta Sala tiene reiteradamente declarado —sentencias, entre otras muchas, de 24 de noviembre de 1971, 17 de junio de 1980 y 1 de diciembre de 1987— que esa apreciación no puede ser atacada en casación, y por lo mismo el motivo, en sus dos frentes, ha de ser desestimado, aun cuando haya sido llevado al cauce procesal que se presenta bajo invocaciones de indefensión que, en modo alguno, se han producido.

4. Indefensión al no haber comparecido la madre en el procedimiento.

Alega el recurrente la indefensión sufrida con infracción del art. 24.1 de la Constitución. Insiste el motivo en sustituir la valora-

ción que de las pruebas hace el juzgador de instancia y para ello señala que la madre del demandante no ha sido demandada, no ha sido llamada como testigo ni ha intervenido personalmente y sin embargo se ha dado valor a sus manifestaciones hechas en acta notarial. Esa situación invocada, que pudo ser remediada, al entender del juzgador, por el recurrente a través de alguno de los medios que señala y no se cuidó de aportar, no ha producido indefensión cuanto más que aquella prueba, que acompañó a la demanda como principio indispensable al trámite, no fue el único medio de prueba que en la instancia se ha valorado y el motivo, que ciertamente no descansa en infracción de precepto, ha de ser desestimado.

5. Negativa a la práctica de la prueba biológica.

Denuncia el recurrente haberse cometido infracción del art. 127.1 del CC y jurisprudencia que reseña. El motivo, señala el Tribunal Supremo, no puede prosperar ante el claro contenido del art. 127.1 del Código Civil que en modo alguno establece ese condicionamiento que el recurrente señala sobre extremos difíciles de comprender y cumplir —“cuando falta el presupuesto de la existencia de relaciones sexuales transidas de una apoyatura firme para poder afirmar el hecho de la concepción, nadie está obligado a someterse a la práctica de las pruebas biológicas”— y por lo mismo, sin perjuicio de examinar su abundancia positiva al estudiar los siguientes motivos articulados, el motivo de recurso así fundamentado ha de decaer.

Propuesta por el demandante la prueba pericial biológica en comprobación de la filiación y paternidad pretendidas, se negó a someterse a ella el demandado, y acordada para mejor proveer su práctica el demandado condicionó su aceptación a que el demandante consignase en la cuenta del Juzgado la cantidad de cuarenta millones de pesetas manifestando que la práctica de la

extracción de sangre a la fuerza carecía de cobertura legal y vulneraba sus derechos a la dignidad, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al honor y a la intimidad.

Ni aun tratándose del reconocimiento de derechos tan importantes, como son los de la filiación y demás que este engendra, cabe obtener forzosamente los medios que permitan realizar prueba tan decisiva en ese orden como es la biológica; así lo establece esta Sala en sentencias de 14 de noviembre de 1987 y 13 de marzo de 1998, pero la negativa a su práctica ha de ser justificada para quedar en inocua pues si responde a propósitos meramente obstruccionistas y a un ejercicio antisocial el derecho puede constituir indicio a relacionar con los demás medios de prueba para concluir, sin tener la negativa por *ficta confessio* el hecho cuya prueba se pretendía por medio tan valioso, en la decisión más ajustada al respecto, como ha resuelto reiterada jurisprudencia de la que, a modo de ejemplo, pueden citarse las sentencias de 30 de octubre de 1993, 28 de marzo y 21 de noviembre de 1994, 14 de junio de 1997 y 22 de junio de 1998.

Rechazable de plano la condición económica posibilitadora de la práctica de la prueba biológica —nunca otra más reprobable podía haberse concebido, cualquiera que sea la posición desde la que se examine— cuanto que además desde su desmesura minimiza, y no supone esto contradicción, la entidad de aquellos derechos que se dicen vulnerados por la práctica de esa prueba en una invocación que el propio Tribunal Constitucional ha desestimado en Autos núm. 103/1990 y 221/1990 y en sentencias núm. 103/1985 y 7/1994, con lo cual aquellas invocaciones no pueden tenerse como adecuadas en el respaldo de esa negativa que se invoca justificada y no lo ha sido porque la extracción mínima de sangre ni afecta a su dignidad —en sus mejores merecimientos—, ni evidentemente a la integridad física que en nada se mermaría con la mecánica del acto, ni a la integridad moral ya que su

probidad quedaría en lo que ya fuere, ni a valor alguno más de entre los expuestos en el motivo de recurso.

La valoración que de las pruebas, incluida la biológica no practicada por negativa a prestarse a su realización, se hace en la instancia no se contrae a cada uno de los medios aportados sino a lo que resulta del conjunto que permite el art. 127.1 del Código como ha recogido la jurisprudencia para llegar a declarar la paternidad pretendida —Sentencias

de 29 de abril de 1994 y 17 de julio de 1997—, que por lo mismo no puede entenderse que la declaración que se ha hecho en la instancia lo haya sido desde la prueba de presunciones sino desde las conclusiones obtenidas en el conjunto y que aquí ha de reputarse sin que le sea dado al recurrente hacer una valoración en sustitución de la del juzgador, lógica y ponderada, por lo que no cabe su revisión en casación y sí su mantenimiento con la desestimación de los estudiados motivos de recurso.

2. *Negativa a someterse a la práctica de la prueba biológica.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de mayo de 2001.

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

Tendencia a aumentar cada vez más el valor probatorio de la conducta negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas. La negativa a dicha práctica coloca al otro litigante en una situación de indefensión contraria al art. 24 de la CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para defensa que le garantiza el art. 24.2 CE.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª M.ª José interpuso demanda de menor cuantía contra D. Miguel y el Ministerio Fiscal, solicitando se dicte sentencia por la que se declare que D. Alejandro es hijo no matrimonial de D. Miguel, condenando al demandado a estar y pasar por dicha declaración y ordenando se inscriba en el Registro Civil correspondiente, condenando a éste, asimismo, a prestar alimentos al menor, en la cuantía que se determine en ejecución de Sentencia, y a la exclusión de la patria potestad si se opusiera a esta demanda, con expresa condena en costas.
- Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada D. Miguel, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: “...se le tuviera por personado y por contestada la demanda y se

absuelva a su representado de las peticiones de la actora, con imposición de las costas a la demandante, dada su manifiesta temeridad y mala fe”.

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 62 de Madrid dictó sentencia el 29 de octubre de 1993 estimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 24.ª de la AP de Madrid dictó sentencia revocando la de instancia y desestimando la demanda.
- D.ª M.ª José interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia dictada por el juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega la recurrente que en la sentencia recurrida se ha infringido el artículo 127 del Código Civil y el artículo 39.2 de la Constitución Española, así como el artículo 1215 del código Civil en relación con el artículo 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Tribunal Supremo estimó los motivos con la siguiente argumentación:

Es doctrina pacífica de esta sala la que establece que la negativa a la práctica de la prueba hematológica que puede ser determinante de una declaración de paternidad, y sobre todo cuando no hay base para tal negativa, no debe dársele el valor de una *ficta confessio* —en puridad terminológica *ficta pericia*—, y como tampoco se da el enlace preciso y directo necesario para encuadrar tal actitud dentro de la presunción como medio impugnatorio, solo queda valorarla como un “indicio muy cualificado” que en unión del conjunto de otras pruebas, puede llevar al ánimo del Tribunal la convicción de paternidad postulada (SS. de 20 de julio de 1990, 21 de octubre de 1994 y 24 de junio de 1996, entre otras). Es más, esta tendencia de aumentar cada vez más el valor probatorio de la conducta negativa del demandado se da en las últimas sentencias de esta Sala, sobre la materia (SS. de 17 de noviembre de 1997, 3 de octubre de 1998 y 28 de marzo de 2000, entre otras).

Y en este sentido, asimismo se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, cuan-

do dice: “Este Tribunal ha declarado la plena conformidad constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona, encuentran su cobertura legal en el art. 127 del Código Civil, que desarrollando el mandato contenido en el inciso final del art. 39.2 CE, según el cual “La ley posibilitará la investigación de la paternidad”, autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación, mediante el empleo de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, a la vez que sirven para la consecución de la finalidad perseguida con las normas constitucionales que imponen “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación” (art. 39.2 CE), y la obligación de los padres de “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio” (art. 39.3 CE). Por ello, cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) del afectado (STC 7/1994).

Hemos declarado igualmente que, dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el art. 39 C.E., las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser este un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 C.E.), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al art. 24.1 C.E. por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el art. 24.2 C.E. (STC 7/1994 fundamento jurídico 6 y las resoluciones en ella citadas). Por tales razones, este Tribunal ha declarado ya en ocasiones anteriores que cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la

relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el art. 135, *in fine*, del Código Civil, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (AATC 103/1990).

Pues bien centrando la cuestión, en el presente caso existe una negativa del demandado —ahora recurrido— a someterse a la prueba biológica a pesar de la intervención personal del Juez de Primera Instancia en este sentido, que demostraría su situación ante la presunta paternidad, alegando unas cuestiones de autoestima y unos problemas médicos no demostrados; que no pueden ser tenidos en cuenta, por pura obviedad.

Pero además existe entre las partes un mutuo conocimiento, como son coincidencia en lugares públicos, en el despacho de la parte demandada, sin que pueda calificarse ello de superficial, ya que la parte actora —ahora recurrente— conocía detalles y circunstancias íntimas personales de la vida de la parte demandada, que indicaban un conocimiento profundo, como son saber al detalle de los padres del mismo, de la grave enfermedad de la esposa de la que estaba separado, el número de hijos, así como el domicilio exacto de la familia en cuestión.

En conclusión, que ha quedado suficientemente demostrada la paternidad solicitada y que producirá todos los efectos personales y patrimoniales que determina la Ley; y que al asumir esta Sala la instancia debe reproducir el fallo de la sentencia de primera instancia.

II. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

1. GESTIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

1.1. *Bienes no incluidos en la liquidación de la sociedad de gananciales.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de abril de 2001.

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

Condena al esposo para que reintegre a su ex cónyuge una determinada cantidad de dinero en concepto de 50% de un Pagaré del Tesoro que no se incluyó en la liquidación de la sociedad de gananciales, desestimándose la petición respecto a otros pagarés respecto de los cuales no se acreditó su carácter ganancial. Inexistencia de responsabilidad civil de los empleados del banco en el que estaban depositados los pagarés.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Ángela interpuso contra el “Banco S., S.A.”, D. Luis, D. Ricardo y D. Gonzalo, demanda de juicio de menor cuantía solicitando que se dicte sentencia por la que se condene a los demandados a abonar a la actora, de forma solidaria, la cantidad de 56.456.697 pesetas más los intereses legales generados por dicha cantidad desde el 1 de julio de 1986 hasta la total liquidación de la misma, más las costas del presente juicio.
- Los demandados, “Banco S., S.A.”, D. Luis y D. Ricardo, se personaron en el litigio y contestaron, para oponerse a la demanda, por medio de las razones fácticas y jurídicas que alegaron, para terminar suplicando al Juzgado: “Dictar sentencia desestimatoria íntegramente de la demanda y por la que se declare: A) Que D.ª Ángela al no ser titular de las inversiones cuya titularidad ostentaba D. Gonzalo en el ‘Banco S.’, no se halla legitimada activamente para reclamar cifra alguna al ‘Banco S.’, D. Luis y D. Ricardo. B) Que no procede enjuiciar en esta vía la responsabilidad civil, por haber sido aquélla enjuiciada en la vía penal anterior seguida entre las partes o, en su caso, que no procede por no haber sido reservada expresamente para

ejercitarla después de terminado el juicio criminal. C) Admitir y ser correctas las excepciones aducidas por esta parte de falta de legitimación activa y cosa juzgada. D) No haber lugar a satisfacer a D.^ª Ángela cantidad alguna por parte de D. Luis, D. Ricardo y ‘Banco S., S.A.’, bajo ningún concepto. Condenando a la parte demandante a estar y pasar por estas declaraciones y todo con expresa condena en costas.

- Por providencia de 18 de octubre de 1993 fue declarado rebelde procesal el codemandado D. Gonzalo.
- El Juzgado de 1.^ª Instancia n.º 3 de Bilbao dictó sentencia el 6 de mayo de 1994, estimando la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la representación procesal de D. Ricardo, D. Luis y “Banco S.” y abstenerse de conocer sobre el fondo del asunto por lo que a ellos respecta y desestimando la demanda presentada contra D. Gonzalo, absolviendo al mismo de las pretensiones aducidas contra él, imponiendo las costas a la parte demandante.
- En grado de apelación, la Sec. 5.^ª de la AP de Vizcaya dictó sentencia el 4 de diciembre de 1995 estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto condenando a D. Gonzalo a que abone a la actora la cantidad de 26.335.000 pesetas con los intereses legales desde el día 9 de octubre de 1986 hasta su total y completo abono, absolviendo a los codemandados D. Ricardo, D. Luis y “Banco S.” de todos los pedimentos de la demanda deducida contra ellos, todo ello con imposición al codemandado D. Gonzalo de las costas en primera instancia de la demanda deducida contra el mismo, y a la actora de las correspondientes a los demás codemandados absueltos, no haciéndose especial pronunciamiento respecto de las ocasionadas en esta segunda instancia.
- D.^ª Ángela interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia que se recurre únicamente condena al ex-esposo de la recurrente, D. Gonzalo, a abonar a aquella la cantidad de 26.335.000 pesetas con los intereses legales que especifica, al declarar que aquella era titular de un pagaré del Tesoro por dicha cantidad, correspondiendo al marido el resto, por un total de 63.088.452, estando depositados los pagarés en el “Banco S., S.A.” y no fueron incluidos en la escritura otorgada por los esposos el 6 de julio de 1982 de

capitulaciones matrimoniales y disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

La sentencia no accede a la petición de la recurrente de que le fuera reconocido como de su propiedad el cincuenta por ciento de su propiedad el cincuenta por ciento de dos pagarés del Tesoro por importe de 18 y 80 millones de pesetas (total 98 millones de pesetas), que su ex-marido había adquirido a su nombre el 14 de abril y 10 de junio de 1983 —disuelta la sociedad conyugal— y

de los que efectuó vencimiento anticipado para adquirir diez títulos al portador, por importe de 91.246.213,50 —suma a la que quedó reducida los noventa y ocho millones de pesetas por el descuento de intereses a consecuencia de la cancelación anticipada de los pagarés referidos—.

La desestimación de la pretensión referida la establece la sentencia porque la recurrente incurrió en deficiencia probatoria al no haber demostrado de forma convincente fuera la propiedad de la mitad de los pagarés que reclama, por valor de noventa y ocho millones de pesetas, y sólo acreditó pertenecerle la referida suma de 26.335.000 pesetas. Resultan hechos probados con firmeza en casación, que conducen a la no admisión de la titularidad compartida de los pagarés.

En el primer motivo del recurso alega la recurrente que la sentencia recurrida no fijó como antecedentes de hecho los actos ejercitados por los codemandados, D. Luis (director regional del “Banco S., S.A.”) y D. Ricardo (interventor-apoderado de la referida entidad bancaria), los que integran hechos probados en las sentencias penales dictadas por la Audiencia Provincial de Bilbao de fecha 2 de noviembre de 1988 y Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1992, en las que resultaron condenados los referidos, el primero por un delito de falsedad en documento mercantil y el segundo como autor de una falta de desobediencia. A este respecto alega el Tribunal Supremo que la sentencia no omite por completo dichos antecedentes fácticos y los refiere en el fundamento jurídico segundo y fundamento jurídico quinto, para analizar las consecuencias de dichas condenas penales en el fundamento jurídico séptimo, en cuanto a la responsabilidad patrimonial que por vía extracontractual se les demanda a los referidos codemandados, así como al “Banco S., S.A.”. No estamos ante efectivo supuesto de incongruencia con trascendencia en el fallo y, según la doctrina reiterada de esta Sala de Casación Civil, las senten-

cias civiles no precisan contener reparación formal de hechos probados, pues basta que los mismos resulten aportados con suficiencia, como conclusiones fácticas decisivas, a través de los fundamentos jurídicos (Sentencias de 1-2 y 7-7-1993, 17-10-1994, 25-3, 13-4 y 1-7-1996, 6-5-1998 y 22-6-2000), y con trascendencia para su fijación en el recurso de casación.

En el segundo motivo se vuelve a alegar infracción del artículo 24.1 de la Constitución y 359 y 361 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al efecto de argumentar que la sentencia omite los hechos posteriores, recogidos en las sentencias penales, al momento en que el ex-marido ordenó al “Banco S., S.A.” el cambio de los pagarés adquiridos y procedía decretar la responsabilidad extracontractual de la entidad y sus empleados demandados, ya que incurrieron en las conductas culpables, sancionadas penalmente, que propiciaron el despojo de la actora, al disponer el ex-esposo en su exclusivo provecho del importe de los pagarés depositados en el “Banco S., S.A.”, con lo que el Tribunal de Instancia alteró la *causa petendi*, ya que la actuación de los empleados bancarios fue propicia a que el Juzgado de Familia, que entendía del proceso de separación matrimonial de los litigantes, no pudiera hacer efectivas las medidas aseguratorias adoptadas.

El motivo, señala el Tribunal Supremo, no procede, pues la incongruencia que se alega no cabe apreciarla, ya que la sentencia no alteró el objeto ni el “factum” del pleito, y, al contrario, estudia la responsabilidad extracontractual que se atribuye a los empleados del “Banco S., S.A.”, para sentar la decisión de su inexistencia, tras la valoración de los hechos fijados como probados y vienen a estar constituidos básicamente en que las actuaciones por las que penalmente fueron condenados los demandados de referencia ocurrieron con posterioridad al momento en el cual se produjo el alegado perjuicio de la recurrente, que hay que referir a la cancelación anticipada del depósito orde-

nada por el ex-marido D. Gonzalo, que tuvo lugar el 28 de octubre de 1983, mediante el cual obtuvo los diez pagarés al portador en sustitución de los nominativos en los que aparecía como único titular. Tampoco se probó la confabulación denunciada de los dos empleados del Banco con el ex-esposo, para la realización de actos en perjuicio de la recurrente, con total ausencia del preciso nexo causal. Los hechos realizados con relevancia y sanción penal no resultan suficientes y con trascendencia en el proceso civil, para acoger la tesis casacional que el motivo contiene, por lo que ha de decretarse su rechazo.

Como en los motivos anteriores, en el tercero, se vuelve a aducir quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de las sentencias, al haberse violado el artículo 24.1 de la Constitución y 359 y 361 de la Ley Procesal Civil, refiriendo la incongruencia a que la sentencia recurrida silencia la escritura pública de protocolización —fecha el 21 de noviembre de 1986— del auto de 9 de octubre de 1986 del Juzgado de Familia seis de Bilbao, dictado en procedimiento de separación matrimonial, en el que se adjudica a la recurrente la cantidad de 59.970.258 pesetas, provenientes de los bienes no contabilizados en la escritura de capitulaciones matrimoniales de 6 de julio de 1982, sosteniendo que ha de contabilizarse la cantidad de 97.256.213 pesetas, correspondientes a los diez pagarés al portador que el ex-marido cobró a su vencimiento el 26 de abril de 1984, por los actos de los demandados empleados del Banco y que dicho cónyuge hizo desaparecer. Una vez más, señala el Tribunal Supremo, se hace

supuesto de la cuestión para insistir en la responsabilidad civil extracontractual del “Banco S., S.A.” y sus dos empleados demandados, lo que ya ha quedado resuelto y las actuaciones judiciales y escritura notarial que refiere el motivo no determinan por sí la referida responsabilidad que postula la recurrente y sólo pueden actuar frente al otro cónyuge, caso de que resultara efectivo deudor del cincuenta por ciento de las inversiones en pagarés; por lo que el motivo claudica.

El último motivo contiene denuncia de haberse infringido el artículo 1902 del Código Civil y jurisprudencia que cita. Se alega que la sentencia recurrida no entró a examinar los requisitos que determinan la aplicación del precepto civil referido. La sentencia exoneró de toda responsabilidad al Banco y sus empleados, al no apreciar la concurrencia de los presupuestos en los que se asienta y estructura la responsabilidad extracontractual, es decir concurrencia de actuar negligente o culposo y la necesaria causalidad eficiente con el daño ocasionado, que la que recurre concreta en la indemnización económica que postula.

No debe dejarse de lado que en el caso de autos no se probó y por tanto falta el presupuesto esencial de que la actora del pleito resultase ser titular en el “Banco S., S.A.” del depósito que facilitó la adquisición de los pagarés discutidos. De ser así, hubiera tenido proyección en la actuación de los empleados bancarios de conocer tal circunstancia y propiciar la exclusiva disponibilidad en su beneficio por el ex-marido, ya que sólo se le reconoció, como debidamente constatada, la titularidad concretada al importe de 26.335.000 pesetas.

1.2. *Impugnación de la liquidación de gananciales.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 14 de mayo de 2001.

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

No procede rescindir la liquidación de gananciales practicada por la circunstancia de que uno de los bienes haya sido adjudicado posteriormente a la Hacienda Pública, ya que cuando se produjo este hecho ya no existía la sociedad de gananciales.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Isabel y D. Manuel obtuvieron la separación matrimonial, en sentencia de fecha once de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve dictada en el Juzgado núm. 1 de los de 1.^a Instancia de la ciudad de Vigo, sentencia que devino firme al no ser recurrida, por lo que de acuerdo con el núm. 3.^o del art. 1392 del Código Civil, en esa fecha quedó disuelta la sociedad de gananciales.
- D.^a Isabel y D. Manuel pretendieron en un principio una separación matrimonial consensuada, para lo cual los dos interesados firmaron el convenio regulador de la separación, documento que, sin embargo, no fue ratificado ante el Juez por la esposa, lo que dio lugar a que D. Manuel promoviera el correspondiente procedimiento contencioso de separación, presentando con la demanda de separación, como documento número cuatro el referido convenio, dictando el Juez núm. 1 de 1.^a Instancia de Vigo sentencia acordando la separación matrimonial de los cónyuges.
- Al no haber existido acuerdo en la ejecución de la sentencia respecto a la liquidación de la sociedad de gananciales, D.^a Isabel promovió en un juicio declarativo ordinario, en el que se hace la liquidación de la referida sociedad: al marido se le adjudica el negocio de Bar-Cafetería, uno de los dos coches, y cantidades no aportadas por el negocio por un importe de 15.900.838 pesetas, asumiendo por deudas la suma de 11.532.890 pesetas, a la esposa se le adjudica el piso que constituía el domicilio familiar, y el coche pequeño valorando en total esas adjudicaciones en 8.300.000 pesetas; por otra parte asume deudas por importe de 4.192.193 ptas.; existiendo una diferencia a favor del marido, que ha de compensarse en lo que alcance, con 1.500.000 ptas. que D. Manuel había entregado a D.^a Isabel a cuenta de la

futura liquidación, en el preacuerdo de separación. A esta liquidación vino a complicarla el hecho de que la vivienda adjudicada a D.^ª Isabel fue ejecutada por Hacienda en pago de deudas y adquirida por los hijos del matrimonio.

- El Juzgado de 1.^ª Instancia número Uno de Vigo dictó sentencia el 3 de mayo de 1995 “estimando parcialmente la demanda y la reconvencción aprobando la partición de bienes y derechos de la sociedad legal de gananciales formada entre las partes y oportunamente disuelta, del modo realizado en el fundamento de derecho 2.^º de esta resolución, sin pronunciamiento sobre las costas causadas”.
- En grado de apelación, la Sec. 1.^ª de la AP de Pontevedra dictó sentencia el 29 de febrero de 1996 desestimando el recurso.
- D.^ª Isabel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La recurrente denunció infracción de los arts. 1392 y siguientes del Código Civil, relativos a la disolución y liquidación de la sociedad legal de gananciales e infracción a la doctrina jurisprudencial de las sentencias de 4-11-85, 22-11-90 y 9-09-91, en cuanto a la eficacia del convenio transaccional sobre la liquidación de la sociedad legal de gananciales, haciendo a continuación, la parte recurrente, una nueva liquidación en la que se elimina del haber ganancial la vivienda que constituyó el domicilio familiar, adjudicando al marido el negocio, uno de los coches y el rendimiento del negocio, asumiendo la totalidad de las deudas sociales, en las que no se incluyen las que gravaban la vivienda. A su propia parte le adjudica el otro coche y un crédito de 231.600 pesetas, asumiendo unas deudas que hacen un resto de 181.600 de pesetas, por lo que estimando el valor del patrimonio de dicha sociedad en 8.525.754 ptas., corresponde a cada cónyuge 4.353.677 ptas., por lo que D. Manuel debe compensar la diferencia, esto es, 4.172.077 ptas., reclamación esta que, señala el Tribunal Supremo, excede del carácter extraordinario del recurso, y por ello es desestimado por el Tribunal Supremo:

1.^º Porque de acuerdo con el art. 1707 de la LEC, en el planteamiento del recurso, se exige que se cite las normas del ordenamiento que se consideren infringidas, entendiéndose la jurisprudencia, que faltan a ese concepto de claridad y precisión, cuando se cita como ha hecho el recurrente el art. 1392 del Código Civil y “siguientes”, sin especificar cuáles son los siguientes preceptos infringidos; indeterminación y vaguedad, que hace incurrir al presente motivo en la causa de inadmisión 2.^ª del art. 1710 de la LEC.

2.^º Porque ha convertido, dada la indeterminación de las normas que entiende infringidas, este recurso en una tercera instancia.

3.^º Finalmente porque la sentencia impugnada ha valorado el convenio regulador que no fue ratificado judicialmente por la ahora recurrente, a los efectos que corresponde, habida cuenta que, en la propia sentencia de separación que por no ser recurrida fue consentida por los ahora litigantes, rechaza las peticiones de la validez de alguna de las cláusulas de dicho convenio (las de contenido patrimonial), haciendo especial hincapié en que las medidas a adoptar en el

juicio de separación, que se refieren a la suspensión de la vida común de los casados, y a las medidas que se han de adoptar respecto a los hijos del matrimonio, y en la sentencia aquí recurrida el Juzgador se atiene a la idea fundamental contenida en la proposición del convenio, a saber: que sea al marido al se le adjudique el negocio y el automóvil más caro, y a la mujer la vivienda y el otro vehículo, aunque no se atuvo a las valoraciones y otros contenidos del preacuerdo no ratificado, por razones obvias.

En el segundo motivo se alega, con carácter subsidiario, la infracción de lo ordenado en el art. 1398.3 en relación con el art. 1364 del mismo texto legal. Entiende la recurrente que de mantenerse la adjudicación a la misma del piso subastado por Hacienda Pública, resultaría acreedora contra la sociedad de gananciales, no sólo por el valor de ocho millones que la vivienda tenía en noviembre de 1989, sino el valor actualizado, argumen-

tación que no puede prosperar, porque el recurso de casación deviene del procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales y este motivo del recurso se refiere a hechos y circunstancias posteriores a la misma, pues cuando se produce la venta del piso en subasta pública ya no existe sociedad de gananciales al estar disuelta desde la separación matrimonial por sentencia de diciembre de 1989 (art. 1392.3 CC) y liquidada; el remedio que le corresponde a la parte recurrente es el que prevé la sentencia recurrida en el último párrafo del fundamento de derecho segundo que entiende que el pago efectuado por D.^a Isabel a Hacienda Pública es una operación, posterior a estas operaciones liquidatorias y que no pueden formar parte de las mismas y que pueden en parte compensarse con la suma de 1.369.929 pesetas de las que según se expresa en el referido fundamento la mujer es deudora de su marido.

III. ALIMENTOS

1. *Pensión alimenticia.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 18 de mayo de 2001.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes.

No se vulnera el principio constitucional de igualdad por la circunstancia de que se haya fijado una pensión alimenticia para un hijo de cuantía inferior a la fijada para otro hijo fruto de un matrimonio anterior, dado que las circunstancias son diferentes, atendidas las posibilidades económicas de la demandante, las edades de los alimentistas y las posibilidades de actualización de lo fijado.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Enriqueta interpuso demanda de menor cuantía contra D. Tomás solicitando se dicte sentencia por la que se condene al demandado: “1.^o A satis-

facier alimentos al hijo de la actora y el demandado en cuantía de cincuenta y cinco mil pesetas (55.000 ptas.) mensuales revalorizables anualmente de conformidad con el índice de precios de consumo. 2.º A satisfacer a la actora o a su hijo la cantidad que se fije en ejecución de sentencia en concepto de daños y perjuicios por el incumplimiento del demandado de su obligación de contribuir a los gastos ocasionados por el embarazo, parto, manutención y crianza del hijo común y la correlativa asunción por aquélla de la totalidad de dichos gastos, teniendo en cuenta la cuantía de la deuda alimenticia que se fije para la determinación de la parte de indemnización procedente desde que nació el menor, y 3.º al pago de las costas del presente procedimiento”.

- Admitida a trámite la demanda, por la representación de la parte demandada se contestó a la misma, en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, alegando excepción dilatoria de litispendencia, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: “... y previos los trámites legales oportunos, entre los que incluimos el recibimiento a prueba que dejamos solicitado desde este momento, se dicte sentencia en la que estimando la excepción dilatoria de litispendencia no entre a conocer del fondo del asunto, y subsidiariamente, en caso de entrar a conocer del fondo del mismo, dicte sentencia desestimatoria de la demanda, absolviendo a mi patrocinado, y condenando a la actora a indemnizar a mi mandante por los daños y perjuicios morales ocasionados al mismo con ocasión de haberle impedido ostentar los derechos que el ejercicio pleno de la patria potestad permite para con su hijo, y todo ello con imposición de costas a la actora”.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Linares dictó sentencia el 31 de julio de 1995 estimando parcialmente la demanda condenando al demandado D. Tomás: a) a que abone a D. Enrique, en concepto de pensión por alimentos, la cantidad de 50.000 ptas. por cada mes, que será estabilizada conforme al índice nacional general de los precios al consumo que publique el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya; b) a que satisfaga a la actora la mitad de los gastos que ésta hubiera tenido por causa de su embarazo y parto de su hijo Enrique, fijándose la cuantía que corresponda en la fase de ejecución de la presente sentencia; y c) a que abone sus propias costas y la mitad de las que fueren comunes, de entre las que tengan origen en este procedimiento.
- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la Audiencia Provincial de Jaén dictó sentencia el 16 de febrero de 1996 estimando el recurso y revocando la sentencia solo en el particular de fijar en 35.000 ptas. la cantidad que debe abonar en concepto de alimentos a su hijo menor de edad D. Enrique el demandado D. Tomás, cantidad que se devengará desde la fecha de presentación de la demanda (octubre de 1994) hasta abril de 1995, y desde esta

fecha, sin haber lugar a la compensación ni reducción de la percibida o devengada con carácter de alimentos provisionales desde abril de 1995 a la fecha de esta Sentencia. No se hace expresa condena en costas a ninguna de las partes por las causadas en estas actuaciones.

- D.^a Enriqueta interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se argumenta el recurso desde el principio de igualdad en atención a que habiéndose señalado al demandado recurrido obligación similar, pero en mayor cuantía, respecto a un hijo habido en su matrimonio anterior, aquel principio se vulnera respecto al hijo habido posteriormente en pareja con quien aquí acciona, dada la menor entidad de la pensión que se le asigna a este último.

La motivación del recurso prescinde absolutamente de la pretensión concreta que es objeto de litigio y discurre generalizando sobre el principio de referencia aun trayendo a capítulo los matices que éste admite cual resulta de la sentencia del Tribunal Constitucional que por la recurrente se cita —“no impide la existencia de disciplinas normativas diferentes, siempre que los supuestos de hecho a los cuales tales normativas deban aplicarse sean asimismo diferentes y para enjuiciar la diferencia entre los supuestos de hecho debe partirse del carácter razonable, y teológicamente fundado, del factor a través del cual la diferenciación se introduzca”— y a la que habrá de atenderse el juzgador sin prescindir de los presupuestos del caso que se le somete para evitar llegar siempre, cualesquiera que sean estos en cada supuesto, a solución idéntica y única y predeterminada, sentencia a la que cabe añadir la del mismo Tribunal de 9 de julio de 1984 y las de esta Sala, de 17 de abril de 1989 y 25 de junio de 1990 entre otras muchas.

En atención a este cuidado diferencial desde las circunstancias, que no discriminatorio entre iguales con transgresión del art.

14 de la Constitución —en este caso por razón de nacimiento—, la sentencia recurrida ha acudido, para llegar a su conclusión, a las posibilidades del demandado como alimentante, a la concurrencia en ese concepto en igual medida económica de quien demanda, dadas sus posibilidades económicas que no se producen en el otro supuesto de hijo necesitado, a las edades de los alimentistas que por lo que aquí atañe se fijó en diez meses, al resultado de las pruebas practicadas y, por último, a las posibilidades de actualización de lo para un tiempo fijado, respetando la forma de revalorización establecida en primera instancia.

Partiendo de los parámetros establecidos por la Sala de instancia según lo probado y no redargüidos de ilógicos en el ejercicio de la facultad valorativa que le corresponde, no olvida en su resolución el imperativo del art. 110 del Código Civil distribuyendo la atención alimentaria por igual entre ambos progenitores en una igualdad de posibilidades económicas según lo establecido, mancomunadamente, en el art. 145 del mismo Código y pasa a imponérsela al padre demandado sin dejar de tener en cuenta la que, por igual principio y posibilidad, compete a la madre demandante, fijación que la Sala hizo con absoluto respeto a lo prevenido en el art. 146 y a lo que de futuro contempla el art. 147 de dicho Código sin que esa valoración y conclusiones, ajustadas a las bases legalmente establecidas sean revisables en casación.

La diferencia de posibilidades económicas, de situaciones personales en el orden de

necesidades a satisfacer, tenidas presentes en la sentencia recurrida, suponen un acatamiento a la legalidad que no se desvirtúa por cuanto se aduce en el escrito de recurso—incluyendo la atribución que en la separación matrimonial se hizo del uso de la vivienda familiar— con referencia a estas partidas ajenas a la obligación alimentaria res-

pecto al hijo, de forma tal que al no haber infringido aquellos preceptos constitucionales en cuanto sancionan el principio de igualdad ni, en modo alguno, los que regulan los derechos sustantivos que a la filiación se corresponden desde la paternidad, aquí los de asistencia alimentaria, procede desestimar el motivo de recurso.

IV. MENORES

1. *Acogimiento de menores. Competencia.*

Tribunal Supremo, Sala 3.^a, Sentencia de 14 de marzo de 2001.
Ponente: Excmo. Sr. D. José María Álvarez-Cienfuegos Suárez.

Incompetencia del orden jurisdiccional administrativo para conocer de una petición de acogimiento formulada por los guardadores de hecho ante la presunta negativa de la entidad pública a promoverlo.

ANÁLISIS DEL CASO

- El menor M. nació en septiembre de 1993. Su madre era (y no consta que lo sea actualmente) toxicómana y se hallaba impedida para proporcionarle cuidados y atención inherentes a la patria potestad.
- D. Carmelo y D.^a María Dolores al tener conocimiento de la situación se prestaron a cuidar al menor, accediendo la madre a ello y entregándoselo cuando aún no tenía un mes.
- Con fecha 30 de noviembre de 1993, la entidad pública declaró al menor en situación de desamparo estimando que su madre biológica no se encontraba en condiciones de ejercer con normalidad la patria potestad (el padre falleció durante el embarazo), requiriendo al recurrente para que le hiciese entrega del menor, lo que tuvo lugar en los primeros días de febrero de 1994, ingresando el menor en un Centro Oficial autorizado al efecto.
- D. Carmelo y D.^a María Dolores interesaron ante la entidad pública el acogimiento del mismo, sin que dicha petición fuese expresamente contestada.

- D. Carmelo y D.^a María Dolores recurrieron a la vía administrativa y la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas, dictó el día 6 de mayo de 1995 sentencia estimando el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por Don Carmelo ordenando a la Dirección General de Protección del Menor y la Familia “que realice cuantos actos sean precisos en orden a formalizar el acogimiento del menor a favor de los recurrentes.
- La Letrado de la Comunidad Autónoma de Canarias interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

ANÁLISIS DEL CASO

La cuestión debatida en el recurso se reduce, exclusivamente, a la procedencia o improcedencia de la solicitud de acogimiento formulada en vía administrativa. Denegada presuntamente la petición de acogimiento efectuada por los guardadores de hecho del menor, en vía administrativa la Sala del TSJ de Canarias concedió dicho acogimiento, señalando que, como quiera que fuera la propia madre del menor la que hizo entrega voluntaria de éste a los recurrentes, ha de considerarse prestado el consentimiento de aquélla a los efectos del art. 173.2 del Código Civil.

La representación Letrada de la Comunidad Autónoma de Canarias alegó como motivo de oposición el exceso de jurisdicción derivado de la concesión del acogimiento, en virtud de la entrega voluntaria del menor efectuada por la madre, dando por cumplido el consentimiento que exige el art. 173 del Código Civil. Considera, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1994, que la jurisdicción es improrrogable, habiéndose producido, en este caso, un abuso o exceso de jurisdicción, pues la Sentencia ordena que se realicen los actos precisos en orden a formalizar el acogimiento del menor. Se parte de que la madre hizo entrega voluntaria de éste, por lo que se considera prestado su consentimiento, cuando todo ello constituye una cuestión civil, sujeta a la jurisdicción civil y no a la

contenciosa. En concreto, el art. 173.2 del Código Civil, establece el mecanismo que ha de seguirse en el acogimiento, con el consentimiento previo de la Entidad pública, de las personas que reciban al menor y, cuando sean conocidos los padres que no estuvieran privados de la patria potestad, será necesario que consientan el acogimiento, debiendo entenderse que dicho consentimiento ha de ser prestado por escrito. La declaración de acogimiento corresponde a la jurisdicción civil, no debiendo el Juez de lo Contencioso pronunciarse sobre el acogimiento del menor.

La Sala entra en primer lugar a examinar, como se pide por la Comunidad Autónoma recurrente si, a la vista del art. 95.1.1.^o de la Ley Jurisdiccional, la Sentencia de instancia ha incurrido en abuso o exceso en el ejercicio de la Jurisdicción, al tratarse, la cuestión sustanciada en el Recurso, de una cuestión civil cuyo conocimiento no corresponde a este orden jurisdiccional.

Desde esta perspectiva, conviene recordar que el art. 2.a) de la Ley de la Jurisdicción de 1956 determina que no corresponderán a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las cuestiones de índole civil atribuidas a la Jurisdicción Civil. Dicho precepto, por lo que a la delimitación objetiva del contenido material de esta Jurisdicción se refiere, debe completarse con lo dispuesto en el art. 1.1 de la Ley, donde se

establece que la Jurisdicción Contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración sujetos al Derecho administrativo.

De todo ello se puede concluir, como primera premisa, que no todo acto de una Administración Pública, por este solo hecho, queda sometido a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, será necesario, además, que se trate de actos sometidos al derecho administrativo.

En el presente supuesto, los preceptos invocados, tanto para fundar el Recurso como para mostrar su oposición al mismo, se circunscriben a los arts. 172 y siguientes del Código Civil, relativos a la adopción y a otras formas de protección de menores, en concreto, el acogimiento que declara la Sentencia de instancia.

Estamos, por tanto, en presencia de una cuestión civil cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria.

La presencia de una entidad pública, encargada de la guarda y acogimiento de los menores, no desvirtúa estas conclusiones, como precisa el Auto de esta Sala de 28 de septiembre de 1994: "...Es el fundamento esencial de la pretensión que en cada caso se formula lo que, por principio, delimita el orden jurisdiccional competente. Las pretensiones basadas en normas de naturaleza civil competen a la jurisdicción civil [art. 2.a)],

aunque se encuentre presente en la relación una Administración Pública...".

De todo ello se deduce que deba admitirse este primer motivo, pues las cuestiones relativas a la adopción o acogimiento de menores, así como los eventuales derechos que al respecto puedan ejercer los padres biológicos corresponden al Juez civil, con intervención del Ministerio Fiscal, como se deduce de la Doctrina recogida en las Sentencias del Tribunal Constitucional 143/1990, 298/1993 y 114/1997.

En ellas se advierte que en los procedimientos de acogimiento y de adopción ante el Juzgado de Familia, se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia. Tanto los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen.

Procede, en consecuencia, estimar el primer motivo y declarar el exceso de jurisdicción cometido por la Sentencia de instancia al conocer de una cuestión de naturaleza civil, ajena a este orden jurisdiccional.

Una vez anulada la Sentencia de instancia, la Sala debe declarar la incompetencia jurisdiccional, en los términos establecidos en el art. 5.3 de la Ley de la Jurisdicción, indicando a los interesados que pueden acudir a la Jurisdicción civil para el ejercicio y defensa de sus derechos.

2. *Privación de la patria potestad.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 3 de mayo de 2001.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

Procedimientos admisibles para obtener la privación de la patria potestad de un progenitor sobre sus hijos.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 19 de octubre de 1988 recayó sentencia de divorcio en la que se atribuía la guarda y custodia del hijo menor a la madre, con régimen de visitas del padre a su hijo y con obligación de éste de abonar diez mil pesetas mensuales de alimentos, así como la mitad de los gastos médicos del menor.
- D.^a Julia promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D. Rafael Antonio sobre solicitud de privación de la patria potestad y en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: “Que se prive al demandado, D. Rafael, de la patria potestad respecto de su hijo D. Roberto siendo mi mandante, D.^a Julia la que con carácter exclusivo ejercite la patria potestad sobre el mismo y todo ello con expresa imposición al mismo de las costas del presente procedimiento”.
- 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 íntegramente la demanda instada de contrario con expresa imposición al demandante de las costas del procedimiento”.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de Granada dictó sentencia el 5 de mayo de 1995 desestimando la demanda.
- En grado de apelación la Sec. 3.^a de la AP de Granada dictó Auto el 6 de febrero de 1996 decretando la nulidad de lo actuado en un procedimiento inadecuado, sin hacer mención especial de las costas causadas en ambas instancias.
- D. Rafael interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, acordándose que la AP dicte sentencia resolviendo el recurso de apelación.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sala entendió que la pretensión ejercida por la madre estaba basada en una alteración sustancial de lo establecido en los artículos 90 y 91 de dicho Cuerpo legal, que faculta la modificación de las medidas, entre las que se encuentran las del artículo 92 relativas a la privación de la patria potestad, así como para el ejercicio total o parcial por uno de los cónyuges, por lo que debía se-

guirse para la modificación el trámite de los incidentes. No obstante oponerse tanto el Ministerio Fiscal, como ambas partes litigantes, la Sala de instancia mantuvo su acuerdo.

El Ministerio Fiscal señaló en su escrito que aunque la privación de la patria potestad pudiera ser entendida como modificación de

medidas dictadas en un proceso matrimonial anterior y por tanto sustanciarse por el trámite de los incidentes, no es óbice para que pueda acordarse por otras vías procesales, como la sentencia dictada en causa criminal o la dictada en proceso civil correspondiente a la materia, que es el de menor cuantía y todo ello en interpretación del art. 170 del Código Civil. Entendiendo que el de menor cuantía concede más garantías procesales y, por aplicación del principio de economía procesal, estimaba adecuado el procedimiento seguido.

La defensa del demandado estimó que la demanda planteada no conllevaba la modificación de ninguna de las medidas adoptadas en la sentencia de divorcio, que lo único que hace es otorgar la guarda y custodia a la madre y señalar un régimen de visitas a favor del padre. La patria potestad no ha sido alterada respecto de la situación anterior. Por tanto estimaba que no había existido inadecuación del procedimiento.

Finalmente, la actora y apelante hacía constar que había consultado verbalmente al Juzgado de Familia sobre el procedimiento a seguir y la experiencia de haberse tramitado en otras ocasiones anteriores igual tipo de procedimiento por el trámite de menor cuantía, en aplicación del art. 484.2 de la LEC, debiendo además prevalecer el procedimiento que ofrece mayores garantías.

El recurso es acogido por el Tribunal Supremo. El art. 484.2 de la derogada LEC señala que se decidirán en el juicio de menor cuantía, las demandas “relativas a filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas”. Parte inexactamente y con equivocación la *ratio* y argumentación del auto recurrido de que lo que se intenta en este procedimiento de menor cuantía es la modificación de una medida acordada en una sentencia de divorcio y utilizando un procedimiento distinto del regulado en el apartado 8.º de la Disposición Sexta de la Ley 30/1981, que prescribe que las ulteriores solicitudes de modificación del convenio o de las medidas judiciales, por variación en las circunstancias tenidas

en consideración, se tramitarán por el mismo procedimiento seguido para su adopción”. Pero no se trata de ninguna modificación de medidas acordadas en el precedente divorcio. Lo acordado en el precedente fallo no hace ninguna mención sobre la patria potestad, tema *decidendi* exclusivo de la pretensión y del juicio del que dimana esta resolución. Lo único que acuerda tal fallo es el otorgamiento de la guarda y custodia del hijo menor a la madre y establece en favor del padre un régimen de visitas. Pero, además, el párrafo primero del artículo 170 del Código Civil señala que “el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. A la vista de dicho precepto se deduce que se puede producir la privación de la patria potestad por tres cauces o vías diferentes:

a) Por sentencia dictada en causa criminal, en que en determinadas clases de infracciones punibles puede decretarse. En el Código penal figuran entre las penas privativas de derechos, la inhabilitación especial de los derechos de patria potestad [art. 39.b)] que según el art. 46 “priva al penado de los derechos inherentes” a la patria potestad y que se aplica para las agresiones sexuales, abusos sexuales y otros delitos contra la libertad sexual (art. 192.2), para la suposición de parte, la ocultación o entrega a terceros de un hijo para alterar o modificar la filiación y la sustitución de un niño por otro (art. 220.4), la entrega de un hijo a otra persona, eludiendo los procedimientos de guarda, acogimiento o adopción (art. 222.1), en abandono de familia (art. 226.1), abandono de menores o incapaces (art. 233.1) en los casos en que la Autoridad Gubernativa tenga conocimiento de que un menor de edad o incapaz se halle en estado de prostitución, sea o no con su voluntad, pero con anuencia de las personas que ejerzan sobre él autoridad familiar (Disposición Adicional Segunda).

b) Por sentencia dictada en causa matrimonial de separación, nulidad o divorcio en cuya sentencia podrá acordarse la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello (art. 92.3 del Código Civil).

c) Por sentencia civil dictada en juicio de menor cuantía (art. 484.2 de la LEC). Rechazado el supuesto de causa penal, que no existe y planteada la pretensión de privación de la patria potestad fuera del procedimiento matrimonial, resulta obvio que nos encontramos en el supuesto último. No sólo se ha producido fuera del proceso de divorcio, sino muy distanciado en el tiempo. No se trata de una modificación de medidas acordadas en el precedente proceso matrimonial, mucho más cuando la sentencia de divorcio no tocó el tema de la privación total o parcial de la patria potestad. La Sala *a quo* ha hecho aplicación errónea de las Disposiciones 5.^a y 6.^a a 8.^a de la Ley 30/1981, no pudiendo deducirse que por haber existido con anterioridad a este proceso otro matrimonial de divorcio, implica esta nueva pretensión una modificación de algo inexistente que nunca se acordó, ni se planteó, por lo que la vía seguida es la única adecuada. Por ello no resulta coherente que la resolución impugnada (fundamento jurídico segundo) reco-

nozca que en la sentencia de divorcio mantiene la patria potestad en ambos cónyuges por no apreciar causa que conlleve la privación total o parcial y luego, a continuación, que es una alteración de las circunstancias esenciales tenidas en cuenta judicialmente para mantener en ambos padres la potestad compartida, estimando obligado a seguir por ello el procedimiento de los incidentes. Hay que concluir: a) Que no se decretó medida alguna sobre la patria potestad. b) Que la acción ejercitada se basa en hechos posteriores a aquella sentencia de divorcio, hechos nuevos. c) Que el procedimiento de menor cuantía presenta mayores garantías para la tutela de los derechos de los litigantes que el juicio de incidentes. El motivo debe ser acogido.

El acogimiento del primer motivo hace innecesario el examen del último que viene a ser mera reproducción del precedente. En cuanto a los efectos de tal estimación, será la de la anulación del auto recurrido, que queda sin efecto y reponer las actuaciones a tal momento del recurso de apelación para que el Tribunal “a quo” dicte sentencia sobre el fondo planteado por el recurso, esperando de la Sala de instancia la tramitación sin dilaciones del recurso de apelación sobre el fondo.

V. CONVENIO REGULADOR

1. *Convenio regulador de separación.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 23 de mayo de 2001.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

Las manifestaciones hechas por la esposa en el convenio regulador de la separación matrimonial, en el sentido de reconocer que su esposo era el propietario de un inmueble, la vinculan y es suficiente para la declaración de propiedad.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Antonio instó demanda de menor cuantía contra D.^ª María del Carmen, D.^ª Catalina y D. Bartolomé, y alegando que su esposa D.^ª María del Carmen adquirió cuando convivían, una vivienda, que se describía en la demanda, con dinero del actor, solicitaba que se dictase sentencia por la que: “a) Se declare que D. Antonio es el titular-propietario de la finca sita en C/D., de Son Sardina; b) Declarar nula e inexistente la escritura publica de compraventa otorgada por D. Bartolomé y D.^ª Catalina a favor de D.^ª María del Carmen el 10 de octubre de 1977, y en consecuencia que no produce efecto jurídico alguno como tal y nulo el título de expresión de la compraventa otorgada por dicho fedatario público; c) Que como consecuencia de ser nula la compraventa y el título de su expresión, es nula la inscripción en el Registro de la Propiedad y procede su cancelación total; d) Se condene a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones, a su cumplimiento, y a realizar cuantos actos jurídicos sean precisos para que D. Antonio se convierta en titular propietario de la finca, así como condenar a los demandados al pago de las costas del litigio”.
- Admitida a trámite la demanda y emplazados los mencionados demandados, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia por la que se desestimase la demanda en todos su términos con expresa imposición de costas a la parte actora.
- El Juzgado de 1.^ª Instancia n.º 5 de Palma de Mallorca dictó sentencia el 18 de julio de 1994 estimando parcialmente la demanda y declarando que D. Antonio es el único propietario de la finca sita en C/ D., de Son Sardina, ordenando que una vez firme la presente resolución se inscriba la propiedad conforme lo declarado, cancelando la inscripción que figura en el Registro de la Propiedad a nombre de la demandada D.^ª María del Carmen. Las costas se imponen a la parte demandada.
- En grado de apelación, la Sec. 3.^ª de la AP de Palma de Mallorca dictó sentencia el 5 de febrero de 1996, estimando el recurso interpuesto por D.^ª María del Carmen, y desestimando el interpuesto por D. Antonio, se revoca la sentencia y se desestima íntegramente la demanda.
- D. Antonio interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que declaró que la finca pertenecía a D. Antonio.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado los motivos de estricta técnica casacional, debe centrarse la atención en el motivo de impugnación por infracción del art. 1.091 CC en relación con los arts. 1.225, 1.278 y 1.281 del CC. Se fundamenta en que el convenio regulador de

la separación matrimonial del recurrente con la demandada, aprobado judicialmente, en su pacto segundo se dice textualmente: “Por lo que respecta al uso de la que fue vivienda conyugal, sita en la calle del D. (Son Sardina), habitada actualmente por la familia, es y seguirá siendo de la entera propiedad del marido ya que con su dinero fue comprada y pagada.... Serán por cuenta del esposo las contribuciones, arbitrios e impuestos que graven dicho inmueble, así como todos los gastos que pudieran ocasionarse con motivo del suministro de electricidad y agua”. El recurrente sostiene que la sentencia objeto de este recurso no otorga valor probatorio al convenio, pero por tratarse de un documento privado reconocido legalmente y estando sus términos meridianamente claros, se han infringido los preceptos que se han citado y jurisprudencia que los interpreta.

Para juzgar este motivo, ha de partirse de las declaraciones de la Audiencia de Palma de Mallorca sobre el convenio regulador antedicho. Lo estima, dice textualmente, “insuficiente para destruir la presunción de ti-

tularidad que la inscripción registral proclama y para el triunfo de la acción declarativa contradictoria del dominio que se ejercita en cuanto en el presente proceso no existe prueba directa y concluyente del referido pago por el demandante del total precio de la compra de la finca de autos”.

El motivo es estimado por el Tribunal Supremo. La Audiencia entiende que el demandante no es el verdadero titular de la vivienda porque no ha probado que pagó el precio, en otras palabras, hace depender lo primero de la prueba de lo segundo. Así las cosas, sus declaraciones no tienen en cuenta que en el convenio regulador se produjeron manifestaciones de voluntad de ciencia o conocimiento, a saber, que la demandada había recibido dinero para la compra de la vivienda y que con él la realizó. No se ve la razón legal por la que el demandante tuviese la carga de probar el pago del precio de adquisición con su dinero, cuando existe aquella manifestación de la parte demandada que le perjudica y a él le favorece, y que la primera está obligada a respetar y a estar y pasar por ella.

VI. PROCESAL

1. *Recurso extraordinario por infracción procesal.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^ª, Auto de 16 de mayo de 2001.

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

Denegación de la queja planteada por inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra una sentencia de separación, al no estar incardinada la misma en ninguno de los números 1 y 2 del art. 477 de la LEC (protección jurisdiccional de los derechos fundamentales o juicio declarativo tramitado por razón de la cuantía que exceda de 25.000.000 pts.).

ANÁLISIS DEL CASO

- La Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó auto con fecha 18 de febrero de 2001, declarando no haber lugar a tener por preparado recurso extraordinario por infracción procesal por la representación de D. Juan contra la Sentencia de fecha 30 de enero anterior dictada por dicho Tribunal, habiéndose interpuesto recurso de reposición contra dicha resolución denegatoria, que fue desestimado por Auto de 16 de marzo de 2001.
- Contra dicho auto D. Juan interpuso recurso de queja por entender que cabía recurso extraordinario por infracción procesal y que debía tramitarse el mismo, siendo desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DEL AUTO

Dictada sentencia resolviendo el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia recaída en un procedimiento de separación, el esposo anunció recurso extraordinario por infracción procesal siendo denegado por la Audiencia Provincial en aplicación de la Disposición final decimosexta, apartado 1, regla 2.^a de la LEC 2000.

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, introdujo una importante modificación en el recurso de casación, al escindir el quebrantamiento de forma y la infracción de ley sustantiva, correspondiendo el primero al ámbito del recurso extraordinario por infracción procesal y la segunda al recurso de casación, existiendo en el articulado de la nueva LEC 2000 unas normas sobre competencia radicalmente distintas a la legislación procesal anterior, al atribuir el conocimiento del recurso por infracción procesal a los Tribunales Superiores de Justicia (art. 468 LEC 2000), mientras que corresponde al Tribunal Supremo el de casación (art. 478 LEC 2000), sin embargo este régimen se halla supeditado a una reforma legislativa de naturaleza orgánica, de incierto horizonte temporal, pues ningún proyecto se conoce al respecto, habiendo comenzado la vigencia de la LEC 2000 con un régimen provisional en materia de recursos extraordinarios, regulado en la Disposición final

decimosexta, que difiere sustancialmente con el articulado, y en base al cual incumbe al Tribunal Supremo el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal, el cual solamente podrá presentarse sin formular recurso de casación frente a las resoluciones recurribles a que se refieren los números 1.^o y 2.^o del art. 477.2, según establece taxativamente la regla segunda de esta Disp. final decimosexta, en su apartado primero.

El régimen transitorio contenido en la correspondiente Disposición tercera de la LEC 2000 determina que las Sentencias de segunda instancia, dictadas con fecha posterior a su entrada en vigor, el día 8 de enero de 2001, serán susceptibles de acceso a los recursos extraordinarios en base a lo previsto en el art. 477.2 LEC 2000, lo que exige una labor de homologación y equiparación para aplicar esta nueva norma a unos procesos iniciados al amparo de la legislación procesal anterior, siendo evidente que un juicio que tiene por objeto la separación matrimonial no tiene encaje en ninguno de los dos primeros supuestos del mencionado art. 477.2 LEC 2000, pues ni versa sobre la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, ni se trata de un juicio declarativo tramitado por razón de la cuantía, sino de un procedimiento específico por razón de

la materia, regulado en la Disposición adicional quinta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por lo que debe necesariamente incurriarse en el supuesto de recurribilidad del n.º 3 de ese art. 477.2, que contempla la existencia de “interés casacional”. La consecuencia de hallarse la vía de acceso al recurso en el reiterado art. 477.2 n.º 3.º LEC 2000, es la imposibilidad de presentar única y separadamente el recurso extraordinario por infracción procesal, por vedarlo la refe-

rida Disposición final decimosexta, apartado uno, regla 2.ª de la LEC 2000, por lo que correcta fue la denegación acordada por la Audiencia Provincial en un Auto en el que, impecablemente, se dan las razones jurídicas para denegar la tramitación del recurso extraordinario intentado, de modo que ningún reproche de falta de motivación puede aceptarse. En suma fue correctamente rechazada la preparación del recurso extraordinario y la queja debe ser desestimada.

VII. SUCESIONES

1. *Disposición de bienes en fraude de acreedores.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de abril de 2001.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

Rescisión de la donación efectuada por el padre a favor de los hijos y nietos al haberse efectuado en fraude de acreedores. Al acreedor que ejerce la acción rescisoria no se le puede gravar con una prueba negativa (que el deudor carece de bienes) de modo que la conducta del demandado pueda ser pasiva, por lo que le bastará con acreditar una persecución de bienes que conoce o debió conocer según las circunstancias del caso.

ANÁLISIS DEL CASO

- La entidad Banco S. interpuso demanda de menor cuantía contra D. Antonio y sus hijos D.ª Mar, D. Juan Antonio y D.ª Virginia y contra D. Juan, D.ª Juana, D.ª Guillerma y D.ª Vicenta, en la que solicitaba se dictase sentencia por la que: “a) Declarase rescindida la donación otorgada por D. Antonio a sus tres hijos D.ª Mar, D. Juan Antonio, y D.ª Virginia, por terceras e iguales partes, por ser en fraude de acreedores, de la mitad indivisa de las fincas registrales número ...; b) Declarar rescindida la donación otorgada por D. Juan y su esposa D.ª Juana a su hija D.ª Vicenta, por ser en

fraude de acreedores, de la finca registral núm. ...; c) Declarar rescindida la donación otorgada por D. Juan y su esposa D.^a Juana a sus hijas D.^a Guillerma y D.^a Vicenta y a sus nietos D.^a Mar, D. Juan Antonio y D.^a Virginia (Un tercio a cada una de las dos primeras y el tercio restante a los otros tres) por ser en fraude de acreedores”.

- Los demandados se personaron en autos y contestaron a la demanda solicitando su desestimación.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Trujillo dictó sentencia el 1 de septiembre de 1995 estimando la demanda y declarando rescindidas las referidas donaciones.
- En grado de apelación, la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Cáceres dictó sentencia el 9 de febrero de 1996 desestimando el recurso de apelación.
- D. Juan, D.^a Juana, D.^a Vicenta, D. Antonio y D.^a Guillerma interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La primera cuestión que suscitan los recurrentes está relacionada con la legitimación pasiva de los nietos, al ser menores de edad, al considerar los mismos que se ha infringido el art. 359 LEC porque la sentencia de la Audiencia “dice confirmar íntegramente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Trujillo, a pesar de que se dice en el Fallo que se condenaba a los menores representados por su padre, mientras que en el Fallo de la sentencia del Juzgado de Trujillo de fecha 1 de septiembre de 1995, se condenaba a los menores sin hacer mención a su condición de representados, transcribiendo literalmente el suplico de la demanda”. El motivo es rechazado por el Tribunal Supremo pues en su extenso desarrollo no hay ningún párrafo ni línea en que se diga que los menores, que han estado en todo el desarrollo del proceso representados por su padre, hayan sufrido indefensión material. Se confunde una hipotética infracción procesal con aquella indefensión. Por otra parte, no se alcanza qué importancia puede tener que se demande a los menores repre-

sentados por su padre D. Antonio (así se lee en el encabezamiento de la demanda), en lugar de demandar al mismo por sí y como representante legal de sus hijos. Los mismos han de ser legitimados pasivos necesariamente, porque adquieren mediante las donaciones que se impugnan por fraude de acreedores. En el segundo motivo se vuelve a insistir en esta cuestión alegando que no se ha apreciado la excepción dilatoria del 533 LEC, en relación con el art. 1.263 CC. Se dice que la sentencia recurrida condena a tres menores de edad, que no están legitimados para el proceso al no tener capacidad procesal para comparecer en juicio. El motivo se rechaza como una consecuencia de lo expuesto anteriormente.

En otro orden de cosas, entienden los recurrentes que no se dan en el presente caso los requisitos exigidos por la jurisprudencia para rescindir los negocios en fraude de acreedores en relación con las donaciones litigiosas. A tal efecto, el Tribunal Supremo analiza cada una de las donaciones:

A) Donación efectuada por D. Antonio a sus tres hijos menores.

Se alega frente a la acción del banco contra los fiadores solidarios de su deudor “Construcciones A., S.A.”, entre los que figura el citado D. Antonio, que el acreedor no ha probado que las donaciones fuesen los únicos bienes de su propiedad en la fecha en que se concedió el crédito, ni ha acreditado la insolvencia del prestatario “Construcciones A., S.A.”, ni que la donación fuera en fraude de acreedores, pues no ha causado ningún perjuicio al acreedor, ya que existían cargas anteriores sobre las fincas donadas anteriores al acto dispositivo que hacía imposible que el Banco cobrase su deuda. Se dice también que la sentencia no puede ejecutarse por haber pasado las fincas a tercero al habersele adjudicado en subasta.

Los motivos se desestiman por el Tribunal Supremo con los siguientes argumentos:

1.º Al acreedor que ejercita la acción rescisoria de actos y contratos celebrados en fraude de acreedores no se le puede gravar con una prueba negativa (que el deudor carece de bienes) de modo que la conducta del demandado pueda ser pasiva, es decir, que puede abstenerse de la alegación fácil y accesible para él de hechos positivos que deslegitimarían al acreedor accionante, cual es que tiene bienes realizables que no se han perseguido. Sería tanto como obligarle a una prueba diabólica, por lo que a aquel acreedor le bastará con acreditar una persecución de bienes que conoce o debió conocer según las circunstancias del caso. Cabalmente se cumplen estas prescripciones aquí, pues en la diligencia de requerimiento de pago y embargo en el juicio ejecutivo seguido con anterioridad al declarativo que nos ocupa por el Banco contra sus deudores, éstos no manifestaron ningún bien para su traba, siendo el acreedor el que lo hizo con la información registral que ya tenía, limitándose aquellos deudores a decir que esos bienes no eran suyos ya por haberse donado. Venir ahora con la exigencia de la prueba

diabólica de la que se ha hablado es, cuando menos, extravagante.

2.º El procedimiento a que da lugar el ejercicio de la acción pauliana nada tiene que ver con la situación jurídica del deudor demandado en su cualidad de fiador solidario del prestatario afianzado. El acreedor no acciona contra él en razón de las normas sobre la fianza solidaria, sino por la vulneración de sus legítimas expectativas de cobro, fundadas en el principio de la responsabilidad universal (art. 1911 Cód. civ.). Además de todo ello, el motivo que se juzga olvida que el deudor fue afianzado solidariamente por los recurrentes, por lo que el acreedor en ningún caso tendría que perseguir y realizar bienes del obligado principal antes de dirigir su acción contra ellos (arts. 1822 y 1831.2.º Cód. civ. EDC 1889/1, EDC 1889/1).

3.º La donación es un acto gratuito que por sí mismo se considera, con presunción *iuris tantum*, realizado en fraude de acreedores (art. 1.297 y 643 CC). El que los bienes objeto de la misma estuviesen gravados con cargas al afianzar solidariamente no constituyen la demostración contraria a esa presunción, porque no es en este pleito donde pueden resolverse las preferencias de aquellas cargas entre sí, sino la tercería de mejor derecho, ni sobre ninguna otra vicisitud más relativas a las mismas, como su oposición al Banco demandante (no son partes procesales aquí los acreedores titulares de las susodichas cargas) ni sobre la protección de terceros adquirentes en la subasta judicial de los bienes a efectos de lo dispuesto en el art. 1295 Cód. civ., que no se cita como infringido.

B) Donación efectuada por D. Juan y su esposa a su hija.

Se alega que el Banco no ha demostrado que careciesen de otros bienes y que no existe *consilium fraudis*. Estas alegaciones son rechazadas por las razones dadas anteriormente, y porque en los actos gratuitos el fraude se presume *iuris tantum* según se

dijo, no es necesario demostrar ningún concierto del donatario con los donantes. No menos inadmisibles es el peregrino argumento de que la vivienda ya se la habían legado en testamento en 1991 y la póliza de crédito se afianzó en 1993. Subrayan los recurrentes que con la donación se formalizó el acto dispositivo que tuvo lugar tres años después, con lo que pretenden que esta Sala entienda que el testamento tenga efectos patrimoniales ante la muerte del testador, lo cual es algo que incide en el despropósito.

C) Donación realizada por D. Juan y su esposa a sus hijas y a tres nietos.

Vuelven a defender la inexistencia del fraude porque las donaciones son plasmación de los acuerdos sobre partición de bienes que se hicieron con los hijos en 1991. Es rechazable esta argumentación, porque la partición de bienes de la futura herencia en modo alguno vincula a los causantes hasta el momento de su fallecimiento, ni les obligan a hacer actos *inter vivos* como consecuencia de ella; su voluntad es ambulatoria hasta el momento de la muerte.

2. Valoración de la vivienda de protección oficial.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 11 de mayo de 2001.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

Valoración de la vivienda de protección oficial conforme al precio de mercado, sin bien habrá que restarle el importe a que se eleven los gastos para la descalificación de la protección oficial en la época de la valoración.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José y D.^a Rosa interpusieron demanda de menor cuantía contra D. Guillermo solicitando que se dicte sentencia “que declarase a los legitimarios de la herencia de la finada D.^a Teresa; que se fijase el importe de la legítima que corresponde a los actores, y al propio tiempo se condenase al demandado al pago de la mitad de la legítima a fijar en autos más los intereses legales y las costas del procedimiento”.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de Barcelona dictó sentencia el 29 de septiembre de 1994 estimando parcialmente la demanda y declarando “el derecho a la legítima de los actores en la cuarta parte de la cantidad de 13.723.268 ptas. más interés legal devengado desde el 8 de octubre de 1990, con expresa imposición de costas a la parte demandada”.
- En grado de apelación, la Sección 14.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia el 19 de febrero de 1996 declarando que los actores son

legitimarios por mitad de D.^a M.^a Teresa y que en consecuencia tienen derecho a percibir su cuota legitimaria en pleno dominio y libre de todo gravamen, fijando el importe total de la legítima en 16.566.443 pesetas, condenando a D. Guillermo a su pago, así como al pago de los intereses legales desde el fallecimiento y las costas de 1.^a Instancia, sin hacer declaración especial respecto a las costas de esta alzada.

- D. Guillermo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo básico del recurso se centra en la valoración de los bienes, alegando el recurrente que la sentencia de instancia ha infringido los arts. 28 y 29 de la Ley de Viviendas de Protección Oficial (R.D. 2960/76, de 12 de noviembre) y las sentencias de esta Sala que se citan. La tesis que se mantiene en la fundamentación del motivo es la de que estas viviendas han de valorarse de acuerdo a los precios legales tasados, no con arreglo a valor de mercado como ha hecho la sentencia recurrida. Se resalta además, que él vendió la vivienda heredada de su esposa de acuerdo a la normativa legal.

El motivo se desestima en cuanto al último argumento, pues la valoración de los bienes hereditarios no puede en modo alguno dejarse al albur de lo que el vendedor hubiera obtenido por ellos. Los legitimarios (en el derecho civil catalán lo mismo que en el Código Civil) tienen derecho a una valoración objetiva. Tampoco es admisible la sujeción a este fin a los precios legales, que están dados para la venta y el arrendamiento, sin que ello signifique acoger por entero

el criterio de la Audiencia, que se atiene al valor del mercado. En efecto, la vivienda de protección oficial tiene un valor en el mercado libre que no coincide con el valor legal. Pero para que entre legalmente en el mercado libre a sus precios, ha de descalificarse, lo que implica devolución de ayudas y subvenciones públicas, que son las que hacen posible esa discordancia entre los precios legales y los precios del mercado en beneficio de los que acceden a esta clase de viviendas.

La sentencia de esta Sala de 11 de julio de 1995 declaró, aunque para la valoración de patrimonios conyugales a la hora de disolverse y liquidarse, pero aplicable por una razón de clara analogía a la del patrimonio hereditario, que era procedente la valoración a precios de mercado.

Este criterio se mantiene en esta resolución, si bien se matiza en el sentido de que al valor en cuestión ha de restársele el importe a que asciendan los gastos que lleve consigo la descalificación de la protección oficial en la época de la valoración.

VIII. RESPONSABILIDAD CIVIL

1. *Demanda de responsabilidad civil contra procurador y abogado que tramitaron la separación.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de mayo de 2001.

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

Inexistencia de responsabilidad civil del abogado y procurador que asistieron al esposo en el procedimiento de separación, ya que cualquiera que hubiese sido la actuación diligente por parte de estos profesionales del derecho, ello no hubiera supuesto el éxito seguro de la pretensión —obtener la guarda y custodia— pues esto depende de la decisión judicial que finalmente se adopte.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Luis Fernando interpuso demanda de menor cuantía contra D. Román y D. José, procurador y abogado que le asistieron en el procedimiento de separación matrimonial, solicitando se dicte sentencia por la que se les condene a pagar al actor la cantidad de 20.000.000 de pesetas, en concepto de daños y perjuicios psicológicos, morales y económicos; más todas aquellas cantidades que se generen en el transcurso del pleito, e intereses legales y costas.
- D. José y D. Román contestaron a la demanda, oponiendo a la misma los hechos y fundamentos de derecho que tuvieron por conveniente para terminar suplicando sentencia por la que se desestime íntegramente dicha demanda rechazando todas sus pretensiones e imponiendo las costas de este procedimiento al citado demandante por su evidente temeridad y mala fe.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 7 de Elche dictó sentencia el 11 de abril de 1995 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Alicante dictó sentencia el 13 de febrero de 1996 desestimando el recurso interpuesto por D. Luis Fernando.
- D. Luis Fernando interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Planteándose en el recurso una responsabilidad civil profesional de Abogado y Procurador demandados, el Tribunal Supremo señala, como síntesis doctrinal que, en el encargo al Abogado por su cliente, es obvio que se está en presencia por lo general y al margen de otras prestaciones, en su caso, conexas de un arrendamiento de servicios o *locatio operarum* en mejor modo, incluso, siguiendo la nueva terminología del Proyecto de Reforma del Código Civil... “contrato de servicios”, en la idea de que una persona con el título de Abogado o Procurador se obliga a prestar unos determinados servicios, esto es, el desempeño de la actividad profesional a quien acude al mismo acuciado por la necesidad o problema solicitando la asistencia consistente en la correspondiente defensa judicial o extrajudicial de los intereses confiados; el Abogado, pues, comparte una obligación de medios, obligándose exclusivamente a desplegar sus actividades con la debida diligencia y acorde con su *lex artis*, sin que por lo tanto garantice o se comprometa al resultado de la misma, —*locatio operis*— el éxito de la pretensión; y en cuanto los deberes que comprende esa obligación, habida cuenta la específica profesión del abogado, no es posible efectuar de antemano un elenco cerrado de deberes u obligaciones que incumben al profesional en el desempeño de su función, por cuanto se podía, por un lado, pensar que tales deberes en una versión sintética se reducen a la ejecución de esa prestación, de tal suerte que se enderece la misma al designio o la finalidad pretendida, en el bien entendido —se repite una vez más—, como abundante jurisprudencia sostiene al respecto, que esa prestación no es de resultado sino de medios, de tal suerte que el profesional se obliga efectivamente a desempeñarla bien, con esa finalidad, sin que se comprometa ni garantice el resultado correspondiente. De consiguiente, también en otra versión podrían desmenuzarse todos aquellos deberes o comportamientos que integran esa presta-

ción o en las respectivas conductas a que pueda dar lugar o motivar el ejercicio de esa prestación medial en pos a la cual, se afirma la responsabilidad; *ad exemplum*: informar de “pros y contras”, riesgo del asunto o conveniencia o no del acceso judicial, costos, gravedad de la situación, probabilidad de éxito o fracaso, lealtad y honestidad en el desempeño del encargo, respeto y observancia escrupulosa en Leyes Procesales, y cómo no, aplicación al problema de los indispensables conocimientos de la Ley y del Derecho; por tanto y, ya en sede de su responsabilidad, todo lo que suponga un apartamiento de las circunstancias que integran esa obligación o infracción de esos deberes, y partiendo de que se está en la esfera de una responsabilidad subjetiva de corte contractual, en donde no opera la inversión de la carga de la prueba, será preciso, pues, como *prius* en ese juicio de reproche, acreditar la culpabilidad, siempre y cuando quepa imputársela personalmente al abogado interviniente (sin que se dude que, a tenor del principio general del art. 1214 en relación con el 1183 C.c. *a sensu* excluyente, dentro de esta responsabilidad contractual, será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que deba probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual *ab initio*, goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional) sin que, por ello, deba responderse por las actuaciones de cualquier otro profesional que coadyuve o coopere a la intervención; Que la obligación del Abogado, de indemnizar los daños y perjuicios ha de surgir de la omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales atendidas las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y las particulares circunstancias del caso y teniendo en cuenta que una vez acreditado el nexo causal entre la conducta del letrado y la realidad del daño, emergerá la responsabilidad de aquél y su obligación de repararlo, sin que, por lo general, ese daño equivalga a la no obtención del resultado de la pre-

tensión confiada o reclamación judicial: eventos de futuro que, por su devenir aleatorio al concurso o socaire no sólo de una diligente conducta sino del acierto en la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria, escapen o distorsionen una arriesgada estructuración anticipada. Son normas de su propia adscripción colegial: Destacan las referencias específicas del Estatuto General de la Abogacía aprobado por RD 2290/82 de 24 de julio, BOE 2-9-1989, sobre deberes profesionales y esfera específica de responsabilidad, que, como es sabido, son normas corporativas sobre la materia (sin relevancia casacional según SS. 6-2-96 y 25-6-98, entre otras), no obstante, por su interés, se transcribe su contenido:

Artículo 8: “La Abogacía es una profesión libre e independiente e institución consagrada, en orden a la Justicia, al consejo, a la concordia y a la defensa de derechos e intereses públicos y privados, mediante la aplicación de la ciencia y técnica jurídicas...”

Artículo 9: “Corresponde a la abogacía de forma exclusiva y excluyente la protección de todos los intereses que sean susceptibles de defensa jurídica...”

Artículo 53 : “Son obligaciones del Abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de la relación contractual que entre ellos existe, la del cumplimiento, con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional, de la misión de defensa que le sea encomendada. En el desempeño de esta función se atenderá el Abogado a las exigencias técnicas, deontológicas y morales adecuadas a la tutela jurídica de cada asunto”.

Artículo 54: “El Abogado realizará diligentemente las actividades que le imponga la defensa del asunto confiado. Podrá auxiliarse en la práctica de tales actividades de sus colaboradores u otros compañeros”.

Y asimismo una síntesis jurisprudencial se encuentra entre otras en S. 11-11-97: “ha de tenerse en cuenta que los daños y perjuicios, a cuya indemnización obliga, todo incumplimiento contractual culpable, son no solamente los materiales o económicos, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante (artículo 1106 del Código Civil), sino también los daños morales que directamente se deriven de aquél, siempre que unos u otros (o los dos), aparezcan debidamente probados. En el presente supuesto litigioso, que presenta unas muy atípicas o peculiares connotaciones, no se ha probado la existencia de perjuicio material o económico alguno, ya que resulta totalmente imposible saber, sin introducirnos en el resbaladizo y absolutamente inadmisibles terreno de las conjeturas, cuál hubiera podido ser el tratamiento (estimatorio o desestimatorio) que habrían recibido los tres frustrados (por la no personación del Procurador demandado) recursos de apelación anteriormente referidos, en cambio, sí aparece probado el perjuicio o daño moral que sufrieron los demandantes, aquí recurridos, al verse irremisiblemente privados, por la negligente conducta de dicho Procurador, “del derecho, que les asistía a que su demanda fuera estudiada por el Tribunal de Apelación y, en su caso, por el Tribunal Supremo”.

S. 28-1-98: “La calificación jurídica de la relación contractual entre abogado y cliente es, en éste y en la inmensa mayoría de los casos (salvo muy concretas excepciones) de contrato de prestación de servicios que define el artículo 1.544 del Código Civil. La prestación de servicios, como relación personal *intuitu personae*, incluye el deber de cumplirlos y un deber de fidelidad que deriva de la norma general del artículo 1.258 del Código Civil y que imponen al profesional el deber de ejecución óptima del servicio contratado, que presupone la adecuada preparación profesional y supone el cumplimiento correcto; de ello se desprende que si no se ejecuta o se hace incorrectamente, se produce el incumplimiento total o el cum-

plimiento defectuoso de la obligación que corresponde al profesional”.

S. 25-3-98 : “El contrato de prestación de servicios es definido en el artículo 1544 del Código Civil conjuntamente con el de obra, a los que llama de ‘arrendamiento’, como contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio por precio cierto; está pobrísimamente contemplado en los artículos 1583 a 1587, la mayoría de ellos derogados tácitamente, por lo que se regula por lo pactado y por lo previsto reglamentariamente, como es, en el caso del contrato celebrado con abogado, el Estatuto General de la Abogacía, aprobado por Real Decreto 2090/1982, de 24 de julio. Efectivamente, el objeto de este contrato es la prestación de servicios y éstos pueden ser predominantemente intelectuales o manuales, pudiendo ser uno de ellos los propios de las profesiones liberales, como la de abogado: así, sentencias de 6 de octubre de 1989, 24 de junio de 1991, 23 de octubre de 1992; Siendo las obligaciones esenciales, señaladas en el citado artículo 1544 del Código Civil, las de prestar el servicio por una de las partes (el profesional, abogado en el presente caso) y pagar el precio o remuneración por la otra (el empleador; el cliente, en la terminología forense), se añade también el deber de fidelidad, estudiado especialmente en la doctrina alemana (con la base de preceptos expresos del BGB), aceptado por la española y seguido por la jurisprudencia (a él se refiere expresamente la sentencia de 3 de julio de 1990) en casos concretos en que la falta de normativa expresa exige acudir a conceptualizaciones dogmáticas o soluciones pragmáticas. El deber de fidelidad tiene su base en el Código Civil, artículo 1258, y en el propio fundamento del contrato de prestación de servicios, que da lugar a una relación personal *intuitu personae*; en el caso del Abogado, la tiene en los artículos 43 y 55 del mencionado estatuto”. S. 25-6-98: “...en adecuada respuesta dice, ratificando la apreciación de los hechos y la negligencia acreditada en ambas actuaciones por parte del Letrado re-

currente, en orden a determinar si ello ha de ser objeto de un resarcimiento en vía de responsabilidad económica, que se debe compartir igualmente el criterio de la Sala sentenciadora, en el sentido de que, no puede hablarse de quebranto económico al socaire del concepto clásico de daños y perjuicios del art. 1104 C.c., porque, no es posible subsumir como tal la frustración del actor por esas negligencias, tanto la de estimación del recurso de Casación, primera actuación negligente, como la de la admisión y éxito de la querrela presentada al respecto, esto es, se subraya, por completo, la falta de exigencia etiológica o relación de causalidad en la idea de que esas conductas negligentes fuesen determinantes de la no consecución de los objetivos pretendidos por la parte interesada tanto al interponer el recurso de casación como al presentar la querrela; ahora bien, ello en caso alguno, determina la inocuidad o la falta de sustancia valorativa a efectos del resarcimiento... esto es, descartando —como con absoluto rigor procede— la equivalencia entre esa conducta negligente y el supuesto daño padecido, o sea, que aquella fuese, sin más, la causa de la insatisfacción de la pretensión y que, por ello, la cuantía de ésta, coincidiera con la condena resarcible; ahora bien, sigue diciendo la Sala y se confirma, otra cosa es, que sí fuesen determinantes de otro tipo de perjuicio y además directo y de un daño o perjuicio moral derivado de la privación del derecho a acceder a los recursos, o en la tutela judicial efectiva; y, en efecto, la Sala que juzga, ha de resaltar, que esa tesis, debe ser atendible, porque, por las circunstancias acreditadas en la actuación profesional del Letrado recurrente, y con independencia de cuál hubiera sido el resultado final si es que su *facere* hubiera sido diligente, lo cierto es, que se privó a la parte actora de ese posibilismo actuatorio tanto frente al T.S. como a la jurisdicción penal, y ello supone, sin lugar a dudas, una especie de quebranto o sensación de frustración, que, sin duda, pueden, en puridad técnica, subsumirse en el haz vaporoso, de lo que la doctrina considera, el daño moral”.

S. 3-10-98: “ha de tenerse en cuenta que el Abogado no puede ser responsable de un acto de tercero (el órgano judicial), que puede estar o no de acuerdo con la tesis y argumentaciones que hayan formulado en defensa de los intereses encomendados. Es un contrato de arrendamiento de servicios el que le vincula con su cliente, salvo que haya sido contratado para una obra determinada, como un informe o dictamen. A lo que está obligado, pues, es a prestar sus servicios profesionales con competencia y prontitud requeridas por las circunstancias de cada caso (art. 1.258 C.c.). En esa competencia se incluye el conocimiento de la legislación y jurisprudencia aplicable al caso, y a su aplicación con criterios de razonabilidad si hubiese interpretaciones no unívocas”.

El recurrente basa su demanda de reclamación de daños y perjuicios en las consecuencias negativas que para él le ha supuesto el que la guarda y custodia de su hijo se le haya confiado a su esposa, cuando el reclamante abrigaba fundadas esperanzas de obtener para sí este derecho. En concreto los demandados incurrieron en las siguientes omisiones culposas: a) relativas a la incomparencia de la práctica de la prueba, b) las relativas a la no presentación y ratificación de un informe del detective, c) relativas a las injurias..., d) a la retención de las copias, e) a la ausencia total de asesoramiento, f) a no presentar en la pieza separada de medidas provisionales un escrito.

El Tribunal Supremo desestima los motivos remitiéndose al fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida: “la ausencia de la declaración testifical, de los padrones del menor, de otros testigos que sí fueron propuestos por el Letrado, y la no aportación a los autos del informe del detective privado, no pueden valorarse con las consecuencias negativas que pretende extraer aquél, cuando los primeros no estuvieron dispuestos a comparecer en el Juzgado y es mucho aventurar en este momento que ello fue debido al contenido de la contestación y reconvencción dadas por el director técnico de la defensa del hoy recurrente; siendo pro-

puestos los otros testigos, aunque sin resultado positivo, que se subsanó pidiendo del Órgano judicial su presencia en diligencias para mejor proveer y no considerándose oportuno la incorporación del informe privado, lo cual entra dentro de la lógica libertad de actuación profesional de quien asume la dirección técnica de la defensa, sin que pueda venir obligado a seguir las directrices que trate de imponerle el cliente...”; lo que ha de ratificarse, aparte de que, jamás, se puede determinar, conforme a elemental propadéutica procesal, que la incorporación de tales testigos o aportación del informe del detective privado hubiera sido decisiva para variar el sentido de la decisión del pleito, habida cuenta las peculiaridades de ambos instrumentos probatorios no exentos, por lo general, de una presumible tendencia parcial o interesada en pos de la pretensión de la parte que los propone.

Para terminar la Sala reitera que en aplicación de la anterior doctrina sobre los motivos, respondidos antes en su síntesis propia de la compulsa casacional, no tiene sino que resaltar dos afirmaciones apodícticas: por un lado, que tratándose en toda su complejidad negocial básicamente de una *locatio operarum* la prestación de servicios por parte del Abogado y Procurador con respecto a sus clientes cuyo contenido se integra en una obligación medial y no de resultado, pues, notorio y sabido es, que nunca pueden citados profesionales garantizar el éxito de cualquier decisión judicial y, menos aún, la evitación de los perjuicios irrogados por un procedimiento judicial trabado contra quien confió la defensa de sus intereses a sus dichos profesionales, lo que, en el caso de autos resplandece, en cuanto a que su respectiva conducta no conlleva responsabilidad alguna por parte de los demandados. En segundo lugar, es también una obviedad resaltar que cualquiera que hubiera sido la actuación ejemplarizante o diligente en el supuesto de que así se actuara por parte de los profesionales del Derecho, ello no pudiera haber determinado el éxito seguro, no sólo de la pretensión en cuanto a la defensa de

los intereses confiados por los clientes, sino también la elusión de cualquier tipo de perjuicio derivado de la existencia de un procedimiento litigioso, ya que —se repite una vez más— esos eventos dependen (o provendrán) de una decisión soberana totalmente independiente emitida por los órganos judiciales (lo que “pertenece de lleno al estricto campo de las conjeturas”, SS. 11-11-97 y 25-6-98), por lo que procede la

desestimación del recurso con los demás efectos derivados, si bien la Sala no impone las costas en razón a la complejidad del asunto (con serias dudas planteadas, que precisaron su compulsión con el juego semejante del vigente art. 394 LEC), la calificada afectación personal y profesional del litigio para las partes contendientes y las respectivas pretensiones de las partes y principio informador del art. 24 CE.

2. *Responsabilidad civil por fallecimiento de un hijo en accidente de circulación.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2001.

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

Habiendo percibido la madre una determinada cantidad en concepto de indemnización por el fallecimiento del hijo, y mediando separación judicial, se desestima la demanda instada por el padre contra esta en reclamación del 50% de la misma, ya que si este se considera perjudicado deberá demostrar frente al autor del daño o, en su caso, frente a la entidad aseguradora la realidad de tal perjuicio y ello dentro del plazo perentorio marcado por la ley.

ANÁLISIS DEL CASO

- Enrique, hijo de D. José y D.ª Trinidad, falleció el 19 de mayo de 1988, como consecuencia de un accidente de circulación.
- D. José y D.ª Trinidad se hallaban separados en virtud de sentencia dictada el 10 de noviembre de 1981, fecha desde la cual se interrumpió la convivencia del ahora recurrente con su familia.
- En las Diligencias Penales incoadas como consecuencia del mencionado accidente le fueron ofrecidas a D. José y D.ª Trinidad las acciones de los arts. 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, manifestando quedar enterado.
- D.ª Trinidad y la madre de otro accidentado en el mismo siniestro formularon demanda civil en reclamación de la correspondiente indemnización. Fijada ésta en 14.000.000 de pts. para cada una de las solicitantes por Sentencia de 9 de noviembre de 1989, D.ª Trinidad llegó a un acuerdo que

redujo la que le correspondía a 12.500.000 pts. En la resolución se establecía la condena de la aseguradora demandada al pago de las sumas indicadas, añadiéndose la frase “sin perjuicio del derecho que pudieran tener otros perjudicados para reclamar su parte de éstas”.

- D. José interpuso demanda de menor cuantía contra su esposa D.^ª Trinidad, solicitando que se dicte sentencia por la que se condene a la demandada a abonarle la cantidad de 6.250.000 pesetas, más intereses legales y costas.
- D.^ª Trinidad contestó 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: “estimando las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva o entrando en el fondo del asunto y estimando la excepción de falta de acción, se desestime totalmente la demanda y se absuelva a mi poderdante de los pedimentos de la misma condenando al actor al pago de las costas del procedimiento”.
- El Juzgado de 1.^ª Instancia n.^º 3 de Irún dictó sentencia el 10 de noviembre de 1994 desestimando la demanda y condenando al actor al pago de las costas del procedimiento.
- En grado de apelación, la Sec. 3.^ª de la AP de Guipúzcoa dictó sentencia el 23 de enero de 1996 desestimando el recurso.
- D. José interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El presente recurso de casación se fundamenta en un sólo motivo, alegándose la infracción de la Ley 30/95, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, en su anexo Primero, Tabla I, Grupo IV. Bastaría, señala el Tribunal Supremo, para tener por decaído el mencionado motivo, con señalar que el accidente en que falleció el hijo de los litigantes ocurrió en 1988, con evidente antelación a la entrada en vigor de la norma que se cita como infringida. Pero procede afirmar el acierto de la resolución impugnada, en la que, como en la de primera instancia, se recuerda la diferencia existente entre las condiciones de heredero y de perjudicado, cuando se trata de recabar el derecho a una indemnización por causa de muerte, concluyéndose que no

siempre la cualidad de heredero de la persona fallecida atribuye legitimación para pretender tal indemnización, que —como establecieron entre otras las Sentencias de esta Sala de 1 de octubre de 1994 y de 14 de diciembre de 1996— no constituye crédito hereditario partible por no integrarse en el patrimonio del causante, pues su finalidad es la de paliar en lo posible el dolor que a ciertas personas, sean herederas o no, pueda haber generado la muerte de otra, debida a hecho culposo de un tercero.

En casos como el presente corresponde a quienes se consideren perjudicados por un acontecimiento luctuoso, demostrar frente al autor del mismo o, en su caso, frente a quien sea asegurador de sus responsabilida-

des civiles, la realidad de tal perjuicio, accionando dentro del perentorio plazo que marca la Ley.

Será el órgano judicial competente quien, a la vista de las circunstancias concurrentes, aprecie la existencia de daño en todos, en alguno o en ninguno de los peticionarios, fijando en los dos primeros supuestos, la reparación adecuada al menoscabo —no necesariamente igual— que aquellos puedan haber sufrido.

Pero todo esto ha de ser resultado de la decisión de un debate mantenido entre los que se dicen perjudicados y la persona o entidad llamada a abonar la indemnización que se considere procedente.

Por ello, la frase de la sentencia recaída en el juicio civil seguido precedentemente por la aquí demandada contra la compañía aseguradora, difícilmente puede entenderse ajustada a Derecho y en modo alguno legiti-

ma a D. José para la pretensión que deduce en la demanda que dirige contra su esposa.

No debe olvidarse que D.^a Trinidad había formulado su acción a título personal y haciendo constar su condición de separada. No representaba a su esposo —ni podía hacerlo— tanto en atención a lo dispuesto en el art. 71 del Código Civil como por el efecto que determina el núm. 2.º del art. 102 del mismo, como consecuencia legal de la admisión de la demanda de separación.

Finalmente, no cabe pensar en la posible ganancialidad de la indemnización por la misma percibida, tanto por establecer el art. 1346.6.º del Código Civil el carácter privativo de la misma, como porque, en cualquier supuesto, la sociedad de gananciales se hallaba disuelta desde varios años antes del fallecimiento del hijo del matrimonio, a tenor de lo prevenido en el art. 1392.3.º de dicho Cuerpo legal.

IX. PENAL

1. *Delito de impago de pensiones.*

Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 3 de abril de 2001.

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo.

Concurrencia de los requisitos del tipo de abandono de familia por impago de pensiones, sin que modifique tal conclusión el pago parcial de la pensión durante el periodo reclamado. Improcedencia de hacer compensaciones frente a la pensión alimenticia de los hijos.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José tiene la obligación de contribuir mensualmente con la cantidad de 100.000 ptas. en concepto de alimentos para los seis hijos que tuvo de su relación con D.^a María, obligación impuesta por sentencia firme dictada por

el Juzgado de Primera instancia número ocho de Almería con fecha 24 de octubre de 1997, en los autos de alimentos provisionales.

- D. José ha incumplido dicha obligación al menos durante los meses de marzo, abril y mayo de 1998, período en que sólo entregó la cantidad de 50.000 ptas. mensuales so pretexto de estar haciendo frente a varios créditos y darles dinero igualmente a los hijos de esta unión, hecho que no acreditó. Igualmente, desde que María interpuso la demanda de alimentos provisionales el encausado ha intentado influir en su voluntad en orden a que desistiera de su acción diciéndole en diversas ocasiones que le iba a quemar la casa y que le iba a pegar y haciéndole llegar tales comentarios a través de terceros.
- El Juzgado de Instrucción núm. 5 de Almería incoó diligencias previas contra José, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería, Sección Primera, que con fecha 4 de mayo de 1999 dictó sentencia por la que se condenó al mismo a la pena de ocho fines de semana de arresto por el primero y un año de prisión y multa de seis meses, con una cuota diaria de 500 ptas. con las accesorias de suspensión del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de duración de la pena privativa de libertad; así como a que indemnice a la Sra. L.S. en la cuantía que se acredite en ejecución de sentencia como cantidad adeudada desde la fecha de la sentencia de alimentos provisionales; imponiéndole las costas de esta instancia.
- D. José interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo de casación alegado por D. José se centra en la infracción de ley por incorrecta aplicación del art. 227 CP por cuanto, según el recurrente, los hechos declarados probados no integran el ilícito penal en el que fueron subsumidos por el Tribunal de instancia.

La resultancia fáctica de la sentencia impugnada establece que al acusado le fue impuesta por sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Almería de 24 de octubre de 1997 la obligación de contribuir mensualmente con la cantidad de 100.000 ptas. en concepto de alimentos para los seis hijos que tuvo con la denunciante, y que durante los meses de marzo, abril

y mayo de 1998 sólo entregó la cantidad de 50.000 ptas. mensuales, “so pretexto de estar haciendo frente a varios créditos y darles dinero irregularmente a los hijos de esta unión, razones que no son ciertas”, puntualiza el *factum* de la sentencia. Sostiene el recurrente que “el pago parcial excluye la aplicación del tipo, tanto por la cantidad abonada como por las circunstancias concurrentes”.

Esta figura delictiva tipificada en el art. 227 C.P. constituye una segregación del tipo general de abandono de familia, incorporando al Código una específica modalidad del tipo básico, con la que el legislador trata de proteger a los miembros económicamente

más débiles del cuerpo familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales del obligado a prestarlos en virtud de resolución judicial o de convenio judicialmente aprobado en los supuestos contemplados en el precepto.

Los elementos constitutivos del tipo son:

a) La existencia de una resolución judicial firme o convenio aprobado por la autoridad judicial competente que establezca cualquier tipo de prestación económica a favor de un cónyuge o de los hijos del matrimonio.

b) Una conducta omisiva por parte del obligado al pago consistente en el impago reiterado de la prestación económica fijada durante los plazos establecidos en el precepto, que actualmente son dos meses consecutivos o cuatro no consecutivos.

c) Un elemento subjetivo configurado por el conocimiento de la resolución judicial y la voluntad de incumplir la obligación de prestación que aquélla impone. En este requisito se integra también la posibilidad del sujeto de atender la obligación impuesta, toda vez que cuando el agente se encuentra en una situación de imposibilidad constatada de satisfacer la prestación, esta situación objetiva excluye la voluntariedad de la conducta típica y la consecuente ausencia de la culpabilidad por estar ausente el elemento de la antijuridicidad, que vendría jurídicamente fundamentado en una situación objetiva de estado de necesidad o, más correctamente, en la concurrencia de una causa de inexigibilidad de otra conducta distinta a la realizada por el sujeto.

En el caso presente no cabe duda alguna del concurso del primero de los requisitos mencionados, explícitamente consignado en el relato histórico de la sentencia y que, por otra parte, no se discute por el recurrente. También concurre el tercero de los elementos que configuran el tipo, dado que, del relato de Hechos Probados se desprende con claridad palmaria que el acusado tenía conocimiento de la resolución judicial que le

obligaba al cumplimiento de la prestación económica en los términos allí establecidos, pues así había venido satisfaciéndola hasta el mes de marzo de 1998. El elemento volitivo, en cuanto decisión libre y voluntaria de cesar durante los meses de marzo, abril y mayo en el cumplimiento de la obligación judicialmente impuesta, también concurre, pues no sólo no aparece en el *factum* de la sentencia dato alguno en el que pueda fundamentarse la aparición de una nueva situación de dificultades económicas que alterara la existente durante los meses precedentes en que se había hecho frente con normalidad al pago de las prestaciones, sino que, explícitamente se afirma en la declaración de Hechos Probados que los “pretextos” aducidos por el acusado para justificar el incumplimiento de su obligación “no son ciertos”, lo que supone una declaración fáctica de la inexistencia de circunstancias impositivas que pudieran desactivar la voluntariedad de la conducta como elemento integrante del dolo y, por ende, la antijuridicidad de la acción omisiva típica.

En realidad, lo único que discute el motivo es la concurrencia del elemento material del impago, argumentando que no cabe hablar de incumplimiento de la obligación de efectuar las prestaciones impuestas en sentencia firme al haber satisfecho éstas durante los tres meses consecutivos aunque bien es cierto que reducido a la mitad de lo establecido, justificando esa reducción en ciertas compensaciones económicas derivadas de estar pagando el crédito de un sofá y otro de una motocicleta para un hijo del primer matrimonio, además de dar a éste dinero suelto y vituallas.

El rechazo de esta tesis viene impuesto, en primer lugar porque, como ya se ha dicho, la sentencia establece como dato fáctico la irrealidad de estas excusas, lo que por sí solo abocaría a la desestimación de la alegación. Pero, además, debe significarse que estamos ante una deuda líquida, vencida y exigible que no puede ser compensada por decisión unilateral del deudor (véase STS de 28 de julio de 1999). Así, pues, el dejar de abonar

durante tres meses consecutivos la mitad del importe dinerario fijado en sentencia firme, de forma consciente y voluntaria y sin causa o motivo que lo justificare, da lugar a la acción omisiva típica, no siendo ocioso señalar a este respecto que este ilícito ataca al bien jurídicamente protegido por el precepto que es la seguridad familiar considerada en el

sostenimiento económico de los integrantes de aquélla necesitados de tal asistencia, pero que también se encuentra afectado el respeto y acatamiento a las decisiones judiciales como manifestación del principio de autoridad que conductas como las enjuiciadas suponen una actitud de rebeldía inequívoca contra los poderes del Estado.

2. *Delito de descubrimiento de secretos.*

Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 14 de mayo de 2001.

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo.

Condena como autor responsable de un delito de descubrimiento de secretos al marido que, con el objeto de comprobar si su esposa le era infiel, instaló un mecanismo de grabación de conversaciones telefónicas en el aparato del domicilio conyugal.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Pedro, con objeto de comprobar si su esposa, D.^a María Elena, le era infiel, instaló un mecanismo para interceptar y grabar conversaciones telefónicas en el aparato situado en el dormitorio del domicilio conyugal. Lograda de este modo la grabación de conversaciones mantenidas por D.^a M.^a Elena con la madre de ésta, con una amiga, M.^a Paz, y con Carlos, hizo oír a estos dos últimos fragmentos de esas grabaciones con la finalidad de demostrarles que, al igual que ellos, conocía las infidelidades de su esposa. Asimismo, participó el acusado a su médico psiquiatra parte del contenido de las cintas magnetofónicas, referentes a citas de M.^a Elena con conocidos suyos.
- El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Alcobendas incoó diligencias previas contra D. Pedro, y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Primera, que con fecha 18 de marzo de 1999 dictó sentencia condenando al acusado como autor responsable de un delito de descubrimiento de secretos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, 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, con una cuota diaria de 1.000 pesetas —sujeta a una responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas, y al pago de las costas procesales—.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo alega el recurrente la ausencia del elemento subjetivo del tipo, esto es, el propósito de descubrir secretos o vulnerar la intimidad de otro. Como argumento básico que fundamenta esta censura casacional, alega el recurrente que en el caso presente no se ha lesionado el derecho a la intimidad de la esposa del acusado porque —según razona— el derecho a la intimidad que ampara el art. 18.1 CE tiene una doble dimensión: personal y familiar, y aquí estaríamos ante la dimensión familiar de aquel derecho, porque —sostiene— “los hechos imputados afectan única y exclusivamente a una familia” (sic). Partiendo de esta base, y recordando el deber que el art. 68 Código Civil impone a los cónyuges de guardarse fidelidad, afirma que “la infidelidad no forma parte de la intimidad de un cónyuge frente a 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”, concluyendo su alegato que, en el seno del matrimonio “...el derecho a la intimidad no es personal, sino familiar, de ambos cónyuges frente a terceros, pero no de uno frente a otro...”, de donde resultaría que, proyectándose la conducta del acusado en el ámbito de la obligación de fidelidad matrimonial, “...no habría en el caso enjuiciado bien jurídico protegido”.

El razonamiento de la parte recurrente, señala el Tribunal Supremo, es manifiestamente inaceptable, 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 art. 197.1 C.P. 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 espía 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.

En cuanto a las alegaciones del recurrente de que la subrepticia injerencia en el ámbito

de la intimidad de la esposa para descubrir supuestas o reales infidelidades mediante aparatos de interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas de aquélla carecen de contenido penal, porque —según se afirma— los secretos en esa esfera de la infidelidad 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 interinidad; 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 art. 18 CE, tanto en el ámbito individual como en el familiar de su existencia.

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 art. 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 art. 197 CP. Por ello mismo, resulta sencillamente inadmisibles 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 allegar 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 art. 18 CE tiene su correspondiente reflejo en el art. 197 CP donde el sujeto activo del tipo es “el que” realice alguna de las acciones típicas, es decir, cualquiera persona, sin distinción y sin excepción; y donde el sujeto pasivo es “otro”, quienquiera que sea este otro, sin exclusión alguna, siendo singularmente 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 art. 497 CP 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 habilitan 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.

En el segundo motivo sostiene el recurrente que el Tribunal sentenciador ha valorado erróneamente los elementos probatorios que acreditan que el acusado desconocía la ilegalidad de su actuación, lo cual determina la concurrencia del error de prohibición invencible. El motivo vuelve a ser desestimado por el Tribunal Supremo, por las siguientes 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 art. 849.20 LECr 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 corresponde en exclusiva al Tribunal sentenciador con la soberana libertad de criterio que le asigna el art. 741 LECr.

Pues bien, el motivo designa como documentos 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 art. 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 de-

cir, 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 indiciarios 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...” (fundamento jurídico tercero).

En definitiva, el reproche casacional carece de eficacia para modificar el *factum* de la sentencia en el sentido pretendido por el recurrente, lo que conlleva la imposibilidad legal de acoger la concurrencia del error in-

vencible de prohibición que se postula, pues es doctrina reiterada de esta Sala que su aplicación al caso concreto debe partir del hecho declarado probado en la sentencia de instancia, y que para excluir el error, resulta suficiente con que pueda racionalmente inferirse que el agente tenía conciencia de una alta probabilidad de la ilicitud de su conducta, extremo éste que la sentencia estima concurrente por la formación y cultura general del acusado, deducible de su titulación universitaria (véase STS de 5 de marzo de 1999). En el caso de autos, ni el error ha sido probado por quien lo alega, razón por la cual el *factum* de la sentencia se encuentra huérfano de datos que permitan apreciar su concurrencia una vez rechazado el presente motivo (véanse SSTs de 30 de enero de 1996, 10 y 13 de marzo de 1995, 4 de mayo de 1996, entre otras), ni puede oponerse reparo alguno al juicio de inferencia de su inexistencia efectuado por el juzgador de instancia que se justifica de manera razonable y razonada en la sentencia recurrida a partir de una valoración lógica y racional de la prueba practicada.

El último motivo denuncia la vulneración del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 CE. Sin embargo, la única alusión que se aprecia en el desarrollo del reproche a la infracción constitucional invocada es que “existen suficientes elementos que pueden llevarnos a considerar que el acusado es inocente; que jamás estuvo en su ánimo delinquir”, pero sin que, tras esta retórica afirmación, se argumente en lo más mínimo sobre la inexistencia o invalidez de la prueba de

cargo practicada en la instancia que fundamenta la convicción del Tribunal *a quo* de la realidad del hecho y de la participación del acusado en el mismo, que es el ámbito propio de la presunción de inocencia que no incluye cuestiones como la calificación jurídica de los hechos, los juicios de valor sobre la culpabilidad del agente o la antijuridicidad de la acción (véase, por todas, STS de 14 de junio de 1999). Por el contrario, todo el esfuerzo dialéctico del recurrente se concentra en reseñar el tratamiento que de la sentencia de instancia se dio en diversos medios de comunicación social “en clave de humor y sorpresa” por el fallo condenatorio de aquella, lo que demuestra —alega el motivo— que “el ciudadano medio” no considera delictiva la acción del acusado, concluyendo que el principio de intervención mínima del derecho penal determinaría la absolución del acusado por cuanto la acción de éste no excede de una simple “indiscreción”. Reiterando la absoluta carencia de argumentos que sostengan la denunciada vulneración de la presunción de inocencia, baste significar que la definición de una conducta como constitutiva de delito y no como simple indiscreción por el componente de antijuridicidad que aquella conlleva, corresponde al poder legislativo del Estado a través de los representantes del pueblo democráticamente elegidos, quien también determina los límites del principio de intervención mínima del derecho punitivo, por lo que la alusión al pretendido “ciudadano medio” que discrepa de la voluntad del legislador resulta, cuanto menos, tan inapropiada como inocua.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

I. PROCESAL

1. *Inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto frente a la sentencia dictada en un procedimiento de modificación de medidas, al no concurrir ninguno de los requisitos legales para su admisión.*

TSJ Cataluña, Auto de 27 de septiembre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Vidal i Andreu.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^ª Dolores interpuso, en tiempo y forma, recurso de casación contra la Sentencia de fecha 2 de abril de 2001 dictada por la Sección 18.^ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que dimana de las actuaciones núm. 315/99 del Juzgado de 1.^ª Instancia núm. 16 de Barcelona.
- El TSJ de Cataluña dictó auto inadmitiendo el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

De conformidad con la regla 2.^ª del apartado 1 de la Disposición Final Decimosexta de la LEC solamente podrá presentarse recurso extraordinario por infracción procesal sin formular recurso de casación —cual es

el caso presente— frente a resoluciones recurribles en casación (lo que se confirma con el primer párrafo del mismo apartado de la Disposición Final) a que se refieren los números 1.^ª y 2.^ª del apartado 2 del artículo

477, es decir, contra las dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales (salvo las referidas en el artículo 24 de la CE) y aquellas cuya cuantía exceda de veinticinco millones de pesetas.

Esta doctrina legal ha tenido ocasión de recordarla esta Sala en sus Autos de 21 de junio, 30 de julio, 13 y 20 de septiembre últimos.

En el caso presente, donde la reclamación procesal recae en juicio de modificación de los efectos de sentencia de divorcio, invocándose precisamente el artículo 24 de la Constitución, ninguno de los requisitos anteriores se hallan cumplidos, procediendo, en consecuencia, la inadmisión del recurso.

2. *La supresión de la pensión compensatoria y de la indemnizatoria concedidas en su día en la sentencia de separación al no concurrir los requisitos para su mantenimiento es una cuestión que carece de interés casacional a los efectos de admitir dicho recurso, ya que lo contrario supondría convertir este recurso en una tercera instancia.*

TSJ Cataluña, Auto de 29 de octubre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Vidal i Andreu.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 29 de septiembre de 2001 D. Alberto interpuso Recurso de Queja ante el TSJ de Cataluña contra el Auto dictado por la Sección 12.^ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 27 de junio de 2001. En dicho escrito, tras hacer las manifestaciones y consideraciones que consideró oportunas, acabó solicitando que por la Sala se dicte resolución por la que, con revocación del auto indicado, acuerde ordenar a la Sección 12.^ª de la Audiencia Provincial que “dando lugar a tener por preparada la interposición del recurso de casación por los motivos anunciados por esta parte mediante su escrito de fecha 25 de junio de 2001 contra la sentencia dictada por dicha Sala de fecha 11 de junio de 2001, cumpla con los trámites conducentes para su tramitación y consiguiente remisión ante la Superioridad, a cuyo efecto, expida Certificación suficiente otorgando el plazo legal a fin y efecto de formalizar su interposición, y con cuantos demás pronunciamientos sean de rigor.
- El TSJ de Cataluña desestimó el recurso de queja.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se interpone recurso de queja contra el Auto de fecha 4 de septiembre pasado, dictado por la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona, resolutorio de un recurso de reposición interpuesto por la propia parte recurrente contra Auto de 27 de junio anterior denegatorio de la preparación de recurso de casación anunciado por la representación procesal de D. Alberto procedente de los autos 407/99 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 51 de Barcelona.

El anuncio del recurso de casación se funda en “el apartado 1, números 2.º y 3.º del apartado 2, en relación con el apartado 3, del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. El interés casacional, según la parte recurrente, estriba en haberse infringido, “por inaplicación, lo dispuesto en los artículos 39, 40 y 43 del Código de Familia de la Compilació de Dret Civil Especial de Catalunya, y la doctrina jurisprudencial, con relación a la STSJ de 31 de enero de 1994”, “por aplicación indebida de lo dispuesto en los artículos 41 y 84 del Código de Familia de la Compilació de Dret Civil Especial de Catalunya, y la doctrina jurisprudencial (...) en relación a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de fechas 31 de octubre de 1998 y 27 de abril de 2000” y “por tratarse de la aplicación de unas normas —cual es la Llei 9, de 15 de julio de 1998, que aprobó el vigente Código de familia de la Compilació de Dret Civil Especial de Catalunya—, que lleva en vigor menos de cinco años”. Ninguna referencia hace en el anuncio de recurso del hecho de que la cuantía del pleito exceda de la *suma gravaminis* que marca el ordinal 2.º del punto 1 del artículo 477, por lo que el presente recurso se contraerá, en su decisión, sólo a los puntos de debate que han podido ser —y han sido— objeto del Auto que se impugna.

Y sobre los mismos, no puede sino mantenerse el pronunciamiento de la Audiencia

Provincial, por carecer el recurso manifiestamente de interés casacional, a menos de subvertir la naturaleza de este recurso de casación convirtiéndolo en una tercera instancia, cuyo cierre claramente viene marcado por la nueva Ley de Enjuiciamiento civil.

Lo que pretende la parte, en efecto, es la revisión del criterio jurídico manifestado por la Audiencia dados los hechos declarados probados, lo que en absoluto puede ser objeto de la actual casación. La Audiencia no desconoce ni inaplica doctrina consolidada de esta Sala, como tampoco la del Tribunal Supremo; simplemente, suprime la pensión compensatoria y la indemnizatoria otrora concedidas al recurrente por mor de no estimar concurrentes en el mismo los requisitos fácticos necesarios para su mantenimiento. Y esa no es materia casacional, precisamente por carecer de interés a los tales efectos, según claramente se dispone en el numeral 3 del artículo 477 citado. Del mismo precisamente se infiere que el interés casacional estriba en la oposición a la doctrina consolidada del Tribunal superior, pero no —cual es el caso— en la aplicación de tal doctrina con resultados contrarios a los pretendidos por la parte.

Tampoco, de otro lado, cabe hablar de interés casacional respecto a la aplicación de normas que llevan menos de cinco años en vigor, Código de Familia, pues, como ya ha tenido ocasión de decir esta Sala en Auto de 21 de mayo de 2001, la Sala ha formado jurisprudencia suficiente sobre el artículo 23 de la Compilación en la redacción dada por la Llei 8/1993, de 20 de septiembre, que supone una norma de contenido similar al invocado artículo 41 del vigente Código de Familia, en las sentencias que precisamente cita la parte recurrente (ver, en tal sentido, segundo párrafo del extremo 3.º del artículo 483.2 de la LEC).

II. CUESTIONES FISCALES

1. *Validez de la autoliquidación del IRPF efectuada por el esposo en el que reduce de la base imponible la cuantía que abonaba con base en el convenio regulador de separación suscrito por los cónyuges, aun cuando el mismo fuese aprobado con posterioridad a efectuar dicha autoliquidación.*

TSJ Castilla-La Mancha, Sentencia de 7 de mayo de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Manuel Rouco Rodríguez.

ANÁLISIS DEL CASO

- Habiéndose suscrito un convenio regulador de separación en el que se contempla el pago a favor de la esposa de una pensión compensatoria, el esposo, después de abonar la citada pensión, redujo dicha cuantía de la base imponible en el IRPF.
- El órgano de gestión no admitió la reducción practicada puesto que dicha reducción solo era posible cuando se trate de pensiones compensatorias satisfechas por decisión judicial, y en el presente caso, el convenio no había sido aprobado aún judicialmente.
- El TSJ de Castilla-La Mancha estimó el recurso anulando la liquidación practicada confirmando la autoliquidación del contribuyente.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El recurso tiene por objeto ante todo la resolución del TEAR de Castilla-La Mancha desestimatoria de reclamación económico-administrativa formulada frente a liquidación provisional (paralela) girada al actor por importe de 642.105 ptas. como consecuencia de la autoliquidación presentada por el mismo por el concepto de IRPF del ejercicio 1994 al no admitir el órgano de gestión la reducción de la base imponible

regular efectuada por el sujeto pasivo en su declaración-liquidación por el concepto de pensión compensatoria satisfecha en dicho año a su esposa, de la que se encontraba en trámites de separación judicial, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 71.2 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. A su vez se impugna la resolución del propio TEAR desestimatoria de la reclamación

económico-administrativa formulada frente a Acuerdo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, Delegación de Toledo, por el que se le imponía una sanción tributaria grave en relación con dicha liquidación provisional por importe de 195.461 ptas.

El TEAR, confirmando el criterio del órgano de gestión, no admitió la reducción practicada por el sujeto pasivo en virtud de dicho precepto —artículo 71.2 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas— al entender que dicho precepto exige que se trate de pensiones compensatorias satisfechas por decisión judicial, comprendiendo no sólo las fijadas directamente en virtud de resolución judicial sino también las satisfechas en virtud de acuerdo o convenio judicialmente aprobado, por lo que no admite la reducción efectuada por el contribuyente ya que las cantidades entregadas no se entregaron en virtud de resolución judicial toda vez que el convenio regulador de la separación firmado por las partes en 8 de junio de 1994 fue presentado para su aprobación en el proceso de separación de mutuo acuerdo entablado por los cónyuges ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Orgaz (Toledo), correspondiente a su entonces domicilio, siendo formuladas una serie de objeciones por parte del Ministerio Fiscal, lo que determinó que no fuera aprobado judicialmente y se requiriese a aquellos para que presentaran nuevo convenio, sin que conste que la modificación propuesta fuera aprobada posteriormente.

Sin embargo la Sala no puede desconocer que las objeciones del Ministerio Fiscal —como se acredita con el examen de las actuaciones— se referían a cuestiones ajenas a la pensión compensatoria pactada por los cónyuges en el citado convenio, dedicándose a cuestionar determinados aspectos del convenio relativos a las relaciones personales de los cónyuges —residencia o domicilio de la esposa— y de las relaciones paterno-filiales —régimen de visitas del padre a los hijos menores que quedaban bajo la guarda y

custodia de la madre— y que de otro lado, si bien es verdad que no consta que el convenio modificado se sometiera nuevamente a aprobación judicial en el proceso de separación inicialmente entablado ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Orgaz, no lo es menos que los cónyuges, al transcurrir los plazos de separación legalmente previstos, optaron por instar un proceso de divorcio de mutuo acuerdo, presentando nueva demanda, esta vez ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 22 de Madrid, correspondiente al nuevo domicilio de la esposa, adjuntando convenio regulador que esta vez sí mereció aprobación judicial en la sentencia de fecha 22 de mayo de 1998 dictada en autos 148/1998 por el repetido Juzgado. Siendo de notar que entre las cláusulas de dicho convenio la décimo tercera se refería precisamente al reconocimiento de pagos de la pensión compensatoria donde la esposa manifestaba que desde 1994, en que se produjo la separación, el esposo le había venido abonando mensualmente las cifras señaladas, y en especial la de doscientas mil ptas. mensuales como pago de la pensión compensatoria, declarando no tener nada que reclamar por estos conceptos y obligándose ambos cónyuges a interesar del Juez competente que al aprobar el convenio se aprobaran expresamente los pagos efectuados hasta la fecha.

Los datos expuestos —en resumen oposición del Ministerio Fiscal y de la autoridad judicial en un primer proceso de separación de mutuo acuerdo a aspectos del convenio regulador de la misma ajenos a la pensión compensatoria que el esposo, hoy recurrente, vino pagando regular y puntualmente a la esposa en la cuantía precisamente objeto de la reducción de la base imponible en el ejercicio discutido de 1994 de una parte, y de otra, posterior aprobación judicial en un proceso de divorcio de un convenio en el cual se reconocían los pagos efectuados hasta la fecha en dicho concepto por parte de referido cónyuge y se solicitaba se les reconociera por parte del Juez eficacia a dichos fines—

llevan a entender que dichas cantidades, rechazadas por el órgano de gestión tributaria en la liquidación paralela practicada, tienen sin embargo a todos los efectos legales la consideración de cantidades satisfechas como tal pensión compensatoria apta para operar la reducción legalmente prevista en cuanto recibieron una convalidación judicial que no es preciso se produzca con carácter previo o simultáneo sino que puede producirse en casos como el presente con posterioridad y eficacia aprobadora judicial retroactiva —*ex post*— de los pagos efectuados al margen de toda idea de fraude, dado que nunca se puso en controversia u objeción por la Autoridad Judicial la validez de cláusulas libremente estipuladas por los cónyuges en orden al reconocimiento y satisfacción al otro cónyuge de una pensión por desequilibrio eco-

nómico en el matrimonio tras la separación o divorcio.

Por lo expuesto, el TSJ declara la disconformidad a derecho de la liquidación provisional girada y con mayor razón de la sanción impuesta; aunque en todo caso faltaba todo ánimo o intencionalidad o voluntad culpable existiendo a lo sumo una diferencia interpretativa sumamente razonable en la aplicación de una de las previsiones legalmente establecidas en orden al cálculo de la base liquidable del impuesto; e igualmente de las resoluciones desestimatorias de las reclamaciones económico-administrativas formuladas frente a las anteriores con estimación íntegra del recurso, anulando los citados actos y condenando a la Administración a la devolución a la actora de los costes y gastos por avales o garantías prestadas para obtener la suspensión.

2. *Aun cuando los cónyuges firmaron un convenio regulador de separación y convivían en domicilios independientes, dicha circunstancia carece de eficacia a efectos fiscales hasta tanto no se dicte la correspondiente sentencia de separación.*

TSJ Cataluña, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de junio de 2001.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Concepción Aldama Baquedano.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Gloria, después de haber suscrito un convenio regulador de separación, presentó la correspondiente liquidación del IRPF acogiéndose a la tributación conjunta de la unidad familiar formada por ella y por su hijo. En cambio su esposo se acogió a la tributación individual.
- La Oficina Gestora, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 86, 87 y 88 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, no considera admisible la declaración efectuada conjuntamente con su hijo menor por la actora, con todas las consecuencias legales inherentes en ese ejercicio, entre las que se encuentra la aplicación más beneficiosa de la tarifa conjunta, teniendo en consideración

que en el indicado ejercicio 1994 tributariamente continuaba formando unidad familiar con su esposo, del que se separaría por sentencia judicial en 1996, y que éste en el ejercicio 1994 practicó declaración individual.

- D.^a Gloria interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del TEAR de Catalunya de 5 de diciembre de 1996, desestimatoria de la reclamación económico-administrativa.
- D.^a Gloria interpuso recurso contencioso administrativo ante el TSJ de Cataluña en el que suplicaba que se dictara sentencia por la que, declarándose la nulidad de la Resolución del TEARC de 5 de diciembre de 1994 objeto de este proceso, se dicte otra declarando la conformidad de la autoliquidación conjunta efectuada, procediéndose a efectuar la pertinente devolución de la cuota resultante más los correspondientes intereses de demora. Dicho recurso fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La cuestión a resolver consiste en determinar si, en base a la normativa aplicable del IRPF y a la situación familiar de la recurrente en el ejercicio 1994 a que se contrae la controversia, debió practicar su autoliquidación como individual o conjunta, con todas las consecuencias legales inherentes a cada modalidad.

La actora, en atención a su situación familiar a 31 de diciembre del ejercicio 1994 —fecha del devengo del impuesto—, presentó ante la Administración de Tributos autoliquidación por el IRPF del indicado ejercicio con opción por la declaración conjunta con su hijo menor, ya que la convivencia matrimonial había finalizado legalmente tras la firma del convenio regulador de separación el 15 de julio de 1994, que fue presentado para su ratificación por decisión judicial ante el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 5 de Sabadell, en virtud del artículo 81 y siguientes del Código Civil y la Disp. Adic. 6.^a de la Ley 30/81, de 7 de julio. Entiende la recurrente que desde la fecha de suscripción del convenio por ambas partes, no se está ante una situación de hecho sino de derecho, cuyos efectos se han de producir conforme a la eficacia que respecto a terceros poseen los do-

cumentos privados, según lo dispuesto en el artículo 1227 del Código Civil, máxime si además se incorpora a un procedimiento judicial, que ciertamente se ultima por Sentencia de separación de 19 de febrero de 1996 validando judicialmente en todos sus extremos el convenio presentado, en el que consta tanto el cese de la convivencia como la guarda y custodia del hijo menor a favor de la actora. En consecuencia, entiende que a la fecha del devengo del Impuesto, jurídicamente la separación de su esposo ya existía, y a su vez la nueva unidad familiar formada por madre e hijo menor a su cuidado, por lo que ha de considerársela desvinculada de la opción ejercitada por su ex marido y del efecto arrastre que establece el apartado primero del artículo 88 de la Ley 18/1991 para el resto de los miembros de la unidad familiar, por consiguiente, libre para decidir acerca de la opción tributaria más conveniente a su nueva situación, en la que ella con su hijo menor constituyen un nuevo modelo de unidad familiar previsto en el artículo 69.1.^a a) de la Ley del Impuesto.

La Oficina gestora, sin embargo, no considera correcta la autoliquidación efectuada por la actora, discrepando de su razonamien-

to por considerar que a efectos tributarios no puede entenderse a 31 de diciembre de 1994 extinguido el vínculo matrimonial, ya que tal efecto en nuestro derecho no es consecuencia del convenio privado de regulación de su separación matrimonial, sino consecuencia del pronunciamiento judicial, lo que no sucede hasta 1996, por lo que —al margen de su situación fáctica y de los efectos ínter partes del convenio en cuanto a su cumplimiento, a efectos de la aplicación del impuesto sigue en el ejercicio 1994 vinculada su modalidad de tributación a su modelo de unidad familiar no desaparecido y a la opción individual ejercitada por cualquiera de los cónyuges, que en este caso ha existido por parte del esposo, ya que en el indicado ejercicio presentó autoliquidación individual.

La discrepancia entre ambas posturas es la que plantea ante esta Sala 1.^a procedencia de la autoliquidación o la de la liquidación complementaria por la Oficina Gestora, cuya rectificación se centra en la escala aplicable a la modalidad de declaración —de conjunta a individual—, e igualmente a la deducción de la cuota de rendimientos de trabajo, lo que da como resultado la corrección en cuota, de ser negativa con derecho a devolución de 60.905 ptas., a dar cuota positiva a ingresar de 12.852 ptas.

El punto clave de discrepancia entre ambas posturas se encuentra en la distinta eficacia que para la recurrente y para la Administración se otorga al convenio regulador de la separación matrimonial, según manifestación de la actora —ya que no consta incorporado en las actuaciones— de fecha 15 de julio de 1994, en el que se acuerda el cese de la convivencia entre ambos cónyuges y la atribución de la guarda y custodia del hijo menor a la actora.

En este punto y frente a la postura de la recurrente ha de señalarse que en nuestro derecho de familia, el convenio privado de separación no puede asimilarse ni en su contenido ni en su eficacia a los contratos privados, que se contraen y resuelven por mera

voluntad de las partes, pero no así el matrimonio que como núcleo social peculiar precisa para su unión y disolución una formalización civil o canónica, ya que jurídicamente la nueva unión/separación desde diversidad de vías en derecho recibe tratamiento específico. Así pues, el convenio regulador como acuerdo entre los cónyuges de separación, por tanto de carácter privado —aun suscrito ante Notario—, carece de la eficacia “erga omnes” de resolución del vínculo matrimonial, si bien no puede tampoco considerarse dicha situación como una separación de hecho, ya que el convenio rige con toda su fuerza entre las partes. La resolución de la unión contraída, no sólo en lo que afecta a la convivencia, sino también a la nueva situación de desaparición de mutuos deberes y distribución de bienes compartidos y obligaciones respecto a los hijos, deriva en nuestro derecho de un pronunciamiento judicial, recoja o no el contenido previo de un convenio —regulador de la situación previa a la declaración judicial de separación matrimonial—.

Ciertamente ha de admitirse que el cese de la convivencia por efecto del Convenio se produjo ya en 1994, pero no por efecto de una resolución judicial que no se declaró hasta 1996, debiendo recordarse según lo expuesto que el pronunciamiento judicial —además de ser necesario en nuestro derecho para separar lo unido judicial o canónicamente— tiene un contenido y una eficacia que van más allá de la sola voluntad de partes. La Sentencia judicial de separación —aunque transcriba exactamente los términos del convenio presentado— no se limita a una mera ratificación del convenio regulador suscrito por las partes, ya que el Juez debe examinar y validar cada uno de los extremos pactados si son acordes a derecho, y en ellos se guarda el debido equilibrio entre los cónyuges, y en especial si se protegen adecuadamente los intereses de los menores, si existen —como es el caso—, interviniendo a tal fin preceptivamente en el proceso de separación —aun de mutuo acuerdo— el Mi-

nisterio Fiscal. Así pues, aunque generalmente lo convenido sea llevado al contenido de la Sentencia Judicial de separación matrimonial, ello no impide que tanto el contenido de la Sentencia como su resolución sean las que provoquen el efecto de extinción jurídica frente a terceros de la unión matrimonial, y todos sus aspectos —entre ellos el del cese convivencial, aunque éste de mutuo acuerdo se iniciase con anterioridad—.

Por lo expuesto, ha de concluirse que la eficacia del convenio en nuestro derecho en cuanto a la resolución de la unidad familiar formada previa unión matrimonial, no se produce hasta su declaración por Sentencia Judicial, que en este caso tuvo lugar el 19 de febrero de 1996, sin que exista en la regulación una eficacia anticipada “erga omnes” de la situación de separación convivencial reflejada ante notario desde que el convenio se incorpora al procedimiento judicial específicamente previsto para declarar judicialmente separados a ambos cónyuges, sin perjuicio de la posibilidad de efectuar una interpretación flexible en el ámbito tributario de la exigencia de que exista una separación legal, en aras de la pronta adaptación del tributo a la modificación de situaciones familiares fiscalmente reconocidas y por ende de la mejor protección de las nuevas unidades conformadas.

Por lo que se refiere al ámbito tributario, ha de estarse a lo dispuesto en la regulación del sistema en cuanto a los mecanismos establecidos de protección y ayuda a la unidad familiar, y en concreto a lo previsto en el Impuesto en que, por su carácter personal y subjetivo dentro del mismo, se residenian éstos en su mayor medida. De ahí que los modelos de unidad familiar se configuren en la regulación del IRPF, y atendiendo a ellos se deban aplicar las medidas fiscales que específicamente atienden a la existencia de la familia como núcleo social constitucionalmente protegido (sin que obviamente ello excluya la protección de otros núcleos, personas o situaciones). La regulación del IRPF establecida en la Ley 18/91 aquí aplicable,

precisamente a los efectos de tributación —conjunta o individual— de los rendimientos obtenidos por las personas físicas que se hallen integradas en una unidad familiar, distingue en su artículo 87 los siguientes modelos de Unidad Familiar:

“1.º La integrada por los cónyuges no separados legalmente y, si los hubiere, los hijos menores, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientemente de éstos.

2.º La formada por el padre o la madre y los hijos que reúnan los requisitos a que se refiere la regla anterior”. En cuanto a la determinación de la situación familiar, el artículo 95 dispone que “se realizará atendiendo a la situación existente en la fecha del devengo del Impuesto”, el 31 de diciembre de cada año conforme al artículo 93. Finalmente el artículo 88 previene que “la opción por la tributación conjunta debe abarcar a la totalidad de los miembros de la unidad familiar. Si uno de ellos presenta declaración individual, los restantes deberán utilizar el mismo régimen”.

La exigencia de separación legal que se establece en el citado artículo 87 se refiere inequívocamente a la legalidad que dimana de la declaración de la nueva situación matrimonial por Sentencia Judicial, como así se expresa en el artículo 94.b). Indudablemente la regulación tributaria por su especificidad, podría a sus exclusivos efectos haber considerado bastante la que dimana de un convenio regulador suscrito ante notario, apartándose así del ordenamiento civil en atención a sus propios fines merecedores de atención específica, como lo es la protección fiscal a la familia en cualquiera de las modalidades previstas en el impuesto. No ha sido así, ya que de haber entendido bastante el mutuo acuerdo entre los cónyuges expresado ante notario para considerar plenamente eficaz la separación a los efectos de la aplicación del impuesto, debería haberlo establecido expresamente, de lo contrario el término legalidad de la separación matrimonial ha de en-

tenderse en armonía y coordinación con el resto del ordenamiento, y por tanto a consecuencia del pronunciamiento judicial. No obstante lo expuesto, a la vista de la rápida evolución de las estructuras familiares tradicionales y el mayor número de modificaciones que se producen en la situación conyugal a consecuencia de separaciones y divorcios, y de la conveniencia de que la tributación que afecte a los sujetos pasivos implicados en dichos cambios se adapte a ellos captando la situación real lo antes posible, especialmente en aras a la mejor y más completa protección de las unidades familiares que se suceden tras la correspondiente modificación legal de su anterior situación, se han comenzado a abrir propuestas de interpretación, que flexibilizan la exigencia de que exista una resolución judicial para entender existente el cese de la convivencia y los efectos fiscales derivados de la separación acordada, en tanto ésta quede suficientemente acreditada, y dado que la legalización de la situación desde que se produce el mutuo acuerdo hasta la resolución judicial ha de seguir una tramitación procesal, cuya duración en algunos casos podría exceder el ejercicio impositivo. En esta línea, en efecto podría admitirse una cierta flexibilidad en la interpretación de la legalidad exigida a la separación, como legalización de la situación ya vigente entre los cónyuges por convenio regulador presentado conjuntamente con la demanda ante el Juzgado, a fin de que la duración de su tramitación no perjudique a efectos tributarios a la nueva situación familiar generada tras la ruptura matrimonial, como sucede en este caso, lo que redundaría en una mejor adaptación a la realidad existente y en el reconocimiento y protección fiscal de la nueva unidad conformada. No se oculta a esta Sala 1.^a

la dificultad de esta línea interpretativa que con base espiritualista abre los esquemas estructurales del derecho a la variabilidad y diversidad que la realidad familiar demanda. Sin embargo, en este supuesto, ni siquiera con esta interpretación flexible y protectora de la nueva unidad familiar compuesta por madre e hijo menor a su cuidado (quien por lo demás no acumula rentas), cabe tenerla por formada en 1994, ya que para ello se precisa la extinción de la anterior formada en su núcleo también con el esposo y no consta que la demanda judicial de separación con presentación del convenio regulador se presentase antes del 31 de diciembre de 1994, sino que por el contrario de los datos existentes, se desprende que fue presentada en 1995 por cuanto el Juzgado núm. 5 de Sabadell tramitó la separación con el núm. de autos 379/95, por tanto avanzado 1995 y de ahí que la Sentencia se pronunciara en febrero de 1996. En definitiva, al momento del devengo del Impuesto en 1994, no se aportó el convenio regulador a la demanda de separación matrimonial, lo que deja en el indicado ejercicio invariable la unidad familiar existente con su esposo, quien a su vez optó por la declaración individual, y en consecuencia el deber para la actora de utilizar el mismo régimen, conforme a lo dispuesto en el citado artículo 88 de la Ley 18/91 reguladora del impuesto.

Así pues, por todo lo antedicho, ha de considerarse conforme a derecho la rectificación de la autoliquidación presentada por la actora, y por tanto correcta la liquidación complementaria practicada, tal y como lo ha considerado el TEARC en la Resolución impugnada, que se estima plenamente ajustada a derecho.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. *Desestimación de la demanda de separación al no haberse acreditado la causa concurrente sin que ello implique en modo alguno la intimación judicial en orden a la reanudación plena de la convivencia, sino únicamente la denegación de la constitución del estado civil propugnado por la actora.*

AP MADRID, Sec. 22.ª Sentencia de 3 de julio de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

La dirección Letrada de la parte apelante impugna, en primer lugar, el pronunciamiento principal de la sentencia de instancia en cuanto, según se alega, no existen los motivos invocados por la actora respecto de la separación matrimonial, y ni siquiera se ha acreditado la falta de *affectio maritalis*; en consecuencia se suplica la desestimación de la demanda presentada de contrario.

Con carácter subsidiario se interesa del Tribunal la aminoración cuantitativa de la aportación alimenticia en pro de la hija, que ha de quedar establecida en la suma de

30.000 pesetas mensuales, sin perjuicio de su revisión al finalizar el pago del préstamo hipotecario; y ello sobre la base de los ingresos del esposo y los gastos a los que ha de hacer frente.

Tales pretensiones encuentran la frontal oposición de la apelada, en súplica de íntegra confirmación de la sentencia de instancia. Así, se alega que en los escritos del demandado se vierten expresiones sobre lo obsesiva y maniática que es la esposa, lo que denota una falta de respeto. Se añade que el esposo reconoce la existencia de la crisis

conyugal por la influencia de su madre en las relaciones familiares.

Viene manteniendo esta Sala que la Ley 30/1981 de 7 de julio, en lo que concierne a la separación matrimonial, vino a establecer un sistema de superación de los antecedentes criterios de culpabilidad o inocencia, en cuanto determinantes no sólo de las causas por las que podía declararse dicha disociación nupcial, sino también de los efectos complementarios del nuevo estado civil. Y así, y sin perjuicio del mantenimiento de antecedentes motivos de separación, en cuanto determinados por la conducta reprobable de uno de los cónyuges, por incumplimiento de los deberes hacia el otro o respecto de la prole, se introducen en la nueva regulación otra serie de causas no culposas, cuando no de absoluta asepsia, por la ruptura fáctica convivencial antecedente (vid. causas 4.^a, 5.^a y 6.^a del artículo 82 CC). El avance que la nueva legalidad supuso en la materia lleva a consagrar también, en cuanto determinante de dicho estado civil, el mero consenso de las partes, bajo el único condicionante añadido de haberse superado el primer año de matrimonio (artículo 81.1).

De otro lado, la evolución de la sociedad desde el nacimiento de la referida Ley impone, por mor de lo prevenido en el artículo 3 del citado Código, una aplicación cada vez más flexible de las denominadas causas de separación, de modo que es criterio casi unánime de los Tribunales la no exigibilidad de una exhaustiva acreditación de los hechos acaecidos en el seno de la intimidad familiar, en cuanto conductas susceptibles de integrarse en las previsiones legales, bastando al efecto la constatación de la existencia de un deterioro de cierta entidad en las relaciones conyugales, siempre que el mismo no sea meramente circunstancial y esporádico, revelándose, por el contrario, como incompatible con el mantenimiento o reanudación pacíficos de los deberes de respeto y ayuda mutuos, convivencia y fidelidad en los que, conforme a lo prevenido en los artículos 67 y 68 del Código Civil, ha de asen-

tarse la institución matrimonial; en definitiva debe desplegarse, a falta de coincidencia de ambas partes sobre la necesidad de la separación, aún con invocación de causas distintas, una actividad probatoria susceptible de llevar a Juzgados y Tribunales a la convicción, si no ya de la concurrencia inequívoca y plena de la causa invocada, sí al menos de un status de quiebra grave de la *affectio maritalis*, siempre que la misma sea recíproca e irreconciliable con la subsistencia de la unidad matrimonial.

Tal flexibilidad de criterio no puede, sin embargo, conducir al amparo judicial de pretensiones de separación carentes de toda cobertura legal, cual acaece con la sola decisión o voluntad unilateral de uno de los cónyuges, por la pérdida del afecto marital respecto del otro, y contra la voluntad de éste, en cuanto ello sobrepasaría de forma no permitida los contornos de la figura examinada, para alojarse en el repudio, que ningún encaje ostenta, en tal ámbito de relaciones jurídicas, en nuestro derecho positivo.

Así, aunque en el entorno de la legalidad vigente no puede dudarse que el matrimonio es un negocio jurídico, en especial en lo que concierne a su constitución por la libre decisión de los contrayentes, es lo cierto igualmente que el mismo reviste unas características propias que lo alejan del negocio jurídico de derecho privado, incidiendo en el ámbito del orden público, que impide que marido y mujer dispongan libremente de las consecuencias de su unión, así como de la ruptura del vínculo contraído, lo que inclusive habría igualmente de predicarse del mero negocio patrimonial de índole estrictamente privada, según previene el artículo 1256 del Código Civil. Por lo cual los Tribunales no pueden acceder a la separación sin causa, dado que ello supondría una flagrante trasgresión del artículo 117.1 de la Constitución, que sujeta a aquéllos al imperio de la Ley. El propio Tribunal Constitucional ha declarado, en relación con el invocado derecho a la separación matrimonial por la unilateral decisión de uno de los esposos, que el

mismo “no se encuentra formulado expresamente en la Constitución, sino que la norma fundamental establece en su artículo 32 el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica y remite a la Ley la regulación, entre otros aspectos, de los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos” (Auto de 3 de octubre de 1983).

En base a las antedichas consideraciones, derivadas del actual sistema legal y su interpretación en los términos del artículo 3 del Código Civil no puede compartirse, desde la perspectiva de esta alzada, la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, en cuanto sustentadora del acogimiento de la pretensión principal deducida, en la que, con evidente ambigüedad y sin entrar en análisis individualizado en las distintas pruebas practicadas, se dice “acreditada la cesación de la convivencia común de los cónyuges, a consecuencia de una profunda desafección en los esposos, lo cual es obstáculo para el cumplimiento de los deberes que los artículos 67 y 68 del Código Civil imponen a marido y mujer”, añadiéndose que “esta falta de afecto debe entenderse suficiente a efectos de acceder a la separación solicitada, puesto que en el espíritu de la Ley 30/1981 está el poner remedio a los supuestos de desafección conyugal, y no el buscar al culpable de la falta de *affectio maritalis*...

Dichas consideraciones parecen obedecer al inconcreto planteamiento que, respecto de la situación fáctica existente entre los esposos, realiza la demandante en el escrito rector del procedimiento, en el que se hace referencia a que “las relaciones de los esposos atraviesan una profunda crisis tras el nacimiento de la hija, que ha causado una situación de deterioro y tensión progresiva por el alejamiento del esposo y, en definitiva, un incumplimiento reiterado de los deberes conyugales y paterno-filiales por parte del esposo, con la consiguiente incomunicación entre ambos cónyuges”; se relata seguidamente una ruptura de la convivencia ma-

trimonial en el año 1996, presentándose entonces demanda de separación, de la que ulteriormente desistió la esposa, en un intento de reconciliación, para añadir que “la situación no mejoró, sino que se ha visto agravada, haciendo insostenible la convivencia y habiendo desaparecido todo tipo de afectividad entre los cónyuges pues desde hace tiempo no existe la comunicación y el diálogo entre ambos, el esposo viene ocultando sus verdaderos ingresos y aportando cada vez menos cantidad de dinero a los gastos familiares, desatendiendo progresivamente el afecto y atenciones que la hija merece y provocando con esa actitud fuertes discusiones entre ambos cónyuges, lo que supone claro incumplimiento de los deberes conyugales de respeto y ayuda mutua que proclama el artículo 67 del Código Civil...”.

Tales genéricas imputaciones son negadas tajantemente en el escrito de contestación a la demanda, sin que, en el curso ulterior de las actuaciones, hayan sido concretadas ni obtenido un mínimo de respaldo probatorio, que tampoco alcanza a una posible pérdida recíproca, que no unilateral, de la *affectio maritalis*, que podría determinar, en su caso, sin entrar en indagaciones de culpabilidad o inocencia, la incardinación en la causa 1.^a del artículo 82 del Código Civil.

Así junto con el escrito de proposición de prueba, la actora aporta una fotocopia de su comparecencia en la Comisaría de Parla, pero de fecha 22 de abril de 1994, esto es anterior a la primera crisis conyugal relatada y su ulterior intento de superación, en la que se limita a manifestar que se va ausentar del domicilio conyugal, por el temor que tiene de ser agredida por su esposo, por lo que va a iniciar los trámites de separación.

En lo que concierne a la situación existente al tiempo del planteamiento de la litis, sobre la que ha de hacerse en correcta ortodoxia procesal, la valoración judicial a los fines de la presente resolución, la prueba de confesión del demandado resulta fallida en orden a la justificación de los hechos invocados en el escrito rector del procedimiento,

pues el esposo únicamente reconoce la situación de ruptura acaecida en el año 1996, superada al parecer por el intento de reconciliación y desistimiento de la antecedente demanda, negando, por el contrario, que las relaciones posteriores hayan sido de deterioro, acompañadas, según se le pregunta, de fuertes discusiones, rechazando igualmente la desatención que se le imputa respecto de su hija, o el retraso en la vuelta al hogar, tras la finalización de la jornada laboral.

Poco añade, o aclara, el testigo propuesto por la demandante, hermano del esposo, que se limita a relatar las diferencias que mantiene con su madre, a quien achaca los intentos de desestabilizar el matrimonio de dicho deponente, pero sin que se le formule pregunta alguna respecto de las relaciones entre los esposos litigantes. Tal apuntada injerencia en el matrimonio de los litigantes por parte de la madre del esposo parece ser el desencadenante de la iniciativa tomada por la actora, en orden al planteamiento de litis, dado que la misma reconoce, en prueba de confesión, ser cierto que “el motivo por el que usted inició por primera vez la separación matrimonial, fue exigir a su esposo que dejara de ver a la rama familiar paterna” (vid. contestación a la posición sexta), a lo

que añade que “su esposo tuvo que acceder a que su hija dejara de ver a los familiares de la rama paterna, como condición para que usted retirara la demanda de separación” (vid. respuesta a la posición séptima).

No se pueden valorar, desde la perspectiva de esta alzada, en orden a la pretensión de la actora, las expresiones que se hayan podido reflejar en los escritos alegatorios presentados, en la fase de medidas provisionales, por el demandado, entre otras razones, por no constar testimonio o copia de los mismos entre las actuaciones elevadas al Tribunal.

Por todo ello, y de conformidad con la doctrina del *onus probandi* consagrada en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aún entendida en un marco de flexibilidad en el contexto de la litis matrimonial, no puede refrendarse por la Sala el pronunciamiento principal de la sentencia de instancia, habiendo de acogerse, por el contrario, el *petitum* revocatorio articulado por el apelante; y sin que ello implique en modo alguno, la intimación judicial en orden a la reanudación plena de la convivencia, sino únicamente la denegación de la constitución del estado civil propugnado por la actora.

2. *Desestimación de la demanda de divorcio al carecer el actor de falta de legitimación, puesto que no formuló demanda ni reconvencción en el procedimiento de separación.*

AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

El actor recurre la sentencia desestimatoria de la demanda de demanda de divorcio que presentó contra su esposa, con base a una inexpresiva alusión al art. 86 del CC sin expresar la causa concreta. La razón de la denegación del divorcio pretendido es que

no concurre ninguna de las causas previstas en el art. 86 del CC, pues, se razona, no puede entenderse ejercitada la demanda en base a ninguno de las dos primeras causas, en tanto que el litigio precedente no fue promovido de mutuo acuerdo (causa 1.ª), la de-

manda de separación fue presentada por la esposa, y el marido no formuló reconvencción (causa 2.^a), por lo que sería de aplicación en todo caso la causa 3.^a, que exige el cese efectivo de la convivencia durante el plazo de dos años y ésta no concurre —ni tan siquiera es invocada en la demanda— en tanto que la sentencia estimatoria de la demanda fue dictada el día 15 de junio de 1999 cuando la demanda de divorcio ha sido presentada el día 7 de abril de 2000, y no existe acuerdo de cese de convivencia entre los esposos.

Pese a lo razonado en la sentencia, una interpretación de los términos de la demanda, con la expresa invocación del plazo de un año y la alusión a una contestación a la demanda, que excluye la idea de proceso de mutuo acuerdo sobre la que se asiente la causa prevista en el art. 86.1.^a del CC, conduce a entender sin temor a equivocación alguna a que la causa de divorcio sobre la que se funda la demanda es la recogida en el art. 86.2.^a Conforme a dicho artículo, es causa de divorcio “El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el art. 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia”.

En su estudio la jurisprudencia ha declarado que dicho precepto exige: 1) Que se haya interpuesto demanda de separación personal basada en alguna de las causas previstas en el art. 82 del CC. 2) Que haya transcurrido un año desde la interposición de la demanda de separación. 3) Que la convivencia conyugal no se haya reanudado desde la interposición de la demanda de separación. 4) Que la resolución estimatoria de la demanda de separación sea firme, o bien que, transcurrido un año desde la presentación de la demanda, no hubiera recaído

resolución en la primera instancia. 5) Que el divorcio sea solicitado por el demandante o por quien hubiere formulado reconvencción, o por ambos de mutuo acuerdo. (AP Cádiz, S. 13 de julio de 1999, y AP Tarragona 6 de abril de 1999).

Uno de los mayores problemas que plantea consiste en precisar la legitimación activa. Del tenor literal del precepto se desprende que la acción de divorcio en base a tal causa se halla conferida exclusivamente al cónyuge que haya tomado una iniciativa en cuanto a la petición de la separación antes decretada, bien mediante la formulación de una demanda solicitando la separación, o haciendo lo propio mediante el ejercicio de una acción reconvenccional, si bien es cierto que las resoluciones de los tribunales han tratado de suavizar tan estricta regla entendiendo que el precepto no exige que la causa de separación estimada sea la alegada por quien posteriormente pretende el divorcio (AP Cádiz S. 13 de julio de 1999), o que cabe entender que se ha ejercitado una reconvencción tácita cuando el demandado en el pleito de separación y después actor en el divorcio solicitó también la separación matrimonial en el primero (AP Madrid S. 15 de febrero de 2000).

Es por ello sin duda con miras a este criterio amplio de los tribunales que el actor afirma en su demanda que al contestar a la separación presentada por su esposa solicitó “igualmente la separación conyugal”, atribuyéndose así una iniciativa procesal dirigida a la obtención de tal pronunciamiento.

Ahora bien, no ha sido aportado a los autos testimonio de los precedentes que permitan llegar a un cabal conocimiento de los términos de la contestación a la demanda, existiendo como único dato objetivo, diferente de las meras alegaciones del actor, los términos de la sentencia dictada en la separación matrimonial, en la que puede leerse que el demandado “mostraba su conformidad con la separación, y no así con los efectos solicitados de contrario”.

Pues bien, tan exigua expresión, sobre todo si se tiene en cuenta el ámbito de la reconvencción señalado en la disp. adic. 5.ª de la L. 30/1981, no permite entender que el

hoy actor haya formulado reconvencción en petición de separación matrimonial, por todo lo cual procede la desestimación del recurso interpuesto.

3. *Habiéndose hecho intolerable la convivencia entre los cónyuges y faltando la voluntad que animaba su unión procede decretar la separación.*

AP GRANADA, Sec. 3.ª, Sentencia de 27 de octubre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Valdivia Pizcueta.

La convivencia entre los cónyuges se ha hecho intolerable (*Vitam communem nimis duram reddat*); la voluntad que animaba su unión (la *affectio maritalis*) falta, se halla ausente. Por eso la vida común, presidida por la tirantez, el desafecto y la profunda discordia, ha desaparecido; quebrantándose, de ese modo, los deberes de respeto, ayuda mutua y socorro (artículos 67 y 68 del Código Civil), que han de presidir la unión conyugal. Y a este estado de cosas, a tal situación, se ha llegado, como se extrae de todo lo actuado (aun cuando se trate de hacer ver

lo opuesto), a causa de una conducta reprochable a ambos consortes, que con grave menoscabo de los fines del Consorcio, y como indica la Sentencia del TS de 11 de febrero de 1985, han dejado de ser el uno ayuda para el otro. Todo lo referido, de por sí, constituye base suficiente, que se sustenta en la causa primera del artículo 82 del Código Civil, para el decreto de la Separación (con la misma orientación se citan, también, las Sentencias del TS de 10 de febrero y de 19 de mayo del año 1983).

II. PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, Y RÉGIMEN DE VISITAS

1. PATRIA POTESTAD

1.1. *Habiendo sido condenado el padre en un procedimiento penal por abusos sexuales cometidos a una de las hijas, procede privarle de la patria potestad respecto de todos los hijos, ya que estamos ante uno de los más graves incumplimientos que puedan imaginarse respecto de la patria potestad.*

AP MADRID, Sec. 24.^a, Sentencia de 15 de octubre de 2001.
Ponente: Ilma. Sra. D.^a Miriam de la Fuente García.

Contra la sentencia dictada por el Juzgado se alza en apelación la madre solicitando, entre otras cuestiones que se prive al padre de la patria potestad sobre los hijos, con base en que el mismo, ha sido condenado por sentencia penal firme por un delito de abuso sexual contra una de sus hijas.

La Dirección Letrada de D. Luis Ignacio se opone al recurso planteado de contrario, e impugna jurídicamente la sentencia de instancia en la medida relativa al régimen de visitas y solicita que se establezca un régimen de visitas para los tres hijos con todas las garantías y cautelas necesarias, bien en la forma establecida en sede de medidas provisionales, bien con mediación del gabinete psicológico adscrito al juzgado, o en definitiva como la Sala crea oportuno. Considera que el suspender las visitas es inatendible pues esto sería como condenar a los hijos a la orfandad paterna. Además sostiene que en el caso de autos, no se puede privar de la patria potestad, y no se puede ir más allá de lo que dice la sentencia penal, que estudia y hace un análisis amplísimo del caso concreto y en el fundamento jurídico décimo expresamente habla de inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad

por probabilidad de repetición en un juicio que no aparece como ilógico, pero que no se identifica con el cese de relaciones entre el padre y su hija y menos de ésta con la familia paterna extensa, así como tampoco el cese de las relaciones con los otros dos hijos no implicados en esta materia penal. También alega que han transcurrido 6 años desde que ocurrieron los hechos por los que fue condenado. Y por último también hay que tener en cuenta que fue acusado por 4 delitos y sólo fue condenado por uno de ellos ocurrido en 1995. En lo demás solicita la confirmación de la sentencia.

Hemos de tener muy presentes las disposiciones relativas a la adopción de medidas relacionadas con los menores de edad en las que siempre se atiende al interés y beneficio aquellos tales como el artículo 39.2 de la Constitución Española cuando nos dice que “Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos” y en su apartado 4 añade que “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. La Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas

(Instrumento de ratificación de 30 de noviembre de 1990) dice en su Exposición de Motivos que hay que tener presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”, su artículo 9 expresa que “Se velará por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres”. El artículo 19 añade que: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”. Por su parte La ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor indica en su artículo 11 que “Serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos, los siguientes: a) La supremacía del interés del menor; (...) d) La prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal”. Y el artículo 12.1 expresa que “La protección del menor por los poderes públicos se realizará mediante la prevención y reparación de situaciones de riesgo”.

Igualmente hemos de traer a colación la doctrina sentada por el Tribunal Supremo que por conocidísima no necesitaría reseña específica y por ello basta apuntar por todas la sentencia de fecha 31 de diciembre de 1996 (en que se privaba al padre de la patria potestad por haber sido condenado por delito de parricidio cometido contra esposa) o la

sentencia de fecha 23 de febrero de 1999 (en que se privó al padre de la patria potestad por incumplimiento grave de los deberes inherentes a la misma).

Así nuestro más Alto Tribunal manifiesta que: “Aunque la patria potestad, por Derecho natural y positivo viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su función no sólo derechos sino muy principalmente deberes, puede en determinados casos restringirse, suspenderse e incluso cabe privar de la misma por ministerio de la Ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones no asumen las funciones inherentes a ella o las ejercen con desacierto y perjuicio para el descendiente, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, conforme prescribe el artículo 170 del Código civil, que según interpretación doctrinal y jurisprudencial, mas que una sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, no se revele precisamente como la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil. (...) El artículo 39 de la Constitución establece que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos; también impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velen por sus derechos (art. 49). Es decir, constitucionalmente se impone a los padres y a los poderes públicos el deber de dispensar una protección especial a quienes, por razones de edad, no están en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno. La patria potestad es la institución protectora del menor por excelencia y se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza (matrimonial, no matrimonial o adoptiva). Más que un poder, actualmente se configura

como una función establecida en beneficio de los hijos menores, ejercida normalmente por ambos progenitores conjuntamente, y cuyo contenido está formado más por deberes que por derechos, como resulta del propio artículo 154 del Código civil. El carácter familiar de la patria potestad, no excluye que el legislador, teniendo en cuenta las razones que justifican una especial protección de los menores, prevenga la intervención judicial en esa institución protectora, así como la del Ministerio Fiscal, y la entidad pública administrativa. Consecuentemente, la patria potestad deberá ejercerse siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, por lo que es rechazable todo ejercicio que entrañe beneficio exclusivo del titular, o cuando en su ejercicio se prescindiera de la propia personalidad del menor. De ahí que la privación de la patria potestad en determinados supuestos, como son los comprendidos en el artículo 170 del Código civil, se establezca como una medida de protección del menor”. Con cita de sentencias de nuestro más Alto Tribunal de 20 de enero de 1993, de 9 de marzo de 1989 y 30 de abril de 1991, que vienen a decir que “la patria potestad, al estar configurada como conjunto de derechos que la Ley confiere a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben, está orientada a favor y servicio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, por lo que ha de estar perfectamente en consonancia con el estado emocional del niño y las circunstancias concretas en que se hallen tanto los hijos como los padres en punto a la causa que creó la situación excepcional y anómala en que uno y otro se encuentren como la posibilidad de su ejercicio integral”.

Aplicando la doctrina apuntada al caso que nos ocupa, cabe decir que es dable acceder a la petición interesada y no se puede sino acordar la privación de la patria potestad respecto del padre con pleno y sólido asiento en el citado artículo 170, 92 y concordantes del CC, además de los preceptos legales estatales e internacionales arriba

apuntados, toda vez que en la sentencia de instancia hoy apelada se atribuyó a ambos progenitores la patria potestad puesto que estaba pendiente el pleito penal por el que había sido acusado el padre y todavía no había recaído sentencia condenatoria en el procedimiento penal. Sin embargo en la actualidad existe sentencia penal condenatoria en primera instancia, confirmada por la Audiencia Provincial y por boca de la Dirección Letrada del padre se informó en el acto de la vista que la pena quedará escindida en junio de 2002. No puede prosperar ninguna de las argumentaciones vertidas por esta parte dado que los hechos imputados encierran una enorme gravedad habida cuenta que ha sido condenado por un delito de abusos sexuales cometidos a una de sus hijas que por entonces contaba con tres años de edad. La sentencia penal condenatoria de inhabilitación de la patria potestad no puede vincular en modo alguno a los tribunales civiles a la hora de decidir sobre la privación de la patria potestad en este pleito matrimonial y así el artículo 92 del CC dispone que “Las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos” con posibilidad de “acordar la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello”, y el art. 94 nos dice que “el Juez determinará el modo, tiempo y lugar del ejercicio del régimen de visitas, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen”, por lo que una elemental medida de prudencia aconseja ante la existencia de una sentencia penal condenatoria, decretar la privación de la patria potestad del padre con íntegra suspensión de régimen de visitas y comunicación con sus 3 hijos menores de edad al menos por el momento, pues en definitiva se encuentran en una situación de riesgo que hay que proteger.

Y para dejar zanjada esta cuestión hemos de concluir diciendo que encontramos con un caso muy claro que ampara la medida acordada en esta alzada ya que repugnaría legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones respecto de las

que se ha mostrado indigno; por ello la medida acogida, y que es objeto de impugnación, se funda en uno de los más graves incumplimientos que puedan imaginarse respecto de la patria potestad, en flagrante trasgresión de lo prevenido en el artículo 154.1º del Código civil, lo que implica no ya la conveniencia, sino, al menos en las actuales circunstancias, la auténtica necesidad de privar de la posibilidad de adoptar decisión alguna respecto de sus hijos a una de las cuales, le ha cercenado uno de sus más trascendentales derechos, cual es la integridad física y moral que sólo el tiempo se encargará de determinar cuál ha sido su efectivo alcance.

La adopción de la anterior medida, aun cuando no fue solicitada expresamente en la demanda, no supone incongruencia, pues tratándose de menores de edad, no procede aplicar con tanto rigor el art. 359 de la LEC y atendiendo siempre al interés más necesitado de protección, procede acordar las medidas que les resulten mas favorables (sólo se refiere a que la patria potestad ordinaria sea concedida a la esposa y madre, pero no

menciona la posible privación de la patria potestad respecto del padre).

En íntima relación con lo anterior, si la sentencia de instancia precavida y diligente sólo suspendió las visitas en espera de que se resolviera el procedimiento penal, ahora ya resuelto y para evitar repeticiones innecesarias, al menos, de momento, no procede ni parece prudente en modo alguno regular un régimen de visitas aun con todas las garantías en tanto en cuanto no se ofrezcan razones suficientes que justifiquen que éstas sean beneficiosas para los menores, cuando corren un riesgo potencial (y sin que esto suponga prejuzgar), de no ser debidamente respetados por el padre en el ámbito más íntimo y personal del que ya existe un antecedente, que no puede valorarse por la cantidad de actos cometidos, sino por su denigrante cualidad y gravedad de los mismos. Por ello y al menos por el momento no procede establecer un régimen de visitas con el padre respecto de ninguno de los tres hijos. Y en cuanto al contacto y relaciones con la familia paterna extensa, al no ser ésta parte en este procedimiento, no procede regular un régimen de visitas para con aquélla, por no ser éste el cauce apropiado para ello.

2. GUARDA Y CUSTODIA

2.1. *Cambio de guarda y custodia cuando las expectativas de estabilización de la enfermedad de la madre no se han cumplido y han sido necesarios nuevos internamientos psiquiátricos.*

AP MADRID, Sec. 22.ª, Sentencia de 17 de septiembre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Impugna el apelante el pronunciamiento de la sentencia de instancia concerniente al cuidado cotidiano de los comunes descen-

dientes, en cuanto, según se esgrime, la enfermedad que padece la Sra. V. se ofrece difícilmente compatible con la asunción de

tal cometido el que, según se propugna, debe ser asignado a aquél, con las demás medidas inherentes, en los términos interesados en el escrito rector del procedimiento.

El contexto de actuaciones practicadas ante el Órgano *a quo* ya puso de manifiesto las dificultades de la hoy apelada para asumir, con las debidas garantías, la guarda cotidiana de la prole, y ello a consecuencia de la enfermedad padecida por la misma, en cuanto afectada, desde hace años, de un cuadro maniaco-depresivo, que había obligado, desde 1994, a diversos internamientos hospitalarios. A pesar de lo cual, juegan en el criterio decisorio recogido en la sentencia de instancia factores de indudable peso, como las preferencias de ambos menores por la alternativa materna, y la estabilización de la enfermedad de la madre, según el informe pericial médico emitido en 14 de marzo de 2000, en el que se destaca la “capacidad suficiente para ostentar la guarda y custodia de sus hijos”.

Aunque no se reflejaba de modo expreso en dicha resolución, no pudo dejar de valorarse igualmente el apoyo recibido por parte de la abuela materna de los menores, conforme reconoce la madre al absolver las posiciones 7.^a y 8.^a que le fueron formuladas, asumiendo su incapacidad, sin tal ayuda, no sólo para atender a los hijos sino inclusive para cuidar de sí misma.

Pero es lo cierto que las expectativas entonces contempladas en orden a una positiva evolución de la citada enfermedad no han llegado a materializarse, experimentando, por el contrario, sucesivos agravamientos en su estado de salud, que han requerido de nuevos internamientos hospitalarios, de varios meses de duración en algún caso, y durante los que ha sido el padre quien se ha responsabilizado del cuidado directo y personal de la prole, no contando ya, de modo habitual, con la ayuda de la abuela materna, por razón de la enfermedad de ésta, según

manifestó el esposo de la misma a la Perito Psicólogo adscrita a esta Audiencia.

En el informe emitido por la misma se recoge el reconocimiento por parte de la madre de la pérdida de control respecto de los menores, “cree que se le están yendo de las manos. Sobre todo el mayor que ha dejado de brindarle su ayuda, manifestando cierta rebeldía”; se expone igualmente en tal dictamen el mayor control que los hijos han tenido en los períodos en que, por el internamiento hospitalario de aquélla, han estado conviviendo con el padre. Concluye la Perito afirmando que “la alternativa de guarda y custodia paterna aporta en el momento actual un criterio de realidad más ajustado a las necesidades de los mismos con vivencias en su compañía de mayor orden, control y estabilidad que en la evolución y edad de los mismos se vive necesaria”.

Sin perjuicio de la ponderación de otros factores, tales como las preferencias en su momento manifestadas por los hijos y las posibles conveniencias en orden a la evolución de la enfermedad de la Sra. V., es lo cierto que, conforme a la declaración programática contenida en el artículo 39 de la Constitución, desarrollada por los artículos 2 y 11.2 de la Ley Orgánica 1/96 y 92 del Código Civil, debe prevalecer, en la decisión judicial de la problemática suscitada al principio del beneficio del menor, superponiéndose a los demás intereses, aun perfectamente legítimos, concurrentes en el caso.

Por ello, y en la actual coyuntura, debe ser acogida la pretensión articulada por el recurrente, y ello sin perjuicio de la evolución de las circunstancias, que podrían, en su caso, determinar otras medidas, entre las que no se descartan la ayuda asistencial al grupo familiar así constituido y la intervención terapéutica personalizada, como apunta, en su informe, la repetida Perito, habiendo, en consecuencia, de realizarse un seguimiento por el Juzgado de la situación a través de los correspondientes Servicios Sociales.

3. RÉGIMEN DE VISITAS

3.1. *Régimen de visitas restrictivo y en presencia de los abuelos paternos, dada la adicción del mismo al alcohol.*

AP GRANADA, Sec. 3.^a, Sentencia de 29 de septiembre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos J. de Valdivia Pizcuela.

El Juzgado de Instancia fijó el siguiente régimen de visitas: a) en periodo escolar: el padre podrá estar en compañía de sus hijos, siempre en presencia de alguno de los abuelos paternos, los lunes y martes al mediodía (desde la salida del colegio por la mañana a la entrada por la tarde); y todos los sábados desde las 11.00 hasta las 20.30 horas, siempre en presencia de alguno de los abuelos paternos; b) En periodo no escolar: los martes por la tarde, desde las 17.00 hasta las 21.00 horas, siempre en presencia de alguno de los abuelos paternos; y todos los sábados desde las 11.00 hasta las 20,30 horas, siempre en presencia de los abuelos paternos. Por el padre se interpuso recurso de apelación solicitando un régimen de visitas normal.

Ese “derecho-deber” o “derecho-función”, que corresponde al progenitor separado de sus hijos, no se ha de concebir con su carácter absoluto y separado del interés de los mismos. Todo lo contrario, se presenta como un derecho relativo, en función de las personas y de las circunstancias que inciden (o recaen) sobre él. Por ello, y en atención al bien de los hijos (y nunca respondiendo a un

concepto de sanción), puede llegar a acordarse su limitación e, incluso, en circunstancias extremas, su suspensión. En el caso de litis se limita, bien reflejado aparece en la sentencia de la primera instancia, que en éste punto hace suya este Tribunal, y ello por razones evidentes. Razones, que derivan de una apreciación conjunta de la prueba (las Sentencias del TS de 12-3-1998 y de 17-4-1999, refieren tal técnica como adecuada, ya que no altera el principio distributivo de la carga de la prueba; antes en el artículo 1214 del Código Civil, ahora, con regulación desconocida en la LEC de 1881, en artículo 217 de la LEC 1/2000), en especial de documental (informes médicos y policiales, que ponen manifiesto: la situación y posible conducta del padre; y dictamen psicológico); y revelan: Que, el padre de los menores, por los problemas que tiene con el alcohol, al menos desde el año 1993, por los trastornos de conducta que ello le ha producido, y en evitación de riesgos derivados, de posibles comportamientos violentos, agresivos, no puede mantener, por ahora, las circunstancias expuestas lo aconsejan, un régimen de visitas amplio.

3.2. *Supresión de toda visita de los hijos con el padre debido a la grave enfermedad psíquica que padece en la actualidad.*

AP VALENCIA, Sec. 10.^a, Sentencia de 20 de noviembre de 2001.

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

Por la representación de ambas partes se interponen sendos recursos de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia número 1 de Massamagrell de 18 de junio de 2001, que atribuyó a la demandada la guarda y custodia de su hijo Vicente, de dos años de edad, y estableció un régimen de visitas para el actor, consistente en que podrá ver a su hijo los días de Navidad, Reyes y el del cumpleaños del pequeño, durante tres horas; como ha subrayado una abundantísima jurisprudencia, el principio fundamental que ha de presidir la determinación de la guarda y custodia de los menores de edad es el de la protección de los hijos, o *favor filii*, de acuerdo con los Tratados y Resoluciones de las organizaciones internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño, y la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, así como el artículo 39.2 de la Constitución Española, que establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos; este principio inspira también numerosos preceptos del Código Civil, y constituye la idea básica de la regulación de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor; por lo tanto, a la hora de establecer el régimen de la guarda y custodia de los menores en las situaciones de crisis matrimoniales, sin desconocer que los padres gozan

del derecho de relacionarse con sus hijos, ha de procurarse ante todo el interés del hijo menor de edad en cuyo favor se reconoce este derecho —deber de los padres, de acuerdo con el artículo 39.3 de la Constitución, que establece la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda; en el caso presente, para la concreción del interés del menor debe atenderse al informe elaborado por la perito designada por el Juzgado, que figura en los folios 103 y siguientes de las actuaciones, que concluye que “dada la gravedad del estado psicológico del padre se recomienda que el niño permanezca con la madre y no se produzcan encuentros o visitas con el padre”; se dice también que “se considera inapropiado que el niño sea visitado por su padre o que pase con él algún tiempo durante la semana, de la manera que fuese, es decir, ni sólo ni acompañado por un tutor o su madre”; dice también que el padre es una persona “de características patológicas severas, con rasgos psicopáticos y antisociales y con tendencia a la agresión” (folio 109), y que “no habría capacidad para relacionarse con los demás de un modo satisfactorio, o sea con una emoción controlada, con una distancia conveniente, teniendo en cuenta al otro y estableciendo contactos con comprensión; sí de manera agresiva y violenta. Se podría afirmar que es poco o nada lo que al padre le importa el otro, sea quien fuese ese otro”; por otro lado, en el informe clínico del actor, que figura en el folio 146 de los autos, se dice que padece un

“trastorno de personalidad con rasgos anti-sociales”, y que aunque “no hay alteración de su capacidad volitiva, su adaptación social está dificultada por estos trastornos”; por todo ello, el interés del menor consiste en no tener de momento relación con su padre, sin perjuicio de que si en el futuro el

estado de éste mejora, lo que deberá ser acreditado por los correspondientes informes médicos y psicológicos en el proceso que corresponda, puede reconocerse al progenitor el derecho de relacionarse con su hijo.

3.3. *Imprudencia de suprimir la pernocta del menor con el progenitor no custodio al no haberse acreditado causa suficiente para ello y no ser aconsejable para el beneficio del menor.*

AP VALENCIA, Sec. 10.^a, Sentencia de 26 de noviembre de 2001.
Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España.

La única cuestión controvertida en esta alzada es acerca de la pernocta o no pernocta de la hija en las visitas que con el padre tiene señaladas, y a este respecto debe decirse que, en particular, las medidas relativas al cuidado de los hijos en estas situaciones de crisis matrimonial han de estar inspiradas por el principio, elevado a rango constitucional (art. 39 CE), del *favor filii*, procurando, ante todo, el beneficio o interés de los mismos, en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de sus progenitores. Este principio, de protección integral de los hijos, constituye un criterio teleológico de interpretación normativa expresamente reconocido en los arts. 92, párrafo segundo, 96 y 103, entre otros, del Código Civil, que debe presidir la aplicación de la ley en esta materia.

Consecuencias relevantes del principio del *favor filii* en el orden procesal o adjetivo son, por un lado, que las medidas que afectan a los hijos menores de edad, y que se derivan de una sentencia de nulidad matrimonial, separación o divorcio, han de ser imperativamente acordadas por el Juez, in-

cluso de oficio y sin necesidad de someterse estrictamente a los principios dispositivo y de rogación, característicos del proceso civil, según se infiere de la expresión “determinará” que emplea el citado art. 91 del CC. Por otro lado, el Juzgador debe tener en cuenta, como elemento relevante de su decisión, la propia voluntad de los hijos, los cuales habrán de ser oídos sobre este particular concerniente a su cuidado y educación, que les afecta de manera tan personal, “si tuvieran suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años” (art. 92, párrafo segundo, CC).

Este deber procesal de oír judicialmente a los hijos, antes de adoptar las medidas relativas a su cuidado y educación, permite considerar la voluntad manifestada de los menores como un criterio legal relevante de acomodación de tales medidas al principio general destinado a favorecer el interés preponderante de los hijos. Y si bien este interés puede, en algún supuesto, no ser coincidente con su deseo así expresado, en cuyo caso no ha de seguirse necesariamente y de forma automática la solución conforme a dicha voluntad, no cabe desconocer la decisi-

va importancia que siempre ha de tener ésta, en cuanto representa un factor esencial para la propia estabilidad emocional o afectiva y para el desarrollo integral de la personalidad del menor afectado, mas ello no conlleva, en modo alguno, que haya de dejarse al único y libre arbitrio del menor la decisión final acerca del régimen de visitas que al mismo haya de señalarse, ya que ha de intentar conciliarse tanto su voluntad como lo más conveniente para el mismo. En el caso de autos, no obstante lo manifestado por la menor, a la vista de su edad así como de la excelente

relación que mantiene con su padre, estima la Sala que no existe causa bastante, ni es aconsejable ni beneficioso para la menor, señalar el régimen de visitas acordado en la sentencia de instancia, por lo que en beneficio principalmente de la menor, pero también del progenitor, se desestima la demanda interpuesta por la madre, no dando lugar a la modificación de medidas interesada por la misma, manteniendo las mismas medidas acordadas en la sentencia de fecha 28 de abril de 1998, sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de ambas instancias.

III. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Extinción del uso de la vivienda al alcanzar los hijos la mayoría de edad, ya que ningún alimentista cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar y con exclusión del progenitor con el que no vaya a convivir.*

AP NAVARRA, Sec. 2.ª, Sentencia de 1 de septiembre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Goyena Salgado.

El presente incidente de modificación de medidas tiene por objeto que se declare el cese del uso de la vivienda familiar, establecido a favor de D.ª María y los hijos que con ella convivan y carezcan de independencia económica, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, dejando a favor de D. Jesús, libre y expedita, la posesión de dicha vivienda.

La sentencia de instancia estima la demanda en los términos solicitados por la demanda y frente a dicha resolución se interpone el presente recurso de apelación, al objeto de que, con revocación de la sentencia recurrida, se desestime la demanda.

El estudio del recurso planteado requiere tener presente los siguientes antecedentes y circunstancias.

- a) La vivienda cuyo uso se pide cese, es privativa del actor D. Jesús.
- b) En virtud de sentencia de separación, de fecha 3 de marzo de 1992, se atribuyó el uso de la vivienda a la esposa e hijos, lo que fue confirmado por sentencia de esta Sala de 23 de noviembre de 1992.

Dicha atribución se mantuvo por sentencia de divorcio de fecha 19 de septiembre de 1994, si bien por sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 1995 se matizó en el senti-

do de establecer como límite temporal, al uso del domicilio conyugal, atribuido a D.^a María y a los hijos que vivan en su compañía, el que los citados hijos alcancen la independencia económica, contraigan matrimonio o bien cesen en su convivencia con la madre para hacer vida independiente.

c) Fruto del matrimonio son tres hijos, nacidos, respectivamente el 26-9-71, 6-6-77 y 16-8-78.

d) D.^a María, en virtud de una herencia de su madre, ha percibido, entre otros bienes inmuebles, que no tienen la condición de vivienda, la propiedad exclusiva de los pisos primero y tercero de la casa sita en la calle Río C. de Pamplona/Iruña. Asimismo ha adquirido por compra el piso segundo derecha de la casa sita en la Avda. San Ignacio de esta capital.

Es preciso, por otra parte, señalar que, aunque en la sentencia de separación, de fecha 3 de marzo de 1992, en su fallo, se establece que la atribución del uso del que fuera domicilio conyugal se hacía a favor de la esposa, tal atribución se hacía en base a lo dispuesto en el art. 96 del Código Civil, ya en nuestra sentencia de 17 de febrero de 1995, tal atribución se hace a la esposa e hijos, y por lo tanto no puede perderse la perspectiva de que conforme al párrafo 1.º del art. 96 del Código Civil, aplicable al caso cuando se resolvió sobre la cuestión en la sentencia de separación, pues dos de los hijos eran menores de edad, que precisamente la previsión del legislador, en primer término es atender al interés más necesitado de protección, como son los hijos menores, de manera que la atribución del uso del domicilio conyugal se establece a favor de ellos y de manera refleja o derivada del cónyuge en cuya compañía queden aquéllos.

Viene a ser tal previsión, como señala la doctrina y jurisprudencia, una concreción más del principio *favor filii* o mejor aún, del principio *favor minoris*, entroncando con el art. 39.3 de la Constitución, que impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad

y en los demás casos en que legalmente proceda.

Ahora bien, debe hacerse notar, como ya ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia, que mientras que la protección y asistencia debida a los hijos menores de edad, es incondicional y deriva directamente de la propia Constitución —vid el citado art. 39.3—, respecto de los mayores de edad, será preciso, en todo caso, la existencia de una Ley que así lo establezca y concrete (“...en los demás casos en que legalmente proceda”, dice el art. 39.3 Constitución).

Lo anterior ha llevado a que, como ha mantenido la Audiencia Provincial de Bilbao, se extinga el derecho del uso atribuido al hijo menor de edad cuando adquiera la mayoría de edad, pues tal atribución vino determinada por razón de su minoría de edad, no previendo el art. 96 del Código Civil la protección, que en la materia que tratamos, depara a los menores de edad, respecto de los mayores.

Por otra parte, no puede vincularse, como ha señalado la jurisprudencia, “el derecho de uso sobre la vivienda familiar previsto en el primer párrafo del art. 96, con la prestación alimenticia prevista en el art. 93 párrafo 2.º, respecto de los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios; prestación que, por expresa remisión de dicho precepto legal, se fijará conforme a lo dispuesto en los arts. 142 y siguientes del Código Civil; preceptos reguladores de los llamados “alimentos entre parientes” y que sólo prevén dos formas posibles de satisfacerlos a elección del obligado a prestarlos (art. 149) pagar la pensión que se fije, incluyendo, en su caso, a la hora de cuantificarla, lo que resulte indispensable para “habitación” (art. 142), o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos; si bien, conviene precisar, este derecho de opción no podrá ejercitarse cuando concurren circunstancias excepcionales que aconsejen realizar la elección del obligado a prestarlos, o, como ocurre en los procesos matrimoniales, cuando la obligación de prestarlos recayera en

dos obligados, pues la elección que uno de ellos hiciere de la segunda forma de pago señalada, no podría privar al otro, por sí misma, del mismo derecho, debiendo estar, en buena lógica, a la propia voluntad del hijo mayor de edad. Ahora bien, tal facultad que, en última instancia, corresponde al hijo mayor de edad en orden a decidir con qué progenitor desea continuar conviviendo, supuesta la coincidente voluntad de dicho progenitor (pues el deber de tener a los hijos en su compañía sólo es exigible mientras subsiste la patria potestad), no puede entenderse, en ningún caso, como si el hijo mayor de edad ostentase algún derecho de uso sobre la vivienda familiar, y que, unido a dicha elección, supusiere excluir al otro progenitor del derecho a la utilización de la vivienda que le pudiera corresponder. En definitiva, ningún alimentista cuyo derecho se regule conforme a lo dispuesto en los artículos 142 y siguientes del Código Civil, tiene derecho a obtener parte de los alimentos que precise mediante la atribución del uso de la vivienda familiar y con exclusión del progenitor con el que no vaya a convivir”.

La aplicación del anterior criterio, que no es sino expresión del carácter temporal que la atribución del uso del domicilio conyugal tiene y que ya señalábamos en nuestra sentencia de 17 de febrero de 1995, al caso que enjuiciamos, tiene como primera consecuencia, al haber adquirido los tres hijos del matrimonio en cuyo favor se estableció el uso del domicilio conyugal, que el conflicto de intereses planteado afecta directamente a los propios litigantes, a resolver conforme, no ya al párrafo 1.º del art. 96, sino conforme al párrafo 3.º, de manera que: “No habiendo hijos —hay que entender que menores de edad—, 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 hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección”.

Como cabe colegir del precepto, ahora el interés más necesitado de protección hay

que situarlo y analizar si se da en el cónyuge no titular, no en los hijos, que por haber adquirido la mayoría de edad, en su caso, la protección que necesitan deberá articularse a través del instituto de los alimentos entre parientes.

Pues bien, llegados a este punto y conectado con lo razonado por la juzgadora de instancia, la adquisición por parte de D.^a María de un patrimonio inmobiliario, por vía *mortis causa*, determina un cambio de circunstancias esencial, en relación a la situación que tenía cuando se dictaron las precedentes resoluciones judiciales, y que le permiten disponer, cuando menos en un medio plazo de tres viviendas aptas para su ocupación por la demandada, por lo que no es de apreciar en ella un interés más necesitado de protección que el del titular de la vivienda que ahora ocupa.

Cierto que dos de las viviendas de su propiedad están ocupadas, pero a su interés convendrá recuperarlas, por los mecanismos procedentes, sin que tal situación pueda trasladarse y hacerse pechar sobre el esposo.

En cuanto a la tercera vivienda, si esta resulta pequeña para la convivencia de la demandada y de los tres hijos, no deja también de ser una cuestión que deberán resolver los citados, pero es ajena al actor.

Por último señalar, acogiendo lo argumentado por la juzgadora de instancia, que no cabe mantener a ultranza la invariabilidad de las sentencias, sino que la modificación esencial de circunstancias, como es el caso presente, permite interpretar y acomodar razonablemente lo resuelto en nuestra sentencia de 17-2-95, a las circunstancias que referimos, en el sentido resuelto por la juzgadora *a quo*. Únicamente, sí, la Sala atendidas las alegaciones de la parte apelante, acerca de la actual situación de los pisos de su propiedad, considera prudente y equitativo el conceder un plazo breve (4 meses), para que se produzca el desalojo, de manera similar a como ocurriría con un desahucio.

2. *A pesar de que la ocupación de la vivienda propiedad de los suegros por la esposa e hijos en virtud de la atribución judicial se califica de comodato, el mismo no puede tener una duración indefinida, por lo que será el comodante el que decidirá el final de su liberalidad, dejando a salvo los supuestos de abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo.*

AP ZARAGOZA, Sec. 5.^a, Sentencia de 10 de octubre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver.

El hijo de los demandantes y la demandada contrajeron matrimonio el 26-7-2001; el 5-4-1992 tuvieron a su único hijo. En el año 1994 otorgan capitulaciones matrimoniales en las que consta que la esposa recibe un inmueble sito en Villamayor y la mitad indivisa de un solar en el que existe una casa y corral. Los cónyuges residieron desde el principio de su matrimonio en el piso litigioso, cedido por los padres del esposo.

Ya a comienzos de 1996 las relaciones matrimoniales no debían de ser muy cordiales, pues consta el 16-1-1996 un requerimiento notarial de la esposa al inquilino instándole desalojar el piso de Villamayor, por necesidades propias. Tal requerimiento y la intimación que comportaba no fue llevada a cabo por la esposa. Pero sí que a finales de ese año, el 13-12-1996 solicitó del Juzgado de Familia medidas provisionales previas a la demanda de separación; demanda que se presentó en el año 1997. Esta demanda concluyó con la separación legal de los cónyuges y otorgando el uso del domicilio familiar hoy en debate (sito en Zaragoza) a la esposa y al hijo menor. La sentencia definitiva de este pleito matrimonial fue de fecha 15-7-1998, tiempo en el que la demandada, ya había sido requerida notarialmente de desalojo por “precario” por los dueños del piso (a la sazón, sus suegros) el día 24-2-1998, a lo que esta se opuso, alegando el derecho de uso concedido por los tribunales de familia en medidas provisionales. An-

te este rechazo, en el mismo año 1998, los suegros de aquélla —dueños del piso— interpusieron contra ella procedimiento especial del art. 41 Ley Hipotecaria, a fin de recuperar la posesión del piso registralmente inscrito a su nombre. Sin embargo, este pleito lo perdieron tanto en primera como en segunda instancia, concluyendo la sentencia de la Audiencia (de 27-9-1999) declarando que tratándose la cesión del piso de un “comodato”, no era ese procedimiento sumario (art. 41 LH) el adecuado para privar del uso a la ocupante. Es pues, esta última declaración judicial la que ha motivado la interposición de la presente litis en la que esencialmente se insta la extinción de ese “comodato”.

La solución a esa petición nos obliga a centrar jurídicamente la cuestión, lo que no resulta sencillo, a la vista de la diferente doctrina jurisprudencial que hay sobre una materia con importantes intereses y tensiones no sólo económicos sino emocionales.

En primer lugar y desde un punto de vista cronológico de las relaciones jurídicas, la apelante, disfruta del uso del piso propiedad de sus suegros, a título bien de precario, bien de comodato (luego definiremos la situación). Es decir, hay una cesión gratuita de la habitación de ese piso al nuevo matrimonio conformado por el hijo de los actores y por su esposa. Posteriormente, cuando éstos se separan, queda en el citado inmueble —domicilio familiar— la esposa y el hijo

menor, como consecuencia del derecho de uso concedido por los tribunales de familia, *ex art. 96 C. Civil*. Hay, por tanto, una duplicidad de títulos que será preciso poner en conexión, imbricándolos, de forma que resulte un todo armónico, respetando los derechos dimanantes de la separación matrimonial y los derechos dominicales ajenos a dicha ruptura conyugal.

La SAP de Zaragoza, Sección 5.^a, de 19 de mayo de 1997 recoge el sentir jurisprudencial respecto a la figura del uso del domicilio familiar cuando señala que “La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha ocupado de dicha figura, fundamentalmente respecto a los efectos que produce frente a terceros. Del estudio de dicho cuerpo doctrinal se puede extraer una concepción bastante uniforme. La sentencia que más trascendencia ha tenido ha sido la de 11 de diciembre de 1992, que se inclina por la interpretación doctrinal que sostiene la naturaleza *sui generis* del derecho del ocupante de la vivienda, cuyo contenido debe de ser integrado de acuerdo con los principios generales del derecho, en armonía con el interés que la ley trata de proteger. De tal manera que la decisión judicial referida al estudiado derecho de uso, eleva la condición del mismo a la categoría externa de oficial-público, conforme al artículo 1.280 del Código Civil y en todo caso con eficacia para terceros en cuanto a su fecha, lo que aleja toda asimilación al precario (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994), aunque no generadora de un derecho real (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Diciembre de 1994). Si bien, la antes citada Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994 habla de ‘derecho real familiar’ y la de 20 de mayo de 1993 elabora una analogía con el derecho de uso y habitación.

En todo caso —señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992— dicho uso debe configurarse como un derecho oponible a terceros que como tal debe tener acceso al Registro de la Propie-

dad, cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos, constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares”.

Por lo tanto, el posterior derecho de uso derivado del art. 96 CC no altera ni modifica la naturaleza de los derechos de los cedentes de la vivienda. Y ello, no sólo por su posterior nacimiento en el tiempo, por su desconocimiento en tanto no accede esa concesión judicial a la publicidad necesaria (documental pública y, en su caso, registral), sino también por la condición de terceros de los dueños del piso respecto a las relaciones matrimoniales. En este sentido, SAP de Gerona de 3-10-2000, SAP Zaragoza, Sección 5.^a, de 27-9-1999, Barcelona, Sección 4.^a de 16-6-1998, STS 2-12-1992. Todas ellas entran a discernir si hay o no precario o comodato y si éste se ha extinguido o no, en supuestos de separación conyugal con uso de domicilio generalmente concedido a la nueva de los propietarios. De forma totalmente explícita la S.A.P. Navarra, Sección 2.^a, de 22-12-1998: “la atribución del uso del domicilio, en virtud de un Auto dictado en un proceso de familia, no altera la naturaleza del contrato suscrito...”. A nadie se le ocurriría en caso de arrendamiento del domicilio familiar que desaparecieran los derechos de los arrendadores por la separación de los arrendatarios (a salvo novaciones *ex lege*, como la del art. 15 LAU de 1994).

En su consecuencia la trascendencia jurídica se traslada a la calificación y efectos de la cesión de uso realizada por los padres a su hijo y esposa de éste cuando éstos contrajeron matrimonio. Es ciertamente discutible la generalización indiscriminada de la postura recogida por el Alto Tribunal en su sentencia de 2-12-1992, recaída en un asunto con unas condiciones muy concretas (cesión del uso al nuevo matrimonio como necesaria o conveniente ayuda económica, necesidad cuya existencia seguía vigente en el momento de la litis). De hecho, la STS

31-12-1994 matiza aquélla al decir que “la atribución de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente y sí solo protege el que la familia ya tenía, pues lo contrario entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial”.

Como bien recoge la sentencia apelada, la jurisprudencia de las Audiencias no es uniforme al calificar de comodato ese tipo de cesiones. Ni tampoco se considera necesariamente vinculante la calificación hecha en un procedimiento sumario (SAP de Barcelona, Sección 15.^a, de 27-1-2000). Sin embargo, la resolución de instancia así lo considera, por lo que no existe inconveniente dialéctico en aceptar ese punto de partida del discurso jurídico.

No obstante, ubicados en la figura del comodato (arts. 1741 al 1752 CC), conviene destacar que sus características lo unen y asocian al precario. En efecto, al igual que éste, configura una cesión de uso gratuita (art. 1741 CC), lo que entraña en buena medida liberalidad del cedente. En Roma el contrato de comodato requería la fijación de un tiempo cierto y determinado, pues en otro caso se trataba de precario, es decir, de la prestación de una cosa *ad preces alterius*, al mero arbitrio del prestamista. La razón es evidente. Si cedo algo mío por tiempo indefinido parece de sentido común que será el prestador liberal el que podrá recuperar en cualquier momento el objeto de su magnanimidad. De lo contrario esa beneficencia le haría de peor derecho que si lo hubiese cedido bajo precio (por ejemplo, mediante arrendamiento). Sólo cuando el plazo está definido se hablará de comodato y el comodante deberá de respetar el pacto temporal para recuperar la posesión de su bien. En este sentido es mayoritaria la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (SAP Girona 3-10-2000, Orense 29-6-00, Barcelona Sección 15, 27-1-00, Asturias, Sección 6.^a 9-12-99, Barcelona Sección 4.^a 16-6-98, Vizcaya Sección 4.^a 31-12-97, Madrid de

13-12-1993 y del Tribunal Supremo de 31-12-1992).

En el caso enjuiciado se entregó el uso del piso litigioso para el nuevo matrimonio como una liberalidad de los suegros de la demandada, pero sin pactarse ningún plazo ni establecerse un uso determinado, por lo que, en aplicación del art. 1750 C.C. y de la doctrina recogida en precedentes fundamentos procederá dar por concluida la situación de comodato. Con independencia de si se habló de un término indefinido o no (adquisición por los nuevos esposos de otra vivienda o traslado a la ciudad donde la esposa o sus padres poseen inmuebles), de la prueba practicada no se infiere término final, por lo que contravendría el art. 1256 CC que ese *dies ad quem* lo fijara unilateralmente el prestatario e infringiría más específicamente el art. 1750 que estamos analizando. Amén de quebrar las más elementales reglas de la lógica, pues podríamos hablar de comodato indefinido, cuando el arrendamiento por toda la vida es nulo (art. 1583 CC). Por lo tanto, un comodato de duración indefinida no es —en la más moderna doctrina— sino un precario, el cual se articula como una modalidad del préstamo de uso, *id est*. De esta manera será el comodante el que decidirá el final de su liberalidad, a la que no puede afectar un derecho de uso matrimonial —como ya explicamos—, a salvo supuestos de abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo (art. 7 CC); que es, en el fondo, la situación contemplada en las SSTs 18-10-94 (f.j. segundo, *in fine*) y 2-12-92 (f.j. tercero, *in fine*).

Tampoco puede argüirse por la demandada que al haber un “uso determinado” de la cosa, hasta que éste no concluya, no podrá darse por extinguido el comodato por los prestamistas. El concepto de “uso determinado” (por pacto o costumbre de la tierra) del art. 1750 C. Civil no se refiere a la finalidad intrínseca del bien (un piso para vivir y un coche para circular), sino a un concreto uso dentro de esa finalidad intrínseca (así, una casa para atender unos huéspedes o dar

un cursillo o un coche para ir a Madrid), Otra exégesis de ese concede convertiría en indefinido e indeterminado el uso del bien prestado, a la más voluntad del comodatario. Lo que aun en caso de duda sería inadmisibles, siendo el comodato una relación de naturaleza esencialmente gratuita, las durante que se presenten acerca de su alcance han de ser objeto de interpretación restrictiva. Y siempre a favor de la menor transmisión de derechos, como establece el art. C. Civil.

La indefinición temporal y de uso del supuesto que nos ocupa conduce a aplicar el art. 1750 C. Civil y considerar extinguido el comodato. Este precepto hace innecesario el anterior (1479 CC), pues a la par que complementarios son excluyentes. No obstante lo cual, sí que puede afirmarse que la prueba practicada arroja una convicción de mayor necesidad del piso en cuestión por parte de

los actores que de la demandada. Aquellos, se ven obligados a una convivencia con hijos mayores de edad que ni siquiera en un régimen oneroso de arrendamiento les sería imponible y que daría lugar a la resolución del pacto locativo. Y ésta no utiliza los mecanismos legales para ocupar su piso por mera conveniencia, pues no se sabe por qué cesó en su iniciado trámite de resolución del contrato arrendaticio del piso en Villamayor. Ni tampoco existe certeza de que haya ocupado con asiduidad el piso cuyo uso pretende defender. Las lecturas del contador, con repetidas ausencias y un dudoso bajo consumo, y las diligencias judiciales seguidas con ella en Villamayor (Barrio donde está su núcleo familiar), así como la propia manifestación de su procurador al pedirle habilitación de fondos, conducen —como argumentos *ad abundantiam*— a confirmar la resolución apelada.

IV. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *No fijación de alimentos a favor de una persona graduada, con plena capacidad física y mental y que, superando los 30 años de edad, no se encuentra en una situación que se pueda definir de necesidad que le pueda hacer acreedora de una prestación alimentaria.*

AP ASTURIAS, Sec. 7.^a, Sentencia de 13 de septiembre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Román Godas Rodríguez.

Se ejercita en el presente procedimiento demanda de alimentos provisionales de la hija contra su madre, reclamando el uso de la habitación de que fue privada, con todas sus pertenencias, así como la utilización del baño. Y alternativamente a esta petición, solicita la prestación económica adecuada y

suficiente para hacer frente al coste que supondría la necesidad básica de una habitación en una pensión o equivalente.

La demandada discrepando totalmente de la pretensión rectora interesa la desestimación del escrito; y dictada sentencia en la instancia, ésta no acogió la acción ejercita-

da, interponiendo la actora el recurso que es objeto de esta resolución.

El art. 142 del CC establece el concepto de alimentos incluyendo en ellos los necesarios para la educación e instrucción del alimentista aunque sea mayor de edad, cuando no haya terminado la instrucción por causa que no le sea imputable, debiendo ser el importe de los alimentos proporcional al caudal o medios del alimentante y necesidades de aquél; estableciéndose en el art. 152 del mismo texto legal que la obligación de prestar alimentos se extingue, entre otras causas, cuando el alimentista puede ejercer un oficio, profesión o industria, o haya adquirido un destino mejorando su fortuna, de suerte que no le sea necesario la pensión alimenticia para su subsistencia.

Para determinar si procede o no la extinción de la obligación de alimentos, sobre la base del citado precepto, debe tenerse en cuenta tanto si la persona a cuyo favor se reclama tiene una profesión o actividad que le permita subsistir sin ellos, y como es doctrina jurisprudencial emanada de nuestro TS, el que dicho precepto excluye del derecho a alimentos no sólo a los que de hecho ejerzan un oficio, profesión o industria, sino también a los que pueden ejercerlos, posibilidad que ha de entenderse no sólo a la mera capacidad o habilitación subjetiva, sino como posibilidad concreta.

Y, en otra resolución de marzo de 1960, añade que: cesa la obligación de alimentos cuando el que los reclama está capacitado para realizar trabajos con cuyo producto puede atender a sus necesidades. En este sentido la sentencia de la AP Barcelona de

15 de abril de 1998 señala que el acceso al mercado laboral, al margen de las circunstancias que sobrevengan con posterioridad, determina considerar que se goza de independencia económica dada la realidad social vigente en nuestros días en la que la generalidad de las relaciones laborales se configuran con carácter temporal o provisional.

Sentado lo anterior, partiendo de la anterior doctrina y de las pruebas practicadas se pone de relieve que la demandante de 32 años de edad, no estudia en la actualidad. En épocas anteriores realizó bachiller Superior, COU y licenciatura en técnico especialista en informática; ha trabajado durante diversos períodos de su vida, tiene condiciones para optar a ocupaciones laborales de distinta índole y ha conseguido ingresos económicos suficientes para subsistir de forma autónoma sin necesitar el auxilio de sus ascendientes, hechos y circunstancias que impiden acoger lo reclamado. El supuesto contemplado carece pues, de base suficiente, ya que si la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de solidaridad familiar, con fundamento en el art. 39.1 de la CE, la misma quiebra cuando, cual sucede, se trata de una persona graduada, con plena capacidad física y mental y que superando los 30 años de edad, no se encuentra en una situación que se pueda definir de necesidad que le pueda hacer acreedora de una prestación alimentaria; lo contrario, como afirma la sentencia de 1 de marzo de 2000, sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un “parasitismo social”.

2. *Reducción de la pensión alimenticia de la hija que abona el padre en base a que al haber alcanzado la mayoría de edad, los alimentos deben pagarse por ambos progenitores.*

AP GRANADA, Sec. 3.^a, Sentencia de 29 de octubre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José M.^a Jiménez Burkhardt.

Con relación a la hija del matrimonio, que cuando se planteó la demanda era menor de edad, al haber cumplido 18 años durante su substanciación, ello entraña sin duda una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta cuando se dictó la sentencia de separación y correlativa adopción de medidas, ya que la prestación de alimentos no puede ser ya carga exclusiva del que venía prestándolos por exigencia judicial, en virtud de aquella sentencia de separación, sino que conforme a los artículos 142 y 143 del CC la obligación de prestarlos ha de ser, en principio, compartida por ambos padres, si bien, claro está, que su cuantía está en función de las necesidades del alimentista y los recursos económicos de los obligados a prestarlos (art. 146 CC). En este caso, está acreditado que la hija sigue viviendo con la madre y que cursa estudios en el Instituto, necesitando, por tanto, de atención económica, que no solo ha de ser prestada por el padre, sino también por la madre. Y aunque, como se dijo, no consta que la madre tenga un empleo estable, tampoco consta que padezca alguna enfermedad que le impida trabajar, estando seguro el Tribunal que desde la lejana fecha en que se produjo la separación de hecho de su marido, algunos ingresos económicos habrá tenido para atender a sus necesidades y de

su hija, que desde luego se estiman insuficientes los que esporádicamente venía recibiendo del marido, por lo que es de estricta justicia que la carga económica sea compartida por la madre, teniendo en cuenta que tampoco el padre percibe un sueldo tan elevado que no le repercuta negativamente la carga que actualmente viene soportando, al tener que pagar 25.000 ptas, con los incrementos correspondientes por IPC, en concepto de pensión compensatoria, y 110.000 ptas. (que la sentencia de instancia ha rebajado a 90.000 ptas.) en concepto de pensión alimenticia, cantidad de 90.000 pts. que aún se considera excesiva si se tiene en cuenta que el sueldo que percibe el actor es de 212.000 ptas. aproximadamente, al cambio de moneda, con lo que ha de vivir en Francia con la suma de 100.000 pts., aproximadamente, cantidad manifiestamente insuficiente, por lo que es aconsejable que la pensión por alimentos se reduzca, aún más, hasta la suma de 50.000 pts. mensuales.

Con estimación parcial del recurso de apelación, se revoca la sentencia apelada en el solo sentido de reducir a 50.000 pts., con la correspondiente revalorización anual por IPC, la pensión por alimentos que el actor ha de pagar a la demandada, manteniéndose la cuantía de la pensión compensatoria, sin hacer expresa imposición de costas.

3. *Inexistencia de incongruencia si en la sentencia se fija la obligación de abonar la mitad de los gastos extraordinarios de la menor aun cuando no se haya solicitado en la demanda de alimentos.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 16 de noviembre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Aunque es cierto que la resolución impugnada contiene, respecto de la cuestión debatida, un pronunciamiento que no responde estrictamente a petición específica de ninguna de las partes, conviene recordar que, en procedimientos cual el que nos ocupa, las medidas que afectan a los hijos menores, ya sean matrimoniales o no, no están absolutamente supeditadas al principio de rogación, dado que como proclama el TS, en sentencia de 2 de diciembre de 1987, rigen en tal aspecto elementos de *ius cogens*, sobre la base del preponderante principio del *favor filii*, que permite al juzgador establecer los pronunciamientos que estime más adecuados para la protección de los prioritarios intereses de la prole, pudiendo rebasar, cualitativa o cuantitativamente, los pedimentos, o ausencia de ellos, de los litigantes, sin incurrir por ello en incongruencia, por *extra o ultra petita*.

A mayor abundamiento, y en el supuesto analizado, ni siquiera podría sostenerse, con lógico y legal fundamento, que el pronunciamiento impugnado no responda al planteamiento de los litigantes, dado que, en definitiva, lo único que realiza la sentencia de instancia, en orden a la obligación alimenticia debatida en su cuantía, es desglosar aquellas necesidades de la común descendiente de carácter periódico y previsible, de aquellas otras que pudieran surgir de modo incontrolado y en un momento determinado, fuera de aquella previsibilidad periódica, para incluir la cobertura de las primeras en

la pensión mensual, y contemplar específicamente las segundas bajo el concepto de gasto extraordinario, que, en cualquier caso, y respondiendo a atenciones médico-sanitarias extraordinarias, tienen perfecto encaje en el art. 142 del CC.

En definitiva, con un criterio ponderado y realista, se trata de no gravar al alimentante con un pago periódico ante eventualidades que, ni tienen tal reiteración en el tiempo, ni se conoce con seguridad si se van a producir, ni, en último término, el gasto que hayan de generar, por lo que cualquier pronunciamiento que estableciera una suma fija, mensual o de otra periodicidad, para sufragar tales hipotéticas necesidades, acabaría en la mayor parte de los casos, o por lesionar injustificadamente los intereses del obligado al pago, por un desplazamiento patrimonial que no responde a una necesidad actual y concreta, o que rebasa el gasto generado por la misma, o por vulnerar los derechos del alimentista, pues tal aportación periódica podría resultar absolutamente insuficiente para afrontar un determinado gasto puntual de carácter ineludible.

Procede, en consecuencia, y como integrante de la obligación alimenticia que se ha de sancionar en pro de la común descendiente, ratificar el pronunciamiento afectante a la cobertura, por el hoy recurrente, de la mitad de los gastos extraordinarios de carácter médico-sanitario que se produzcan en la vida de aquélla.

V. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *No fijación de pensión compensatoria cuando en el convenio extrajudicial regulador de la separación la esposa reconoció que no existía desequilibrio económico.*

AP NAVARRA, Sec. 3.ª, Sentencia de 4 de septiembre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Pérez.

La representación procesal de D.ª Úrsula interpuso recurso de apelación frente a la sentencia de instancia en el único y exclusivo sentido de que se reconozca a su favor y con cargo al esposo el establecimiento de una pensión compensatoria de 60.000 pesetas mensuales, sin que pueda ser óbice para tal concesión lo dispuesto en el convenio regulador de separación suscrito en su día por los cónyuges, conforme al cual la esposa renunció a la prestación de que se trata, y en contrapartida, constatando las pruebas practicadas, se aprecie el evidente desequilibrio en perjuicio de la apelante en relación a su situación anterior en el matrimonio, que se ha visto abocada a vivir en una situación de gran incertidumbre económica, pues tan sólo dispone de los ingresos que recibe por su incapacidad, y que en la actualidad ascienden a 52.867 pesetas mensuales, frente a las casi 300.000 pesetas mensuales que percibe el apelado.

Que la sentencia apelada argumenta que con independencia de que el convenio no fuera ratificado, la esposa admite que la separación no le produjo desequilibrio económico. Y que a tenor de ello niega que los convenios de separación matrimonial se equiparen a los contratos, sosteniendo que la aprobación judicial es el presupuesto esencial o *conditio iuris* de su eficacia y que si un convenio ratificado y no aprobado carece de toda eficacia jurídica, menos podrá tenerlo el que ni tan siquiera ha sido ratificado por ninguna de las partes, y que sin la

ratificación y la aprobación judicial, el convenio es un mero proyecto del que no pueden derivarse consecuencias jurídicas, ni mucho menos afirmarse que resulta un verdadero negocio jurídico, por lo que entiende que la renuncia del apelante a la pensión compensatoria en el convenio regulador de separación es ineficaz, dado que no le vincula al no estar ni ratificado ni aprobado judicialmente dicho convenio, máxime cuando dicha separación se ha consumado legalmente con la demanda de divorcio contenciosa instada por el marido.

D. Vicente y D.ª Úrsula contrajeron matrimonio civil el 14 de marzo de 1986, separándose el año 1993 y firmando el convenio de separación de fecha 22 de noviembre de 1993. Dicha separación no fue judicial y a pesar de ello en el convenio de separación, en su cláusula sexta, se estipulaba que ambas partes, desde la firma del convenio, se comprometen a cumplir fielmente con lo estipulado en el mismo, así como a ratificar el mismo a presencia judicial. En el convenio de separación ninguna pensión por desequilibrio se establecía a favor de la esposa.

El esposo instó demanda de divorcio frente a la esposa, en la que solicitaba que se declarara el divorcio con arreglo a las medidas acordadas por las partes en el citado convenio. La sentencia estima la demanda en los términos ya referenciados.

La propia fundamentación jurídica del recurso de apelación contiene el germen de su desestimación, pues en el propio recurso,

al igual que se hizo durante el procedimiento, la demandada reconoce que al tiempo de la ruptura de la convivencia con el esposo no existía desequilibrio alguno entre ambos, y en el propio recurso de apelación reconoce que la separación no le produjo desequilibrio económico y que renunció en su momento a la pensión compensatoria por desequilibrio.

La sentencia apelada no hace sino plasmar en lo esencial el convenio regulador debidamente firmado por las partes, lo cual nos lleva a examinar la naturaleza jurídica del mismo —prevista en el art. 90 CC—, en el caso de que no haya obtenido la aprobación judicial como es el de autos.

La falta de homologación del convenio no le priva a éste de eficacia, puesto que si no se ha probado la concurrencia de algún vicio del consentimiento, debe entenderse como un negocio jurídico de Derecho de Familia, con plena y total virtualidad, al ser expresión del principio de autonomía de la voluntad consagrado en los arts. 1255 y ss. CC. Por tanto, el valor probatorio del mismo es indudable (STS 22-4-97 y 21-12-98), no habiendo tampoco impedimento para su eficacia, ya que si carece de aprobación judicial con la consiguiente imposibilidad de ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, no la pierde como negocio jurídico. En definitiva, este tipo de convenios no homologados judicialmente, deben ser tomados en consideración como manifestación de voluntad de las partes, como expresión del repetido negocio jurídico bilateral que obliga a los que a él se someten, siempre y cuando no vulnere el art. 1255 CC.

En el caso nos encontramos con que efectivamente el convenio firmado por las partes ha venido produciendo sus efectos desde que se firmó en el mes de noviembre de 1993, siendo así que el actor al formular la demanda de divorcio lo hizo, en virtud de la cláusula sexta del mismo, según la cual ambas partes se comprometían a ratificar el convenio judicialmente, por lo que la eficacia reguladora de los efectos de la misma es perfectamente ajustada a derecho.

Partiendo de lo anterior, hemos de examinar si procede el otorgamiento a la demandada de la pensión compensatoria que solicita.

Para que la pensión compensatoria pueda concederse, es preciso que se pruebe adecuadamente el soporte fáctico descrito en el párrafo primero del art. 97 CC, consistente en que se produzca un desequilibrio económico en un cónyuge en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio; se determina pues sobre un doble elemento comparativo, por un lado, de carácter temporal (empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio), y por otro, de índole subjetiva (estatus económico inferior al del cónyuge contra el que se dirige la pretensión), exigiéndose así la combinación de ambas condiciones comparativas para que pueda surgir en el ámbito legal y consiguiente reconocimiento judicial. Tiene pues una naturaleza reparadora tendente a equilibrar en lo posible el descenso de nivel de vida de un cónyuge en relación con el que conserve el otro, debiendo partirse como momento inicial para la constatación de si se produce o no el desequilibrio con el consiguiente nacimiento o no del derecho a la pensión, del tiempo en que se produjo la ruptura de la convivencia, sin que las circunstancias sobrevenidas o las alteraciones posteriores en la fortuna de uno u otro cónyuge, permitan su reconocimiento posterior.

La prestación que introdujo el art. 97 del Código Civil por la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, tiene por objeto compensar el desequilibrio económico que para uno de los cónyuges puede reportar la cesación de la convivencia, y en aquellos casos en los que al proceso de divorcio precedió el de separación, como ocurre en los presentes autos, la ausencia de constitución de pensión compensatoria con motivo del primero, implica la concurrencia de la cosa juzgada del artículo 1.252 del Código Civil, toda vez que fue en dicho proceso en el que debieron evaluarse los requisitos que para el nacimiento de la obligación la Ley establece.

2. *La obtención de la eficacia civil de una sentencia canónica de nulidad matrimonial no implica un cambio sustancial de circunstancias para dejar sin efecto lo acordado en la sentencia de separación respecto a la fijación de una pensión compensatoria.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 9 de octubre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

En relación a la pretensión planteada por la parte demandada, en orden al mantenimiento de la pensión compensatoria, para dar una adecuada respuesta a la cuestión suscitada hemos de tener en cuenta, en el ámbito formal y procesal, la doctrina y la jurisprudencia aplicable a este supuesto, por un lado, y por el otro, en el aspecto sustantivo y de fondo, habrá que estar a lo dispuesto en los artículos 100 y 101 del Código Civil, en la medida que concurran circunstancias novedosas en el entorno laboral y económico de la beneficiaria, lo que, a la postre, determinará en fin, y con un criterio ajustado a derecho en el presente procedimiento, de modificación de efectos de una anterior sentencia de separación, la procedencia o no del derecho a la pensión compensatoria, y puesto que no es posible aceptar la argumentación contenida en el fundamento jurídico segundo de la sentencia apelada, que argumenta la extinción de la pensión compensatoria en razón de la nulidad eclesiástica del matrimonio contraído por los cónyuges, decretada en virtud de sentencia de 27 de enero de 1997, confirmada por el Tribunal de La Rota, por sentencia de 27 de mayo de 1997, y acordada la eficacia civil por auto de 4 de febrero de 1998, señalándose que resultan incompatibles las anteriores resoluciones con el mantenimiento de tal derecho.

Ciertamente se han dictado las resoluciones antes indicadas que han dado lugar a los efectos señalados en el anterior párrafo de

este fundamento, sin embargo, al respecto, es necesario tener en cuenta que el conflicto jurisdiccional entre la sentencia firme, dictada en la litis matrimonial, con sus consiguientes efectos económicos, y una sentencia firme de nulidad canónica, cuyos efectos civiles también fueron reconocidos y fijados, ha de resolverse manteniendo los efectos acordados en la sentencia de separación, ya que la resolución de nulidad canónica y el subsiguiente reconocimiento de sus efectos civiles, no puede estimarse como cambio sustancial de circunstancias para dejar sin efecto lo acordado en la sentencia firme de separación, pues llegar por este solo hecho (aunque proceda la extinción de la pensión compensatoria en aplicación de los artículos 100 y 101 del Código Civil) a la solución contraria sería tanto como otorgar a la jurisdicción eclesiástica efectos de prevalencia civil sobre los Jueces y Tribunales del Estado, hecho que impide en absoluto el principio de exclusividad jurisdiccional; lo anterior, aun constituyendo una declaración *obiter dicta* que se contiene en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de marzo de 2001 (que resolvió un recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, declarando ajustada al Derecho del Estado una sentencia de nulidad matrimonial dictada por un tribunal eclesiástico), tiene especial significación pues tal declaración está en consonancia con lo señalado en la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional de fe-

cha 13 de enero de 1997 y con la jurisprudencia menor, emanadas, entre otras, de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Murcia de fecha 28 de febrero de 2000.

En cierto modo, la nueva redacción del artículo 79 del Código Civil llevada a cabo por Ley de 7 de julio de 1981, deroga el principio general de que lo nulo no produce ningún efecto y que la declaración de nulidad produce la retroactividad de la misma, pues antes bien, en determinados casos, tratándose de la nulidad del matrimonio, ello no es así, manteniéndose determinados efectos ya producidos, pese a la declaración de nulidad que, respecto a algunos efectos, no tendrá alcance retroactivo; y así, el artículo 79 antes citado establece que la declaración de nulidad del matrimonio no invalida los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente de buena fe; en el citado precepto, pues, el legislador compatibiliza la nulidad del negocio jurídico del matrimonio con algunos efectos del status producidos por aquél, resultando intrascendente que el matrimonio nulo sea de origen civil o canónico, pues este último, cuando la decisión eclesiástica ha sido debidamente homologada, conforme a lo establecido en el artículo 80 del Código Civil, se ha de equiparar a la declaración de nulidad realizada por los tribunales españoles.

En este sentido, y siguiendo la doctrina contenida en la sentencia dictada por la Audiencia de Sevilla, de 9 de octubre de 1998, cabe decir que la sentencia de la nulidad dictada por la jurisdicción canónica, por sí sola, no puede dar lugar a la modificación de las medidas adoptadas, en jurisdicción civil, en un procedimiento de separación o divorcio, en virtud del principio de exclusividad jurisdiccional al que ya se ha hecho referencia, y por consiguiente mientras las circunstancias no se modifiquen sustancialmente, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 100 del Código Civil, han de mantenerse las medidas establecidas en el orden civil, de manera que puede afirmarse que la

declaración de nulidad eclesiástica no implica el automatismo extintivo que la parte recurrente propugna (en este sentido se pronunció la Audiencia de Barcelona, por auto de 12 de febrero de 1999).

El Tribunal Constitucional, en la sentencia de fecha de 13 de enero de 1997 otorgó en favor de la parte recurrente el amparo solicitado, en una correcta interpretación de la disposición transitoria segunda a) del Acuerdo Sobre Asuntos Jurídicos entre España y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, puesto que, en aquel supuesto, se trataba de un proceso en curso al entrar en vigor dicho acuerdo, que permitía, conforme al régimen transitorio, que la sentencia canónica produjera su efecto constitutivo sobre el estado civil de los cónyuges con la mera anotación de la sentencia canónica en el registro civil, lo cual era equiparable, en sus efectos, a la ejecución de una sentencia por resolución judicial; siendo ello así, y partiendo de la base de que la sentencia recurrida fue respetuosa con la efectividad de las resoluciones canónicas, conculcándose el derecho a la tutela judicial efectiva, es lo cierto, sin embargo, que desde la perspectiva de los efectos económicos patrimoniales la conclusión debe ser distinta, pues la declaración sobre efectos económicos de la sentencia civil no aparecen en contradicción con ningún extremo de la resolución canónica, de modo que sean cuales sean en el orden civil los efectos patrimoniales que se deriven de la separación o divorcio, aun mediando previa invalidez del vínculo matrimonial, en nada resultan incompatibles con lo decidido en la resolución canónica, y así lo recuerda el propio Tribunal Constitucional en la sentencia 1/1981, afirmándose que los efectos civiles son de la exclusiva competencia de los jueces y tribunales civiles, en tanto en cuanto los principios de la aconfesionalidad del Estado (artículo 16.3 de la Constitución) y de exclusividad jurisdiccional (artículo 117.3) obligan a matizar, desde la entrada en vigor de la Constitución, la aplicación de reglas (con referencia al Concordato de

1953) que sólo encuentran sentido en el marco de la confesionalidad del Estado.

Si ya tal doctrina jurisprudencial resulta suficiente para afirmar que la resolución eclesiástica de nulidad no implica un automatismo extintivo de los efectos acordados en la resolución dictada por los tribunales civiles, no puede olvidarse que, en puridad procesal, y de conformidad con lo establecido en el artículo 778 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil, se establece ya clara-

mente el *iter* procesal para dar lugar a la adopción o modificación de medidas, en solicitud de la eficacia civil de las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad del matrimonio canónico, y tal petición de eficacia civil, en el sentido que corresponda, sobre adopción, modificación o extinción de efectos económicos patrimoniales, se sustanciará siguiendo el procedimiento que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 770 de la Ley 1/2000.

3. *No procede aumentar en el procedimiento de divorcio la pensión compensatoria que se fijó en la separación, ya que no existen pruebas de que la dolencia que sufre la apelante se deba específicamente a su dedicación a la familia durante el periodo en que tuvo lugar la convivencia conyugal.*

AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 27 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 número 1 de Torrent, que acordó el divorcio de los litigantes y desestimó la pretensión de la demandada, planteada en su escrito de reconvencción, de que se aumentara la pensión compensatoria de 15.000 pesetas al mes que se fijó en la sentencia de separación de 14 de septiembre de 1993, hasta 100.000 pesetas mensuales, aunque en el recurso de apelación reduce el aumento que interesa hasta “una cantidad no inferior a 40.000 pesetas mensuales”; alega la apelante la no renovación del contrato que tenía como limpiadora, así como el progresivo deterioro físico que ha determinado el reconocimiento de su condición de minusválida en un grado del 66% por resolución de 9 de enero de 1998, de la Conselleria de Bienestar Social; sin embargo, como la propia recurrente conoce, existe una reiterada jurisprudencia que señala que la pensión compensatoria del ar-

tículo 97 del Código Civil trata de remediar una situación de desequilibrio económico existente en el momento de la ruptura de la convivencia, por lo que las circunstancias posteriores a dicha ruptura no deben ser tenidas en cuenta para el establecimiento o el aumento de la pensión compensatoria; en el caso presente, además, no existe acreditación de que la dolencia que sufre la apelante se deba específicamente a su dedicación a la familia durante el periodo en que tuvo lugar la convivencia conyugal; y en cualquier caso, el empeoramiento sobrevenido en la situación de la demandada no es tan pronunciado como para justificar una modificación de la pensión, habida cuenta de que la apelante percibe una pensión de 40.260 pesetas al mes, con dos pagas extraordinarias de igual cuantía, según se desprende del certificado del folio 287 de los autos; por todo lo dicho, procede desestimar el recurso interpuesto.

VI. CUESTIONES PROCESALES

1. *Ratificado el convenio regulador y dictada la sentencia de separación no cabe la posibilidad de que uno de los cónyuges impugne el convenio dentro del procedimiento matrimonial consensual, debiendo acudir para ello al juicio declarativo ordinario.*

AP ALICANTE, Sec. 4.ª, Sentencia de 18 de octubre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Flórez Menéndez.

En el presente juicio de separación tramitado de mutuo acuerdo se siguieron los trámites ordinarios de presentación y admisión de la demanda, ratificación por los cónyuges de la misma y de la propuesta de convenio regulador e informe del Ministerio Fiscal; y en fecha 17 de junio de 2000 se dictó sentencia estimando la demanda y aprobando el convenio regulador. Antes de que la misma fuera notificada a la esposa, en concreto el 26 de junio de 2000, se presentó por la representación de la misma un escrito en el que impugnaba el convenio regulador, al parecer aduciendo haberlo suscrito y ratificado con error y otros vicios del consentimiento, escrito que el Juzgado rechazó por extemporáneo y cuyas pretensiones vienen a reproducirse en el presente recurso de apelación.

La Sala no puede sino ratificar y abundar en el criterio del Juzgado, lo que supone desestimar el recurso sin entrar a analizar las alegaciones que el mismo contiene en cuanto a los supuestos defectos del convenio, en atención a las siguientes razones:

a) La función de esta Sala es estrictamente revisora de lo actuado ante el Juzgado y cuando el mismo dictó sentencia no había impugnación alguna del convenio, por

lo que la misma es de todo punto ajustada a Derecho. La apelación no puede servir de vía a la tramitación de una impugnación, que, de tener alguna cabida posible dentro del procedimiento, se realizó ya de manera extemporánea.

b) Pero es que, además, aun en el caso de haberse formulado antes de dictarse la sentencia, tampoco se habría producido por el procedimiento adecuado. El objetivo de las normas contenidas en la referida disp. adic. 6.ª es rodear las actuaciones relacionadas con el convenio regulador de la seriedad y formalidad adecuadas a la trascendencia de este negocio, y en consonancia con ello mal puede ocuparse la Ley de la inmediata impugnación del convenio por los propios estipulantes. Así es de ver que no sólo no se regula trámite alguno con dicho fin; sino que la impugnación no tiene encaje en la regulación del procedimiento, pues tras la ratificación de los cónyuges, si la propuesta de convenio merece el informe favorable del Fiscal, en su caso, y la aprobación judicial, sigue inmediatamente la sentencia. Los trámites que pudieran articularse de una manera más o menos informal con esta finalidad serían anómalos y carecerían de la seguridad adecuada para una materia semejante, razón por la cual las sentencias que admiten la impugnación del convenio regulador por

razones análogas presuponen siempre su tramitación en juicio declarativo ordinario (así, por ejemplo, las sentencias AP Córdoba de 13 de mayo de 1999, de Sevilla de 13

de mayo de 1999, de Madrid de 24 de septiembre de 1999, de Córdoba de 27 de marzo de 2000 y de Zaragoza de 17 de abril de 2000).

2. *Falta de legitimación activa de la madre para solicitar la modificación de la pensión alimenticia de la hija mayor de edad, procediendo en consecuencia desestimar la acción sin perjuicio de que la hija inste el correspondiente procedimiento de alimentos.*

AP GRANADA, Sec. 3.^a, Sentencia de 20 de octubre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Luis Martínez López.

Dada la actitud de las partes frente a la sentencia objeto del recurso, se ha de establecer con carácter previo: 1) Queda firme el pronunciamiento por el que se decreta el divorcio de los cónyuges, al ser un efecto pretendido por ambos, en aras a lo que previene el Código Civil. 2) Asimismo, han de entenderse firmes los efectos o medidas consecuentes al divorcio que no han sido disentidos en esta alzada, *tantum devollutum quantum appellatum*, habida cuenta lo que previene el art. 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Respecto a la falta de litisconsorcio pasivo necesario cuya excepción se reproduce en el acto de la vista del recurso, se ha de mantener la opinión de esta Sala, reflejo de la cual es la S. del 21-9-92, ya que se entiende, como también lo ha venido haciendo la Fiscalía General del Estado, que sólo están legitimados dentro del ámbito familiar, para reclamar los derechos que establece el art. 93 del Código Civil los descendientes que han cumplido la mayoría de edad, los que necesariamente han de intervenir en el plei-

to en que se ventilen los alimentos a su favor, bien como demandantes, bien como intervinientes adhesivos, ya sea al inicio del pleito, ya en su transcurso, siempre que queden a salvo los derechos de defensa y contradicción para el demandado, doctrina que es de aplicación al presente caso, determinando una falta de legitimación activa de la demandada para solicitar como medida definitiva concomitante con el divorcio, no ya la persistencia de las medidas acordadas anteriormente en favor de sus hijas, una de las cuales ha cumplido con posterioridad la mayoría de edad y que sigue viviendo en su compañía, sino la modificación, por razones posteriores de las medidas anteriormente establecidas, y cuya hija mayor de edad no ha participado en el presente pleito, pese a su plena capacidad jurídica y simultánea legitimación *ad processum*, lo que obliga a desestimar la reconvencción planteada. Sin perjuicio, por supuesto, del derecho de la hija mayor de edad a promover el juicio de alimentos que se regula en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. *No concesión de litisexpensas cuando el solicitante de las mismas pudo solicitar y obtener justicia gratuita.*

AP VALENCIA, Sec. 10.^a, Sentencia de 3 de diciembre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Enrique de Motta García-España.

Respecto a las litisexpensas nada más se puede añadir a lo ya dicho por la Juzgadora de instancia, por cuanto, como muy bien dice la misma, mal puede señalarse litisexpensas a favor de quien puede solicitar —y obtener— justicia jurídica gratuita; en efecto, si al existir intereses contrapuestos —y ninguna duda hay de que existen tales intereses contrapuestos entre los cónyuges que se hallan inmersos en un procedimiento judicial

de separación—, pueden ser valorados los medios económicos de cada uno de los esposos por separado, es incuestionable que la hoy apelante podría haber obtenido la justicia jurídica gratuita, y por ello no puede interesar las litisexpensas solicitadas, procediendo por ello la íntegra confirmación de la sentencia de instancia por sus propios fundamentos sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

VII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

1. *Los efectos de los pactos económicos del convenio regulador producen sus efectos desde la fecha en que se suscribió.*

AP LLEIDA, Sec. 1.^a, Auto de 14 de septiembre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Segura Sancho.

Se impugna en esta alzada la resolución de fecha 20 de febrero de 2001 en virtud de la cual se desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 26 de enero del mismo año, por el que se despachó la ejecución interesada por la ahora recurrente aun cuando reducía el importe de la reclamación a las cantidades devengadas desde la sentencia de divorcio, en lugar de las adeudadas por el esposo desde el momento en que ambos cónyuges suscribieron el convenio regulador que posteriormente fue

aprobado a través de aquella resolución. Se trata así de determinar el momento en que resultan exigibles las obligaciones económicas dimanantes del convenio regulador y más concretamente resolver acerca del procedimiento a través del cual deben reclamarse las pensiones devengadas desde la firma del convenio regulador hasta la fecha de la sentencia.

Cierto es, como se dice en el auto ahora impugnado, que lo que ahora se insta es la ejecución de una sentencia y no de un con-

venio regulador que no puede considerarse como título ejecutivo. Ahora bien, este argumento resulta insuficiente puesto que no cabe duda acerca del título que lleva aparejada ejecución; más aún, conforme a lo establecido en el apartado segundo *in fine* del art. 90 del CC, será precisa la previa homologación judicial del convenio regulador antes de la reclamación por vía de apremio, aun cuando con esta disposición tan sólo se establece el momento a partir del cual será posible deducir aquella reclamación aun cuando deja sin resolver cuál será el contenido de aquella ejecución.

De todos modos debe significarse que el convenio regulador no constituye únicamente un requisito procesal para interponer una demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo sino que “representa un efectivo negocio jurídico, pero de naturaleza mixta, al intervenir en su perfección y consolidación la autoridad judicial, que no desplaza su naturaleza contractual, como parcela de privatización en el Derecho de Familia y no está sujeto a formalidades rigurosas, bastando que contenga los mínimos, que enumera el art. 90 del CC, siendo predominante la voluntad concorde de los cónyuges, con lo que lo acordado alcanza situación de irrevocabilidad, salvo que se produzca su modificación judicial, cuando legalmente proceda” (STS de 23 de diciembre de 1998), que exige de su homologación judicial para contar con la necesaria eficacia procesal. Se trata, por lo tanto, del medio a través del cual los cónyuges manifestarán su voluntad acerca de los efectos que deberá tener la separación o divorcio y, por esta razón,

constituye un requisito indispensable en los procedimientos matrimoniales de mutuo acuerdo. La posterior intervención judicial se limitará a controlar la legalidad de lo acordado por los interesados y, en su caso, a la aprobación mediante su incorporación a la sentencia. Por lo tanto, los pactos contenidos en el convenio regulador, excepción hecha de aquellas materias que vulneren lo que se denomina orden público familiar, despliegan sus efectos y por lo tanto son exigibles a partir del momento en que hubiera sido suscrito, y por lo tanto podrán reclamarse, por vía de apremio, a partir del momento en que hubiera sido homologado judicialmente a través de la sentencia.

Por lo demás, no puede olvidarse que exigencias derivadas del principio de economía procesal impiden remitir a la ahora recurrente a un proceso declarativo en el que deducir su reclamación referida a la exhibibilidad de las pensiones devengadas desde la fecha en la que se suscribió el convenio regulador hasta el momento en que se dictó sentencia, máxime si se tiene en cuenta que incluso el propio obligado al pago satisfizo voluntariamente el importe de la pensión correspondiente a parte de aquellas mensualidades.

En fin, debe estimarse el recurso de apelación interpuesto y reponer así la resolución de instancia en el sentido de despachar la ejecución interesada por la totalidad de la cantidad reclamada y pendiente de pago desde la fecha en que se firmó el convenio regulador, todo ello sin hacer expresa declaración en cuanto a las costas de esta alzada.

2. *En principio no cabe utilizar la ejecución de sentencia matrimonial para ejercitar una acción posesoria respecto a la vivienda ocupada por el otro cónyuge, sin embargo, si existe una situación de abuso de derecho, cabe efectuar el lanzamiento para evitar que el cónyuge propietario de la vivienda deba acudir a un nuevo procedimiento.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Auto de 14 de noviembre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Pascual Ortuño Muñoz.

El actor, ahora recurrente, interpuso demanda de ejecución de sentencia de separación matrimonial, respecto al particular extremo de que se procediera a entregarle la posesión de la vivienda familiar que, a su entender, le ha sido asignada al mismo por la resolución que se pretende ejecutar. Alega error en la interpretación de los pronunciamientos de la sentencia de separación matrimonial de fecha 10 de diciembre de 1999, dictada en los autos principales, en cuanto que, al denegar la solicitud de la demandada de que le fuera otorgado el uso del domicilio familiar, se efectuó una atribución implícita de la misma al esposo, como había solicitado éste en su demanda, puesto que se valora expresamente la precariedad de su salud y de su posición económica. En consecuencia reitera su solicitud de que se aperciba de lanzamiento a la esposa, y se lleve éste a efecto si no pusiera a su disposición la finca en el plazo que se le conceda.

La utilización de la fase de ejecución de los procedimientos de familia como acción posesoria típica, con la finalidad de reivindicar el uso de los bienes que se deriva del derecho de propiedad, es notoriamente impropio, como acertadamente ha apreciado el tribunal de instancia, cuando no existe pronunciamiento expreso en el fallo respecto a la atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, o condena al desalojo que se pretende, toda vez que la ejecución de las sentencias ha de sujetarse a los

concretos pronunciamientos que forman parte del contenido dispositivo de la misma, tal como establece el art. 18 de la LOPJ, que significa que los tribunales han de proceder a la ejecución, a instancia de la parte que haya obtenido el pronunciamiento a su favor, siempre dentro de sus propios términos y sin que sea admisible que se amplíe el objeto de las obligaciones de hacer o no hacer a materias que no han sido debatidas ni han sido objeto de pronunciamiento expreso.

Lo que en definitiva se plantea es la naturaleza jurídica de las disposiciones contenidas en las sentencias de familia por las que, en aplicación de lo que dispone el art. 96 del CC, o de los pactos entre las partes contenidos en convenio regulador debidamente homologado, ha de otorgarse a la atribución temporal del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges. Esta Sala ha señalado reiteradamente (SAP Barcelona de 22 de marzo de 1999 y AAP de Barcelona de 29 de noviembre de 2000), que tal declaración tiene un carácter constitutivo del derecho de uso exclusivo del domicilio familiar a favor del cónyuge al que se otorga, que sirve de título de ocupación durante el tiempo en el que permanece vigente. Como quiera que la constitución de este derecho es consecuencia y medida complementaria del pronunciamiento principal sobre separación o divorcio, las medidas tendentes a la eficacia de tal derecho forman parte del ámbito al que se extienden los pronunciamientos típi-

cos del derecho de familia. Mas, una vez finalizado el plazo para el que se concedió el derecho de uso, la acción del otro cónyuge para recuperar la posesión es del todo ajena a este litigio, pues pertenece al ámbito de la protección posesoria del titular o titulares del derecho, que han de hacerla valer por medio de los procedimientos correspondientes en los cuales, si se diera lugar a ellos, quien ostentó el derecho de uso ya extinguido no podrá oponer como título válido y eficaz de su posesión la sentencia dictada en el pleito matrimonial, aun cuando si dispusiese de otro título podrá hacerlo valer frente al derecho que alegue la parte que promueva la acción para recuperar la posesión, en criterio que mantienen las SSTS de 21 de mayo de 1990 y 31 de diciembre de 1992.

En consecuencia con lo anterior no es admisible que se instrumentalice la fase de ejecución de una sentencia de familia para el ejercicio de unas acciones, como las reivindicatorias del dominio o la restitución de la posesión, que son ajenas al ámbito de lo que puede ser enjuiciado en estos procesos de carácter especial. Otra cosa es cuando existía pacto homologado o pronunciamiento expreso en la parte dispositiva de la ejecutoria, que establezca la obligación de desalojo de la vivienda y la entrega de la posesión a un tercero.

En el caso de autos concurren circunstancias especiales, puesto que la atribución del uso de la vivienda familiar fue objeto de debate, tanto en la instancia, como en la alzada, y así se recoge tanto en el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia de instancia, como en la sentencia de esta Sala de 14 de junio de 2000, alcanzándose la conclusión de que el interés más necesitado de protección era el del esposo, al padecer un delicado estado de salud, tras haber sido tratado de un tumor maligno de vejiga y haber

sido sometido a más de ocho operaciones quirúrgicas. El hecho de que en los razonamientos jurídicos de la resolución de instancia se acoja tal interés preferente del esposo, justifica que el actor no interpusiese recurso de apelación contra la sentencia de instancia, ante la evidencia de que tal cuestión había sido resuelta a su favor, a pesar de que en la parte dispositiva de la resolución únicamente se recoge expresamente que se deniega la pretensión de la esposa de que le sea otorgado el uso del domicilio familiar.

La interpretación del contenido obligatorio de las sentencias ha de ser realizada con base a razonamientos lógicos, tal como ha puesto de relieve la doctrina y la jurisprudencia (SSTS 17 de junio de 1986 y 7 de marzo de 1989 y TC, sentencia núm. 9/1998), en cuanto que el pronunciamiento cuya ejecución se solicita se infiere de la propia resolución y de los antecedentes del debate litigioso y, aun cuando no se contemple la medida expresamente, sea consecuencia natural, ineludible y necesaria de las cuestiones enjuiciadas y de la decisión adoptada sobre las mismas. La proyección de esta doctrina al caso de autos determina la estimación del recurso, por exigencias del principio constitucional de tutela efectiva de los derechos del art. 24 de la Constitución, ya que de otra forma, pese a haber sido enjuiciada y resuelta la discrepancia jurídica sobre el uso de la vivienda, con la consideración de que es el esposo el más necesitado de protección, concurriendo en el mismo la condición de propietario privativo de la vivienda, se obligaría a la parte a instar un nuevo proceso posesorio, con la demora y los gastos que de ello se derivan, que determinaría, por otra parte, el favorecimiento de una situación de abuso de derecho por parte de la esposa que, en un correcto entendimiento de la resolución que se ejecuta, debía haber puesto la vivienda a disposición del ejecutante.

VIII. REGÍMENES ECONÓMICOS

1. *La renuncia que hizo la esposa en el acuerdo transaccional de la liquidación de la sociedad de gananciales, “a cualquier inventario o su adición, al avalúo y a la revisión, resolución o rescisión de dicha transacción por cualquier causa” solo afecta a la relación de bienes que se mencionaron en el acuerdo, pero no puede afectar al ejercicio de acciones respecto a los bienes que no estaban incluidos en la transacción.*

AP MÁLAGA, Sec. 4.^a, Sentencia de 18 de julio de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel López Agulló.

La representación procesal de la esposa, planteó demanda de juicio declarativo de mayor cuantía contra su ex esposo, solicitando la nulidad del último punto del escrito de 11 de enero de 1994, presentado al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Málaga en autos de separación conyugal, en que las partes declaraban que habían transigido cuanto afectaba a la disolución, liquidación y adjudicación de la sociedad y bienes gananciales, renunciando a cualquier inventario o su adición, al avalúo y a la revisión, resolución o rescisión de dicha transacción por cualquier causa, invocando la infracción del art. 6.2 del CC, así como la nulidad del contrato plasmado en la escritura pública de 11 de enero de 1994 de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, celebrado entre los cónyuges, por vicio del consentimiento prestado por la demandante fundado en error, intimidación, o incapacidad natural de la misma. Como petición alternativa, se interesó la rescisión de la partición o liquidación de la sociedad de gananciales, por lesión en más de la cuarta parte del lote adjudicado a la esposa, declarando el derecho que le asiste a la referida a solicitar en cualquier momento la adición a la liquidación de aquellos bienes no incluidos en el

inventario, en el supuesto de no ser atendidas ninguna de las peticiones anteriores. El demandado vino a oponer la plena vigencia de la transacción litigiosa, firmada, no sólo por la actora, sino también por su letrado director del procedimiento de separación, y la falta de prueba de la ausencia del consentimiento prestado al otorgamiento de la escritura pública de 11 de enero de 1994, manteniendo en orden a la rescisión por lesión que la demandante tenía conocimiento cabal del valor de los bienes adjudicados, alegando en la vista de apelación que los mismos han sido enajenados, por lo que no procede el ejercicio de dicha acción de conformidad con el art. 1.078 del CC. La sentencia apelada vino a estimar parcialmente la demanda, declarando la nulidad del último punto del escrito de 11 de enero de 1994, negándole el carácter de transacción, así como la rescisión por lesión en más de la cuarta parte del lote adjudicado a la demandante en la liquidación de la sociedad de gananciales. En la vista del recurso, la defensa del demandado apelante, reiteró los motivos de oposición alegados en la primera instancia, manteniendo la adhesión de contrario en relación a la petición de nulidad de pleno derecho de la escritura de 11 de enero de 1994.

Aceptando el Tribunal el relato de hechos probados que se contiene en el fundamento de derecho primero de la sentencia apelada, se impone examinar en primer lugar el documento de 11 de enero de 1994, firmado por los cónyuges en litigio y el letrado de la hoy parte demandante, donde manifestaban haber procedido a la liquidación de la sociedad legal de gananciales, renunciando a cualquier inventario, o su adición, al avalúo y a la revisión, resolución o rescisión de la transacción acordada por cualquier causa. En este punto, la transacción extrajudicial, al igual que las convenciones atípicas transaccionales, precisan para producir efectos ante los Tribunales, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.809 del CC, la existencia de los siguientes requisitos: a) Realidad de relaciones jurídicas subsistentes entre las partes, sobre las que aparezcan incertidumbre, desacuerdo, dudas o disputas acerca de los derechos, posiciones o pretensiones que cada una de ellas crea ostentar, efecto que por su carácter subjetivo ha de interpretarse no por su valor racional, sino por el real, cualquiera que sea el fundamento de la contradicción o disidencia que le sirva de origen. b) Intención de los contratantes de poner término a semejante inseguridad, dando fijeza a sus respectivos derechos, mediante la terminación del litigio a que se hallen sometidos, o deseo de evitar la provocación de un pleito, aun cuando la amenaza de su iniciación no sea inminente. c) Recíprocas concesiones por parte de los interesados, de modo que cada uno de ellos, dando, reteniendo o prometiendo alguna cosa sufra algún sacrificio de forma definitiva y no provisional, sin lo cual este tipo de convenio no es concebible, y sin que sea indispensable la igualdad absoluta de los acuerdos adoptados ni la paridad de las concesiones, puesto que las mismas pueden consistir en la simple renuncia de un derecho por parte de uno de los contratantes —STS de 21 de octubre de 1977—.

En el supuesto de litis, la adjudicación de bienes gananciales a la esposa, consignada en el documento enjuiciado constituye claramente una transacción a que llegan las

partes fuera del procedimiento de separación conyugal, en trámite de ejecución de sentencia, con el debido asesoramiento profesional, para extinguir la sociedad de gananciales que venía rigiendo el matrimonio, tendente por tanto, no sólo a poner fin a esa litis, sino también a evitar la provocación de un pleito posterior, en que pudiera discutirse la naturaleza ganancial o no de determinados bienes, sin embargo, en el particular de la renuncia de derechos que se contiene al final del documento transaccional, el párrafo segundo del art. 1815 del CC determina que “la renuncia general de los derechos se entiende sólo de los que tienen relación con la disputa sobre que ha recaído la transacción...”, esto es, en las presentes, sobre la relación de bienes gananciales que se dicen adjudicados a la demandante en el precitado documento, sin inventario ni avalúo alguno, mas no afectará al ejercicio de acciones que ataquen directamente la ausencia de tan esenciales requisitos a efectos de liquidación, a los que como se ha dicho, no alcanzará la renuncia, al no estar integrados en la transacción, por todo lo cual habrá de prosperar el recurso del demandado, manteniendo la Sala, la vigencia y aplicación de tal renuncia, no viciada de nulidad, pero entendiéndola constreñida a la escueta relación de bienes gananciales adjudicados a la esposa en el documento transaccional, más no a las acciones —como la ejercitada de rescisión por lesión—, en que se discuta el inventario y consiguiente avalúo de los bienes gananciales adjudicados, cuya renuncia se tendrá por no hecha en aplicación del precitado art 1815.2.º del CC.

Igual suerte desestimatoria ha de seguir la impugnación de la rescisión por lesión en más de la cuarta parte del lote adjudicado a la demandante, declarada en el fallo de la sentencia apelada, y ello, además de los argumentos jurídicos dados con acierto por el juzgador, en base a las siguientes razones: 1. La existencia de lesión y el exceso son cuestiones de hecho, de libre apreciación en la instancia —SSTS 19-2-67 y 4-12-85—, por lo que solo podrá revocarse en apela-

ción, cuando el Tribunal aprecie error manifiesto de cálculo a la vista de las tasaciones e informes presentados en relación con los bienes adjudicados a la parte que aduce tal motivo de rescisión, y ello desde luego no consta en las presentes, habiendo silenciado el recurrente toda alusión a dicho particular. 2. No consta probado que la actora conociera y consintiera el valor de los bienes adjudicados tras la liquidación de la sociedad de gananciales, pues como se ha expresado en fundamento anterior, el pacto transaccio-

nal sólo alcanzaba a la identificación de los mismos, y no al valor computable a tales efectos divisorios. 3. En definitiva, la demandante probó cumplidamente en el procedimiento, sin que de contrario se combataran las valoraciones presentadas que el valor real del lote adjudicado tras la liquidación de la sociedad conyugal es inferior en más de la cuarta parte al valor que hubiera podido corresponderle, de haberse valorado correctamente todos los bienes gananciales cuando le fueron adjudicados.

2. *Desestimación de la acción de nulidad de la transacción suscrita entre las partes para liquidar la sociedad de gananciales al no existir error que invalide el consentimiento, ni intimidación, ni se ha acreditado que la esposa era incapaz en la época en que se firmó.*

AP MÁLAGA, Sec. 4.^a, Sentencia de 18 de julio de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel López Agulló.

En relación a la petición de nulidad de la escritura de liquidación y disolución de la sociedad legal de gananciales existente entre los cónyuges en litigio, de fecha 11 de enero de 1994, la Sala ha de rechazar la adhesión planteada, compartiendo en su integridad la acertada fundamentación jurídica de la sentencia apelada, y ello en base a las siguientes razones: 1. Porque para que el error pueda invalidar el consentimiento es necesario que sea sustancial, no vencible por la normal diligencia en la información —art. 1.266 CC—, derivado de actos desconocidos para el que se obliga, y además inexcusable; siendo así que en el supuesto enjuiciado consta probada la intervención profesional del letrado Sr. D., en el trámite de elaboración del documento transaccional referido, asistiendo personalmente a la actora en la fecha de otorgamiento de la escritura —vid. confesión judicial, f. 701—, lo que

desvanece el más leve atisbo del vicio de consentimiento invocado. 2. No cabe hablar tampoco de intimidación, por cuanto que siendo requisito de la misma, conforme al art. 1.267 del CC, que uno de los contratantes o persona que con él se relacione, valiéndose de un acto injusto y no del ejercicio correcto y no abusivo de un derecho, ejerza sobre el otro una coacción o fuerza moral de tal entidad que por la inminencia del daño que pueda producir y por el perjuicio que pudiera originar, sea capaz de influir sobre su ánimo, induciéndole a omitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses; ninguna de tales circunstancias consta acreditada en el *iter* de la firma de los documentos litigiosos por la actora. 3. En cuanto a la nulidad del contrato por incapacidad natural de la esposa, tampoco ha de prosperar, por cuanto que según establece desde antiguo, reiterada jurisprudencia

dencia, no bastan inducciones más o menos probables para acreditar que una persona es incapaz en una época dada, sino que es necesario una prueba directa de que se hallaba en tal estado en la fecha en que realizó el acto que se trata de invalidar por falta de capacidad, para lo cual no es suficiente probar que éste era el estado de la otorgante con anterioridad o posterioridad a la fecha en que aquél tuvo lugar, tal y como acontece en las presentes a la vista del informe emitido

por el Dr. S. a petición de parte, y la pericia judicial practicada por la Dra. B., reveladores genéricamente de la disminución de la capacidad intelectual y volitiva de la demandante con la consiguiente alteración de su grado de discernimiento, sin que en cambio conste si a la fecha de otorgamiento de la escritura tales alteraciones le impedían o no gobernarse por sí misma; circunstancia esta salvada por la declaración de capacidad del Notario autorizante.

3. *Si la vivienda se construyó en un solar privativo, solo procede incluir en el inventario de la sociedad de gananciales el valor de lo invertido en la construcción.*

AP GRANADA, Sec. 3.^a, Sentencia de 2 de octubre de 2001.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Gallo Erena.

El Juzgado dictó sentencia en fecha cuatro de septiembre de dos mil, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Que, con estimación de la demanda, debo declarar y declaro que mediante la presente resolución queda disuelta, y pendiente de liquidación en ejecución de Sentencia, la sociedad de gananciales, declarando asimismo que la vivienda que constituyó el hogar familiar sito en Vélez Benaudala tiene carácter ganancial y que el activo y el pasivo de la sociedad lo componen los bienes, deudas y derechos que se especifican en el Fundamento de Derecho 3.^o de esta resolución, procediéndose en ejecución de Sentencia a la venta, avalúo y adjudicación de los distintos bienes con las salvedades contenidas en aquel Fundamento en cuanto a los desembolsos satisfechos posteriormente por el demandado para el pago del préstamo de “La General”, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración sin hacer especial pronunciamiento en materia de costas”.

Que, substanciado y seguido el presente recurso por sus trámites en virtud de apelación interpuesta por ambas partes, en el acto de la vista el Letrado de la esposa interesó la revocación de la sentencia apelada, dictándose otra que recoja sus peticiones del suplico de su escrito de demanda, con costas a instancia de la otra parte. Por el Letrado del esposo, se solicitó la revocación de la sentencia apelada de forma parcial, en cuanto no exista condena en costas.

Contra la sentencia dictada en el procedimiento del que dimana este Rollo se interpone recurso por ambas partes. La esposa con la única pretensión de que se revoque la misma en el único extremo de las costas, al entender que habiendo sido estimada la demanda y no argumentarse la concurrencia de excepcionales circunstancias, por lo dispuesto en el art. 523 de la LEC de 1881 debió ser condenado el demandado al pago de las costas de la primera instancia. Por su parte el esposo, discrepa de la sentencia in-

sistiendo en el carácter privativo de la construcción derivado de tener dicho mismo carácter el solar.

No puede sostenerse de forma alguna la pretensión que inicialmente mantenía el esposo, de que el inmueble que se construyó constante matrimonio lo haya sido con fondos pertenecientes a sus padres y que en su consecuencia pertenezca a estos, puesto que tal como quedó constatado, si bien la casa se construyó en un solar que tenía carácter privativo, la presunción de ganancialidad que se deriva de las circunstancias que concurren en todo el proceso de construcción, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1361 del CC lo impide. Esta presunción no solo no aparece debidamente destruida sino que en su conjunto la absolución de las posiciones

efectuadas por el Sr. P. en confesión, folio 228; así la potencia.

Por ello este Tribunal no puede sino concluir como se hace en la sentencia impugnada de que excluido el solar, la construcción levantada en el mismo lo fue con fondos gananciales, si bien la consecuencia de ello no puede ser asignar carácter ganancial al inmueble como erróneamente se pedía en la demanda y hace la resolución impugnada, sino que será solo lo invertido en la construcción, que coincidirá con el valor actual de lo construido, lo que debe formar el activo de la sociedad de gananciales a efectos de liquidación en tanto que por lo dispuesto en el art. 1359 del CC la vivienda tendrá carácter privativo. Por todo ello el recurso deberá estimarse en este sentido.

4. *Carácter privativo de la indemnización recibida por el esposo por su jubilación anticipada.*

AP CIUDAD REAL, Sec. 1.^a, Sentencia de 23 de octubre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Torres Fernández.

Seguido el presente juicio con el fin de determinar el inventario de la sociedad de gananciales que entre los litigantes existió, y dictada sentencia en primera instancia, el recurso de apelación interpuesto por la esposa se centra en la atribución, según su tesis, de carácter ganancial a la indemnización que el esposo recibió por baja anticipada en el trabajo que desempeñaba.

La primera cuestión ha sido ya abordada por esta misma Sala en sentencia 428/2000, de 5 de diciembre, en la que expusimos que la indemnización percibida por prejubilación tiene una clara proyección de futuro, y en tal sentido es ajena a los principios del régimen de la sociedad de gananciales, de

ahí que deba mantenerse que la mencionada indemnización de que se trata en el presente caso participa de la naturaleza privativa, ya se considere como un derecho patrimonial inherente a la persona, ya como un bien adquirido en sustitución de otro como sería el salario futuro. Con ello, se seguía la tesis expuesta en la sentencia del TS de 22 de diciembre de 1999, directamente aplicable al caso enjuiciado, que sostiene que “las cantidades percibidas por una indemnización de prejubilación tienen carácter privativo, pues las mismas no constituyen la retribución de un trabajo precedente ni un complemento a los sueldos percibidos, sino que proviene de la pérdida de dicho trabajo, proyectándose hacia el futuro”.

Las razones dadas por la apelante para mantener la ganancialidad de la indemnización por baja anticipada, desconocen la misma naturaleza de la causa que la desencadena, que no es otra que la compensación de rentas laborales futuras, que en ningún caso tendrían carácter ganancial una vez produci-

da la disolución que *ope legis* produce la separación; por ello, a partir de esa disolución, lo que ocurra en cada uno de los patrimonios de los esposos no se comunica al otro ni trasciende del carácter estrictamente particular o privativo.

5. *Siendo el esposo el titular del plan de pensiones, debe declararse su carácter privativo, sin perjuicio de que éste reembolse a la sociedad de gananciales del importe actualizado de las aportaciones realizadas con dinero ganancial.*

AP CIUDAD REAL, Sec. 1.^a, Sentencia de 23 de octubre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Torres Fernández.

Seguido el presente juicio con el fin de determinar el inventario de la sociedad de gananciales que entre los litigantes existió, y dictada sentencia en primera instancia, el recurso de apelación interpuesto por la esposa se centra en considerar que el plan de pensiones de que es titular el esposo ha de tener la consideración de ganancial atendiendo al momento de su rescate, sin que sea procedente la limitación impuesta por la juez de Primera Instancia que considera ganancial el importe que tuviera el plan al tiempo de la sentencia de separación.

Esta Sala no puede por menos, por la corrección jurídica y clara exposición de la materia, que reproducir la sentencia de la AP Valencia (Sec. 9.^a) de 15 de julio de 2000, que expone lo siguiente: “No existe ninguna duda sobre la naturaleza de las aportaciones al plan de pensiones que ha realizado cada uno de los cónyuges, pues tratándose de dinero procedente de su retribución salarial, en principio y según el art. 1347 10 del CC tiene carácter ganancial”. A idéntica conclusión llegamos con la naturaleza de las aportaciones que al plan de pen-

sión del esposo ha realizado la empresa para la que trabaja, pues tienen la consideración de retribuciones en especie, por tanto debemos concluir que todas las aportaciones realizadas a los distintos planes de pensiones han sido de dinero ganancial.

Ahora bien, aunque el dinero aportado al plan de pensiones sea ganancial, la titularidad del mismo, según viene configurado el propio plan, ha de ser, necesariamente individual, pero no cabe la titularidad compartida, dado que los eventos que determinarán su pago, jubilación, muerte, incapacidad, desempleo, siempre ha de referirse a una sola persona, lo que nos lleva a la conclusión que aunque las aportaciones se hagan con dinero ganancial la titularidad del plan ha de considerarse privativa de cada uno de los esposos. Ante esta tesitura, debemos acudir a los arts. 1352 y 1354 del CC, en los que se regula la adquisición de bienes que siendo privativos, se pagan con dinero ganancial, y el pago de suscripción de acciones con fondos comunes o la emisión de acciones con cargo a beneficios (que según el art. 1347 del CC tienen naturaleza ganancial) supues-

tos en los que se reconoce el derecho de la sociedad de gananciales a ser reembolsada por tales aportaciones conforme establece el art. 1358 del CC, por tanto, en el presente supuesto el titular del plan de pensiones deberá reembolsar a la sociedad de gananciales el importe de las aportaciones que se han realizado de dinero ganancial. Fijada la necesidad de reembolso, pues nos hallamos ante un crédito de la sociedad de gananciales, hemos de precisar el importe del mismo. Según el art. 1397.3.º del CC, el activo ha de comprender el importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran a cargo de uno solo de los cónyuges, lo que implica que el cómputo ha de hacerse tanto del principal como de sus intereses.

E igualmente deben incluirse en el activo de la sociedad las rentas o beneficios que este capital haya proporcionado (art. 1347.2.º). Como estas dos cantidades, capital actualizado y rentas o intereses generados pueden equipararse, en el presente supuesto, a lo que se denomina derechos consolidados, enten-

demus que ésta es la suma que deberá computarse en el activo.

Con esta concepción, que atiende a la exacta naturaleza del plan y de las aportaciones que lo conforman, se llega a igual resultado práctico que el sustentado en la sentencia de primera instancia, pues si se tiene en cuenta que, conforme al art. 1397.3.º del CC el importe actualizado de las cantidades que constituyan créditos de la sociedad contra uno de los cónyuges, se incluye en el activo, y que esas cantidades representan justamente el importe de las aportaciones y de sus rendimientos, se habrá de incluir, como dice la sentencia apelada, el propio importe del plan. Ahora bien, siendo la causa de la inclusión en el activo el carácter ganancial de las aportaciones, por fuerza el límite temporal está en la propia existencia de la sociedad de gananciales, de forma que las aportaciones y rendimientos que produzca tras la disolución de la sociedad no pueden formar el activo de ésta. Y esto es lo que, con toda corrección, impone la sentencia apelada, que debe, por tanto, ser mantenida.

6. *Carácter ganancial de la vivienda adquirida constante matrimonio al no haberse acreditado que el producto obtenido por la venta de otros inmuebles privativos del esposo se invirtiesen en la adquisición de esta.*

AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 20 de noviembre de 2001.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Pilar Manzana Laguarda.

Alegada por la dirección letrada de la parte recurrente error de hecho y de derecho en la consideración del carácter ganancial de la vivienda que conforma el activo ganancial, procede en primer término señalar la resultancia probatoria que ofrecen los autos: así y en primer lugar queda acreditado que los cónyuges se casaron en diciembre de 1983, y que obtuvieron sentencia de separación en fecha 25 de enero de 1999, y

que en consecuencia y constante el matrimonio, adquirieron en fecha veinticinco de marzo de 1995 la vivienda sita en Villar del Arzobispo. En segundo lugar, que en fechas próximas a aquella adquisición los padres del recurrente y el recurrente mismo vendieron a otros compradores, la planta baja de la calle Aragón y la vivienda de la C/ Castellón —anterior domicilio conyugal— en fechas 10 de junio y 2 de noviembre de 1994

respectivamente, abonándose tres millones de pesetas en fecha 15 de abril de 1995 al esposo que a su vez es el que les vendió la vivienda cuya titularidad es hoy controvertida.

En base a esas ventas y en la presunta obtención de su producto destinada a la compra de la vivienda cuestionada basa el recurrente su pretensión de que habiéndose adquirido la vivienda que fuera último domicilio conyugal con dinero privativo debe llevar a la conclusión de considerar privativa dicha vivienda y en consecuencia excluirla del activo de la sociedad en la formación del inventario previo a las operaciones particionales del haber de cada uno de los cónyuges. En apoyo de esa misma afirmación aporta los documentos nueve y diez obrantes a autos, y que en prueba de interrogatorio han sido reconocidos como puestos de su puño y letra y firmados por la esposa, en virtud de los cuales la misma en fecha no concretada pero tal y como ella reconoce en ese mismo interrogatorio cuando ya se habían iniciado los trámites de la separación y según su parecer bajo amenaza y coacción de su marido, vino a renunciar a los derechos que pudiera tener sobre la vivienda ganancial y a recibir la suma de seis millones de pesetas, suma ésta que nunca fue entregada como reconoce el propio recurrente en prueba al efecto practicada en ese mismo acto de juicio.

En todo caso y según la documentación aportada resulta insuficiente la prueba acreditativa de que el producto de la venta de los dos inmuebles que realizaran sus padres y el mismo se destinó íntegramente al pago de la vivienda controvertida, en segundo lugar re-

sulta patente el que el recibo de tres millones de pesetas lleva fecha posterior a la de la escritura de compra de la vivienda, cuando en la misma se declara recibido el precio de la compraventa, y tercero, los documentos nueve y diez, existen dudas más que razonables para considerarlos obtenidos con vicio del consentimiento, no sólo por las manifestaciones de la esposa vertidas en el interrogatorio efectuado sino también por la existencia de sentencia penal confirmada relativa a amenazas continuadas si bien referidas a hechos al parecer posteriores a la firma de los referidos documentos.

Pues bien frente a ello y en favor del carácter ganancial de la vivienda objeto de controversia se alza: en primer lugar, su adquisición a los doce años de matrimonio, y por lo tanto cuando ya podía haberse proveído el matrimonio de ahorro bastante con el que abonar el importe de la transacción; en segundo lugar, la manifestación ante Notario del propio recurrente que comparece solo ante él, de adquirir para su sociedad de gananciales la vivienda en cuestión, y en tercer lugar, que de ninguna forma se le habría puesto a la firma o dictado el contenido de los documentos nueve y diez, si no era por la conciencia del recurrente de ser ganancial la vivienda adquirida. Por todo lo dicho y por lo dispuesto en el art. 1361 del C. Civil que supone jurisprudencialmente interpretado el que toda duda existente en orden al carácter o no ganancial de un bien que ha de integrar el activo ganancial debe resolverse a favor de su carácter ganancial, es procedente la desestimación del recurso y la íntegra confirmación de la resolución recurrida.

IX. FILIACIÓN

1. *Desestimación de la acción de impugnación de la filiación reconocida ante el Registro Civil al haber transcurrido el año desde dicho reconocimiento y no haberse acreditado la existencia de vicios en el consentimiento.*

AP MADRID, Sec. 22.^a, Sentencia de 9 de octubre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

La dirección letrada de la parte apelante en el acto de la vista, con revocación de la sentencia de instancia, ha reiterado la petición contenida en el escrito de demanda, relativa a la impugnación de la filiación matrimonial del padre con respecto del menor, reiterando el error sobre dicha paternidad al momento en el que reconoció a dicho menor, en la creencia de que era el padre biológico, señalando que no es posible reconocer a un hijo que no tenga tal condición biológica respecto de su padre, afectándose, en su caso, derechos fundamentales del hijo, y señalando que la acción no está caducada.

Se impone en primer lugar la necesidad de dar respuesta a la afirmación que se realiza por la parte recurrente, cuando señala que la acción de impugnación del reconocimiento de filiación no está caducada, para lo que se hace preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 141, en relación con el artículo 138, del Código Civil, puesto que dicha acción caduca al año del reconocimiento o desde que cesó el vicio de consentimiento.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que resulta muy significativo, y así lo refiere la sentencia impugnada, que hiciera depender de las cuestiones surgidas de la crisis personal con la esposa el hecho del conocimiento de que realmente aquel no era el padre biológico del menor, pues si ello es así, debió dicha parte aportar al procedimiento

la prueba suficiente a propósito, primero, de la fecha relativa al comienzo de las relaciones personales e íntimas con la esposa, teniendo en cuenta que el nacimiento del menor se produce el día 15 de noviembre de 1989, el reconocimiento en legal forma se produce el 19 de octubre de 1992 y el matrimonio, con la madre del menor, se celebra el día 5 de diciembre de 1992, pues en todo momento la esposa ha afirmado, y no existe prueba para concluir de otra manera, que la relación entre ambos comienza el año 1991, cuando ya el menor tenía dos años; ciertamente resulta ambigua la argumentación empleada por la parte recurrente, según se deduce de la lectura del escrito rector del procedimiento, señalándose un hecho que no ha sido acreditado, en relación a la afirmación de la esposa, frente al recurrente, advirtiendo por primera vez al recurrente que no es el padre biológico del menor.

En suma, no existe dato relevante alguno que nos permita afirmar la posibilidad de establecer un plazo de caducidad que no sea el que se determina desde la fecha del reconocimiento, de tal modo que presentada la demanda en noviembre de 1997, sobre impugnación del reconocimiento, es lo cierto que puede concluirse que la acción está definitivamente caducada, de conformidad con lo establecido en el artículo 148 antes citado, y a falta de prueba sobre la fecha,

siquiera aproximada, en la que, según refiere la parte apelante, tuvo conocimiento por primera vez de que realmente aquél no era el padre biológico de dicho hijo.

A mayor abundamiento, por contra, la prueba practicada en el procedimiento, por si hubiera alguna duda sobre la determinación del plazo de caducidad de la acción de impugnación antes invocada, permiten afirmar sin ningún género de dudas que en realidad el recurrente sabía que no era el padre biológico del menor, y ello se deduce del propio devenir de los acontecimientos, desde que nace éste, el día 15 de noviembre de 1989, siendo así que el reconocimiento se produce precisamente dos meses antes de contraer matrimonio, y tres años después de nacido dicho menor, lo que permite presumir que la relación personal existente entre ambos al momento, no solamente el reconocimiento, sino también de la celebración del matrimonio, era tan óptima que aquél consintió en reconocer un hijo nacido años antes, a sabiendas de que no era el padre biológico.

Debe tenerse en cuenta que el reconocimiento supone una declaración de voluntad

constitutiva de un negocio jurídico de derecho de familia, o si se quiere, atendiendo a otra corriente doctrinal acerca de su naturaleza jurídica, una declaración de conocimiento o manifestación de carácter confesorio, pues en todo caso es necesario el elemento volitivo y la no concurrencia de vicios de la voluntad (violencia, intimidación, dolo, error...), lo que determina la producción de efectos jurídicos (sentencia del Tribunal Supremo, entre otras, de 14 de marzo de 1994).

Dicho lo anterior, y afirmando que el recurrente era conocedor de la realidad biológica, nos hallamos pues ante un reconocimiento de complacencia emitido por una declaración de voluntad ausente de vicios en el consentimiento, no siendo de aplicación el artículo 1265 del Código Civil, considerando que tal acto expreso, personalísimo, unilateral, independiente y solemne no puede dejar de producir las consecuencias jurídicas que se derivan positivamente hacia los derechos y los intereses del menor, en todos los ámbitos, todo lo cual determina la desestimación del recurso interpuesto.

X. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *Después de declarado el desamparo se constituyó el acogimiento familiar con los abuelos maternos del menor, los cuales devolvieron al menor transcurridos diez meses, habiéndose desinteresado durante todo este tiempo los padres de la situación del menor, por lo que procede declararles incurso en causa de privación de la patria potestad.*

AP JAÉN, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de octubre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pío Aguirre Zamorano.

La sentencia de instancia desestima la oposición formulada por los padres biológicos del menor y declara que ambos están

incursos en causa de privación de la patria potestad. Contra la citada sentencia interpone recurso de apelación la representación de

los padres biológicos, alegando, como única cuestión, que al no nombrarle abogado del turno de oficio el Juzgado, cuando lo solicitaron, les ha producido indefensión y en consecuencia solicita que se declare la nulidad de actuaciones, volviendo los mismos al comienzo y que se celebre nuevo juicio verbal.

Pues bien, consta en el procedimiento que el día 9 de enero de 2001 se citó a los apelantes al correspondiente juicio verbal suspendiéndose el mismo por el deseo de la hoy apelante de ser asistidos por Letrado, advirtiéndole la Juzgadora que dado sus ingresos, 240.000 pesetas, no procedería el nombrarle letrado de asistencia gratuita, todo ello consta en el acta que firmaron los padres biológicos, señalándose nuevo juicio para el día 19 de enero, celebrándose ese día manifestando los apelantes que no les había dado tiempo de buscar abogado, no oponiéndose a la celebración, siguiéndose las actuaciones hasta sentencia. Es por esta razón que no siendo preceptiva la asistencia de letrado ni de procurador (art. 4 y 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no procede decretar la nulidad solicitada.

Entrando a conocer sobre el fondo, de la prueba practicada en las actuaciones y sobre todo de las documentales se desprende sin duda alguna que los hoy apelantes, padres biológicos del menor, están incurso en privación a la patria potestad. Así, consta que, tras constatarse la grave situación de riesgo que sufría el menor, nacido el año 1988, la Entidad Pública dictó resolución el día 25 de septiembre de 1992 acordando el desamparo del mismo asumiendo la tutela automática, ingresando el menor en la Residencia

de La Milagrosa. Posteriormente en el año 1994, la Delegada de Asuntos Sociales dictó resolución de acogimiento del mismo por parte de sus abuelos maternos, durante diez meses, tras los cuales “devolvieron” al menor a la Entidad Pública y desde entonces los padres biológicos se desinteresaron de su hijo. El menor ha sufrido desde su nacimiento una falta grave de afectividad y abandono produciendo un desequilibrio a nivel personal muy importante. Actualmente y después de otro acogimiento fallido el menor vive perfectamente integrado en otra familia acogedora existiendo entre ellos lazos afectivos muy intensos, siendo la deseable que se integre definitivamente en esa familia por medio de la adopción.

El artículo 154 del Código Civil dispone que “la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación íntegra. 2.º Representarlos y administrarles sus bienes.

Pues bien, de la prueba analizada en el anterior fundamento de derecho se desprende, sin duda alguna, que los padres biológicos, hoy apelantes, han incumplido reiteradamente cada uno de los deberes impuestos por el Código Civil que integra la Patria potestad. Esta está pensada y orientada en beneficio de los hijos y de la Sociedad (sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1992). Es por ello, y por los fundamentos de derecho de la resolución recurrida, que se dan por reproducidos para evitar repeticiones innecesarias, que se ha de rechazar el recurso planteado y confirmar íntegramente la sentencia de instancia.

2. *Constitución del acogimiento familiar cuando la madre tiene una minusvalía del 70% a consecuencia de una enfermedad mental y el padre carece de capacidad para garantizar las más mínimas condiciones para el desarrollo del menor.*

AP VALENCIA, Sec. 3.^a, Auto de 27 de septiembre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Vera Llorens.

Las partes apelantes progenitores del menor cuyo acogimiento familiar simple se discuten sostienen su recurso básicamente en las consideraciones del derecho que como padres les corresponde y la no existencia de circunstancias que justifiquen la separación respecto del menor. Frente a ello como elemento nuclear de este tipo de litigios, señalar que el interés que tiene que asegurarse, no es el de los padres, sino el del menor. Coincidimos así con el Ministerio Fiscal, que ejercita la defensa del menor, cuando señala que la pregunta a la que en realidad habría que contestar es si es o no bueno para el menor la medida acordada, en este caso el acogimiento familiar simple.

De esta forma, tras escuchar a las partes y examinar los autos, solo podemos concluir en el sentido de confirmar la medida acordada. En este sentido nos encontramos ante una situación donde la apelante es madre de dos hijos con anterioridad al nacimiento del que nos trae a esta causa, y de la misma forma ya les fueron aplicadas a ellos medidas de protección, dada la situación de enfermedad mental de la misma, que se mantiene en la actualidad, y de la que se deriva una minusvalía del 70%, quedando por ello los hijos bajo la guarda de sus abuelos maternos por resolución judicial.

Igualmente y tras una discusión entre la que era pareja estable, los apelantes y progenitores del menor, expulsó la apelante al padre e hijo, de pocos meses de edad, de la casa sabiendo que carecían de lugar y medios para dormir.

De tal forma nos encontramos ante una situación y sin que esto suponga en absoluto poner en duda los sentimientos de los apelantes para con su hijo, pero en base a la obligación que nos impone la ley de proteger el interés del menor, y teniendo además en cuenta los informes existentes sobre la familia acogedora, no nos cabe duda que esa y no otra es la situación que puede beneficiarle en mayor medida, pues ni madre ni padre han mostrado, pese a la ayuda recibida, estar en condiciones de ofrecer al menor los cuidados que razonablemente requiere.

Igualmente el padre carece de la capacidad, como se desprende de los informes aportados en el Expediente, para garantizar las más mínimas condiciones de correcto desarrollo del menor, ello sin olvidar que también él generaba continuas peleas con su pareja que desembocaban siempre en dejar en un segundo plano las necesidades del hijo.

No se acepta tampoco la solicitud de visitas, pues no se entiende por ahora conveniente para el menor, que requiere en estos momentos una mayor necesidad de atención y adaptación a la nueva familia sin elementos que puedan distorsionar la tranquilidad que le ofrecerá la costumbre y normalidad en la inmersión del nuevo hogar.

Por todo ello procede desestimar los recursos de apelación que ha dado origen a la formación de este rollo, sin hacer especial pronunciamiento respecto a las costas de esta alzada dada la naturaleza de la materia objeto de este procedimiento.

XI. UNIONES DE HECHO

1. *Se reconoce la condición de perjudicada a la prometida del fallecido en el accidente con quien había concertado ya la celebración de la boda.*

AP CÁDIZ, Sec. 4.ª, Sentencia de 16 de octubre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Zambrano Ballester.

Basa la apelante su recurso, interpuesto contra la sentencia que la excluyó de las personas perjudicadas por el hecho enjuiciado, en un solo motivo: la defectuosa valoración probatoria realizada en la misma que la lleva a no concederle indemnización alguna a pesar de su prolongada relación de noviazgo que le unía con el fallecido y su próximo matrimonio proyectado.

El material probatorio aportado al respecto viene constituido por los siguientes documentos:

1.º Fotocopia del contrato de financiación de fecha 13 de enero de 1998 relativo al turismo siniestrado en el que la víctima encontró su muerte, en la que la apelante aparece como compradora y ambos como firmantes, si bien el citado turismo se encuentra inscrito únicamente a nombre del fallecido en la Jefatura de Tráfico y por ello aparece él como único titular en el permiso de circulación del mismo expedido el 19 de enero de 1998;

2.º Fotocopia de la póliza comprensiva de los seguros de responsabilidad civil obligatorio y voluntario ilimitado correspondientes al citado turismo, concertado el 9 de diciembre de 1998, en la que la apelante aparece como tomadora;

3.º Fotocopia de la esquila periodística de la víctima, en la que aparecen como deudos, después de los padres y hermanos, la apelante como prometida y los padres políticos;

4.º Fotocopia de certificación expedida por el Cura Párroco de la Inmaculada de Jerez de la Frontera, en la que se expone que el fallecido y la apelante estuvieron conversando con él en el mes de octubre de 1998, expresándole ambos su deseo de contraer matrimonio el día 19 de septiembre de 1999 y solicitándole aclaración e información sobre los requisitos, documentación y celebración del matrimonio que deseaban contraer; y

5.º Fotocopia de la póliza comprensiva de los seguros de responsabilidad civil obligatorio y voluntario ilimitado correspondientes al turismo colisionante y originador del hecho enjuiciado.

Es cierto que la documental reseñada no ha sido averada, pero también ha de reconocerse que tampoco ha sido impugnada por alguna de las partes del proceso, por lo que a la vista de lo dispuesto en el art. 512.2 de la LEC de 1881 reguladora de la primera instancia, no puede afirmarse que carezca de fuerza probatoria.

Son de aplicación al caso los siguientes preceptos:

1.º El art. 1.1 de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, que dispone “El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción del mismo, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación”;

2.º El art. 1.2 de la misma Ley, que ordena “Los daños y perjuicios causados a las personas, comprensivos del valor de la pérdida sufrida y de la ganancia que hayan dejado de obtener, previstos, previsibles o que conocidamente se deriven del hecho generador, incluyendo los daños morales, se cuantificarán en todo caso con arreglo a los criterios y dentro de los límites indemnizatorios fijados en el anexo de la presente Ley”;

3.º El art. 2 de la citada Ley, que dispone “Todo propietario de vehículos a motor que tenga su estacionamiento habitual en España vendrá obligado a suscribir un contrato de seguro por cada vehículo de que sea titular que cubra, hasta la cuantía de los límites del aseguramiento obligatorio la responsabilidad civil a que se refiere el art. 1 anterior”;

4.º El art. 4.2.2 dispone que “Para fijar la cuantía de la indemnización con cargo al seguro de suscripción obligatoria en los daños causados a las personas, el importe de los mismos se determinará con arreglo a lo dispuesto en el núm. 2 del art. 1. Si la cuantía así fijada resultare superior al importe máximo de la cobertura del aseguramiento obligatorio, se satisfará, con cargo al citado seguro obligatorio, dicho importe máximo, quedando el resto hasta el montante total de la indemnización a cargo del seguro voluntario o del responsable del siniestro, según proceda”;

5.º La norma 1.ª 4 del Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación dispone que “Tienen la condición de perjudicados, en caso de fallecimiento de la víctima, las personas enumeradas en la tabla I y, en los restantes supuestos, la víctima del accidente”;

6.º La tabla I del citado sistema, referida a las indemnizaciones básicas por muerte, incluidos daños morales, que considera perjudicados, por grupos excluyentes, el cónyuge, al que se equiparan las uniones conyugales de hecho consolidadas, los hijos, los padres y los hermanos; y

7.º Los núms. 3 y 4 del art. 1 del Reglamento del seguro de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, de suscripción obligatoria, aprobado por RD 2641/1986 de 30 de diciembre y ya derogado disponían que “Las partes podrán acordar que la cobertura del seguro cubra la responsabilidad civil por encima de los límites señalados en dicho artículo (13 de este Reglamento). Esa responsabilidad se regirá por lo establecido en la Ley del contrato de seguro y el CC. La misma póliza podrá incluir, además, aquellas otras coberturas del seguro del automóvil que libremente se pacten”, y el art. 1.2 del Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos de motor, aprobado por RD 7/2001, de 12 de enero y actualmente vigente dispone que “además de lo previsto en el apartado anterior, la póliza en que se formalice el contrato de seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria contratada entre el tomador y la entidad aseguradora podrá incluir otras coberturas que libremente se pacten entre las partes, así como ampliar el ámbito y los límites de cobertura, rigiéndose en ambos casos por lo establecido en la Ley de Contrato de Seguro.”

Ante lo expuesto, la cuestión queda circunscrita a determinar si la prometida del fallecido, que no aparece como perjudicada en el referido Sistema de valoración, queda excluida en absoluto de toda indemnización a percibir del conductor penalmente condenado por el hecho y de los seguros obligatorio y voluntario concertados por el mismo, o si dicha exclusión solo se refiere al seguro obligatorio, quedando subsistente respecto al conductor responsable del fallecimiento y su seguro voluntario.

Y centrada de esta forma la cuestión, han de hacerse las siguientes consideraciones:

1.º La jurisprudencia constante que, diferenciando los conceptos de heredero y perjudicado, extiende éste a aquellas personas que estuviesen unidas al fallecido por tan fuertes lazos de afecto que les hubieran

determinado evidentes perjuicios morales como consecuencia de la aflicción ocasionada por el hecho enjuiciado y originador de la muerte;

2.^º La incongruencia que implicaría reconocer la condición de perjudicadas a dichas personas en todos los casos en que la imprudencia originadora de la muerte se produjera con carácter general sin distinción de los ámbitos en que la misma se ocasionara, y sin embargo negársela únicamente en aquellos casos en que dicha imprudencia de produjera en el ámbito de la circulación de vehículos a motor; y

3.^º La función que ha de desempeñar en el hecho el seguro voluntario ilimitado que el conductor causante y condenado penalmente por el hecho tenía concertado y por el que pagaba una prima anual de 70.835 ptas., aparte de la que satisfacía por el seguro voluntario de solo 25.158 ptas.

Todo lo dicho conduce a reconocer a la apelante, prometida del fallecido, con matri-

monio próximo concertado y con ciertos intereses económicos comunes con el mismo derivados de la mutua relación de confianza, aunque no conste la antigüedad de su relación, como perjudicada por el hecho causado por la imprudencia del condenado, y por ello titular de una indemnización que, dados los preceptos transcritos y las consideraciones expuestas, habrá de ser satisfecha por el propio condenado y su Aseguradora con cargo al seguro voluntario por ella suscrito, y que a la vista de las circunstancias del caso se pondera en la cantidad de 2.000.000 ptas., máxime si se observa que en el acto del juicio ninguna de las partes formularon una oposición frontal a dicho reconocimiento; procediendo por todo ello la revocación parcial de la sentencia recurrida, introduciendo en la misma la modificación pertinente y con la declaración de oficio de las costas causadas que prevé el art. 240.1 de la LECrim.

2. *Fijación de una renta vitalicia a favor de la conviviente que durante el tiempo que duró la convivencia se dedicó a los cuatro hijos habidos en común, y a quien en la actualidad, por la edad y dolencias físicas que arrastra, le es imposible acceder a un puesto de trabajo.*

AP ASTURIAS, Sec. 4.^a, Sentencia de 9 de octubre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Durán Rivacoba.

Las partes mantuvieron a lo largo de 35 años una convivencia *more uxorio*, de la que se derivaron cuatro hijos comunes. La mujer no está en condiciones de acceder al trabajo, habida cuenta de su edad y de las dolencias físicas que arrastra. A lo largo de la convivencia marital fáctica se ha ocupado del hogar y del cuidado de los hijos, desarrollando diversos trabajos en el ramo de la hostelería, con cuyo producto cooperó al

mantenimiento de su hogar. Una vez establecida la ruptura de unión solicita una pensión que le permita los medios necesarios para su subsistencia.

La muy abundante jurisprudencia que cita la sentencia de instancia, y que aquí se da por reproducida, establece la doctrina sobre el régimen jurídico de las uniones extramatrimoniales en el Derecho español. Al margen de ciertas y recientes normas forales y

autonómicas dictadas al respecto (Cataluña, Aragón, Navarra, Valencia, etc.), no existe un marco general de la institución en el Derecho común, donde abundan, sin embargo, peculiares normas que contemplan el fenómeno, ya sean civiles, administrativas y hasta disposiciones incluidas en el Código Penal. Como pautas básicas de su desarrollo, puede advertirse que las uniones estables de carácter fáctico no son equiparables en todos sus extremos al matrimonio; pero no es menos cierto que los sujetos que omiten contraer matrimonio no pueden verse beneficiados por las normas cuya elusión han libremente aceptado. Por ello, cuando de la ruptura se derive para una de las partes, de ordinario la mujer, un perjuicio económico considerable, ha de atenderse por estrictas razones de justicia al estado de necesidad en que se ha visto implicada. Luego, si su dedicación preferente ha sido la del hogar y los hijos habidos en la unión, a su término deben arbitrarse medidas que impidan su desamparo económico. Es lo cierto que las normas relativas al régimen económico matri-

monial se hallan por hipótesis excluidas del supuesto, pero no las correspondientes a la ruptura. En su virtud, parece más que razonable que, atendiendo a razones derivadas del enriquecimiento injustificado, una de las partes haya de subvenir a las necesidades económicas de la otra, máxime cuando ésta ha empeñado los mejores esfuerzos en el mantenimiento del hogar, que, entre otras cosas, ha permitido a la otra parte desarrollar una actividad profesional con mayor libertad fuera de él. En suma, la solicitud de una pensión por parte de su pareja debe ser atendida, si bien mejor como indemnización. El hecho de que se fije una renta vitalicia, no impide que si los presupuestos económicos por los que se dictó varían en esencia sea modificada por los tribunales, y atiende más bien al extenso período de mantenimiento de la relación, junto a las condiciones personales y físicas de su beneficiaria. El establecimiento de una cuota también sirve a los efectos de su mejor equilibrio en el conjunto de los emolumentos que reciba el deudor.

XII. TEMAS PENALES

1. *Inexistencia del delito de apropiación indebida cuando, tras el fallecimiento de su mujer, el esposo retira fondos de unas cuentas bancarias conjuntas de ambos cónyuges.*

AP BALEARES, Sec. 2.^a, Sentencia de 13 de septiembre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Catany Mut.

Los hechos declarados probados, al amparo del principio de libre apreciación de la prueba consagrado en el art. 741 de la LE-Crim, no habiendo quedado desvirtuado el principio de presunción de inocencia en base a la prueba de cargo practicada en el juicio oral con observancia de los principios de oralidad, contradicción, inmediación y pu-

blicidad, no son legalmente constitutivos de un delito de apropiación indebida del art. 252 y 250 del CP. La existencia de tal delito, queda definida por la concurrencia de tres requisitos: a) Acto de recepción o incorporación de la cosa a manos del futuro autor del delito; b) Ha de tratarse de dinero, efectos o cualquier cosa mueble, y c) Tal recep-

ción de cosa mueble ha de tener su causa en un título, respecto del cual ha de razonarse más ampliamente como base para resolver las cuestiones aquí planteadas.

El título por el que se recibe la cosa mueble ha de originar una obligación de entregar o devolver esa cosa mueble. La ley relaciona varios de tales títulos, depósito (en párrafo aparte alude al depósito miserable o necesario), comisión y administración, y termina con una fórmula abierta que permite incluir todas aquellas relaciones jurídicas por las cuales la cosa mueble pasa a poder de quien antes no la tenía, bien transmitiendo la propiedad cuando se trata de dinero u otra cosa fungible (salvo que existan patrimonios separados, como ocurre con los supuestos de administración de una sociedad, comunidad o entidad semejante), en cuyo caso esta transmisión se hace con una finalidad concreta, consistente en dar a la cosa un determinado destino (por esto se excluyen el mutuo y el depósito irregular, porque en éstos la cosa fungible se da sin limitación alguna a quien la recibe para que éste la emplee como estime oportuno), o bien sin tal transmisión de propiedad, esto es, por otra relación diferente, cuando se trate de las demás cosas muebles, las no fungibles, lo que obliga a conservar la cosa conforme al título por el que se entregó.

La jurisprudencia del TS ha ido concretando aquellos títulos que permiten la comisión de este delito, aparte de los tres que recoge el art. 252, concretamente el mandato, la aparcería, el transporte, la prenda, el comodato, la compraventa con pacto de reserva de dominio, la sociedad, el arrendamiento de cosas, obras o servicios, debiendo precisarse al respecto que, dado el carácter abierto de la fórmula utilizada, caben también aquellas relaciones jurídicas, de carácter complejo o atípico, que no encajan en ninguna categoría concreta de las establecidas por la ley o el uso civil o mercantil, sino otro requisito que el exigido en tal Norma Penal, esto es, que se origine una obligación de entregar o devolver, lo que no existe en

los casos de compraventa, préstamo mutuo, permuta o donación.

La acción delictiva, aquella que justifica la antijuridicidad penal, aparece definida con los términos apropiar o distraer en perjuicio de otro. Como antes se ha dicho, hay un título previo de transmisión que se caracteriza por conceder a quien recibió la cosa mueble unas facultades determinadas en cuanto al uso o destino que ha de darse a tal cosa. Quien la recibió lo hizo con unas concretas limitaciones, cuya violación es requisito imprescindible, pero no suficiente, para la existencia de la acción delictiva propia de esta norma, porque hay usos que pese a ser ilícitos por rebasar el contenido del título de recepción, no integran este delito al no impedir de forma definitiva que la cosa pueda entregarse o devolverse. Sólo aquella conducta ilícita, que por haber llegado ya a un punto sin retorno implica un incumplimiento definitivo de esa obligación de dar a la cosa el destino pactado, constituye la acción típica de esta infracción penal, lo que ocurre cuando se realiza alguna acción que encierra un propio y verdadero acto de disposición (dinero que se gasta o se emplea en distinta forma a la pactada, cosa que se vende, se empeña, se dona, se permuta o se destruye).

Ambas expresiones, apropiar o distraer, tienen una significación similar, pues se refieren a la realización de uno de los actos de disposición antes referidos, si bien cuando la ley dice apropiar podría entenderse que se refiere a aquellos supuestos en que quien recibió la cosa lo hizo sin adquirir el dominio de la misma, de modo que la acción de este delito consiste precisamente, como se ha dicho reiteradamente, en la ilícita transformación de la posesión en propiedad, que es lo que ocurre cuando la apropiación indebida se refiere a una cosa mueble no fungible, mientras que cuando tiene por objeto el dinero u otra cosa fungible el delito se comete cuando a la cosa, que ya se ha adquirido en propiedad, se le da un destino distinto del pactado, que impide que ésta llegue a

quien, conforme al título por el que se transfirió, tenía que haberla recibido en definitiva (por ejemplo, el gerente de una sociedad que recibe dinero por tal cargo en una determinada operación mercantil y, en lugar de hacerlo llegar al patrimonio social, lo incorpora a su propio peculio). Parece que para estos últimos supuestos encaja mejor el término distraer, porque a una cosa, que se toma en propiedad precisamente por su carácter fungible, quien la recibe no le da el destino a que está obligado.

El art. 252, al determinar los medios de realización de este delito, además de las expresiones “apropiaren o distrajeren”, usa la frase “o negaren haberlos recibido”, que debe precisarse en un doble sentido:

a) Porque no puede dársele un contenido separado del resto de los elementos del tipo antes examinados, ya que, cualquier negativa de haber recibido una cosa mueble no es delictiva, sino sólo aquella que se realiza en los casos en los que antes se ha recibido tal cosa con obligación de entregarla o devolverla.

b) Porque, como ha puesto de manifiesto algún sector de la doctrina, en realidad con esta expresión no se añade un nuevo procedimiento de comisión de este delito, diferente de los de apropiación o distracción antes explicados, pues únicamente se quiere decir que, acreditado el extremo del presupuesto previo, esto es, la recepción de la cosa mueble a virtud de título que obliga a devolverla o entregarla, si entonces se niega haberla recibido, ha de entenderse probado que se ha realizado el acto de disposición.

La Ley nos dice que la apropiación o distracción ha de hacerse en perjuicio de tercero, con lo cual simplemente se nos pone de manifiesto el reverso de la apropiación misma, porque la incorporación al propio patrimonio o a otro diferente, con violación de los límites establecidos en el título por el que la cosa fue inicialmente entregada, produce necesariamente un perjuicio en quien tendría que haberse beneficiado si tales límites hubieran sido respetados.

Como elemento del tipo, por la referencia del art. 252, ha de entenderse el que la cuantía ha de sobrepasar las 50.000 ptas. para los supuestos de delito, reputándose falta aquellos en que no se supera tal cantidad.

Con lo antes expuesto han sido explicados los términos que utiliza el art. 252 del CP para definir el delito de apropiación indebida propiamente dicho. Baste ahora simplemente añadir que junto a ellos necesariamente ha de concurrir el dolo que, como requisito genérico de carácter subjetivo, ha de acompañar a la acción que el tipo nos describe. Ha de existir conciencia y voluntad en cuanto a los diversos elementos objetivos ya referidos, es decir, conciencia y voluntad de que se tiene una cosa mueble con obligación de entregarla o devolverla y de que se viola esta obligación con un acto de apropiación o distracción, y en esto simplemente consiste el *animus rem sibi habendi* que viene reputándose por la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala como el elemento subjetivo propio de este delito, pero que, como se ha visto, no es otra cosa que la traslación a esta figura penal del concepto ordinario del dolo genérico que necesariamente ha de concurrir en todos los delitos dolosos.

Es obvio que, no habiéndose atacado la capacidad de la fallecida, que además se ha afirmado en el acto del juicio oral que estuvo plenamente consciente y dueña de sí misma, hasta escasamente dos horas antes de su fallecimiento, hecho éste corroborado por la propia intervención del fedatario que recogió sus últimas voluntades, es obvio, como decimos, que no existe atisbo de apropiación indebida, ni de cualquier ilícito penal, sobre los traspasos y reintegros que ella ordenara. Y que por otra parte se hallarían cubiertos por el art. 268 del CP.

Por lo que atañe a las disposiciones efectuadas por el acusado una vez producido el óbito de Salvadora, igualmente resultan impunes. Veamos, la cancelación anticipada del contrato de la imposición a plazo por importe de 4.678.759 y 7.321.241, así como el pago del recibí por importe de 259.939

ptas., están respaldados por cuanto el acusado Lorenzo tenía reconocida firma en dichos contratos, conforme se desprende de la certificación unida a los autos, folios 105 y ss. Podría discutirse, en el plano meramente civil, en el que ahora no nos hallamos, si dicha autorización o reconocimiento de firma, debía o no entenderse cancelado o revocado por el fallecimiento de Salvadora, conforme con la teoría de la revocación del poder, *ex art.* 1732 del CC. Entendemos, que existía suficiente amparo en las disposiciones efectuadas, como así lo ha entendido la Jurisprudencia en las sentencias de fecha 11 de julio de 1988 y la que ella cita, en las que se afirma “Las cuentas bancarias colectivas pueden funcionar como cuenta conjunta sometida al régimen de mancomunidad o como cuenta indistinta sometida al régimen de la solidaridad activa, lo cual permite —en este último supuesto— disponer o retirar los fondos, en todo o en parte, sin necesidad de la concurrencia del otro u otros, e incluso después de su muerte, ya que la obligación constituida con el carácter de solidaria no cambia de naturaleza, trocándose en mancomunada simple, por el solo hecho del fallecimiento de uno de los titulares del depósito, sin perjuicio del derecho de sus herederos a formular oposición y de las normas protectoras de los intereses fiscales del Estado (*vid.* sobre este punto la S. de 27 de febrero de 1984 de la Sala la de este Tribunal)... que

si la facultad de disposición indistinta no es suficiente para deducir la existencia de una copropiedad sobre el dinero depositado y ninguna presunción es útil a tal fin, es imposible afirmar una disposición —apropiación— en todo o en parte de cosa común, porque se ignora si el acusado ha sobrepasado la cuota, parte o interés que le correspondía” y añade que “En principio, la existencia de facultades de disposición indistintas no es título de propiedad indivisa para los depositantes, ya que puede probarse que la propiedad es de uno de ellos”; la jurisprudencia de la Sala 1.^a del TS es bien explícita: “aunque el depósito se haya hecho indistintamente y a nombre de dos personas, puede demostrarse, por prueba en contrario, que es de una de ellas solamente” (S. 28 de junio de 1913), y “el depósito indistinto —añaden las SS. 29 de diciembre de 1912, 16 de junio de 1955, 7 de febrero de 1956, 16 de junio de 1965 y 24 de marzo de 1971— no presupone comunidad de dominio sobre los objetos depositados, debiendo estarse a lo que resuelvan los Tribunales sobre la propiedad”... Siendo aplicable la expuesta teoría a las disposiciones que por importe de 4.349.900 ptas. se realizaron en la cuenta F, abierta en Sa Nostra, en fecha 2 de abril de 1998, y las ejecutadas en fecha 25 y 26 de febrero de 1998, por importe de 1.400.000 y 535.000 ptas. con las cuentas de la Caixa.

2. *Condena por delito de bigamia ya que contrajo matrimonio con pleno conocimiento de que aún subsistía el matrimonio que contrajo en Colombia.*

AP LA CORUÑA, Sec. 4.^a, Sentencia de 28 de septiembre de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

Contra el pronunciamiento condenatorio de la sentencia recurrida se alza el acusado sosteniendo que, de los elementos configuradores de la estructura típica del delito de

bigamia, se halla ausente el requisito subjetivo, relativo al conocimiento de la subsistencia del vínculo matrimonial precedentemente contraído que, en la descripción legal

de la conducta punible, se recoge con la expresión normativa “a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior”.

El Tribunal, al respecto, considera que el mismo concurre en el caso que nos ocupa, lo que deducimos del indiscutible hecho del matrimonio contraído por el actor en Colombia con una ciudadana de dicho país, como resulta de la comisión rogatoria enviada por vía diplomática, apareciendo con el estado civil de casado en el archivo de Registro de Matricula de españoles del Consulado de Bogotá. Por, otra parte, el mismo falta conscientemente a la verdad con evidente dolo cuando en el expediente matrimonial instruido al efecto de contraer matrimonio en España declara bajo juramento hallarse soltero, así como que no existe impedimento legal de clase alguna para contraer matrimonio, ocultando, consciente y voluntariamente, su anterior vínculo conyugal. No cabe deducir que ignoraba su estado civil, cuando al declarar ante la policía, en manifestación ratificada en el Juzgado, sostiene que se casó con Rosana con la que tuvo un hijo, “que dicho matrimonio fue civil y no fue anulado antes de contraer de nuevo en España”, añadiendo, no obstante, que contrajo nuevo matrimonio creyendo que estaba soltero ya que su primera mujer desde Estados Unidos “le había pedido autoriza-

ción para iniciar los trámites de la separación, a lo que él no se opuso, seguidamente el declarante se dirigió a la Oficina de Asuntos Exteriores, en Madrid, para que informasen cuál era la situación legal, respondiendo dicho negociado que allí no constaba como casado”, dado que la precitada consulta efectuada no desvirtúa su actuación dolosa, dado que la misma conforma expresión de la intencionalidad de comprobar si existía alguna constancia documental de que pudiera ser descubierto en la subsistencia de su precedente vínculo matrimonial. Tampoco el nivel cultural del acusado que trabaja o trabajaba en la sección de topografía de una empresa constructora permite deducir la existencia del alegado error, máxime cuando antes de contraer matrimonio ya constan actuaciones del acusado de las que se deducía la pervivencia de su matrimonio precedente como la carta que le remite la notaría de Bucaramanga de 11 de julio de 1991. En definitiva, como señala la sentencia de la sección primera de esta Audiencia Provincial de 20 de mayo de 1999, “nadie cree por error que está soltero si ha contraído matrimonio, y tampoco podía ignorar que no había obtenido el divorcio del anterior matrimonio; nadie cree por error que está divorciado si no ha existido un proceso de divorcio”.

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. FILIACIÓN

- 1.1. *Se inscribe por vía de expediente del artículo 49 de la Ley la filiación paterna no matrimonial aunque haya fallecido el padre antes de nacer la hija, porque la posesión de estado de la filiación se deduce de actos propios del padre durante el embarazo. No hay oposición del Ministerio Fiscal y la formulada por los padres del padre fallecido no impide la aprobación del expediente por haber sido extemporánea, ir contra sus propios actos y no expresar las razones de fondo en que fundan su oposición.*

RESOLUCIÓN de 13 de junio de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil de Z. el 31 de octubre de 2000 doña E., divorciada, aportaba el cuestionario para la declaración de nacimiento de su hija M. nacida el 22 de octubre de 2000 en Z., hija de la compareciente y de don M. fallecido en Z. el 29 de agosto de 2000.
- Recibida la documentación en dicho Registro Civil la Juez Encargada dictó providencia con fecha 2 de noviembre de 2000, por la que, no estando determinada la filiación paterna de la nacida por haber fallecido el padre don M. y no pudiendo presumirse la paternidad por no estar casados ambos progenitores, de conformidad con lo establecido en el artículo 120 del CC, se incoa el oportuno expediente registral que se tramitará según establece el artículo 49 de la LRC y artículo 189 del RRC. Notificándose la incoación

del mismo al Ministerio Fiscal así como a quienes tuvieran interés legítimo, citando a la madre de la menor para que aporte las pruebas que estime oportunas para acreditar su convivencia con don M.

- Por comparecencia en el Registro Civil de B. doña E. manifestó que había tenido una niña el 22 de octubre y que el padre era don M., que habían convivido ininterrumpidamente desde hacía dos años, que ella tiene otra hija de su anterior matrimonio de 18 años, y que se divorció en el año 1984, aportando certificado de empadronamiento, póliza de seguro de defunción suscrita a nombre de la compareciente y de don M. y un contrato de crédito concedido a los dos.
- Seguidamente se practicó la información testifical con la intervención de dos testigos que manifestaron ser cierto lo expuesto en el escrito inicial por la interesada. En comparecencia en el Registro Civil de M. el 14 de noviembre de 2000 les fue notificada la incoación del expediente a los padres de don M., dándoles un plazo de quince días para presentar alegaciones, los comparecientes en dicho acto manifestaron que su hijo se marchó de casa hacía más de dos años y no volvieron a tener noticias de él hasta que falleció. Que desconocen si la niña que pretende inscribir es hija de su hijo, que no tuvieron conocimiento del nacimiento de la niña, hasta que llamó la hija mayor de la madre de la niña no habiendo recibido ninguna noticia de la madre. Que su hijo se fue de casa el 19 de octubre de 1998 y aunque llamaba esporádicamente no tenían noticias de lo que hacía. Los interesados presentaron un escrito dirigido al Registro Civil de M. oponiéndose a la inscripción de nacimiento con filiación paterna no matrimonial respecto de su fallecido hijo M.I.A. En comparecencia el 1 de diciembre de 2000 en el mismo Registro don A.F.D. como letrado de don M.I. y doña J.A., presentó un escrito por el que sus representados se personaban en el expediente como parte interesada y se oponían a la inscripción de nacimiento con filiación paterna no matrimonial respecto de su fallecido hijo M. y que se incorporase dicho escrito en el expediente de todo lo cual se levantó acta.
- La Juez Encargada del Registro Civil de B. dictó providencia con fecha 5 de diciembre de 2000 denegando lo solicitado al haber presentado el escrito fuera del plazo establecido de 15 días desde la notificación que se efectuó mediante comparecencia el 14 de noviembre de 2000, por lo que no ha lugar a su incorporación en el expediente.
- La Juez Encargada dictó auto con fecha 23 de enero de 2001 estimando lo solicitado, no estando determinada la filiación paterna de la nacida por haber fallecido el padre y en ausencia de un reconocimiento formal, se incoó el expediente gubernativo de conformidad con lo establecido en el artículo 120.2 del CC, no habiendo oposición del Ministerio Fiscal según establece el artículo 49 de la LRC, asimismo el artículo 189 del RRC establece que el expediente para inscribir una filiación no matrimonial podrá

iniciarse a petición de quienes tengan interés legítimo aunque el padre haya muerto, de las pruebas presentadas tanto documentales como testificales se desprende que la paternidad de don M.I. era pública y notoria, por lo que se autoriza la inscripción de nacimiento solicitada por doña E. para su hija nacida el 22 de octubre de 2000, como hija no matrimonial de don M. y de la solicitante.

- Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y a los interesados, los padres de D. M. presentaron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que de conformidad con lo establecido en los arts. 120 del CC, 49 de la LRC y 189 del RRC, la filiación paterna no matrimonial podrá inscribirse en el Registro Civil siempre que el hijo se halle en posesión continuada del estado de hijo no matrimonial del padre que se acredite con actos del padre o de su familia, lo que en el presente caso no sucede; en ningún momento el fallecido don M. comunicó a su familia que estaba esperando un hijo, lo que es muy extraño dado que conversaba a diario con ellos, la actitud de la madre no es la normal de quien reclama una filiación basada en la posesión de estado, ya que evitó toda relación con ellos por lo que hay una ausencia de posesión continuada de estado respecto de la familia paterna; que respecto a que la paternidad de su hijo era pública y notoria no lo era en su entorno familiar ni social, sino que adquirió publicidad debido a su trágico fallecimiento y, en relación con los documentos presentados, el certificado de empadronamiento no acredita la convivencia y respecto de la póliza de seguro es extraño que una persona designe como beneficiaria a la hija de otra persona y no a su propia hija.
- Notificada la interposición del recurso al Ministerio Fiscal y a doña E., ésta presentó escrito de alegaciones manifestando que la relación tan íntima que M. mantenía con su familia no era tan íntima ni tan estrecha ya que hacía más de seis meses que no visitaba a sus padres, además su hermano D. en el mes de agosto pasó unos días con ellos en Z. por lo que conocía de sobra que vivían juntos y estaban esperando una hija, que los padres sabían que la niña iba a nacer hacia el mes de octubre y el día de su nacimiento se les comunicó telefónicamente, y en cuanto a la prueba testifical se demostró que en su entorno social conocían que iba a ser padre ya que una de las testigos presentadas era concejal donde él trabajaba y las otras dos la matrona y la doctora que seguían su embarazo y que en la cartilla de la embarazada constaba el nombre de M.
- La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Puesto que el presunto padre ha muerto antes del nacimiento de la niña, la inscripción de la filiación paterna sólo es posible, por vía registral, a través del expediente al que alude el artículo 120.2.º del Código Civil y que está regulado por los artículos 49 de la Ley del Registro Civil y 189 de su Reglamento. La inscripción de la paternidad por este camino requiere, en ausencia de documento indubitado del padre, que el hijo se halle en la posesión continua del estado de hijo no matrimonial del padre, justificada por actos directos del mismo padre o de su familia. Además, como requisito procedimental complementario, es necesario que no haya oposición del Ministerio Fiscal ni de parte interesada notificada personal y obligatoriamente, pues si esta oposición se produce —formulada en tiempo oportuno y expresando las razones por las que se estima que faltan los concretos fundamentos de fondo que en la solicitud se invoquen (cfr. art. 189 RRC)—, la inscripción de la filiación sólo puede obtenerse por la vía judicial ordinaria.

Como el Ministerio Fiscal ha dado su pleno apoyo a la pretensión de la madre no matrimonial de la nacida, ha de decidirse, ante todo, si la oposición formulada por los padres del varón fallecido, tal y como se ha producido, tiene virtualidad impeditiva de la aprobación del expediente. Desde luego no cabe negar a los padres del fallecido la condición de parte interesada en el sentido exigido por el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, pues en defecto de descendencia propia del fallecido aquellos tendrían la condición de herederos forzosos del mismo.

Ahora bien, como antes se apuntó, la oposición que tiene virtualidad para impedir el éxito de la vía del expediente registral a los efectos de lograr la inscripción de una filiación no matrimonial es aquella que se formula y presenta en «tiempo oportuno» y expresando las razones por las que se estima que faltan los concretos fundamentos de fon-

do que en la solicitud se invoquen (cfr. art. 189 del RRC), y es lo cierto que en este caso la oposición presentada lo fue fuera del preclusivo plazo de quince días naturales (cfr. art. 32 de la LRC) concedidos para que los ahora recurrentes, en su calidad de parte interesada, se personasen en el expediente iniciado a los efectos de formular cuantas alegaciones tuvieran por conveniente en el mencionado plazo, lo que realizaron mediante comparecencia celebrada el día 14 de noviembre de 2000 en la que manifestaron no haber tenido noticias de su hijo durante los dos últimos años y desconocer si la niña nacida era o no hija del fallecido. Sólo fue transcurrido el mencionado plazo perentorio cuando, mediante una segunda comparecencia producida el 2 de diciembre de 2000, los mismos recurrentes presentaron un escrito de oposición a la inscripción de la filiación no matrimonial solicitada por la madre. Sin embargo, no cabe desconocer que esta última oposición, sobre ser extemporánea e ir en contra de los propios actos de los aquí recurrentes por su contradicción con las manifestaciones vertidas en su primera comparecencia, carece de toda expresión sobre las razones por las que se estime que faltan los concretos fundamentos de fondo que en la solicitud se invocan, mereciendo en tal sentido dicho escrito de oposición la consideración de meramente formulario, razones que privan a tal oposición de virtualidad suficiente para impedir la aprobación del expediente que, por el contrario, ha merecido, como se indicó, el pleno apoyo del Ministerio Público, sin que, por lo demás, ni el citado escrito de oposición ni en el del recurso presentado se haya desvirtuado la invocada posesión de estado de la nacida como hija no matrimonial del fallecido.

La única dificultad, pues, que podrá aducirse para afirmar la inexistencia de la posesión de estado de esta filiación paterna consistiría en el hecho de haber fallecido el padre en el quinto mes anterior al nacimiento.

Ahora bien, como tuvo ocasión de declarar reiteradamente este Centro Directivo —y en una época en que el rigor del Código Civil contrastaba con la amplitud que recoge hoy, de acuerdo con los principios constitucionales, el vigente artículo 135—, no podrá ser el mismo el criterio para apreciar la intervención del padre en la posesión de estado en un proceso de reconocimiento forzoso y, por tanto, aun contra la oposición del interesado, que en un expediente gubernativo del artículo 49 de la Ley en el que deberá haber siempre una mayor amplitud, pues precisamente era y es presupuesto imprescindible la falta de oposición fundada y oportuna de los inte-

resados y, en este ámbito, aunque se estimara que los actos de familia fueron por sí solos insuficientes para constituir, frente a la negativa o indiferencia del padre, la posesión continua del estado de filiación, hay que concluir que, en cambio, a la vista de la prueba documental y testifical aportada y relacionada en los hechos, sí que basta para justificar tal posesión la ostensible y directa conducta del presunto padre. En este caso la posesión de estado tiene su base última en la acreditada unión de hecho entre los progenitores que se remonta a un período de los dos años anteriores a la defunción del padre de la nacida.

2. MATRIMONIO

2.1. *Inscripción del matrimonio a pesar de su denegación inicial al existir hechos nuevos que llevan a la conclusión de la existencia de consentimiento matrimonial.*

RESOLUCIÓN de 28 de mayo de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escrito presentado en el Registro Civil Central el 14 de noviembre de 2000, don Juan, español, nacido el 19 de octubre de 1935 en Trujillo, solicitaba la inscripción de su matrimonio con doña María, dominicana, nacida el 7 de mayo de 1963 en la República Dominicana, celebrado en dicho país el 20 de marzo de 1999 y cuya inscripción había sido denegada el 16 de junio de 1999 por el Cónsul General de España en Santo Domingo.
- Posteriormente, el interesado aportó nueva documentación para unir a su expediente consistente en facturas telefónicas, escritura de compra de un inmueble en Santo Domingo, prueba de transferencias bancarias a la madre de su esposa e intercambio de correspondencia con esta última. El Juez Encargado del Registro Civil Central dictó acuerdo en fecha 30 de noviembre de 2000 denegando la solicitud de inscripción del matrimonio ya que había sido previamente denegada por el Registro Consular y no se habían dado posteriormente ninguna circunstancia modificativa ni la sub-

sanación de ningún defecto de forma que justificara un cambio en la decisión adoptada.

- Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y al interesado, éste presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando la existencia de una verdadera relación entre los cónyuges desde hacía dos años y la vulneración con el acuerdo denegatorio de derechos fundamentales de la persona al estar exigiéndosele una “probatio diabólica” de la no existencia de fraude en la celebración del mismo.
- La DGRN estimó el recurso y acordó la inscripción del matrimonio.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

En el ámbito del Registro Civil no juega el principio de autoridad de cosa juzgada, de modo que, mientras persista el interés público de lugar la concordancia entre el Registro y la realidad (cfr. arts. 24 y 26 de la LRC), es factible reiterar un expediente o unas actuaciones ya decididas por resolución firme, siempre que la nueva petición se base en hechos o circunstancias nuevas que no pudieron ser tenidas en cuenta en la primera decisión.

En el caso actual la inscripción del matrimonio celebrado en la República Dominicana entre un español y una dominicana fue denegada por el Cónsul Encargado, estimando que el matrimonio era nulo por falta de consentimiento matrimonial. Ahora bien, en la

nueva petición de inscripción formulada ya en España por el promotor ante el Registro Civil Central (cfr. art. 68, II, del RRC) se ha justificado suficientemente en las actuaciones y en el recurso que el contrayente español ha viajado después de la boda a la República Dominicana, que ha mantenido frecuentes contactos telefónicos y epistolares con la contrayente, que la viene sosteniendo económicamente y que han adquirido un inmueble en Santo Domingo. Estos hechos, varios posteriores al casamiento, son indicios claros de que el propósito común de los interesados fue en su momento fundar una familia, cualesquiera que fueran las dudas y sospechas que surgieron en la primera decisión.

2.2. No es inscribible el segundo matrimonio de un español en Argentina, porque subsiste formalmente el impedimento de ligamen mientras no se obtenga el exequátur de la sentencia argentina de divorcio que disolvió el primer matrimonio.

RESOLUCIÓN de 5 de octubre de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escrito presentado en el Registro Civil de Málaga el 31 de enero de 2001 don Manuel, español, divorciado, solicitaba la inscripción de su matri-

monio con doña Marta-Elena, argentina, divorciada, celebrado el 27 de setiembre de 2000 en Córdoba (Argentina).

- Ratificados los promotores, compareció el esposo manifestando que es español, que su estado civil es el de divorciado, que se casó libremente y que no existía ningún impedimento para la celebración del matrimonio; seguidamente compareció la esposa manifestando que es argentina, que su estado civil es el de divorciada, que se casó libremente y que no existía impedimento alguno para la celebración del matrimonio. Se practicó la información testifical con la intervención de dos testigos que afirmaron ser cierto lo expuesto en el escrito inicial. El Ministerio Fiscal informó favorablemente a lo solicitado, y la Juez Encargada remitió el expediente al Registro Civil Central.
- Recibida la documentación en dicho Registro Civil el Juez Encargado dictó acuerdo con fecha 4 de abril de 2001 denegando lo solicitado, porque el promotor, de nacionalidad española, en el momento de la celebración del matrimonio que pretende inscribir era divorciado, divorcio en virtud de sentencia dictada por autoridad argentina el 4 de diciembre de 1998, según el certificado de matrimonio, por lo que para poder inscribir el segundo matrimonio es preciso que previamente se inscriba en el Registro Civil Central el primer matrimonio, y una vez inscrito dicho matrimonio el promotor deberá ejecutar la sentencia de divorcio dictada por Tribunal argentino mediante exequátur, y una vez ejecutada será cuando podrá inscribir el segundo matrimonio.
- Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y al promotor, éste presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que tiene una hija que al no inscribir el matrimonio queda en una situación de hija ilegal o extramatrimonial, que piensan venir a vivir a España donde la institución del matrimonio tiene un gran prestigio, y que los trámites de exequátur son largos y costosos.
- 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

El interesado, español de origen, contrajo un primer matrimonio en Argentina que no se inscribió en el Registro Civil Consular y que quedó disuelto por causa de divorcio en 1998 en virtud de sentencia dictada por una Juez argentina. Solicita ahora la inscripción

de su segundo matrimonio en Argentina en 2000 con una ciudadana de este país.

No influye para permitir la inscripción de ese segundo matrimonio el hecho de que el interesado hubiera obtenido en Argentina sentencia de divorcio del primer matrimonio

en 1998, porque esta sentencia, tratándose de un español, no produce efectos en España mientras no se obtenga su reconocimiento a través de *exequátur* ante la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (cfr. art. 107, II, CC). Hasta

entonces el primer matrimonio subsiste y la inscripción del segundo queda impedida por existir, al menos formalmente, el impedimento de ligamen.

3. CAMBIO DE SEXO

3.1. *Los casos de transexualidad no pueden acceder al Registro por la vía del expediente de rectificación de error en cuanto al sexo, sino sólo por juicio ordinario. No es posible un nombre inequívocamente femenino por el inscrito todavía como varón.*

RESOLUCIÓN de 28 de junio de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escrito presentado en el Registro Civil único de M. el 27 de marzo de 2001 don D.P., nacido el 30 de junio de 1974, en M., soltero, y domiciliado en esa localidad, solicitaba de una parte, el cambio de nombre propio por Katya, que es el usado habitualmente, y de otra que le sea corregido el falso sexo que figura en su DNI ya que aunque no está operado, se siente biológicamente mujer.
- Notificado el Ministerio Fiscal de la incoación del expediente, éste emitió informe oponiéndose a lo solicitado.
- El Encargado dictó auto por el que acordaba desestimar la petición formulada, concretada en solicitar el cambio de su nombre propio por el de Katya, por no concurrir en tal petición el requisito previsto en el artículo 54 de la LRC, manifestando que el nombre pretendido puede inducir a error en cuanto al sexo.
- Don P. interpuso recurso ante la DGRN alegando que es absolutamente falso que sea varón y no haya acreditado la habitualidad del nombre, como prueba que constantemente tenga problemas burocráticos, ya que el actual nombre y sexo que figuran en el DNI, y que le obligan a utilizar, están induciendo a error sobre su verdadera identidad, fundamentando que según el artículo 54 de la LRC no se puede obligar a alguien, que ha demostrado que su identidad femenina tiene una base biológica sólida, a utilizar un DNI en el que figura con otro sexo. El recurso fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

De las alegaciones de la parte se desprende claramente que el caso objeto de este recurso es un supuesto de transexualidad o de cambio de sexo, que desembocará en una intervención quirúrgica y tratamiento hormonal complementario, es decir, de una discordancia sobrevenida en cuanto al sexo, la cual presupone que en el momento en que se practicó la inscripción de nacimiento era correcta y no equivocada la indicación sobre ese dato consignada en el asiento.

Es ya doctrina reiterada de este Centro que el expediente gubernativo de rectificación de error en cuanto al sexo, al que se refieren los artículos 93.2.º de la Ley 294 del Reglamento y que requiere, por cierto el dictamen del Médico Forense aquí omitido, hay que entenderlo limitado a las hipótesis de discordancia originaria —tanto por inadecuación inicial evidente, como por una apariencia de intersexualidad definida después, incluso con intervenciones quirúrgicas, en sentido opuesto al que consta en la inscripción— mientras que los casos como el actual de transexualidad o cambio de sexo solo pueden obtenerse por la vía de la sentencia

firme recaída en el correspondiente juicio ordinario (cfr. arts. 92 de la LRC y 249 de la LEC).

Por lo demás, y como es obvio, por la vía indirecta de un expediente posterior no puede lograrse un nombre propio que ya inicialmente debería ser rechazado por infracción de las prohibiciones que establecen los artículos 54 de la Ley y 192 de su Reglamento. Entre estas prohibiciones se cuenta la que afecta a los vocablos que induzcan en su conjunto a error en cuanto al sexo (cfr. art. 54, II, LRC) y este límite alcanza sin duda a la pretensión de obtener un nombre inequívocamente femenino para una persona que, mientras no sea rectificado el asiento, es de sexo masculino. Hay que añadir que, incluso aunque la interesada fuera legalmente mujer, sería inapropiado el nombre “Katya” propuesto en cuanto que éste no es conocido en España más que como un hipocorístico de “Catalina” y están prohibidos “los diminutivos o variantes familiares y coloquiales que no hayan alcanzado sustantividad” (art. 54, II, LRC).

4. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

4.1. *Inscripción como presuntivamente ganancial de un inmueble adquirido cuando los cónyuges se encontraban separados de hecho.*

RESOLUCIÓN de 6 de junio de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don F. contrajo matrimonio con doña N. el 24 de octubre de 1972, separándose de hecho el 30 de noviembre de 1972.
- Por escritura de compraventa otorgada el 9 de abril de 1973 ante el Notario de Écija, en la que don F. comparece como casado con doña N., adquiere la

nuda propiedad de la finca registral, que se inscribe en el Registro de la Propiedad con carácter ganancial en cuanto a la nuda propiedad a nombre del recurrente y su esposa, apareciendo inscrita a favor de D.^a B. en cuanto al usufructo.

- El 11 de noviembre de 1999 el recurrente presenta instancia ante el Registrador de la Propiedad, solicitando se haga constar el carácter de bien privativo de la finca. En dicha instancia se alega que el régimen que regía el matrimonio era el de separación de bienes, pues el matrimonio se celebró en Tarragona en 1972, bajo el Régimen de la Compilación de Cataluña, existiendo conformidad de ambos cónyuges en la exclusión voluntaria de la Ley de Derecho Común, sin que exista prueba alguna documental de aquella voluntad. A la instancia se acompaña un acta de requerimiento en la que, requerida la esposa que reconozca el carácter privativo del precio y que el matrimonio se celebró bajo el régimen de separación de bienes, aquella contesta al requerimiento, en cuanto el primer extremo, que lo desconoce, y en cuanto al segundo, que el matrimonio se celebró conforme al derecho civil catalán.
- Presentada la anterior instancia junto con la documentación complementaria en el Registro de la Propiedad de Écija fue calificado de la siguiente forma: El Registrador que suscribe ha observado la existencia de los siguientes defectos que impiden acceder a la pretensión de rectificación registral solicitada: 1) La instancia carece de la correspondiente legitimación notarial de firma, requisito necesario para acreditar su autenticidad (art. 3.º de la LH). 2) No se acompaña copia auténtica del acta, sino simple fotocopia carente de la eficacia reconocida al documento público (arts. 3.º de la LH y 34 del RH). 3) El usufructo vitalicio de la finca aparece inscrito de persona distinta del solicitante, por lo que en principio la rectificación no podría afectar (art. 20.2.º de la LH en relación con el art. 105 de su Reglamento). 4) No consta el consentimiento de doña N., esposa de don F. y cotitular registral de la nuda propiedad de la finca, para llevar a cabo la rectificación pretendida, ni en su defecto la correspondiente resolución judicial que así lo reconozca y ordene [arts. 1.3, 40.d) y 82 de la LH]. Tampoco se ha acreditado fehacientemente, con documentos independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, que al tiempo de verificarse la compra el régimen económico que regía el matrimonio de dichos cónyuges fuese el de separación de bienes (resolución de la DGRN de 6 de noviembre de 1980). El defecto señalado con el núm. 4 se considera actualmente insubsanable.
- Don F. interpuso recurso gubernativo ante el TSJ de Andalucía que fue desestimado.
- Don F. interpuso recurso ante la DGRN que fue igualmente desestimado.

RECURSO ANTE EL TSJ DE ANDALUCÍA

1. Alegaciones del recurrente.

Que presenta copia auténtica del acta otorgada ante Notario, autorizada el 5 de octubre de 1999. Que la usufructuaria, madre del requirente, falleció el 12 de agosto de 1997, instituyéndolo único heredero. Que no existe documento ni manifestación alguna de que la finca en cuestión lo sea para “la sociedad de gananciales”, solo puede tener la calificación de “presuntivamente ganancial”, presunción que destruye la confesión de ambos interesados contenida en el acta notarial. Que la escritura de propiedad del piso, otorgada en 1973 en su parte registral no expresa calificación alguna, razón por la que siempre lo ha considerado bien privativo (art. 94.1 del RH) y que ahora le produce indefensión. Que ambos cónyuges nunca tuvieron residencia común. Que siendo el régimen económico confesado por ambos “separación de bienes” se entiende que no tiene que dar consentimiento la mujer a la solicitada rectificación.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador en su informe de defensa de la nota argumentó lo siguiente: Que con respecto al defecto consignado bajo el núm. 1 de la nota es imprescindible que la instancia suscrita por el interesado aparezca con la firma legitimada notarialmente o al menos sea ratificada en presencia del Registrador toda vez que con ella se pretende conseguir una modificación tabular importante, cual es la rectificación de una titularidad registral. (arts. 3.º de la LH y 33, 34, 155, 216, 208, 238 y 166.11 del Reglamento y R. 13 de febrero de 1986). Que con respecto al defecto consignado bajo el núm. 3 de la nota, la rectificación pretendida por el recurrente solo puede limitarse a la nuda propiedad, por aplicación del art. 20 de la LH, que no obstante, en el presente caso, y, ante la manifestación que hace el recurrente acerca del fa-

llecimiento de la usufructuaria, debe entenderse modalizado con el efecto suspensivo previsto en el art. 105 del RH, sin que sea suficiente para cancelar el usufructo la solicitud del pago del impuesto de Sucesiones. Que en cuanto al defecto consignado bajo el núm. 4 de la nota, de lo dispuesto en los arts. 1.3, 40.d) y 82 de la LH se desprende que la rectificación de los asientos registrales exige el consentimiento del titular registral afectado o resolución judicial firme dictada en juicio declarativo entablado contra él. En el presente caso, no consta que la esposa del recurrente haya consentido la rectificación registral pretendida. La DGRN ha admitido en diversas resoluciones (10 de marzo de 1978, 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980 y 26 de noviembre de 1992) la posibilidad de rectificar el contenido del Registro sin necesidad de acudir al procedimiento general de rectificación antes apuntado, siempre que el hecho básico que desvirtúa el asiento erróneo sea probado de un modo absoluto con documento fehaciente, independiente por su naturaleza de la voluntad de los interesados. Pero tal doctrina no es aplicable al supuesto objeto de recurso, ya que no se ha acreditado que el matrimonio se celebre bajo el régimen de separación de bienes (R. 26 de noviembre de 1992), o, que, aun casados bajo el régimen de la sociedad de gananciales, el precio de adquisición fuese satisfecho a costa de bienes privativos del marido (arts. 1346.3 del CC y 95.2 del RH, resoluciones de 20 de enero de 1983, 28 de noviembre de 1988 y 5 de marzo de 1999) o que al menos confesase tal extremo su esposa (arts. 1.324 del CC y 95.4 y 6 del RH).

3. Resolución del Presidente del TSJ de Andalucía.

El Presidente del TSJ de Andalucía, Ceuta y Melilla confirmó la nota del Registrador fundándose en los argumentos contenidos en su informe, en cuanto a los defectos señalados con los números tres y cuatro de dicha

nota y revocando la nota de calificación en cuanto al defecto consignado bajo el número uno, por entender que no es necesaria la legitimación notarial de la firma de la instancia

presentada por el recurrente, y aunque lo fuera se entendería subsanado el defecto al haber sido suscrito el recurso gubernativo en presencia del Registrador.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del recurrente.

El recurrente apeló el auto presidencial manteniéndose en sus alegaciones insistiendo que la finca no fue adquirida a costa del caudal común, pues existía separación de hecho, y, además que el régimen económico del matrimonio era el de separación de bienes.

2. Doctrina de la DGRN.

Siendo el marido de vecindad civil de Derecho común al tiempo de la celebración del matrimonio, y no habiendo capitulaciones matrimoniales, dicho matrimonio quedó sujeto al régimen de derecho común de gananciales (cfr. arts. 14 y 1.325 del CC en su redacción originaria), por lo que los cónyuges estuvieron sometidos a tal derecho desde la celebración del matrimonio; en consecuencia, el matrimonio ha de regirse por el sistema de gananciales, mientras no se modifique

tal régimen. Las afirmaciones sobre una hipotética voluntad común carecen de relevancia jurídica si esta voluntad, en el supuesto de que existiera, no se expresó por los cauces legales establecidos, que no son otros que el otorgamiento de capitulaciones.

En consecuencia, la inscripción se practicó correctamente y, por ello, aunque actualmente podría, en su caso, hacerse constar el carácter privativo de la finca, haría falta para ello prueba documental pública de la naturaleza privativa del precio, como ha declarado esta Dirección General en reiteradas ocasiones, prueba que no se ha producido, por lo que las alegaciones del recurrente sobre la breve duración de su matrimonio y la separación de hecho posterior, son irrelevantes, como absolutamente inatendible, por estar los asientos bajo la salvaguardia de los Tribunales, su petición alternativa de que este Centro Directivo ordene a todos los Registradores de Cataluña la rectificación de los asientos en que aparezca su esposa como titular.

4.2. *Es perfectamente admisible que si en la liquidación de gananciales uno de los cónyuges resulta deudor personal del otro, éste cancele su deuda mediante la cesión de un bien de su propiedad, incorporándose dicha cesión en la misma escritura.*

RESOLUCIÓN de 9 de junio de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 1 de julio de 1998, por medio de escritura pública, los cónyuges, don G. y doña P., separados judicialmente según expresaron, procedieron a liquidar

la sociedad de gananciales, previo inventario de su activo y pasivo, verificando las adjudicaciones que en la escritura se contienen, deviniendo el esposo, tras la liquidación, en deudor personal de la esposa por la cantidad de 8.350.000 de pesetas. Al objeto de satisfacer a la esposa la cantidad adeudada, el marido cedió a ésta el pleno dominio de la vivienda de su propiedad que se describe en la citada escritura, por el precio de 20.000.000 de pesetas, de los cuales 8.350.000 eran la deuda que se da por pagada; 3.325.000 pesetas era el capital pendiente del préstamo hipotecario que grava la mencionada vivienda y cuyo pago asume la cesionaria, y la cantidad restante de 8.325.000 de pesetas el esposo reconoció tenerlas recibidas, habiéndolas pagado la esposa con cargo a un préstamo personal cuya identificación se hace en la escritura.

- Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Madrid número 2, fue suspendida la inscripción al haberse observado el defecto subsanable de “que con motivo de la liquidación de la sociedad de gananciales el marido cede a la esposa una finca propiedad privativa del mismo, porque la causa de la referida transmisión aparece como vaga, incierta e indeterminada, y no de manera indubitada, como se deduce del artículo 1274 y siguientes del Código Civil, y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, entre otras, de 11 de junio de 1993, 28 de mayo de 1996 y 16 de octubre de 1998, pudiéndose dar en consecuencia además un exceso de adjudicación que debería tributar por el Impuesto de Donaciones”.
- El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo que fue desestimado por el TSJ de Madrid.
- El Notario interpuso recurso ante la DGRN que fue estimado, acordándose en consecuencia la inscripción de la escritura de liquidación de gananciales.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL TSJ DE MADRID

1. Alegaciones del Notario.

Que no se entiende por qué la nota de calificación tacha la causa de la cesión realizada de “vaga, incierta e indeterminada”. Es evidente que en la escritura se instrumenta una cesión a título oneroso y que la misma tiene una triple contraprestación:

a) La extinción de la deuda que contra el cedente resulta de la liquidación de la sociedad de gananciales habida con la cesionaria.

b) La asunción por parte de la cesionaria de la deuda que resulta del préstamo hipotecario que la grava la vivienda transmitida y en el que se subroga.

c) Un precio que el cedente confiesa recibido de la cesionaria con anterioridad al otorgamiento de la escritura calificada. Que en la escritura se expresa con carácter explícito, cierto y determinado en qué consiste la prestación de la otra parte, que se integra por los tres conceptos mencionados (ex artículo 1274 del Código Civil).

Que las Resoluciones de 11 de junio de 1993, 28 de mayo de 1996 y 16 de octubre de 1998, se refieren a supuestos de hecho que no guardan analogía con la escritura calificada.

Que el Registrador no aporta razones que sustenten la afirmación de que la causa de la cesión de la vivienda aparece “vaga, incierta e indeterminada”. Que no se alcanza a entender qué otras determinaciones se precisarían para que el Registrador juzgara la causa suficiente para practicar la inscripción.

Que el Registrador también alega, sin justificar, que pudiera darse “en consecuencia además un exceso de adjudicación que debería tributar por el Impuesto de Donaciones”. Que siguiendo en nuestro ordenamiento jurídico y el principio general de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 del Código Civil) y particular de libertad de contratación entre cónyuges (artículo 1323), no es aceptable ni la nota de calificación, ni los hipotéticos argumentos en que puede sustentarse y, mucho menos, la conjetura de una transmisión lucrativa, habida cuenta que en nuestro sistema la gratuidad es sólo y siempre una excepción, no presumible, y que en la escritura se excluye expresamente, detallando la contraprestación que convierte aquella transmisión en onerosa.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

Que los esposos, aprovechando la liquidación de gananciales, realizan una operación complementaria. Mediante la expresión de su libre voluntad articulan un negocio oneroso de transmisión de un bien privativo del marido a la mujer. Que para ello en el apartado a) enuncian una serie de créditos de la sociedad de gananciales contra el esposo, que según la escritura asciende a la cantidad de quince millones de pesetas. Dice la escritura que se incluye en este apartado el importe actualizado de las cantidades adeudadas por razón de la vivienda de carácter privativo del compareciente, la cual ha cons-

tituido el domicilio familiar desde la fecha de celebración de su matrimonio hasta su reciente separación judicial. La escritura continúa diciendo que si bien resulta difícil, si no imposible, la exacta cuantificación del importe actualizado de tales créditos, por múltiples razones, relativas tanto al espacio temporal, en que se han producido los gastos que los han motivado a las numerosas partidas que lo integran, (pago de las cuotas del préstamo hipotecario concedido al cónyuge propietario para la adquisición de la vivienda, contribuciones urbanas, gastos de conservación, de reforma y mejora), a la dificultad de fijar el más adecuado criterio de actualización, y a la circunstancia de no haberse llevado una contabilidad de los mismos. Que la redacción de la cláusula no puede ser más vaga, confusa e indeterminada, totalmente contraria a los principios que rigen el Registro de la Propiedad, y precisamente por razón de este crédito vendrá la primera partida del pago del bien cedido. Que de haber tenido acceso al Registro dicha cláusula, podría haber tenido acceso un acto nulo o anulable. El tercero contratante no podría saber con claridad cuál era su protección. Que se cede una vivienda privativa del marido, que ha sido domicilio conyugal más de quince años y por este motivo no se adeuda al mismo absolutamente nada por ningún tipo de contraprestación, y todas las demás partidas del crédito a favor de la sociedad de gananciales son profusas, difusas y confusas y son contrarias a los intereses del marido. Que el Registrador no puede comprobar si en el contrato oneroso formado de tal manera por la libre voluntad de los cónyuges, exige una equivalencia de las prestaciones de los contratantes. Que se sospecha que puede haber un exceso de adjudicación a favor de la mujer por no estar probado de manera cierta e indubitada este crédito y el Registrador cumpliendo con su obligación, advierte esa posibilidad de exceso que tendría que tributar por el Impuesto de Donaciones, como tiene determinado la Dirección General de los Registros y del Notariado y por la aplicación del principio general establecido en el

artículo 254 de la Ley Hipotecaria. Que las Resoluciones citadas en la nota se refieren a la causa en contratos entre cónyuges. De dichas Resoluciones citadas y de las de 10 de marzo y 14 de abril de 1989 y 7 y 26 de noviembre de 1992, se puede sacar una doctrina común. Que lo que ocurre en el presente caso es que no se precisan debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación verificado y específicamente su causa (artículos 1261.3 y 1274 y siguientes del Código Civil). Que la exacta especificación de la causa es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo, tanto por exigirlo el principio de determinación registral, como por ser presupuesto lógico necesario para que el Registrador pueda cumplir con la función calificadora en su natural extensión y después practicar debidamente los asientos que procedan (vid. artícu-

los 9 de la Ley Hipotecaria, 51 y 193.2 del Reglamento Hipotecario). Que hay que tener en cuenta el diferente alcance de la protección que nuestro Registro de la Propiedad dispensa en función de la onerosidad o gratuidad de la causa del negocio inscrito (vid. artículo 34 de la Ley Hipotecaria). Que hay que precisar por último, la Resolución de 15 de marzo de 1999.

3. Resolución del TSJ de Madrid.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador fundándose en la impone de la Resolución de 15 de marzo de 1999 que corrobora la tesis mantenida por el Registrador en la nota de calificación impugnada, la cual es acertada y ajustada a derecho.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Notario.

Que lo que se defiende es que la causa se expresa con toda claridad en el documento calificado y que la expresión de la misma cumple con las exigencias del Código Civil y de la Resolución de 15 de marzo de 1999.

Que tanto el Registrador como el auto presidencial comprenden que la causa se expresa y que es onerosa y que la libre voluntad de los cónyuges puede generar un contrato oneroso. Que lo que no parece que se acepta es que se acredite la realidad de la causa.

Que, en definitiva, da la impresión que tanto en la calificación como en el auto presidencial se está exigiendo un nuevo requisito en relación con la causa que no exige ni el Código Civil ni la Dirección General y es que se acredite la realidad de las contraprestaciones, circunstancia que sólo se exige por la ley en materias específicas.

Que excede de la calificación registral "comprobar la equivalencia de las participaciones".

Que en la escritura calificada se cumplen más que sobradamente en relación con el crédito los requisitos civilmente exigibles para que pueda operar como causa parcial de un desplazamiento inmobiliario.

Que por último, hay que añadir la ambigüedad de la nota de calificación.

2. Resolución de la DGRN.

El recurso ha de ser estimado. El contrato por el que se produce el traspaso de la propiedad del bien es una dación en pago de deudas perfectamente admitido en nuestro Derecho, tanto en su faceta de modo de extinción de las obligaciones, como en su aspecto de contrato traslativo del dominio y asimilable a la compraventa, por lo que la causa consta explícitamente en el contrato. El hecho de que la deuda no aparezca plenamente justificada cae fuera del ámbito de la calificación del Registrador, que no tiene por qué entrar en averiguaciones sobre si son ciertos o no los hechos que exponen los contratantes y que, en afirmación de éstos, dieron origen a la deuda que ahora se extingue.

4.3. *Denegación de la anotación de demanda en la que se solicita que se condene a la esposa al pago de una deuda contraída por su consorte cuando ya está inscrita la liquidación de gananciales.*

RESOLUCIÓN de 30 de junio de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- En el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 1 de Orense se siguen autos de juicio de menor cuantía a instancia de la “Caja de Ahorros M.”, frente a los esposos doña M. y don A., a fin de que se reconozca la existencia de una deuda vencida y exigible, contraída por el esposo como fiador personal solidario de determinada entidad, en virtud de una póliza de descuento y, en definitiva, se condenara a responder del pago de la citada deuda a doña M. con los bienes a ella adjudicados con motivo del otorgamiento de la escritura de capitulaciones matrimoniales de fecha 20 de noviembre de 1992 en la que se establece el régimen de separación de bienes entre los esposos, ya que en la fecha de publicación de la citada escritura en el Registro de la Propiedad la deuda ascendía a un importe de 18.154.653 pesetas.
- Con fecha 27 de mayo de 1998, el señor Magistrado Juez del citado Juzgado dirige mandamiento al Registrador de la Propiedad de Ourense número 2 a fin de que practique anotación preventiva de demanda.
- El Registro de la Propiedad de Ourense número 2 denegó dicha inscripción porque al tratarse del ejercicio de una acción meramente personal, la anotación no tiene encaje en ninguno de los supuestos del artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria y 139 de su Reglamento.
- La entidad Caja de Ahorros M. interpuso recurso gubernativo que fue desestimado por el TSJ de Galicia.
- La entidad Caja de Ahorros M. interpuso recurso ante la DGRN que fue desestimado.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL TSJ DE GALICIA

1. Alegaciones del recurrente.

Que en el escrito de demanda, se dice que los demandados (fiador y esposa del fiador) ostentaban régimen económico matrimonial

de sociedad de gananciales, en el momento en empezó a surtir efecto la póliza de descuento, en el año 1991, sin embargo a partir de determinada fecha (en escritura pública de 20 de noviembre de 1992), ambos instau-

raron entre ellos un régimen económico matrimonial de separación, resultando una liquidación y adjudicación de la anterior sociedad de gananciales; sin embargo, en el momento en que se instaura dicho régimen ya existe un derecho de crédito, vencido y exigible.

Que en el supuesto de liquidación y adjudicación de bienes realizado entre cónyuges, cuando afecte al régimen matrimonial vigente y perjudique a los derechos ya adquiridos por los acreedores consorciales en el momento de cambio de régimen, hay que tener en cuenta lo que dicen los artículos 1317 y 1401 del Código Civil. Que en este sentido hay que citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1994 y las de 15 de marzo de 1991, 25 de enero de 1989 y 15 y 17 de febrero y 13 de junio de 1986. Son conforme a lo que establece el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria se solicitó la anotación por cuanto se había demandado la modificación de los derechos de la esposa, precisamente sobre los bienes a ella adjudicados.

Que para la práctica de la anotación de demanda solicitada se tuvo en cuenta la existencia en autos de una escritura de capitulaciones matrimoniales y sería absurdo que no se tomara razón registral de la existencia de una demanda judicial que fundando su *ratio essendi* en el hecho del otorgamiento de dicha escritura, tiene por objeto principal afectar los inmuebles que fueron objeto de dicho otorgamiento y cuyo actual titular los ha adquirido, precisamente en virtud de lo pactado en la escritura de capitulaciones matrimoniales. Que la Dirección General de los Registros y del Notariado, se ha referido en varias Resoluciones a las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta para la correcta anotación de una demanda a la vista de la prevención legal contenida en el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria (Resoluciones de 26 de mayo y 24 de octubre de 1997).

Que a continuación se exponen algunos de los principales argumentos a favor de la existencia en nuestra demanda de pretensiones que pretenden alcanzar como efecto principal una verdadera mutación jurídico

real sobre determinados bienes inmuebles que en la actualidad vienen figurando como propiedad privativa de la codemandada y que con anterioridad al otorgamiento de las capitulaciones, figuraban como presuntamente gananciales, para la sociedad integrada por las aportaciones de esta y su marido:

a) Que a resultas del procedimiento iniciado por causa de la demanda referida, habrán de quedar afectados bienes determinados y concretos, de naturaleza inmueble.

b) Que atendiendo a la naturaleza de la anotación que se solicita no cabe se puedan asegurar las resultas del pleito de otra forma distinta, por ejemplo, en virtud de anotación preventiva de embargo, toda vez que la cónyuge que actualmente es titular de los bienes a su favor adjudicados no es, en modo alguno, deudora y, por lo mismo, no cabe solicitar el embargo de los bienes al amparo de los artículos 1400 y 1442 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en consecuencia, la responsabilidad de la codemandada no deriva de hecho alguno de carácter obligatorio, sino más bien de una determinada adjudicación a su favor realizada, o de responsabilidad real derivada del hecho de haberse adjudicado bienes inmuebles, y de su situación actual de propietaria privativa de esos mismos bienes inmuebles a ella adjudicados, que perjudica el interés del demandante, a tenor de lo prevenido en el artículo 1317 del Código Civil.

c) Que, en refuerzo de lo indicado, debe tenerse en cuenta que lo prevenido en el artículo 1317 del Código Civil significa una verdadera excepción a la regla general en virtud de la cual la modificación capitular del régimen económico matrimonial es oponible a todos desde la fecha de su inscripción registral; ahora bien, como el derecho real actualmente inscrito puede llegar a resultar, perfectamente desacreditado, en virtud de la acción de responsabilidad ejercitada, es por ello que debe conferirse a esta acción alguna eficacia más allá de la meramente personal.

d) Que apoyan lo anterior las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de

1991, 25 de enero de 1989 y 13 de junio de 1986.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

Que hay que tener en cuenta la evolución doctrinal y jurisprudencial en lo relativo a las anotaciones preventivas de demanda en las que se ejercita una acción personal con trascendencia real, así cabe citar las Resoluciones de 22 de octubre de 1906, 4 de julio de 1919 y 6 de julio y 29 de septiembre de 1962.

Que el objeto del recurso es la práctica de una anotación preventiva de demanda regulada en el párrafo 1.º del artículo 42 de la Ley Hipotecaria y 139 del Reglamento y que tiene lugar cuando lo que se ventila judicialmente es la titularidad dominical de un bien, pero no cuando se trata de asegurar los resultados de un juicio en los que se reclama una cantidad de dinero o como dice el suplico de la demanda “se reconozca la existencia de una deuda vencida y exigible y se condene a responder del pago de la citada deuda a D.ª M.”, supuestos para los que existe la anotación de embargo preventivo del mismo artículo 42 y que encaja perfectamente con el que es objeto del presente recurso, en donde se pretende hacer efectiva una cantidad dineraria debida, pero no se discute la titularidad dominical de las fincas. Que no se niega que conforme al artículo 1317 del Código Civil la modificación del régimen económico matrimonial realizada constante el matrimonio no perjudicará los derechos adquiridos por terceros y que el artículo 1401 del mismo cuerpo legal señala que mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor, pero la destrucción de la nueva configuración dominical exige el procedimiento adecuado.

Que no puede afirmar que no cabe anotación preventiva de embargo. Que, por otro lado, podría practicarse anotación preventiva de demanda si lo que se pidiese fuera la nulidad de las capitulaciones matrimoniales.

En este sentido las Resoluciones de 5 de enero y 18 de marzo de 1988. Que si lo que se trata de evitar es que la demandada hiciese ilusorio el cobro de la deuda una vez terminado el procedimiento, enajenando los bienes y dando lugar a la aparición del tercero protegido, podría haberse solicitado la anotación preventiva de prohibición de enajenar del artículo 42.4 de la Ley Hipotecaria.

Que ni aun en el caso de que los bienes se hubiesen mantenido en la sociedad de gananciales cabría dicha anotación, pues según lo que se pide en la demanda, la acción es puramente personal y no se convierte en real porque los bienes sobre los que se pretende anotar la demanda procedan de una adjudicación en capitulaciones matrimoniales. Que la resolución de 26 de mayo de 1997 que cita el recurrente en apoyo de sus argumentos dice lo contrario de lo que éste pretende. Que en definitiva las demandas personales de mera reclamación de cantidad no son anotables por carecer de trascendencia real. Tan solo en aquellos casos de reclamación de cantidad en los que exista una preferencia legal de cobro que pueda hacerse efectiva sobre determinados bienes inmuebles, podrían ser objeto de anotación preventiva. Este es el supuesto del auto dictado por la Audiencia Territorial de Castellón de 20 de mayo de 1996.

Que es presupuesto básico para que la anotación preventiva de demanda pueda practicarse, que la sentencia que se dicte en su día provoque una mutación jurídico-real y consiguientemente, un asiento posterior de rescisión, resolución, nulidad, recusación, reducción de una titularidad o acto inscrito anteriormente, etc. Pero, en el presente caso, si la demanda es estimada no va a producir ninguna mutación jurídica real inmobiliaria sobre los bienes adjudicados a la esposa. Que a esta idea lleva también el artículo 198 del Reglamento Hipotecario. Que de practicarse la anotación preventiva de demanda solicitada se infringiría un principio básico de nuestro sistema registral, cual es el de especialidad o determinación, puesto que si aparece en el futuro un tercero interesado en

la posible adquisición de las fincas esta anotación solo le conduciría a una gran perplejidad.

Que, por último, hay que señalar lo que dice la Resolución de 21 de julio de 1998.

3. Informe del Magistrado-Juez del Juzgado de 1.ª Instancia.

Al margen de posiciones doctrinales, de un examen determinado de la legislación civil y con apoyo de sentencias y resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, son muchos los casos concretos admitidos de anotación preventiva de demanda cuyo objeto es una acción personal

con trascendencia registral, con muchos de los cuales guarda relación de analogía en el caso aquí analizado. En consecuencia, hay que mostrarse favorable a la estimación del recurso, en base a lo dispuesto por el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de junio de 1986 sobre el artículo 1401 del Código Civil y en el Auto de la Audiencia Territorial de Barcelona de 16 de abril de 1973.

4. Resolución del Presidente del TSJ de Galicia.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia confirmó la nota del Registrador fundándose en los argumentos contenidos en el informe de éste.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del recurrente.

Se mantuvieron las contenidas en el escrito de interposición del recurso gubernativo.

2. Resolución de la DGRN.

Inscrita la liquidación de la sociedad de gananciales existente entre determinados cónyuges, se pretende por un acreedor del marido y sobre los bienes que habían sido adjudicados a la mujer, la anotación de la demanda interpuesta contra ambos en la que pide, entre otras cosas, que “se condene a la esposa a responder de la deuda reclamada (contraída por el esposo antes de la publicación del cambio de su régimen económico matrimonial) con los bienes que le han sido adjudicados en las capitulaciones matrimoniales (referidas) y con sus propios bienes”. El Registrador deniega la anotación por no tener encaje en ninguno de los supuestos del artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria y por falta de previa inscripción de una obra nueva.

El defecto primero debe ser confirmado. Como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo, aunque el ámbito de la anotación de demanda ha sido ampliado por

la doctrina científica y por esta Dirección, es lo cierto que a lo más que puede llegarse es a abarcar aquellas demandas cuya estimación pudiera producir una alteración en la situación registral, pero en modo alguno pueden incluirse aquellas otras, como la ahora debatida, en las que únicamente se pretende, al amparo de los artículos 1317 y 1401 del Código Civil la declaración judicial de la responsabilidad de un cónyuge por determinada deuda de su consorte, esto es, que determinada deuda pueda hacerse efectiva sobre una masa patrimonial (o sobre dos distintas, aunque esta cuestión no se prejuzga ahora) ajena al propio deudor, pues es evidente que la mera vinculación genérica de los bienes que integran un patrimonio al pago de una deuda reconocida judicialmente como inviscerada en el mismo, no implica un gravamen real sobre cada uno de los bienes que lo integran (si dichos bienes salen del patrimonio afecto —salida que esa sola vinculación genérica no impide— quedan libres de la responsabilidad que recae sobre dicho patrimonio), y, por ende, no puede acceder al Registro de la Propiedad que tiene por objeto la inscripción de los actos y negocios jurídicos de alcance real (cfr. arts. 1.ª y 2.ª LH).

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA (*)

GUILLERMO PALAO MORENO

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universitat de València*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.**
 - II. LA REGULACIÓN DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA.**
 - 1. Normativa de origen internacional.**
 - 2. Normativa de origen interno.**
 - III. LA PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA LA DETERMINACIÓN DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALMENTE COMPETENTES EN LA MATERIA.**
 - IV. LAS DIFICULTADES QUE SUSCITA EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS EN ESTE TIPO DE SITUACIONES.**
 - 1. El Convenio de Luxemburgo de 1980.**
 - 2. El juego de los Convenios bilaterales: el caso del Convenio con el Reino de Marruecos de 1997.**
-

(*) El presente artículo constituye una versión revisada de la conferencia pronunciada en el "Curso sobre Cooperación Jurídica Internacional", organizado por el Consejo General del Poder Judicial y la Dirección de Justicia de la Generalitat Valenciana en Denia (Alicante), los días 25 y 26 de abril de 2002.

V. LA IMPORTANCIA DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN LOS SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN ILÍCITA DE MENORES.

- 1. El Convenio de La Haya de 1980.**
- 2. Los arts. 1901 a 1909 de la LEC de 1881.**

VI. CONCLUSIONES.

VII. BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA EN LA MATERIA.

I. INTRODUCCIÓN

1. Carece de sentido resaltar en la actualidad la evidente importancia social que poseen los supuestos de sustracción ilícita de menores (cuando estos cuentan con una naturaleza internacional), su cada vez mayor frecuencia en la práctica (debido a factores y fenómenos tan conocidos como son, entre otros, el aumento de las migraciones y los procesos de integración como sucede en la Europa comunitaria), así como las dificultades que estas situaciones plantean desde un punto de vista jurídico (al tratarse de un fenómeno complejo y plural).

En este sentido, la prensa nos ilustra regularmente con sangrantes situaciones en las que —generalmente tras la ruptura de un matrimonio “mixto” (cuyos cónyuges poseen distinta nacionalidad)—, uno de los progenitores trata de burlar una determinada situación (plenamente legal) en materia de custodia de un menor creada al amparo de una normativa estatal concreta —en la mayoría de casos, aquella propia del lugar donde residía habitualmente la familia antes de su ruptura— y transformarla (de hecho y más tarde de derecho) en su provecho. Y ello, mediante el desplazamiento (ilícito) del menor a otro país distinto de donde éste residía habitualmente. El supuesto tipo sería, por consiguiente, aquel en el que el Estado de destino del desplazamiento coincidiría con el país de origen (del que es nacional) del progenitor que desplaza ilícitamente al menor, generalmente aprovechando un derecho de visitas. Una problemática que, además, afecta de forma especial a España desde un punto de vista cuantitativo (en la mayoría de supuestos, en tanto que país solicitado, por haberse llevado el desplazamiento ilícito del menor hacia nuestro país).

2. En el presente estudio me aproximaré a las cuestiones que, desde el punto de vista del Derecho internacional privado español, plantean estos supuestos; situándome en los aspectos relativos a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, así como la

cooperación judicial internacional *strictu sensu* (asistencia judicial internacional), que se suscitan en la materia. Por otro lado, este análisis lo desarrollaré desde una perspectiva “problemática” al enfrentarme, preferentemente, a las dificultades que han tenido que afrontar los juzgados y los tribunales españoles a la hora de enfrentarse a estas situaciones.

No está de más recordar, antes de pasar al anunciado estudio, que se trata ésta de una materia en la que coinciden una muy importante actividad codificadora internacional y en donde la protección del “interés supremo del menor” ha de ser concebida como un objetivo primordial en la resolución de estas situaciones, al perjudicar la sustracción ilícita a la necesaria estabilidad del menor (BORRÁS RODRÍGUEZ). Un principio que informará a las situaciones de sustracción tanto internas como internacionales y que, como es bien sabido, se encuentra recogido tanto en nuestra Constitución (art. 39), como en importantes textos internacionales que informan el sector (destacando, entre todos, el Convenio de Naciones Unidas sobre Derechos del niño de 1989, arts. 10 y 11).

Es revelador, a este respecto, el FD 2.º de la SAP de Barcelona, de 17 de junio de 1997 (AC núm. 1388), al establecer: “Se plantea, en definitiva, en el presente supuesto, la compleja problemática social y jurídica que subyace, como consecuencia de las relaciones sociales internacionales, y que ha sido comúnmente denominada ‘secuestro internacional de menores’, de tal suerte que resulta conveniente subrayar que las normas internacionales, destinadas a regular la protección de los menores, han ido evolucionando en el sentido de exigir la presencia, cada vez más necesaria, de los poderes públicos como encargados de las tareas protectoras de los menores, en detrimento de los derechos de los adultos, y pasando por alto sentimentalismos nacionalistas, en pos del principio de prevalencia del interés del menor”.

II. LA REGULACIÓN DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA

3. Como punto de partida se ha de afirmar que el sector de la sustracción internacional de menores destaca por la pluralidad de normas que regula esta materia y la importancia que posee, en concreto, la normativa de origen internacional. Algo motivado por la ineficacia que han demostrado tener tradicionalmente las soluciones puramente internas en este campo, que precisa un elevado nivel de cooperación judicial entre las autoridades de los distintos Estados implicados. Algo que no ha impedido, sin embargo, la decisiva incidencia que todavía posee, en algunos sectores, la regulación de origen interno.

A este respecto, puede encontrarse información relativa a la normativa que, desde la perspectiva española regula la cuestión, así como los elemen-

tos esenciales de la normativa internacional que nos obliga, recursos en la red y ciertos aspectos prácticos, como la puesta a disposición de los formularios que pueden utilizarse, en la página web del Ministerio de Justicia: http://www.mju.es/cooperacion_juridica/g_sustmenores.htm.

1. Normativa de origen internacional

4. Desde la perspectiva convencional destacan en el sector analizado dos textos de naturaleza multilateral, sobre el resto de Convenios internacionales que igualmente pueden intervenir en la materia. Así, poseen una gran importancia:

1) Por un lado, el Convenio de Luxemburgo de 1980, de 20 de mayo, *relativo al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia*; el cual ha sido elaborado en el seno del Consejo de Europa y ratificado por España en 1984 (las distintas reservas presentadas en su momento por nuestro país han sido paulatinamente retiradas en 1991, 1993 y 1995).

Puede encontrarse información relativa a este Convenio, incluyendo el estado de ratificaciones actualizado y el informe en la página web del Consejo de Europa en <http://www.coe.int/portalT.asp>.

2) De otro lado, el Convenio de La Haya de 1980, de 25 de octubre, *sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*. Un Tratado elaborado en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado y que ha sido ratificado por España en 1987.

Pueden encontrarse amplias referencias a este texto, incluyendo el estado de ratificaciones actualizado, el Informe explicativo elaborado por la Profesora PÉREZ VERA, bibliografía sobre el Convenio, análisis estadísticos de su aplicación y los informes de las sucesivas Comisiones especiales, entre otros, en la página web de la Conferencia de La Haya: <http://www.hcch.net/>.

Estos dos trascendentales Tratados se caracterizan:

1) Por un lado, por el hecho de que ambos poseen un altísimo número de ratificaciones, aunque también una desigual aplicación en la práctica. Y ello,

como podremos comprobar, dado que el Convenio de La Haya de 1980 ha contado con una más extensa práctica jurisprudencial, mientras que el Convenio de Luxemburgo de 1980 ha sido menos empleado ante nuestros Tribunales.

2) Por otra parte, por el hecho de poseer un carácter complementario entre los mismos al tratar aspectos diferentes (siendo de hecho alegados ante nuestros tribunales en ocasiones, tanto de forma conjunta como alternativa) y por partir de la idea de la aplicación del texto más favorable de entre ellos a la situación litigiosa. Así, sobresale la compatibilidad de tales instrumentos internacionales en la materia, de conformidad al principio de “máxima eficacia” presente en ambos Convenios internacionales (arts. 19 y 29 del Convenio de Luxemburgo de 1980 y 34 del Convenio de La Haya de 1980. CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ). Por lo tanto, siempre que los objetivos del Convenio de Luxemburgo de 1980 o del Convenio de La Haya de 1980 se cumplan de forma más efectiva mediante la aplicación de otro Tratado, su texto no se aplicará.

Entre otros, se ha hecho un uso conjunto de tales textos en: el AAP de Ciudad Real, de 5 de marzo de 1992 (*REDI* 1993-51-Pr), el AAP de Granada, de 24 de enero de 1994 (*REDI* 1994-13-Pr y Nota de MOYA ESCUDERO) y la SAP de Orense de 29 de septiembre de 2000 (*AC* núm. 1615, Comentario de GÓMEZ GENE en *Tribunales de Justicia*, núm. 2002.3, pp. 70-72). En esta última resolución, el juego conjunto de ambos textos permitió la restitución del menor a Portugal, tras la sustracción realizada por la madre aprovechando el ejercicio de un derecho de visitas. Lo que permitió restituir la custodia a la tía paterna, a quien había sido atribuida judicialmente en aquel país.

5. Junto a estos dos textos internacionales, destacan otros de carácter general como el Convenio de La Haya de 1961, de 5 de octubre, *sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores*; el cual fue ratificado por España en 1987. Asimismo, también es cierto que la mayoría de Convenios bilaterales que se refieren al reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil pueden ser también aplicados a estos supuestos. No obstante, de entre ellos sobresale sin duda, al ocuparse de manera específica de esta cuestión y debido a su reciente entrada de vigor (en 1999), el Convenio bilateral con Marruecos de 1997, de 30 de mayo, *sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores*.

No obstante, frente a la proliferación de textos internacionales en distintas sedes de codificación internacional (de forma coherente con la importancia que la cooperación internacional posee en este sector), la materia de la sustracción

ilícita internacional de menores no ha sido objeto, hasta la fecha, de instrumento normativo comunitario alguno, ni está prevista su inclusión ni en los distintos planes comunitarios en la materia ni en las últimas propuestas publicadas (algo incomprensible y plenamente censurable).

Así, la posible ordenación de estas situaciones no se encuentra presente en las previsiones del Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y Justicia (*DOCE C 19*, de 23 de enero de 1999). Tampoco ha incorporado la cuestión el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE C 12*, de 15 de enero de 2001). Igualmente no se ha referido a la cuestión la iniciativa de la República Francesa con vistas a adoptar un Reglamento relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visitas de los hijos (*DOCE C 234*, de 15 de agosto de 2000); ni la ha incorporado la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental (*DOCE C 322*, de 27 de noviembre de 2001).

En esta misma línea, tampoco abordó directamente la problemática de la sustracción internacional de menores el importante Reglamento (CE) n.º 1347/2000 del Consejo, *relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes* (*DOCE L 160*, de 30 de junio de 2000). Aunque es cierto que en su Preámbulo (punto 13), sí hace referencia a los aspectos jurisdiccionales de la sustracción, para decantarse en este caso por el criterio de la “residencia habitual lícita” del menor y que el art. 4.º también se enfrenta tangencialmente a la cuestión.

2. Normativa de origen interno

6. Hoy por hoy, el sistema de Derecho internacional privado autónomo español juega un papel reducido con relación a esta problemática; más aún ante el importante despliegue convencional existente. Una limitación que hay que calificar como positiva, en línea de principio, debido a, entre otros motivos: la evidente incapacidad que poseen los legisladores estatales para enfrentarse a estos supuestos de forma aislada, y la necesaria cooperación internacional que se precisa para su adecuado tratamiento.

Sin embargo, no cabe duda que la imposibilidad de aplicar alguno de los Convenios señalados conducirá necesariamente a tener que aplicar nuestro sis-

tema interno de Derecho internacional privado en diversas ocasiones. Esto es, es posible que haya de acudirse para la gestión de estos litigios, en atención a las circunstancias del caso y el tipo de solicitud, ya sea a la normativa española en materia de reconocimiento y ejecución (arts. 951 y ss. de la LEC de 1881), o a aquella relativa a la cooperación judicial internacional en materia civil (arts. 276 a 278 de la LOPJ y art. 177 de la LEC de 2000).

En este sentido, cabe referirse a los AATS de 15 de diciembre de 1987 y de 2 de marzo de 1988 (*REDI* 1990-14-Pr y 1990-15-Pr, con Nota de D.P. FERNÁNDEZ ARROYO), en que, a consecuencia de un desplazamiento de un menor argentino a España por su madre, se accedió al exequátur de la decisión argentina en aplicación del sistema de condiciones (en ausencia de acuerdo internacional con aquel país), para más tarde ordenar a la autoridad competente en nuestro país su ejecución.

No tuvo tanto éxito sin embargo la decisión extranjera (japonesa), en el ATS, de 11 de julio de 1988 (*REDI* 1990-16-Pr). Así, en este supuesto no se otorgó el exequátur, al vulnerarse los derechos de defensa de la mujer española en el procedimiento seguido en Japón (art. 954.2 LEC), así como por su incompatibilidad frente a la decisión española que había resultado de la demanda presentada por la mujer que había sustraído al menor a España.

Hay que señalar, junto a lo expuesto, que las disposiciones correspondientes al reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, así como aquellas sobre auxilio judicial internacional, pasarán en un futuro a formar parte de la, tantas veces anunciada, Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil.

7. No obstante, aun cuando nos encontremos con la posibilidad de aplicar un texto de fuente internacional, en la actualidad su incidencia se deja ver, fundamentalmente, con respecto a las medidas procesales que facilitan la aplicación de los Convenios internacionales mencionados. Así, hay que destacar la incorporación a nuestro ordenamiento por medio de la LO 1/1996 de protección del menor, de los arts. 1901 a 1909 de la LEC de 1881 (“Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”). Una normativa que, igualmente, habría de pasar a ubicarse en un futuro en la mencionada Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil.

III. LA PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA LA DETERMINACIÓN DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALMENTE COMPETENTES EN LA MATERIA

8. La determinación de la competencia judicial internacional en esta materia posee una gran importancia, así como reviste una elevada complejidad en la actualidad al carecer de soluciones uniformes especializadas.

1) Por lo que hace al primer aspecto, a nadie escapa que la sustracción del menor es empleada, en un gran número de ocasiones, para crear vías de hecho que permitan crear vínculos de competencia judicial internacional con el fin de obtener la custodia del menor en el estado de destino del secuestro; “legalizando” así una situación de hecho no deseada (PÉREZ VERA). Así, un sorpresivo cambio de residencia del menor desembocará, en numerosas ocasiones, en lograr que los tribunales de destino de la sustracción se consideren competentes, dado el extendido juego de la “residencia habitual del menor” como criterio atributivo de jurisdicción. Una eventualidad que, además y salvo una rápida actuación por parte del otro progenitor, se encaminará a estimar aplicable el ordenamiento del juez que conoce del asunto y obtener una rápida resolución favorable en dicho país (generalmente aquel de donde es nacional el secuestrador), para así evitar el posible reconocimiento y ejecución de la decisión extranjera en la que se solicitara la restitución del menor al país de su residencia habitual previa al desplazamiento.

Resulta ejemplificativa de la manipulación de los criterios atributivos de la competencia judicial internacional, a este respecto, el supuesto resuelto en la SAP de Castellón, de 24 de diciembre de 1994 (*RGD* núm. 607, 1995, pp. 6107-6109 y *REDI* 1996-47-Pr con nota de JIMÉNEZ BLANCO). En este caso, la madre francesa sustrajo al menor desde Castellón y tras un primer intento de presentar una demanda ante las autoridades galas (frustrado al considerarse que el menor tenía su residencia habitual en España), matriculó al menor en un colegio francés, para interponer seguidamente de nuevo una demanda (con mayor éxito en esta segunda ocasión).

Una manipulación que, afortunadamente, no siempre ha tenido éxito, como se comprueba en el FD 1.º de la SAP de Barcelona, de 12 de noviembre de 1999 (*AC* núm. 2350). Así, en la misma se consignó que, tras el traslado ilícito de la madre con los menores al Reino Unido, “La *High Court of Justice*, ordenó a la esposa su vuelta a España con sus hijas si quería presentar la demanda, por ser éste país el competente”.

2) Desgraciadamente, por lo que respecta a la segunda cuestión, se trata de una alternativa tolerada en nuestros días, debido a la insuficiencia de las

soluciones internacionales específicas existentes en la materia. Así, la dificultad y la complejidad que de hecho plantea la determinación de los tribunales internacionalmente competentes en la materia (al incidir en ello elementos dispares como la residencia habitual o la nacionalidad), ha provocado que los distintos centros de codificación que se han enfrentado a estos supuestos hayan huido de su regulación sistemáticamente. Por lo que, desgraciadamente, no existen normas de origen internacional que en la actualidad se ocupen de esta importante cuestión de manera especializada (MOYA ESCUDERO).

Tal circunstancia, por una parte, permite la existencia de situaciones contradictorias en la práctica, que dificultan el adecuado ejercicio de los derechos de custodia y visita en situaciones internacionales (MOYA ESCUDERO). Mientras que, por otra parte, ha dejado al legislador interno la tarea (no única, aunque sí prioritaria) de concretar los criterios de atribución existentes en la materia; y que, como ya ha sido señalado, suele conducir a atribuir competencia a los Tribunales estatales donde se sitúa la “residencia habitual del menor” al tiempo de la demanda. Una solución de corte general que, sin embargo, no siempre será la más apropiada en todos los casos, tanto por no responder a las circunstancias que rodean el caso, así como por no poder atender a los intereses del menor.

9. Efectivamente, un repaso a la normativa internacional que regula esta materia nos afianza en la idea de la ausencia de soluciones uniformes especializadas con respecto a la cuestión de la competencia judicial internacional. Sin embargo, es preciso puntualizar esta afirmación. De este modo,

1) Por un lado, hay que hacerse eco de que tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que el Convenio de La Haya de 1980 permite pensar que, implícitamente, se ha optado por la residencia habitual del menor (previa a la sustracción) como foro de competencia judicial internacional preferente o natural en estos supuestos (PÉREZ VERA). Y ello, al establecer un mecanismo fáctico para la devolución del menor a dicho país, sin permitir que los tribunales de destino del secuestro puedan entrar a conocer de la custodia (art. 16).

2) Por otro lado, igualmente hay que señalar que, aunque ni el Preámbulo (punto 13) ni el art. 4 del Reglamento (CE) n.º 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, establece soluciones directas al respecto, sí es verdad que se refieren a la cuestión. Así, mientras en el Preámbulo se encuentra presente esta cuestión al referirse a la “residencia habitual lícita” del menor, el art. 4 dispone que los tribunales que resulten competentes de conformidad al art. 3 (responsa-

bilidad parental), desarrollarán su actividad con arreglo a lo establecido en el Convenio de La Haya de 1980. Algo que está impidiendo, en definitiva, que conozcan de este tipo de litigios los tribunales del Estado donde se ha planteado la cuestión matrimonial, si estos fueran distintos de aquellos del Estado parte donde reside habitualmente el menor, debiendo respetarse así los términos del Convenio de La Haya de 1980 (salvaguardando su contenido).

10. No obstante, es cierto que, con carácter general, sí que tendrá aplicación el Convenio de La Haya de 1961. Un texto que también parte (art. 1) del principio de residencia habitual del menor (como criterio de atribución preferente), aunque lo combina con el criterio de nacionalidad en algunos supuestos (art. 4), “*para proteger la persona o los bienes del menor*”, y si ello fuera necesario (previa notificación a la autoridad del país de residencia habitual). No obstante, su puesta en práctica ha ocasionado serios problemas en algunas ocasiones. Y ello, entre otros, debido a que su amplitud, su complejidad, la posible concurrencia de autoridades y la rigidez de las soluciones que contempla, ha ocasionado que no resulte efectivo para combatir este tipo de situaciones (BORRÁS RODRÍGUEZ). Una eventualidad que ha dado lugar a su sustitución por parte del Convenio de La Haya de 1996, de 19 de octubre, *relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*. El cual será previsiblemente incorporado, en un futuro, a los ordenamientos internos de los Estados comunitarios.

Tal y como se comprueba en la reciente Propuesta de Decisión del Consejo, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar en interés de la Comunidad Europea el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños (Convenio de La Haya de 1996). Texto de la propuesta en <http://www.europa.eu.int>.

11. La ausencia de normas de origen internacional específicas y los problemas que suscitan aquellas más generales, obliga a hacer referencia a las soluciones autónomas presentes en nuestro sistema de Derecho internacional privado. Un sistema que, sin embargo, contará con una aplicación limitada a aquellos supuestos en los que el menor no tuviera su residencia habitual en un Estado parte del Convenio de La Haya de 1961. A este respecto, de una simple lectura del art. 22.3 de la LOPJ de 1985 se comprueba cómo nuestro sistema interno acoge esta misma solución de partida (“residencia habitual”); aunque de forma exclusiva, sin verse acompañada de otros criterios. Sin embargo, también hay que tener en cuenta que, en virtud del art. 22.5 del mismo texto legal, nuestros Tribunales también podrán adoptar medidas urgentes y provisionales si el menor se encontrara en España (MOYA ESCUDERO).

Así, entre otras, la SAP de Palma de Mallorca de 19 de marzo de 1990 (*RGD* 1990, 878-880; *REDI* 1991-79-Pr y nota de A. BORRÁS RODRÍGUEZ), con respecto a la sustracción de un menor desde Bélgica. En donde se estimó la competencia de nuestros Tribunales, denegándose por tanto el exequátur de la decisión belga en la materia; o la SAP de Baleares, de 12 de marzo de 1998 (*El Derecho* núm. 3839), en que estima la competencia de nuestros tribunales en un asunto relativo a las relaciones paterno-filiales que involucraba a dos marroquíes residentes en Ibiza.

Un foro de competencia judicial internacional que ha de ser entendido como concurrente en esta materia y no exclusivo; por lo tanto permitiendo que tribunales extranjeros conozcan de estos litigios legítimamente, tal y como lo hacen los españoles. Sin que, lógicamente, pueda implicar fraude alguno el hecho de acudir a tribunales foráneos para plantear la cuestión, aun cuando la residencia habitual del menor se situara en nuestro país con anterioridad a la sustracción.

Al contrario de lo manifestado en el AAP de Zaragoza, de 6 de octubre de 1992 (*REDI* 1993-54-Pr), en donde se denegó la restitución, al estimarse que se había actuado en “fraude procesal” por el actor sueco, debido a que había acudido a las autoridades judiciales suecas y no a las españolas en tanto que lugar de residencia habitual del menor. Un caso en el que se puso de manifiesto la necesidad de contar con normas de competencia judicial internacional unificadas internacionalmente, dado que se produjo en el mismo un cambio de hecho de los criterios de atribución (por medio de un traslado previo), modificando la residencia habitual del menor. En términos similares, con respecto a Suiza, la SAP de Almería de 27 de octubre de 1993 (*REDI* 1994-21-Pr y Nota de ÁLVAREZ GONZÁLEZ).

IV. LAS DIFICULTADES QUE SUSCITA EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS EN ESTE TIPO DE SITUACIONES

12. Como ya he expuesto con anterioridad, además de la existencia de diversos Convenios bilaterales que pueden afectar a esta materia, el texto más importante relativo a esta cuestión en la actualidad en nuestro sistema de Derecho internacional privado es el Convenio de Luxemburgo de 1980. Aunque también poseen una cierta incidencia ciertos Convenios bilaterales y en especial el Convenio de Marruecos de 1997.

1. El Convenio de Luxemburgo de 1980

13. El único Convenio multilateral existente en este sector en la actualidad es el Convenio de Luxemburgo de 1980. No obstante, hay que recordar que el Convenio de Luxemburgo de 1980 ha contado con una práctica muy reducida por parte de nuestros tribunales; siendo que, de hecho, el Convenio de La Haya de 1980 ha sido empleado en un mayor número de ocasiones con el objetivo de lograr la devolución del menor. Algo que no ha impedido, como ya se señalara en su momento, su aplicación conjunta (del Convenio de Luxemburgo de 1980 y del de 1980) en ciertas ocasiones. Y ello, no sólo por su evidente carácter complementario, sino porque es una eventualidad que permiten ambos textos en la búsqueda de su “máxima eficacia”.

Pues bien, con respecto a los problemas que, sin duda, han llevado a este poco juego del Convenio de Luxemburgo de 1980 destacan:

1) Por un lado, aunque con una importancia menor, la ausencia en el texto de unas reglas comunes de competencia judicial internacional (ni tan siquiera indirecta) y los problemas que en la práctica ha suscitado su aplicación junto a otros textos, como el Convenio de La Haya de 1961.

2) Sin embargo, el elemento más determinante para su limitado uso ha sido el hecho de que el reconocimiento y ejecución es un procedimiento poco adaptado para estos supuestos, en los que el factor tiempo es esencial, y el hecho de que en realidad no agiliza las devoluciones. Siendo éste uno de los aspectos que tradicionalmente ha encontrado mayores dificultades ante nuestros tribunales. En este sentido, el hecho de tener que contar con una decisión previa a la solicitud de retorno ha provocado muchos problemas, como ha sido el hecho de que para entonces el progenitor que desplazaba ya contaba con una resolución en el país de destino que impedía la eficacia de la resolución foránea.

Tal y como sucedió, a modo de ejemplo, en el AAP de Oviedo, de 18 de febrero de 1992 (*RJA* núm. 16 y *REDI* 1994-11-Pr, con nota de MOYA ESCUDERO). En este mismo sentido cabe apuntar la SAP de Palma de Mallorca de 19 de marzo de 1990 (*RGD* 1990, 878-880; *REDI* 191-79-Pr y nota de A. BORRÁS RODRÍGUEZ). En donde la rápida actuación del progenitor español que desplazó al menor desde Bélgica, unido a la existencia de una decisión española y el interés del menor (art. 10), evitó su restitución. Lo cual, en el caso concreto y dadas las circunstancias del caso, no favoreció especialmente al menor (como estimó la AP) sino que puso de manifiesto la limitación del propio Convenio de Luxemburgo de 1980.

14. Si pasamos al análisis del mencionado Convenio, dos son los objetivos principales que busca el Convenio de Luxemburgo de 1980 (arts. 7 y 8):

1) El aseguramiento de la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales (o administrativas en caso de ser aceptadas en el país de origen) sobre custodia de menores (entendidos como los menores de 16 años), y 2) su restablecimiento, en caso de tratarse de una sustracción ilícita [definida en el art. 1.d)] a otro Estado miembro. Y ello, por medio del establecimiento de un procedimiento en los Estados parte que lo permita.

Con tal fin en mente, el Convenio de Luxemburgo de 1980 parte de distintas situaciones de sustracción ilícita, para otorgarle un distinto tratamiento según sean sus circunstancias (PÉREZ VERA).

1) En primer lugar se encuentran aquellas situaciones de sustracción ilícita de un menor, cuando tanto los padres como el hijo poseen la nacionalidad del país donde residen habitualmente (términos que serán definidos por los ordenamientos internos de los Estados parte), siendo este el país aquel donde se dicta la decisión (art. 8); casos en los que las condiciones exigidas para su devolución son mínimas e implicando una activa postura por parte de la autoridad solicitada encaminada hacia la restitución del menor.

2) En segundo lugar se sitúan aquellos casos de sustracción ilícita en los cuales las condiciones anteriormente mencionadas (nacionalidad común o residencia habitual en el país de origen del traslado) no se cumplen, pero la solicitud se formaliza antes de los 6 meses desde que se materializa dicho desplazamiento (art. 9). Supuestos en donde existe un número restringido de motivos de denegación (limitados a cuestiones tales como: el respeto de los derechos de defensa, la falta de competencia judicial internacional del país de origen, o la existencia de decisiones en el Estado requerido —su incompatibilidad—).

3) En el resto de casos, incluyendo aquellas solicitudes realizadas con posterioridad a los 6 meses, las condiciones para el traslado aumentan (art. 10); debido a la presumible integración del menor en el país de destino del traslado. Destaca, a este respecto, entre los distintos motivos de oposición, la posible toma en consideración de los principios fundamentales de Derecho de familia y el propio interés del menor para oponerse a la devolución (aunque interpretables de forma restrictiva, al exigirse que sean “*manifiestamente incompatibles*”).

En este sentido, el AAP de Asturias de 14 de noviembre de 2000 (AC núm. 2193), donde se esgrimió este precepto para denegar el retorno del menor a Bélgica, cuando ya había transcurrido un año desde su salida de Bélgica y la menor se encontraba plenamente integrada en España (como se acreditaba, entre otros, en los pertinentes informes).

15. Su funcionamiento se basa en un procedimiento simple, rápido y gratuito, que pone de manifiesto un alto grado de confianza entre los Estados

parte (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ) y que siempre habrá de verse inspirado por el principio básico de protección del “interés del menor”. De manera concreta éste se estructura a partir de los siguientes elementos:

1) La existencia de una resolución judicial en la materia y el establecimiento de una serie de Autoridades Centrales en los Estados parte que se encarguen del buen funcionamiento del texto convencional (art. 2). En España, será la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia la citada autoridad. Una vía que no excluirá, empero, la posibilidad de que la parte interesada acuda directamente a la autoridad judicial competente para solicitar tal reconocimiento, sin pasar por la Autoridad Central.

2) La determinación, en cada Estado parte, de las autoridades encargadas de proceder a tal reconocimiento, dado que la cooperación se refiere tanto a la internacional como la que debe existir entre las autoridades internas competentes. Siendo que en España deberán proceder a tal petición los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde se hallen los menores.

3) Una vez se hubiera transmitido la solicitud y la documentación pertinente por parte de la Autoridad Central solicitante (art. 13), la Autoridad Central solicitada, en su caso (una vez admitida la misma y tras prestarle la asistencia necesaria), comunicará dicha solicitud a la autoridad competente en su país. Para ello deberá establecerse un procedimiento rápido, flexible, sencillo y gratuito de reconocimiento y ejecución, en el que no se exigirá la legalización de los documentos remitidos (arts. 14, 15 y 16).

4) Llegados a este punto, la autoridad judicial deberá proceder, en su caso, a su reconocimiento y ejecución, así como a facilitar el retorno del menor; a no ser que quepa oposición a las mismas a la vista de las circunstancias del caso. Para lo cual, el Convenio de Luxemburgo de 1980 fija unas causas tasadas de denegación del reconocimiento, entre las que destacan: el respeto a los derechos de defensa, el “interés del menor” y la contrariedad con los principios de Derecho de familia del Estado solicitado (arts. 9 y 10).

La protección de los derechos de defensa y el “interés del menor” fueron esgrimidas como causas de denegación de la devolución del menor a Bélgica en el AAP de Oviedo de 18 de febrero de 1992 (*RJA* núm. 16 y *REDI* 1994-11-Pr, con nota de MOYA ESCUDERO).

16. Por lo que hace a España, en concreto, se trata de un Convenio con una práctica más bien reducida (al igual que en otros Estados de nuestro entorno) que, además, no destaca por su especial acierto a la hora de aplicarlo. Así, entre los problemas que ha ocasionado cabe subrayar:

1) En primer lugar, el hecho de que en algunas ocasiones ha sido entendido como un Convenio de cooperación judicial internacional, cuando lo cierto es que su objetivo es facilitar el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras ya existente en la materia (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ).

Erróneamente, el ATS de 27 de junio de 1989 (*REDI* 1990-21-Pr y nota de A. BORRÁS RODRÍGUEZ) sentenció: “De todo ello y para lograr la plena eficacia se deriva que a las medidas solicitadas ha de dárseles el carácter de diligencias judiciales a practicar en país extranjero, a las que se refieren los arts. 300 LEC y 277 LOPJ; y no el trámite de exequátur para ejecución de Sentencia extranjera porque ésta ya se está ejecutando en el país de origen y se solicita colaboración”.

2) En segundo lugar, también ha producido cierto desconcierto en nuestra jurisprudencia la determinación de las vías jurídicas que permiten instrumentalizar las soluciones presentes en el Convenio de Luxemburgo de 1980 (ÁLVAREZ GONZÁLEZ). Así, ha de quedar claro que los arts. 276 a 278 de la LOPJ y el art. 300 de la LEC de 1881 (hoy art. 177 de la LEC de 2000), no constituyen el marco procesal adecuado para afrontar la problemática que suscita este Convenio, sino que (a pesar de no ser tampoco una normativa especialmente adaptada a los fines del Convenio de Luxemburgo de 1980) deberán ser, en atención de la concreta pretensión: o bien los arts. 951 y siguientes de la LEC de 1881, si lo que se busca es una declaración de reconocimiento en España (DE MIGUEL ASENSIO), o bien los arts. 1901 a 1909 de la LEC, si lo que se pretende es la restitución del menor (DE MIGUEL ASENSIO/RODRÍGUEZ PINEAU).

2. El juego de los Convenios bilaterales: el caso del Convenio con el Reino de Marruecos de 1997

17. El elevado número de Estados signatarios del Convenio de Luxemburgo de 1980 hace difícil pensar supuestos en los que se llevará a cabo la aplicación de textos distintos del mismo. Sin embargo, también es cierto que no todos los países con los que tenemos Convenios generales de reconocimiento y ejecución con un carácter bilateral han ratificado el citado Convenio del Consejo Europa. Por lo tanto, cabrá recurrir a tales acuerdos en ciertos casos, tal y como sucede con los siguientes países: Brasil (de 1989), Bulgaria (de 1993), Checoslovaquia (de 1987), China (de 1992) y la URSS (de 1990).

18. Junto a los Convenios bilaterales mencionados se sitúa el importante Convenio con Marruecos de 1997. Un texto que posee una gran trascendencia, no sólo por ser el único que aborda de forma específica la materia de la sustracción internacional de menores (desde la perspectiva doble, tanto del reconoci-

miento y ejecución de decisiones, como desde la dimensión de la cooperación entre autoridades), sino por su reciente entrada en vigor (el 1 de julio de 1999) y por plantearse con relación a un Estado vecino, con el que existe una elevada litigiosidad en materia familiar por razones evidentes; pero al que hoy por hoy no vincula ninguno de los acuerdos multilaterales existentes y de los que España es parte.

Son muchos los extremos del Convenio con Marruecos de 1997 que merecen un análisis detenido (lo que sin duda excedería del propio objetivo de este estudio), pudiéndose destacar del mismo:

1) Por una parte, la proximidad existente entre las respuestas que contempla el texto bilateral y las soluciones previstas en el Convenio de La Haya de 1980, en materia de cooperación entre autoridades —aunque también las negativas desviaciones con respecto a este texto— (PÉREZ BEVIÁ). Un motivo, por el que no me remitiré más tarde al Convenio de Marruecos de 1997, cuando me refiera al sector de la cooperación, sino que me centraré en el Convenio elaborado en el seno de la Conferencia de La Haya en 1980. Sin embargo, y a diferencia del texto multilateral, es interesante destacar cómo el Convenio de 1997 prevé la creación de una Comisión Mixta Consultiva que acompañará a la actividad desarrollada por las Autoridades Centrales, por lo que respecta al procedimiento que pudiera seguirse en caso solicitarse la cooperación.

2) Por otra parte, también cabe destacar la crítica que ha merecido este texto por parte de la doctrina. Y ello, tanto por ciertos extremos presentes en el Convenio de Marruecos de 1997 —como son: la falta de limitación de la competencia judicial internacional, la propia noción de traslado ilícito, las decisiones susceptibles de reconocimiento o las causas de denegación de devolución (PÉREZ BEVIÁ)—, como la preservación del Derecho marroquí de familia para rechazar la devolución del menor, con el posible perjuicio que ello puede ocasionar a las familias mixtas en situaciones de sustracción ilícita (MOYA ESCUDERO y ZEKRI).

No obstante, las primeras aplicaciones prácticas que ha tenido dicho texto (todavía inéditas) han despejado algunos de los temores iniciales y han demostrado una aparente pacífica aplicación del mismo por parte de las autoridades judiciales (PÉREZ BEVIÁ).

V. LA IMPORTANCIA DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL EN LOS SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN ILÍCITA DE MENORES

19. Las dificultades que en la práctica han ocasionado los sistemas de reconocimiento y ejecución en la materia, así como sus deficiencias para aten-

der de manera efectiva este tipo de situaciones (como ha sucedido con el Convenio de Luxemburgo de 1980), han llevado consigo el extendido y exitoso empleo de procedimientos de cooperación internacional entre autoridades; destacando entre todos el antes mencionado Convenio de La Haya de 1980 (aunque también posee importancia el antes citado Convenio de Marruecos de 1997, del que no me ocuparé en esta sede). Un texto de naturaleza multilateral que, a diferencia del anterior, cuenta con una sustanciosa (aunque no siempre pacífica) jurisprudencia, a la hora de ser aplicado por nuestros juzgados y tribunales.

Algo que, en el inicio de su andadura ante nuestros tribunales, condujo a serias recriminaciones en el seno de la Comisión Especial que vela por su aplicación, debido a la incorrecta aplicación del texto y los perjuicios (retrasos, no devoluciones...) que su puesta en práctica había ocasionado (BORRÁS RODRÍGUEZ). Una situación ciertamente embarazosa para nuestro país, que, sin embargo y afortunadamente, ha sido paulatinamente enderezada con posterioridad.

Junto a ello, y ya en nuestro sistema autónomo de Derecho internacional privado, destaca el juego de los arts. 1901 a 1918 de la LEC de 1881. Unos preceptos sin duda fundamentales para la correcta aplicación del mencionado texto convencional, como se podrá comprobar.

1. El Convenio de La Haya de 1980

20. El rasgo fundamental del de 1980 es que se trata de un texto elaborado esencialmente en materia de Cooperación entre autoridades (art. 2), con respecto a situaciones de sustracción ilícita de menores, cuando éste tuviera su residencia habitual en un Estado parte (por lo tanto, aplicable en situaciones “internacionales”, a pesar de no reflejarse de manera expresa este carácter en el art. 1). Sin embargo, sería injusto detenerse en este punto, ya que hay que decir que va más allá de este carácter. Así, junto a ello posee un claro objetivo material que exige una positiva actuación de las autoridades nacionales que supera una mera asistencia judicial internacional, obligando a una activa actuación de las autoridades involucradas en la devolución del menor. Consistiendo, por tanto, en un Convenio *sui generis* y un sistema de colaboración fuera de lo normal (BORRÁS RODRÍGUEZ).

En este sentido, se puede decir que ni incluye normas de competencia judicial internacional, ni de reconocimiento y ejecución de decisiones en la materia, ni es un Convenio de cooperación entre autoridades puro:

1) Por un lado, el Convenio de La Haya de 1980 no incide en la determinación de la competencia judicial internacional que seguirá regulándose por las

normas internas de cada sistema autónomo de Derecho internacional privado (en el caso español, como hemos visto, los arts. 21 y 22 de la LOPJ de 1985). Aunque, como ya se ha señalado, sus soluciones afectan de forma indirecta a esta decisiva cuestión.

A este respecto, cabe referirse al AAP de Toledo, de 20 de noviembre de 1995 (AC núm. 2187), con ocasión de la demanda presentada ante nuestros tribunales (evidentemente competentes), tras el secuestro del menor por parte de la madre a Portugal. Una posibilidad que, aunque no la más aconsejable, es perfectamente compatible con la presentación de una solicitud de restitución utilizando el procedimiento que habilita el Convenio de La Haya de 1980.

2) Por otro lado, tampoco es adecuado estimar que el Convenio de La Haya de 1980 establece un sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en la materia.

Tal y como sucedió en el momento inicial de aplicación del Convenio de 1980 por parte de nuestras autoridades judiciales. En este sentido, hay que hacer referencia a las distintas resoluciones españolas que equivocaron su caracterización. Así, por un lado, cabe apuntar el ATS de 24 de abril de 1989 (*REDI* 1990-17-Pr y *REDI* 1990-18-Pr), en el que se concedió el exequátur, así como, por otro lado, los AATS de 15 de junio de 1989 (*REDI* 1990-19-Pr), 16 de junio de 1989 (*REDI* 1990-20-Pr), 19 de julio de 1989 (*REDI* 1990-22-Pr), 11 de mayo de 1989 (*REDI* 1991-11-Pr), 20 de julio de 1989 (*REDI* 1991-12-Pr), 25 de julio de 1989 (*REDI* 1991-13-Pr), 20 de noviembre de 1989 (*REDI* 1991-14-Pr), 14 de diciembre de 1989 (*REDI* 1991-15-Pr) —todos ellos con nota de D.P. FERNÁNDEZ ARROYO— y 26 de enero de 1990 (*REDI* 1993-49-Pr), en los que se denegó el exequátur al considerarse incompetente al entender que se ha de tratar de una solicitud de asistencia judicial internacional de la que debería conocer el JPI del domicilio en que resida el menor sustraído. Tampoco lo tuvo muy claro la AP de Málaga, en su Sentencia de 10 de febrero de 1999 (AC núm. 4439), al establecer que la solicitud cursada a través de este Convenio era de reconocimiento y ejecución, aunque finalmente accediera a la restitución mediante un mecanismo de cooperación.

3) Por último, es igualmente incorrecto entender este texto como un Convenio puro de asistencia judicial internacional (esto es, en palabras de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, no puede equipararse a una mera comisión rogatoria).

Algo que trajo consigo retrasos en el procedimiento, en contra del objetivo convencional. Tal y como ocurrió en los AATS de 15 de junio de 1989 (*REDI* 1990-19-Pr), 16 de junio de 1989 (*REDI* 1990-20-Pr), 19 de

julio de 1989 (*REDI* 1990-22-Pr) —todos ellos con nota de BORRÁS RODRÍGUEZ—, 11 de mayo de 1989 (*REDI* 1991-11-Pr), 20 de julio de 1989 (*REDI* 1991-12-Pr), 25 de julio de 1989 (*REDI* 1991-13-Pr), 20 de noviembre de 1989 (*REDI* 1991-14-Pr), 14 de diciembre de 1989 (*REDI* 1991-15-Pr) —todos ellos con nota de D.P. FERNÁNDEZ ARROYO— y 26 de enero de 1990 (*REDI* 1993-49-Pr), en los que se dispuso de manera prácticamente idéntica que: “De todo lo anterior se desprende que las medidas solicitadas tienen el carácter de diligencias judiciales a practicar en país extranjero, a las que se refieren los arts. 300 LEC y 277 LOPJ, pero no de exequátur para la ejecución de sentencia extranjera, porque ésta ya se está ejecutando en el país de origen y pide colaboración”.

21. En este sentido, por medio de este Convenio (como dispone su art. 1), se trata de:

1) En primer lugar, garantizar la restitución inmediata de los menores (hasta los 16 años, como dispone su art. 4) trasladados o retenidos ilícitamente en cualquier Estado parte (concibiéndose como una medida de carácter curativo aplicable tras la actuación unilateral de traslado ilícito, siendo las situaciones más habituales aquellas en las que se ejerce de forma abusiva de un derecho de visitas).

2) En segundo lugar, procurar el respeto de los derechos de custodia y visita (pudiendo ser considerada, por tanto, como una medida con un carácter preventivo, destinada a evitar los desplazamientos internacionales ilícitos de menores).

En otras palabras, se trata de un Convenio con un claro objetivo y contenido material. Ya que por medio del mismo, y partiendo de la mencionada circunstancia fáctica (la sustracción del menor del Estado de su residencia habitual), se busca garantizar la pronta devolución del mismo a su situación de origen (es decir, buscándose el restablecimiento del *statu quo ante*); sin para ello prejuzgar el fondo de la decisión extranjera de custodia, ni la existencia en el foro de una decisión contradictoria (art. 19). Por lo que, en definitiva, el procedimiento que establece posee un claro carácter “quasi interdictal” (o, como algunos autores señalan, una *actio possessoria in infantem*).

Un Convenio que, lógicamente, se encuentra inspirado en el principio del “interés de menor” al pretender su estabilidad en tales situaciones. Ya que, de hecho, el amparo de este colectivo (verdadera víctima del traslado) es la finalidad que subyace, si se tiene en cuenta el doble objetivo convencional de devolver al menor a su situación previa a la restitución ilícita y evitar que se produzca este tipo de actuaciones. No obstante, hay que subrayar que el “interés del

menor” como tal, no viene explicitado más que en el Preámbulo del Convenio y no en la parte dispositiva del mismo, aunque el mismo informa muchas de las soluciones que contiene.

22. Por otra parte, el Convenio de La Haya de 1980 (art. 2) exige de los Estados parte el cumplimiento de una serie de obligaciones, entre las que destaca una positiva actuación a favor de la restitución del menor, para lo cual se deberán adoptar “todas las medidas adecuadas” para cumplir con sus objetivos. Junto a ello, y en esa misma línea, se exige a los mismos que recurran a “procedimientos de urgencia” con los que cuente su ordenamiento, debidos a lo esencial del factor tiempo en este tipo de supuestos. Algo que, en una primera etapa de aplicación del Convenio, suscitó numerosos problemas ante nuestros Tribunales, como ya se ha señalado.

Se han identificado, por parte de nuestra doctrina, hasta cuatro etapas diferentes y sucesivas en la actuación de la Autoridad Central en España en esta materia: a) En una primera etapa, ésta actuó como un simple buzón que recibía la solicitud y la transmitía; b) En una segunda etapa, se aceptó su legitimidad para solicitar el exequátur de la decisión extranjera; c) En la tercera, se declaró incompetente al estimar que la vía adecuada eran los arts. 300 LEC y 278 LOPJ; d) De la cuarta, por último, destaca la correcta comprensión que hace del sistema (BORRÁS RODRÍGUEZ).

Así pues, y como consecuencia de lo expuesto, una vez cursada la solicitud de restitución desde el extranjero, el juez español competente podrá o bien aceptar, o bien denegar la restitución. Sólo si denegara tal solicitud podrá entrar a conocer el fondo de la cuestión. Pero si la aceptara, no podrá (bajo ningún concepto) entrar a conocer del fondo del mismo, sino que deberá devolverlo inmediatamente (art. 16); convirtiéndose así el foro extranjero en el lugar idóneo para que los progenitores discutan acerca de la idoneidad de la decisión en materia de custodia (tal y como vimos al analizar la problemática que planteaba la competencia judicial internacional).

Por lo tanto, entiendo incorrecta la solución alcanzada en el AAP de Zaragoza, de 6 de octubre de 1992 (*REDI* 1993-54-Pr), en el que se denegó la devolución en “interés del menor”, estimando que había sido la madre sueca solicitante quien en un primer momento había sustraído a la menor, y que había vulnerado el foro natural para conocer de la custodia (España), acudiendo a los Tribunales de Suecia cometiendo un “fraude procesal”, quienes dictaminaron la custodia de la madre previa a la sustracción del padre de regreso a España. Pues bien, considero que la AP debía haber

devuelto al menor en este caso dado que, a todas luces, se trataba de una sustracción ilícita a España, al existir una decisión extranjera previa. La cual, además, es perfectamente legítima (extremo en el que no se debiera haber entrado) al tratarse de un foro concurrente que permite a otros tribunales extranjeros conocer de este tipo de litigios. En esta misma línea negativa (y de manera similar a la anterior) se sitúa la SAP de Almería de 27 de octubre de 1993 (*REDI* 1994-21-Pr y nota de ÁLVAREZ GONZÁLEZ), al entrar a conocer de la cuestión de fondo tras denegar la restitución (*sic*), así como entender que los tribunales suizos habían conocido en fraude de ley.

Por lo que hace a una aplicación apropiada de este artículo, hay que referirse a los AAJPI de Estepona, de 31 de julio de 1992 (*REDI* 1993-52-Pr) y de 18 de noviembre de 1992 (*REDI* 1994-18-Pr) —en donde se hace un impecable uso del precepto, concediendo a la autoridad británica la restitución sin entrar en el fondo del asunto—, y la STS de 22 de junio de 1998 (*La Ley* núm. 4613, de 25 de agosto de 1998, *REDI* 1998-32-Pr, con nota de AGUILAR GRIEDER, *ADIPr* 2000/1980, con nota de GARCÍA CANO, comentario de ESPINAR VICENTE en *AC* núm. 2, 11 a 17 de enero de 1999). En esta última, en concreto, se comprobó (con ocasión de un recurso de casación en interés de ley) el error llevado a cabo en la interpretación del texto convencional (su art. 16, deficientemente traducido al español), que había conducido a que la AP de Almería (en la Sentencia de 27 de octubre de 1993 antes citada) hubiera acordado la devolución conforme al Convenio de La Haya de 1980 pero, acto seguido, entrara a conocer sobre el fondo del asunto. Así, de su FD 7.º se puede extraer la siguiente acertada conclusión: “La finalidad del Convenio es la ‘restitución de menores’. Por ello, una interpretación del art. 16 que permita entender que, sin haber sido restituido el menor, pese a haberse acordado así, cabe que, paralelamente, entrando a conocer del fondo del asunto se frustre aquella finalidad, impidiendo el retorno, pugna con los criterios hermenéuticos reseñados, pues todos ellos apoyan la prioridad de la restitución, sin perjuicio de lo que luego proceda”.

23. Con el objetivo de servir a la finalidad del Convenio se ha incorporado al mismo una definición autónoma de sustracción “ilícita” (art. 3, precepto clave en el Convenio de La Haya de 1980), que permite determinar su ámbito de aplicación material, y que contempla dos elementos fundamentales (uno jurídico y otro fáctico). De esta manera:

1) Desde una perspectiva jurídica, la sustracción es ilícita, si se ha llevado a cabo la infracción de un derecho de custodia (a favor de un particular o una institución, definido en el art. 5) establecido en el ordenamiento del país donde el menor residía habitualmente antes del traslado (ya sea, de forma amplia, *ex*

lege o reconocido por medio de una resolución —sin que sea necesaria la existencia de la misma—).

Por tanto, es incompleto el razonamiento del AAP de Zaragoza de 28 de marzo de 1994 (*AC* núm. 15, 1-15 agosto 1994 y *REDI* 1995-9-Pr, con nota de GONZÁLEZ BEILFUSS), al considerar que el desplazamiento del menor por la madre no era ilícito al llevarse a cabo con anterioridad a la decisión californiana de custodia. Sobre todo cuando, a la luz de los arts. 3 y 5 del Convenio de La Haya de 1980, resulta evidente que el derecho de custodia incluye también el derecho de decidir sobre el lugar de residencia, siendo que en el caso se privaba de este derecho al padre, quien también ejercía la custodia del mismo antes de la sustracción. En el mismo sentido (erróneo) el AAP de Barcelona, de 12 de noviembre de 1998 (*ADIPr* 2000/192).

No se vulneró, sin embargo, ningún derecho de custodia (no encontrándose, por tanto, en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980), en la SAP de Castellón, de 24 de diciembre de 1994 (*RGD* núm. 607, 1995, pp. 6107-6109 y *REDI* 1996-47-Pr con nota de JIMÉNEZ BLANCO), en el caso de una sustracción de un menor residente francés por parte del padre español, cuando la madre francesa había sustraído con anterioridad al menor y había obtenido una decisión francesa por la que se determinaba la residencia del menor en Francia, pero que no afectaba a los derechos de custodia del padre español. Tampoco se vulneró el mencionado derecho, en virtud del AAP de Barcelona, de 23 de enero de 1998 (*El Derecho* núm. 5465), cuando la madre que poseía la custodia cambió su residencia habitual desde Australia a España, dificultando tan sólo el derecho de visitas, por lo que no había lugar a la restitución.

2) Desde la perspectiva material, el desplazamiento merecerá dicha caracterización si se realizaba un ejercicio efectivo de ese derecho, antes de la sustracción (o que hubiera podido ejercerse caso de no producirse el mismo).

Este argumento fue empleado, entre otros, para denegar la restitución del menor a Israel, debido a que el padre no había ejercido efectivamente el derecho de custodia de forma previa a la sustracción, en el AAP de Barcelona de 21 de abril de 1997 (*RGD* 1998, pp. 3116-2119 y *REDI* 1998-31-Pr con nota de GONZÁLEZ BEILFUSS).

24. Por lo que se refiere a su funcionamiento, entre otros aspectos del Convenio, el sistema descansa (como en el caso del Convenio de Luxemburgo de 1980, aunque con diferente función) en un sistema de Autoridades Centrales

(arts. 6 y 7). La cual, como en el otro Convenio antes mencionado, será para España la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Aunque ello no impide una solicitud directa por la parte interesada (art. 29). De esta manera, y pensando en aquellos supuestos (más frecuentes en la práctica) en los que el traslado del menor se hubiera llevado a cabo hacia España, el procedimiento que ha de seguirse es el siguiente:

1) Para empezar, la Autoridad Central extranjera remitirá una “solicitud de repatriación del menor” a la Autoridad Central española, junto a la documentación exigida en el Convenio (art. 8, también art. 30). En caso de ser la Autoridad Central española la solicitante, existen formularios de solicitud uniformes según el país de destino de la petición (disponibles en formato electrónico en la página web del Ministerio de Justicia antes señalada). A este respecto hay que tener en cuenta, además, que la Autoridad Central solicitada podrá exigir, también, una decisión o certificación que acredite en el Estado solicitante que el traslado ha sido ilícito (art. 15), así como un poder del particular para poder actuar en su nombre en el proceso (art. 28).

2) Una vez recibida la mencionada solicitud, la Autoridad Central española deberá adoptar una serie de medidas de conformidad con el texto convencional, entre las que se encuentran (art. 7): informar a la Autoridad Central solicitante (tanto de la situación del menor como de su legislación), localizar al menor, adoptar medidas provisionales de protección una vez fuera localizado (y, en su caso, garantizar el ejercicio de los derechos de visita tal y como se establece en el art. 21), procurar una devolución amigable del mismo, así como proporcionar asistencia judicial y jurídica al peticionario.

3) No obstante, caso de no ser posible una solución pacífica, la Autoridad Central española deberá actuar (ya sea judicial o por vía administrativa) para conseguir la restitución del menor a la situación de partida. Para ello, se iniciará un procedimiento judicial ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio en que resida el menor sustraído, con el fin de lograr la pronta y efectiva devolución (el cual se encuentra regulado, en el caso español, en los arts. 1901 a 1918 de la LEC de 1881, a los que luego me referiré).

4) Iniciado dicho procedimiento, su resultado consistirá (en la mayoría de ocasiones) en la restitución del menor a su situación de origen. Sin embargo, el Convenio prevé diferentes supuestos en los que se denegará su devolución. Unas situaciones en las que, como he adelantado, se autorizará a conocer a nuestras autoridades sobre la cuestión de fondo. En cualquier caso y dada la importancia del factor tiempo, así como la necesaria urgencia del procedimiento, deberá contestar antes de 6 semanas desde que se cursó la solicitud (art. 11).

En caso de denegación, la Autoridad Central española estará legitimada para presentar el correspondiente recurso de apelación, como admitió el

AAP de Barcelona, de 14 de julio de 1992 (*RGD 1993*, núm. 582, pp. 2138-2139 y *REDI 1994-17-Pr*).

25. A este respecto destacan los supuestos en los que la autoridad solicitada podrá considerar que la devolución del menor trasladado es improcedente. Unas excepciones que siempre habrán de ser interpretadas de forma restrictiva y habrán de ser probadas por quien se opone a la devolución. No pudiendo significar, en ningún caso, un re-examen del fondo del conflicto (MOYA ESCUDERO).

1) En primer lugar (art. 12), y con carácter general, siempre que hubiera transcurrido más de 1 año desde que se produjo el traslado o retención, existirán reducidas probabilidades de devolución. Y ello dado que en tales casos existirán muchas posibilidades de que el juez entienda que el menor “*ha quedado integrado en su nuevo medio*”.

Por tanto, es el “interés del menor” el que fundamenta esta solución de corte temporal, como se puso de manifiesto, entre otras, en el AAP de Ciudad Real, de 5 de marzo de 1992 (*REDI 1993-51-Pr*) —sustracción desde Bélgica llevada a cabo en 1985 y cuya solicitud se presentó en 1989—; y el AAP de Huesca, de 16 de noviembre de 2000 (*AC* núm. 392) —traslado desde Venezuela en 1996, cuya solicitud fue presentada a la Autoridad Central venezolana ese mismo año, aunque comunicada a la española en 1999—. Sin embargo, también es cierto que en el AAP de Teruel, de 21 de julio de 1992 (*REDI 1993-53-Pr*), se accedió a la restitución solicitada por la autoridad británica en virtud de dicho interés, a pesar del transcurso de dicho período.

Algo que, una vez más, pone de manifiesto la importancia que adquiere el “factor tiempo” en estos supuestos, dado que antes de cumplirse dicho plazo la autoridad estará obligada a restituir al menor. A este respecto hay que subrayar que el plazo del año ha de contarse desde que transcurrió el plazo para tener al menor, así como desde que se llevó a cabo el traslado y no desde el momento en que se concede la custodia definitiva a uno de los progenitores, como se dispuso en el AAP de Zaragoza, de 30 de noviembre de 1999 (*AC* núm. 2018 y *REDI 2000-52-Pr*, con nota de MARÍN LÓPEZ).

2) En segundo lugar (art. 13), y también en atención al “interés del menor” (aunque la literalidad del precepto tampoco lo establezca), no se accederá al restablecimiento del menor al país de su previa residencia habitual si se demuestra que la persona (o institución) que tenía a su cargo al menor no ejercía de forma efectiva el derecho de custodia cuando se produjo el traslado o consin-

tió en el mismo, así como si existiera un riesgo grave de que el traslado expusiera al menor a peligros físicos o psíquicos intolerables. Para lo cual, habrán de servirse de los informes emitidos por los servicios sociales. Además, para alcanzar esta solución, la autoridad podrá “*tener en consideración*” la opinión del menor (según su edad y grado de madurez), quien deberá ser escuchado. Por último, es evidente que este motivo de oposición igualmente ha de ser interpretado de forma excepcional y restrictiva (debido al amplio margen que otorga al juzgador), para no contradecir los propios objetivos del Convenio de La Haya de 1980.

La necesidad de una aplicación excepcional, debido al amplio margen que permite al juez, se ha puesto de manifiesto en aquellos casos en los que el juez español no ha justificado suficientemente el “interés del menor” en estos casos, para denegar la devolución del menor sustraído de forma ilícita. Así, a modo de ejemplo, en la SAP de Burgos de 24 de enero de 1991 (AC núm. 6, *REDI* 1992-30-Pr y nota de D.P. FERNÁNDEZ ARROYO), la Audiencia denegó la restitución en función de la pericial presentada y la opinión del menor (mayor de 12 años en el caso), sin que constara referencia a los informes de las autoridades del país de residencia habitual del menor o de los servicios sociales españoles. De forma similar, otorgándose un peso definitivo a la opinión de los menores, la SAP de Castellón de 24 de diciembre de 1994 (*RGD* núm. 607, 1995, pp. 6107-6109 y *REDI* 1996-47-Pr con nota de JIMÉNEZ BLANCO) y el AAP de Cádiz de 17 de mayo de 1995 (AC núm. 18/16, 30 de septiembre de 1995 y *REDI* 1996-48-Pr, con nota de MOYA ESCUDERO). En esta misma línea, también puede destacarse el AAP de Zaragoza de 28 de marzo de 1994 (AC núm. 15, 1-15 agosto 1994 y *REDI* 1995-9-Pr, con nota de GONZÁLEZ BEILFUSS), donde se denegó la restitución del menor a EE.UU., debido a que la corta edad del menor (26 meses) hacía que éste pudiera correr un cierto peligro cuando, lógicamente, se esperaba que el menor regresara al país de residencia habitual acompañado de la madre.

Por otra parte, una adecuada y restrictiva aplicación del precepto la encontramos en algunos supuestos en los que finalmente se produjo la devolución del menor. Así, entre otros, en el AAP de Teruel de 21 de julio de 1992 (*REDI* 1993-53-Pr), donde ante la ausencia de prueba por la parte opositora del riesgo que la devolución podría significar al menor procedió a su devolución. Igualmente, en el AJPI de Estepona de 18 de noviembre de 1992 (*REDI* 1994-18-Pr), donde se accedió a la restitución al Reino Unido justamente porque ello atendía, en el caso analizado, a este interés; en el AAP de Valencia de 16 de octubre de 1993 (AC núm. 4, 16-28 de febrero y *REDI* 1994-20-Pr), al acceder a la devolución al entender que la opinión del menor no debía ser decisiva (5 años) y la ausencia de riesgo al

restablecimiento a Francia; en la correcta SAP de Málaga de 7 de octubre de 1996 (REDI 1997-17-Pr y nota de TRINIDAD GARCÍA), con ocasión de una solicitud procedente del Reino Unido, siendo que en este caso ninguno de los progenitores tenía la nacionalidad británica; en el AAP de Zaragoza de 31 de mayo de 1996 (AC núm. 1889 y REDI 1997-35-Pr con nota de MOYA ESCUDERO), como consecuencia de la solicitud de la Autoridad Central de EE.UU., tras la sustracción a España en contra de la prohibición de la autoridad judicial de abandonar el país, una vez se hubo comprobado en los informes presentados la ausencia de peligro en la devolución; en el AAP de Barcelona de 4 de julio de 1997 (AC núm. 2603), con motivo de una solicitud por parte del padre desde Italia; en el AAP de Baleares de 6 de octubre de 1999 (*El Derecho* núm. 48248), al no ser decisiva la opinión de los menores y la ausencia de negativa en los informes aportados; así como en la SAP de Zaragoza de 3 de abril de 2000 (AC núm. 830), en una impecable aplicación restrictiva del precepto ante la solicitud manifestada desde Estados Unidos (donde incluso existía la prohibición judicial de que los menores abandonaran el país, previa a la sustracción).

No obstante, no siempre una correcta aplicación del Convenio de La Haya de 1980 ha de llevar matemáticamente a la restitución del menor, dado que en algunas situaciones lo más beneficioso a sus intereses será permanecer en país de destino del traslado (una vez hubiera sido suficientemente justificado). A modo de ejemplo, en el AAP de Granada de 9 de diciembre de 1993 (REDI 1994-22-Pr) se estimó que no cabía la devolución a Alemania, una vez atendidos a los informes de los servicios sociales y de los psicólogos, así como oído el menor, quien deseaba permanecer en España. Igualmente, en el AAP de Palencia de 1 de julio de 1997 (AC núm. 1583) se denegó la restitución a Alemania, tanto por la integración de los menores en España y porque les colocaría ante una situación intolerable por el previsible traslado de los mismos a Grecia tras la reintegración al país de su residencia habitual en origen: Alemania (como ya había sucedido con anterioridad con un hermano de los mismos).

3) En tercer lugar (art. 20), también se ha de considerar que, en cualquier caso, se podrá denegar la devolución si fuera contrario a los “*principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales*”. Un precepto que, de igual manera, habrá de ser interpretado restrictivamente (contando, de hecho, con un reducido empleo en la práctica).

Una de las escasas situaciones en las que se ha empleado esta excepción por parte de nuestras autoridades la encontramos en el AAP de Barce-

lona de 21 de abril de 1997 (*RGD* 1998, pp. 3116-2119 y *REDI* 1998-31-Pr con nota de GONZÁLEZ BEILFUSS), con ocasión de una solicitud de restitución originaria de Israel, ya que la AP estimó que la devolución no sólo no implicaría restablecer la situación de origen, sino también porque en aquel país se había dictado ya una decisión condenatoria contra la mujer, con el único objetivo de penalizarla y no movidos por proteger el interés del menor (principio fundamental en nuestro ordenamiento).

26. Por último, y para facilitar su puesta en marcha, el Convenio de La Haya de 1980 prevé: excluir la posibilidad de solicitar una caución de arraigo en juicio (art. 22), eliminar cualquier exigencia de legalización (art. 23), facilitar los aspectos relativos a la traducción (art. 24), garantizar la asistencia judicial y jurídica (art. 25), así como consignar la gratuidad del procedimiento para las partes (art. 26). Junto a ello, cada Autoridad Central será la que asuma sus propios gastos. Además, también contempla su posible juego en Estados pluri-legislativos (31 a 33). Una opción que, sin embargo, no ha sido utilizada por España.

2. Los arts. 1901 a 1909 de la LEC de 1881

27. La incorporación de los distintos instrumentos internacionales que regulan esta materia a nuestro ordenamiento aconsejaban (aunque en ningún caso obligaban, dado el carácter *self executing* de los mismos) la elaboración de determinados instrumentos procesales en nuestro sistema interno, que facilitarían una adecuada articulación entre las exigencias convencionales y la normativa española. Y ello, dado que la LEC de 1881 (ni tampoco la actual) no contemplaba un procedimiento que se adaptase a las características requeridas y sus peculiaridades.

La necesidad de un desarrollo normativo de los Convenios internacionales que rigen la materia (significativamente el Convenio de La Haya de 1980) con el objetivo de permitir una adecuada coordinación entre los mismos y su aplicación procesal por nuestras autoridades judiciales, se ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones. Y ello, dado que su ausencia llevó a nuestras autoridades a vacilar sobre si se trataba de una cuestión de cooperación entre autoridades o de reconocimiento y ejecución. Algo que condujo en la práctica, como se ha puesto de manifiesto, a soluciones jurídicamente inadecuadas y frustrantes con respecto a la urgencia que exige el funcionamiento de tales textos.

28. Esta conveniencia, así como los problemas que producía su ausencia en la práctica española, condujeron a la incorporación de los arts. 1901 a 1918 a

nuestra LEC de 1881, con ocasión de la aprobación de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor. Una solución coincidente, por otra parte, con la propuesta por la doctrina algunos años atrás (GONZÁLEZ CAMPOS/BORRÁS RODRÍGUEZ). De este modo, los citados preceptos incorporan un procedimiento de jurisdicción voluntaria en desarrollo de la normativa convencional (particularmente adaptable al Convenio de La Haya de 1980) con las siguientes características:

1) En línea de principio, su aplicación se producirá exclusivamente cuando exista un Convenio internacional en la materia (art. 1901). Por lo que su juego no abarca todas las posibles situaciones de sustracción de menores previsibles, sino tan sólo aquellas amparadas por los mismos. Lo que sin duda limita su aplicación y deja sin cobertura aquellas situaciones en las que no hay Convenio (RODRÍGUEZ PINAU).

2) Junto a ello, en dicho procedimiento se contempla una amplia legitimación activa, dado que autoriza a promoverlo tanto a “*la persona, institución u organismo que tenga atribuido el derecho de custodia del menor*”, como a la Autoridad Central española (esto es, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia) y, en su nombre, la persona que ésta designe (art. 1902). En el caso español, lo habitual es que sea nuestra Autoridad Central quien lo inicie, como disponen los Convenios, y que actúe por medio de la Abogacía del Estado en este tipo de procesos (aunque no goza de monopolio para ello).

3) Además, la competencia para conocer de dicho procedimiento (de jurisdicción voluntaria) se atribuye a los Tribunales de Primera Instancia de la demarcación donde se encuentre el menor que ha sido sustraído de manera ilícita y se exige la intervención del Ministerio Fiscal (art. 1902).

Esta norma de competencia territorial prevalece frente a otros fueros, como ha establecido la SAP de Sevilla de 9 de enero de 1997 (AC núm. 352).

4) El procedimiento ha de ser ágil y rápido (aunque garantizando los principios de audiencia y contradicción (ALVAREZ GONZÁLEZ) y contará con un “*carácter preferente*”, teniendo que resolverse en 6 semanas (art. 1901).

Para los autores (ÁLVAREZ GONZÁLEZ) este carácter preferente no sólo debería haber incidido en los aspectos temporales del procedimiento, sino que debería haberse incidido en su carácter prioritario con respecto a otros procedimientos que pudieran estar pendientes (como serían los matrimoniales).

5) Una vez se hubiera promovido el expediente, el Juez dictará (en un plazo de 24 horas) una resolución en que se requiera al “secuestrador” que comparezca en el juzgado (antes de 3 días), a la que se acompañará el texto del

Convenio aplicable (art. 1904). Pudiendo esta persona: o bien devolver voluntariamente al menor, o bien oponerse a la devolución (art. 1904). En caso de incomparecencia se procederá en rebeldía, aunque no habrán de perderse de vista las necesarias garantías procesales de este sujeto (art. 1905). En estos casos, lógicamente, será difícil concebir que se vaya a escuchar al menor (ÁLVAREZ GONZÁLEZ)

Así, son tres las posturas posibles por parte del “secuestrador”: a) la no comparecencia, b) la comparecencia accediendo a la restitución, y c) la comparecencia oponiéndose a la misma (ÁLVAREZ GONZÁLEZ)

6) Si tras la comparecencia la devolución se llevara a cabo voluntariamente, se levantará acta mediante Auto y se concluirá con el procedimiento (art. 1906). En caso contrario, se continuará el procedimiento ante el mismo Juez, mediante los trámites del juicio verbal. En este sentido, una vez se hubieran celebrado las comparecencias y practicadas las eventuales pruebas (art. 1907), se dictará Auto en los 3 días siguientes “*en interés del menor y en los términos del convenio*” (art. 1908).

Para los autores, la rapidez del procedimiento puede significar un perjuicio en la eficacia de la prueba —como los informes psicológicos—, así como para la correcta articulación de los plazos (ÁLVAREZ GONZÁLEZ).

7) Por último, dicho Auto será apelable en un solo efecto, debiendo resolverse el recurso de apelación antes de 20 días y establecerá las costas que habrá de satisfacer el “secuestrador” y gastos que significó para el solicitante (art. 1908).

El hecho de que se trate de un procedimiento en el que prima la urgencia y admitirse la apelación en un solo efecto, el recurso de apelación puede quedar vacío de contenido y plantear problemas de ejecución (así como un perjuicio a la tutela judicial efectiva), al poder haberse procedido ya a la restitución del menor, antes de resolver el mismo (RODRÍGUEZ PINAU). Por lo que no cabrá entrar en la resolución de la cuestión de fondo en tales casos, como se ha puesto de manifiesto en el AAP de Madrid de 4 de diciembre de 1998 (AC núm. 2474 y ADIPr 2000/193).

La doctrina propone ciertas alternativas para corregir estos problemas (RODRÍGUEZ PINAU). Las cuales podrían ir desde la exigencia del apelado que solicita la ejecución, de una fianza cautelar en caso de revocación del auto apelado; la adopción de una medida cautelar con vistas en la suspensión de la ejecución provisional de la decisión a instancia; oponerse a su ejecución provisional o la prohibición de abandono del territorio español hasta que se resuelva la segunda instancia.

VI. CONCLUSIONES

1. La primera valoración que debe realizarse del sistema español actual en la materia analizada ha de ser necesariamente positiva. Y ello por una triple razón:

a) En primer lugar, por la amplia participación de nuestro país en el positivo proceso de codificación internacional relativo a esta compleja problemática, tan necesitada de una estrecha colaboración judicial y donde las soluciones puramente internas resultan a todas luces insuficientes;

b) En segundo lugar, debido al interés que ha demostrado nuestro legislador en tratar de adaptar las soluciones convencionales que nos obligan a los cauces procesales existentes en nuestro ordenamiento, para así articular ambas normativas de forma adecuada y poder lograr el cumplimiento de los objetivos marcados en los textos internacionales;

c) En tercer lugar, por la paulatina mejoría que se observa en la aplicación que nuestros juzgados y tribunales han hecho de los Convenios internacionales que obligan a España.

2. No obstante, aún persisten algunas dificultades en este sector que necesitan la puesta en marcha de medidas, tanto internas como internacionales, que garanticen una adecuada resolución de este tipo de situaciones. Así,

a) Cualquier regulación (interna o internacional) de esta materia ha de partir del principio supremo de protección del interés del menor. Por lo que este objetivo debe figurar en el mismo articulado (y no sólo en el Preámbulo), así como ha de presidir de forma más evidente la toma de decisiones (de retorno, o de no-restitución) por parte de las autoridades judiciales involucradas;

b) Del marco actual se percibe la necesidad de establecer normas de competencia judicial internacional uniformes de origen internacional y especializadas en la materia, las cuales deberían estar basadas en el criterio base de la residencia habitual del menor (incorporando la imposibilidad de modificar el mismo por el hecho del desplazamiento), aunque habrían de contar con una formulación flexible que permitiera adaptarlo a las circunstancias del caso y tomar en consideración también el interés del menor;

c) La cooperación judicial ha demostrado ser especialmente beneficiosa en esta materia, resultando más adecuada (en términos de garantizar y agilizar el retorno del menor) que el recurso al expediente del reconocimiento y ejecución. Por ello, resultaría aconsejable intensificar su empleo en estos supuestos

(permitiendo su descentralización y relaciones directas), así como su extensión y relación más estrecha con otras materias, como la determinación de la competencia judicial internacional o el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras;

d) En la misma línea indicada de promocionar la cooperación internacional, se debería incentivar el empleo de la Mediación Familiar en esta materia (siempre y cuando fuese en beneficio de los intereses de los menores), con el objeto de disminuir la litigiosidad en estos supuestos y fomentar la adecuada gestión de este tipo de situaciones por parte de los propios progenitores;

e) Nuestro ordenamiento jurídico interno precisa de una amplia reforma en esta materia (la cual habría de estar igualmente informada por el principio de la protección del interés del menor), la cual debe estar estrechamente vinculada a otras reformas aún pendientes (como las relativas a la jurisdicción voluntaria y la cooperación jurídica internacional en materia civil), con el fin de alcanzar una óptima aplicación de los Convenios internacionales que obligan a España, así como dotar de un marco apropiado para aquellos supuestos de sustracción en las que no nos obliga ningún acuerdo internacional.

VII. BIBLIOGRAFÍA ESPAÑOLA EN LA MATERIA

AA.VV. (ESPINAR VICENTE, J.M.; ANCEL, B.; FERNÁNDEZ ARROYO, D.P.; GONZÁLEZ BEILFUSS, C.; BORRÁS RODRÍGUEZ, A.), *La sustracción internacional de menores (Aspectos civiles). Ponencias, comunicaciones y materiales de trabajo de las jornadas de Profesores de Derecho internacional privado de Toledo (26 y 27 de enero de 1990)*, Toledo, 1991.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Secuestro internacional de menores (‘legal kidnapping’) y cooperación internacional: la posición española ante el problema”, *Poder Judicial* 1986, pp. 9-32. *Id.*, “Art. 9.6”, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Madrid, 1995, pp. 259-295. *Id.*, “Nuevas ‘medidas relativas al retorno de menores en supuestos de sustracción internacional’ en la Ley de enjuiciamiento civil”, *REDI* 1996, pp. 504-506. *Id.*, “El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el Tribunal Supremo”, *La Ley* 1998, D-313. *Id.*, “Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles”, en AA.VV., *Cooperación jurídica internacional*, Colección Escuela Diplomática n.º 5, Madrid, 2001, pp. 125-136.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, *RJC* 1994, pp. 47-99.

CALVO CARAVACA, A./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Problemas de secuestro internacional de menores”, *AC* núm. 21, 25 al 31 de mayo de 1988, pp. 481-527.

DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, 1997.

HERRANZ BALLESTEROS, M., “Los desplazamientos ilícitos internacionales de menores. El caso Walid Ch.: El recurso excepcional a los aspectos penales”, *La Ley* 2000, D-5.

MARÍN LÓPEZ, A., “El Convenio Europeo sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre custodia de menores”, *ADI* 1983-1984, pp. 211-226.

MIRALLES SANGRO, P.P., *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989.

MOYA ESCUDERO, M., “Sustracción internacional de menores y derecho de relación transfronterizo”, *La Ley* 1998, D-17.

MOYA ESCUDERO, M./ZEKRI, H., “Nuevo régimen bilateral de Asistencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones con Marruecos”, *REDI* 1997, pp. 369-377.

PÉREZ BEVIÁ, J.A., “El Convenio entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997, sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores”, en CALVO CARAVACA, A.L./IRIARTE ÁNGEL, J.L., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 139-162.

PÉREZ VERA, E., Informe Explicativo del Convenio de La Haya de 1980, texto en español, en *BIMJ*, Suplemento al n.º 1865, de 15 de marzo de 2000, pp. 1131-1184.

RODRÍGUEZ PINAU, E., “Sustracción internacional de menores: una tarea para el legislador”, *La Ley* 2000, D-29.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión”, *AC* núm. 12, 22 al 28 de marzo de 1999.

TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., “Retención de hijos menores de edad por parte del progenitor extranjero o español que no tiene la guarda y custodia”, en AA.VV., *Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, pp. 27-57.

ZAMORA CABOT, F., “El Proyecto de Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro (enlèvement, abduction) internacional de niños: primeras impresiones”, *La ley* 1981, pp. 938-941.

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.

EL DERECHO SUCESORIO Y LA MEDIACIÓN

Cristina de Álamo Gutiérrez.

Aránzazu Bartolomé Tutor.

Abogadas.

Últimamente, entre los colegas, hemos oído hablar con frecuencia de la Mediación. Se trata de instrumento nuevo para satisfacer las necesidades auténticas de las partes en los conflictos interpersonales.

Podemos encuadrarla dentro de la resolución alternativa de conflictos, por diferenciarse de las formas clásicas o tradicionales de enfrentarse a ellos, que generalmente colocan a las partes implicadas en posición enfrentada y que otorgan el poder de decisión a un tercero.

Lo que ha llevado a la implantación, aún limitada, de la Mediación en España tiene su razón de ser, por un lado, en la necesidad de conseguir una mayor satisfacción de las personas implicadas en un conflicto interpersonal, permitiéndoles que recuperen el control del resultado y la responsabilidad sobre los asuntos que les afectan; y, por otro, la necesidad de mejorar la eficacia y la eficiencia del sistema de justicia.

Por ello, de un tiempo a esta parte se han organizado Congresos y Conferencias, se han escrito artículos e incluso se han aprobado titulaciones como la de Experto en Mediación. Es más, tanto el Comité de Ministros del Consejo de

Europa⁽¹⁾ como la Generalidad Catalana⁽²⁾, la Xunta de Galicia⁽³⁾, las Cortes Valencianas⁽⁴⁾, el Colegio de Abogados de Valencia⁽⁵⁾, la Comunidad Autónoma del País Vasco⁽⁶⁾, etc. han reconocido las ventajas de esta técnica en el ámbito de las crisis matrimoniales. Lo que nos da una idea del potencial campo de aplicación que tiene este sistema y no sólo en el ámbito exclusivo del derecho de familia, sino también en el sistema penal, intercultural, laboral, educativo, etc.

Así, la mediación trata de crear lazos nuevos que permitan la regulación de unas relaciones futuras entre aquellas personas o instituciones que se encuentren en una situación de conflicto⁽⁷⁾.

En realidad, decíamos al principio, se trata de un sistema para gestionar y resolver un conflicto, ofreciendo a las partes una filosofía distinta de resolver sus disputas. En ella no se imponen soluciones, porque son los propios implicados quienes deciden cómo resolverlo y no un tercero ajeno al problema. Nos encontramos además, en la práctica, con que la solución dada por un tercero, como una sentencia judicial, no pone fin en muchas ocasiones a los conflictos, máxime cuando las partes implicadas tienen que seguir manteniendo entre ellas algún tipo de relación, como ocurre en los conflictos familiares⁽⁸⁾. Se *“pretende hacer posible una nueva oportunidad para establecer vínculos de comunicación y devolver a las partes su libre capacidad de iniciativa (...) no partimos de la idea, de que los conflictos sean algo negativo a superar, sino una realidad*

(1) Recomendación R (98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que recomienda a los Estados miembros “que instauren o promocionen la mediación como método apropiado de resolución de los conflictos familiares”. Asimismo, la Unión Europea ha apostado ya por la Mediación con la Recomendación de 29 de mayo de 2000, que recoge el acuerdo de los Ministros de Justicia de los Estados Miembros para el desarrollo de métodos alternativos de solución de conflictos en el ámbito civil y comercial y la Encuesta de 30 de marzo de 2001 en la que el grupo de expertos que ha trabajado esta materia ha recomendado la redacción del Libro Verde sobre los MARC (méthodes alternatives de resolution des conflicts) en materia civil y mercantil.

(2) Ley 1/2001, de 15 marzo, de mediación familiar en Cataluña.

(3) Ley 4/2000, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en Galicia.

(4) Proyecto de Ley de Mediación Familiar.

(5) Creador del Centro de Mediación Familiar.

(6) Ha puesto en marcha el Servicio de Mediación Familiar del País Vasco.

(7) Silvia HINOJAL LÓPEZ, *La Mediación Familiar en el ámbito de las administraciones públicas*.

(8) En este sentido, PASCUAL ORTUÑO, *La implantación de la mediación en España*.

humana y social que hay que gestionar correctamente y positivizarla” ⁽⁹⁾. La Mediación llevaría a una mayor satisfacción de las necesidades e intereses de las partes, potenciando su responsabilidad ante el conflicto, al tener que ser ellos mismos los que deciden y sin delegar en un tercero (ya se trate de un juez o de un árbitro). Por otra parte, además, se produce una reducción de los costes económicos y emocionales.

Teniendo en cuenta todo lo anterior y dada la complejidad del fenómeno sucesorio y la conflictividad que genera, entendemos que la Mediación permitiría crear un espacio adecuado en el que las partes pudieran colaborar para llegar al acuerdo que les exige la ley y, a su vez, satisfacer sus necesidades.

El momento proclive para introducir este método sería la fase de partición de la herencia. Negocio jurídico *inter vivos*, cuya finalidad es asignar a los herederos bienes concretos o participaciones indivisas de los mismos. Y, que, a su vez, es la fase en la que se genera la mayoría de los conflictos. Siempre y cuando el testador no la hubiere realizado por sí mismo ⁽¹⁰⁾, ni encomendado a otro para hacerla (contador-partidor) ⁽¹¹⁾, o nombrado por un juez (contador-partidor-dativo) ⁽¹²⁾, o los coherederos no hayan nombrado a un tercero o a un árbitro al que encomienden tal misión ⁽¹³⁾; o de modo supletorio se recurriera a la autoridad judicial ⁽¹⁴⁾.

Por esto, dado que la ley les otorga a los coherederos la facultad de distribuir la herencia *de la manera que tengan por conveniente* (art. 1058 del CC), nos parece razonable que, si no se ponen de acuerdo, acudan a la mediación. Con ella, en vez de delegar esa facultad en un tercero (bien sea un árbitro, un tercero o un juez) pueden decidir por sí mismos cómo repartir la masa heredita-

⁽⁹⁾ GIRÓ PARÍS, J., “La Justicia y la mediación: dos figuras diversas de la actividad comunicativa”, en *Revista Educación Social Intervención Socieducativa*, n.º 8. Barcelona, 1998, p. 23.

⁽¹⁰⁾ Estaríamos ante una partición hecha por el propio testador, que queda regulada por el art. 1056 CC.

⁽¹¹⁾ Tercero encomendado por el testador con la única facultad de hacer la partición, en acto *inter vivos* o *mortis causa*. Art. 1957 CC.

⁽¹²⁾ Figura introducida por la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, que permite que cuando no haya testamento, o en él no se designe contador-partidor, o vacante el cargo, el juez, a petición de los herederos y legatarios, y con citación de los demás interesados, pueda nombrar a un tercero, cuya única finalidad sea la de efectuar la partición.

⁽¹³⁾ En el primer caso, su decisión debe ser acatada por lo herederos y su actuación ha de observar los arts. 1061 y 1062 CC; y en el segundo, tal partición será sometida a las reglas y normas de la Ley de Arbitraje, de 5 de diciembre de 1988.

⁽¹⁴⁾ El art. 1059 CC señala que cuando los herederos no se entendieren sobre el modo de hacer la partición, queda a salvo su derecho para que lo ejerciten en la forma preventiva en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ria, dentro de las cuotas que les corresponda a cada uno. La mediación deber ser practicada por todos los herederos, actuando de común acuerdo.

Por su parte, el mediador sería un tercero imparcial que acompañaría a las partes en el camino para llegar al acuerdo definitivo, facilitando la comunicación entre las mismas, pero sin tomar decisiones sobre los problemas planteados.

Para ello, se ha de pasar por una serie de fases⁽¹⁵⁾:

I. Valoración y reconversión de la demanda de mediación

En esta fase se recoge información con el objeto de clarificar el origen de la demanda, es decir, si las partes demandan o no mediación y reconvertir otra demanda si el conflicto es apto para la mediación.

II. Valoración del proceso

Es necesaria una aceptación de las partes y valorar la procedencia o no de este método. Saltarse la aquiescencia de alguna de ellas aumentaría las posibilidades de fracaso.

Esta fase se vería reflejada con un Acta inicial del proceso, en el que indicaría fecha de inicio.

III. Encuadre del proceso

Preparar la forma. Informar de su estructura, duración, reglas de funcionamiento, objetivos del acuerdo.

IV. Definición de los problemas

En esta fase es preciso entender cuáles son los intereses y necesidades de cada una de las partes. Hay que identificar las posiciones de las partes (lo que dicen querer) para después entender cuáles son los intereses y las necesidades a las que responden (lo que verdaderamente desean y necesitan): identificar posiciones legales y posiciones reales.

V. Creación de opciones y alternativas

Cada una de las partes ofrece las alternativas al problema, que, una vez valoradas, nos llevarán a la negociación.

VI. Negociación

Lo interesante de esta fase es llegar a acuerdos legalmente viables en el máximo de los problemas planteados. El mediador debe conseguir que la negociación se desarrolle con un adecuado equilibrio de poder.

(15) Ignacio BOLAÑOS, “Mediación familiar en procesos contenciosos de separación y divorcio en un contexto judicial”, en *Mediación, una alternativa extrajudicial*, pp. 43-50, Madrid, CGPJ.

VII. Redacción de los acuerdos

Una vez finalizada la negociación y contrastado el compromiso verbal con los acuerdos obtenidos, el mediador los reflejará en un documento. Es conveniente que en su redacción participen activamente los interesados, personalizándola y adaptándola a su realidad.

Esta fase concluirá con un Acta final en la que se haga constar la imposibilidad de llegar a un acuerdo, así como los acuerdos parciales a los que se haya llegado.

Su finalidad es llegar al definitivo Acuerdo de partición, que tendría naturaleza de minuta de cuaderno particional.

VIII. Legalización de los acuerdos

Si la solución fuera global, el mencionado contrato sería elevado a público notarialmente como Cuaderno particional.

Si, por el contrario, ésta fuera parcial, siempre queda la posibilidad de que lo no solucionado fuera resuelto bien vía árbitro, tercero, contador-partidor-dativo o judicialmente.

Igualmente beneficiosa creemos que puede ser la mediación en el ámbito de convivencia entre la nuda propiedad y el usufructo en un determinado bien de la masa hereditaria. Es una situación muy frecuente, dado que el testador tiene la facultad de *dejar a una persona el todo o parte de la herencia, y a otra el usufructo*⁽¹⁶⁾. Y, por otro lado, la legítima del viudo es siempre usufructo, dependiendo su cuota de con qué otros herederos forzosos concurra a la herencia (descendientes o ascendientes). Esta situación se torna más conflictiva en cuanto los herederos, con los que concurra el viudo/a, no sean los suyos.

Por su parte, el art. 839 CC faculta a los herederos a satisfacer su usufructo al cónyuge viudo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por mandato judicial.

De igual manera que en el supuesto anterior, la necesidad de mutuo acuerdo potencia la mediación entre las partes interesadas.

Este elenco de ejemplos es sólo una pequeña muestra de los conflictos sucesorios que, potencialmente, podrían ser estudiados desde el marco de la mediación. Recordemos que la Mediación es una técnica reciente, que, por supuesto ha de “rodar” para que veamos su alcance y efectividad y se cree un clima propicio para su regulación en materia sucesoria.

(16) Art. 787 CC.

LA FALTA DE AMOR, CAUSA DE SEPARACIÓN MATRIMONIAL (*DESAFFECTIO CONIUGALIS*). REFERENCIA A LAS PROPOSICIONES DE LEY SOBRE MODIFICACIÓN DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO

Joaquín José Herrera del Rey.

Abogado.

En el estudio que sigue pretendemos reflexionar sobre la *affectio maritalis* y sobre la separación y el divorcio: más exactamente, sobre si la desaparición de la primera puede determinar los segundos. Y en segundo lugar determinar cuál es la razón (o razones) por la cual prácticamente la totalidad de las separaciones se conceden por falta de *affectio maritalis* si dicha causa no aparece en nuestro Código Civil ⁽¹⁾.

La reforma de nuestro Derecho de Familia de 1981, *suprimiendo la indisolubilidad* del matrimonio, concibió la separación preferentemente como un pórtico al divorcio y permitió ambos si concurrían determinadas condiciones: salvo en casos excepcionales, *la separación debe preceder* al divorcio y a ella se accede por dos vías: la conformidad de los dos cónyuges, si el matrimonio ha durado un determinado periodo de tiempo y, además de estar conformes en separarse, también lo están respecto de los extremos del convenio regulador; y la solicitud de un cónyuge si el otro incurre en causa de separación, siendo consideradas causas hechos de diversa índole, algunos antijurídicos y otros no.

Lo llamativo de este régimen es que, si un cónyuge *no quiere separarse y no incurre en causa de separación*, el otro queda, al menos en teoría, *atrapado en el matrimonio*, lo que asimismo sucede si, habiendo conformidad entre los cónyuges acerca de la separación y transcurrido el tiempo antes expresado, *no hay conformidad sobre algún punto* del convenio regulador.

El resultado es un matrimonio que subsiste transformado en *campo de batalla* o, si hay suerte, en un *ámbito de deprimente resignación*, sin duda poco estimulante para ejercitar una eficiente labor *educativa* y para *desarrollar la personalidad* de los miembros de la familia.

La Constitución española propugna como valores superiores de nuestro Ordenamiento jurídico la libertad y la igualdad (art. 1). El art. 10.1 de nuestra

(1) Este estudio tiene su origen en la Tesis de Licenciatura de Joaquín José Herrera del Rey dirigida por el Catedrático de Derecho Civil Don Luis Humberto Clavería Gosálbez, a quien el autor expresa su más profundo agradecimiento.

norma suprema establece que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. Todos tienen derecho a la integridad moral, sin que puedan ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes (art. 15).

Esta regulación de nuestra norma suprema no es congruente con lo anteriormente reseñado.

Ante ello, algunos Abogados, ante la imposibilidad de la vía consensual, han optado por *construir artificialmente “causas”* de separación, lo que en los primeros años de vigencia de la reforma provocó el *rechazo de muchas demandas*. Incluso a veces, conformes los cónyuges en separarse *pero no conformes en aspectos económicos o relativos a los hijos*, invocaban causas diferentes, denegando la separación los Jueces si las causas no se acreditaban.

Pronto Abogados y Jueces, conscientes de que el Ordenamiento debe *canalizar lo inevitable*, utilizaron algunos de los recursos que proporcionaba el texto legal para reputar acaecida una causa, *subsumiendo la ruptura de la affectio maritalis* dentro de algunas de las causas previstas legalmente: algunos Jueces, no obstante, mantenían una interpretación “literal” o restrictiva de la ley, lo que provocaba la mayor *inseguridad jurídica imaginable: ningún Abogado podía pronosticar el resultado*.

La pretensión del presente trabajo es la *indagación* del comportamiento de la *jurisprudencia* ante el problema descrito, indagación que nos sirve para subrayar la *alarmante inseguridad jurídica* que padecemos en esta importante materia y la *urgencia de una reforma sensata* que *canalice jurídicamente* lo que ha sucedido en la vida real de una familia, evitando que el Derecho sirva para incrementar los enfrentamientos al suscitar la necesidad de invocar públicamente culpabilidades y al *encerrar a dos personas en un ámbito que generó su discordia*. No pretendemos detenidos **análisis teóricos ni conceptuales**, sino dar la palabra a los Jueces, pretendiendo el estudio que el lector tiene en sus manos presentar sistematizadamente las líneas de evolución de esta labor jurisprudencial, lo que obviamente no impide que intervengamos con frecuencia para orientar u opinar críticamente; siendo nuestra pretensión eminentemente descriptiva, no hemos considerado pertinente olvidar una labor ordenadora ni una actitud indudablemente *crítica y valorativa*, que inevitablemente tiende puentes hacia el plano *de iure condendo*. No obstante, tal vez nuestra misión más relevante consista en esa labor “*fotográfica*” y “*notarial*” que se revela en nuestra opción por destacar tal o cual sentencia o tal o cual Considerando o Fundamento Jurídico: creemos, con ello, haber contribuido a *iluminar* esta importante parcela de la problemática jurídica más *acuciante* de nuestros días.

ALGUNAS REFLEXIONES

PRIMERA.—Nuestro Derecho positivo matrimonial está lleno de incongruencias en cuanto a la regulación del sistema matrimonial, que afectan a nuestro sistema de separación.

Algunas de estas incongruencias son las siguientes:

Nuestro sistema matrimonial es el “protestante”(válganos la expresión), es decir, el Derecho del Estado, en principio, *sólo contempla un modelo de matrimonio, dado que los efectos jurídicos del matrimonio son únicamente los fijados en el Derecho Civil y carece de relevancia civil la regulación matrimonial canónica*. Esta regulación legal es la preponderante en los países anglosajones o protestantes.

Pero ojo, nuestro sistema *matrimonial afecta a cualquier matrimonio, por supuesto los contraídos en forma religiosa*.

Una segunda incongruencia a resaltar es que: nuestro sistema de separación jurídico-positivo contempla dos supuestos:

1. Sistema consensual cuando los cónyuges están de acuerdo *en todos* los extremos de la separación. (Una vez transcurrido el primer año de matrimonio.)

Es decir, como bien expone Víctor REINA, si los cónyuges discrepan en cualquier matiz, el litigio no se circunscribe al mismo, sino que hay que plantear una separación causal o por culpa donde se discutan hasta las causas de separación⁽²⁾.

2. A petición de uno de los cónyuges señalando el otro estar incurso en causa legal de separación y por tanto acusándole de la misma.

SEGUNDA.—Nuestra legislación no contempla la falta de *affectio maritalis* como causa de separación.

La falta de *affectio maritalis* es la falta de voluntad de permanecer casados y no está incluida entre las siete causas del artículo 82.

TERCERA.—La Ley 30/81 recoge que es causa de separación cualquier violación grave o reiterada, es decir, como señala la jurisprudencia —seriamen-

(2) REINA, Víctor, *Culpabilidad conyugal y separación, divorcio o nulidad*, Ariel, Barcelona, primera edición, 1984, página 113.

te desconsiderada— de los deberes conyugales. (Basta cualquier conducta agresiva más allá de un vulgar incidente).

CUARTA.—El amor no es un deber conyugal. El amor es un sentimiento que, como tal, no puede tener consecuencias jurídicas.

Ahora bien, los deberes conyugales son de carácter tan personalísimo, que sería muy difícil cumplirlos si falta amor.

La *affectio maritalis* tampoco es un deber conyugal y por tanto no está recogida entre los artículos 66 a 71 del Código Civil.

Para el ciudadano de a pie llegar a entender que la falta de amor (distinto de la falta de *affectio maritalis*) no es causa de separación resulta complicado.

QUINTA.—Es loable que nuestra jurisprudencia, en cierta medida, haya intentado dar una interpretación más allá de la norma concediendo la gran mayoría de separaciones por falta de afecto marital, aunque esta jurisprudencia, claramente mayoritaria, no es unánime.

La jurisprudencia *se inspira*, hasta cierto punto, en el sistema romano, supeditando los efectos de éste a un control judicial. En el Derecho Romano *el matrimonio sólo persiste mientras el consenso sea continuo*.

La falta de *affectio* ha devenido *causa única* de separación *aglutinando a todas las demás, con la intención de no proceder en la sentencia a realizar reproches que impliquen culpabilidad*.

Se están realizando auténticos esfuerzos para luchar civil y penalmente contra los *malos tratos*, no obstante, pese al aforismo *da mihi factum dabo tibi ius*, todavía nos podemos encontrar con sentencias y autos que deniegan la separación por falta de causa legal. Incluso deniegan **medidas provisionálsimas** por falta de urgencia, ello sin explicar qué norma exige el concepto de urgencia o dónde se regula jurídicamente la obligatoriedad de la misma⁽³⁾.

(3) El segundo plan contra la violencia doméstica (2001-2004) prevé un presupuesto de 13.000 millones de pesetas. Se pretende agilizar el alejamiento de los agresores por vía penal. Pero absurdamente no se pretende agilizar las separaciones en sí y que no sean pleitos eternos. En los cinco primeros meses del año 2001 se presentaron un 6,89% más denuncias que en el año anterior. La Comunidad Autónoma que más denuncias presenta es Andalucía.

Entendemos que el art. 82.1, y los artículos 66 al 71, todos ellos del Código Civil, *dan* el suficiente *juego* para que estas interpretaciones no se produzcan⁽⁴⁾.

La jurisprudencia ha traspuesto indebidamente el concepto penal de **culpabilidad** al ámbito civil, cuando en realidad estamos hablando de conductas **antijurídicas** no necesariamente culpables (de ilícitos civiles), entre otras razones porque podría tratarse de personas no imputables.

Una conducta es antijurídica cuando es contraria a Derecho. Es indiferente lo que el sujeto se proponga.

Actúa culpablemente el que puede proceder de otra manera. Se puede abstener de realizar la conducta antijurídica.

Por último imputabilidad es la capacidad de actuar con culpa.

La **jurisprudencia** sigue siendo **dispar y confusa**, sobre todo si el juzgado concreto que nos corresponda por reparto no considera la falta de *affectio maritalis* como causa de separación⁽⁵⁾.

SEXTA.—Por ello, los abogados *debent factum ita clare proponere, ut ex eo ius agendi colligatur*, es decir, exponer claramente los hechos de los que se deduzca el incumplimiento de los deberes conyugales para que de esta forma haya causa de separación.

El abogado, ante el conocimiento de que la literalidad de nuestro Derecho no permite que la voluntad unilateral del demandante sea causa de separación, debe *probar los aspectos objetivos de la crisis matrimonial*, las graves disputas convivenciales, la falta de armonía, la profunda e irreparable quiebra del afecto

(4) La violación de los deberes conyugales no parece que deba contraerse a los propiamente jurídicos. LUNA SERRANO, Agustín, *Derecho de Familia. Elementos de Derecho Civil IV*, en LACRUZ BERDEJO y otros, Bosch, Barcelona, 1997, página 131.

La fórmula “cualquier otra violación grave o reiterada” es una *clausula generalis*, GARCÍA CANTERO, Gabriel, *Comentarios al CC y Compilaciones forales*, Edersa, 1982, página 273.

Los cónyuges están obligados a vivir juntos. No vivir juntos supone un incumplimiento del deber establecido en el art. 68, sin que el mismo establezca plazo.

(5) No deja de ser asimismo paradójico que la expresión latina técnica de “*affectio maritalis*” con la que los canonistas designaban el amor entre los esposos haya servido para dar civilmente relevancia a algo interno, a la que el Derecho no puede contemplar y respecto de la que los canonistas jamás hubieran autorizado la separación legal (*Casti Connubii*, de Pío XI, 31-12-1930, y alocuciones a los recién casados de Pío XII, 1942).

conyugal y el *deseo profundo y materialmente coincidente de suspender los efectos de la relación conyugal*⁽⁶⁾.

Cuando en realidad ¿no sería realmente la causa: la falta de voluntad de continuar casados?

Los deberes de los cónyuges son de un carácter tan personalísimo que, estando el matrimonio en crisis, son de difícil cumplimiento. (Respeto mutuo, ayuda mutua, socorro etc.).

De esta forma, no se tendría que realizar un gran esfuerzo intelectual para demostrar que dichos deberes no se están cumpliendo, dentro de la idiosincrasia y peculiares rasgos y parámetros de cada pareja.

El abogado no tendría por qué y no necesitaría **realizar duros ataques** incidiendo en la culpa del otro cónyuge. (A su conciencia y deontología profesional queda esta consideración). (Ejemplo: interposición de denuncias penales)⁽⁷⁾.

SÉPTIMA.—Los jueces deben intentar averiguar si realmente cuando una de las partes está negándose a separarse, está verdaderamente intentando seguir incumpliendo los deberes conyugales. Deben preguntarse a quién perjudica que las cosas permanezcan como están. Deben valorar si existen partes económicamente más débiles y menores.

(6) La sentencia 17-1-2000, número 22/2000, de la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 6 de Sevilla (Familia) expone en su Fundamento Jurídico Primero: “En el presente procedimiento ambos esposos litigantes, reconociendo el profundo deterioro de sus relaciones, interesan la separación matrimonial, tal y como se desprende del acta de comparecencia previa a la adopción de las medidas provisionales acordadas en la correspondiente pieza separada y no pudiendo imponérseles una convivencia que ninguno de ellos desea, ha de accederse a su coincidente pretensión con fundamento legal para ello en el art. 81.1 del Código Civil, según el cual se decretará la separación cuando lo soliciten ambos cónyuges, una vez transcurrido el primer año del matrimonio, lo que exonera, por inocuo, del análisis de las causas que hayan motivado la crisis conyugal”. Dicha sentencia tiene el “problema” de que no fue solicitada de común acuerdo la separación. Quizás hubiera merecido mayor fundamentación la misma en evitación de que un posible recurso la casara. Dicho Fundamento Jurídico primero viene siendo cláusula de estilo en dicho juzgado (Sentencia 464 de 11-07-2001).

(7) Juan Pablo II ha dicho en enero del 2002 en su discurso al Tribunal de la Rota Romana: “no se puede ceder a la mentalidad divorcista (...) los abogados, como profesionales libres, deben siempre rechazar el uso de su profesión para una finalidad contraria a la justicia como es el divorcio. Sólo pueden colaborar a una acción en ese sentido cuando la intención del cliente no sea la ruptura del matrimonio, sino otros efectos legítimos que solo pueden obtenerse por la vía judicial. De este modo, con su tarea de ayuda y pacificación de las personas que atraviesan crisis matrimoniales, los abogados sirven de verdad los derechos de las personas y evitan convertirse en meros técnicos al servicio de cualquier interés”.

Deben ser conscientes de **que no hay incongruencia** si de los hechos probados se deduce *causa de separación distinta a la invocada* y de que las declaraciones de culpabilidad no remedian ni construyen nada.

Si el matrimonio es un semillero de disputas ¿qué bien jurídico se protege al mantenerlo?

Quizás sea *teóricamente posible* encontrar algún supuesto en que, denegando la separación, que ha sido meditamente solicitada por uno de sus miembros, se consigan fines jurídicos más protegibles para la libertad, la dignidad, y la convivencia jurídica, educación y formación de la familia, manteniendo inalterado el vínculo; pero entendemos que este supuesto sería la excepción existente en un *tubo de ensayo*.

Las normas se han de interpretar de acuerdo a la realidad social: es una realidad que algunos pleitos matrimoniales están durando más que el propio matrimonio, que las familias tienen uno o dos hijos con relación a las familias numerosas de hace 20 o 25 años, que con relación a 1980 la mujer tiene una mayor independencia económica, que los malos tratos son un auténtico fenómeno social que hay que resolver, y que desde 1996 al año 2000 las bodas aumentaron un 7% y las separaciones más del triple, un 26%.

OCTAVA.—*De iure condito*, hay que considerar que los deberes conyugales son deberes complejos, cuyo contenido positivo es amplio y de difícil formulación, pero cuyo mensaje de libertad, igualdad, ayuda, y respeto aparecen incluso determinados constitucionalmente⁽⁸⁾. (Interpretación creativa y progresista).

La realidad nos está mostrando que no cabe dar estas interpretaciones contundentes si no procedemos a cambiar el sentido literal de nuestro Derecho positivo, ya que la ley no puede ser un obstáculo para la justicia.

La libertad y la igualdad son valores superiores de nuestro Ordenamiento (art. 1 de la Constitución). Todos tienen derecho a la integridad física y moral, sin que en ningún caso, puedan ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 de la Constitución).

NOVENA.—*De iure condendo*, por un nuevo e imprescindible Derecho positivo, es necesaria una reforma, o bien de calado (cohesionando nuestro sistema matrimonial) o bien de compromiso, que incluya la falta de afecto

(8) “El libre desarrollo de la personalidad podría resultar afectado (...) si los poderes públicos trataran de impedir o de reprimir la convivencia *more uxorio* o de imponer el establecimiento del vínculo matrimonial...” (STC 184/1990, FJ 2).

marital como causa de separación, para evitar entrar en análisis culpabilísticos⁽⁹⁾.

Por todo ello sería acertado, dada la falta de unanimidad jurisprudencial, introducir *como causa octava, en el art 82 del Código civil*, la falta de afecto conyugal como causa autónoma de separación. Presumiéndose que existe dicha falta de afecto conyugal que hace inadecuado el mantenimiento de la convivencia y difícilmente soportable las obligaciones íntimas que el matrimonio alberga por la, después de un periodo de reflexión procesal, *simple presentación de la demanda posteriormente ratificada después de tres meses*⁽¹⁰⁾.

Entre tanto *de hecho se podrán seguir pronunciando sentencias contradictorias* que afirmen (y no sin cierta razón ya que el Derecho no puede entrar en el interior del hombre ni analizar sus sentimientos) que la falta de afecto marital no es causa de separación legalmente contemplada en nuestro Derecho dado que no aparece en el art. 82 y el amor, que es un sentimiento, pertenece a la interioridad de las personas.

⁽⁹⁾ APARICIO HACKETT, Antonio, “El divorcio en Alemania. El divorcio en Portugal. El divorcio en Bélgica”, *Revista de Derecho de Familia Lex Nova*. n.º 8, julio del 2000; n.º 9, de octubre del 2000; n.º 10, enero del 2001. Páginas 287 y siguientes, 257 y siguientes, 237 y siguientes, respectivamente. La “desculpabilización” (si se nos perdona el barbarismo) de las causas de divorcio tiene procedencia alemana. Pero, así como el BGB es consecuente con la exoneración de culpabilidad, el legislador español no lo ha sido. El BGB articula una única causa neutra de divorcio (la quiebra del matrimonio), que se presume por la separación previa de hecho, que hace como filtro o sordina de la crisis conyugal, puesto que lo que cuenta luego para el divorcio es la duración de la separación y no “la causa” que la motivó. En cambio, el legislador español se ha prodigado en una profusión de causas, sin advertir que muchas de ellas son incompatibles con el espíritu de la ley, que fue limpiar el pleito de divorcio de discusiones y reproches culpabilísticos. ¿En qué cabeza cabe que atentar contra la vida del cónyuge, prostituir a las hijas, corromper a los hijos, negarle los alimentos, maltratar a la mujer, etc. (...) sean asuntos para ser tratados por las víctimas desapasionadamente, como causas incoloras de separación o divorcio *donde no hay cónyuge culpable*? En Alemania esto no ocurre, porque las circunstancias mencionadas no serían nunca causas directas de divorcio. Para divorciarse hay que separarse antes de hecho, y para separarse de hecho **los cónyuges no tienen que justificarse ni dar explicaciones. La separación previa actúa aquí como silenciador de la causa culpabilística.**

⁽¹⁰⁾ Ello no afectaría a la redacción de los artículos 1392 y 1393 CC. La sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges (art. 1392.3 CC). Evidentemente una separación decretada por falta de *affectio* implicará necesariamente que ninguno de los cónyuges es el culpable de la separación. El art. 834 CC quedaría vigente para aquellos supuestos en que el juez decretara expresamente que la causa de la separación es una conducta antijurídica recogida entre las siete anteriores causas de separación.

Para ello, mientras estas reformas se producen, el juez debe intentar resenar, sin acritud y sin reproches de culpabilidad, los mutuos incumplimientos de los deberes conyugales.

Si los cónyuges se quieren separar ¿no es absurdo discutir también las causas por la que se quieren separar, si ello no conlleva consecuencias jurídicas diferentes?

Esta reforma del art. 82 dada *la falta de unanimidad interpretativa* es la única solución posible para poder romper con toda la tradición jurídica anterior del Código Civil a la hora de establecer las causas legales que pueden originarla e intentar descargar el procedimiento de frustraciones y agravios. (Aun sabiendo que la falta de *affectio* no es una causa, sino una consecuencia de que el matrimonio como tal ya no existe, y que la *affectio* forma en realidad parte del propio concepto de matrimonio)⁽¹¹⁾.

DÉCIMA.—La desaparición de la *affectio conniugalis* viene ya siendo admitida como causa de separación sin necesidad de imputar a la parte demandada hechos o conductas concretas constitutivas de causa de separación, al amparo de lo dispuesto en los artículos 67, 68, 82.1 y 2 del Código Civil.

La ruptura de la convivencia, el deterioro de la misma, la pérdida de cariño que se puede deducir de los propios escritos de demanda y contestación, la quiebra de los deberes recíprocos conyugales, la petición de separación por ambos cónyuges por causas diversas, son indicios que muestran la pérdida de esa posibilidad de existencia de una vida familiar y la conveniencia de esa separación⁽¹²⁾.

La ayuda mutua no es sólo física (socorro mutuo), sino también espiritual, moral y afectiva. No se debe coartar el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución).

La necesidad de estas reformas se detecta en las propias proposiciones de ley:

A) Proposición de Ley del Grupo Mixto presentada el 3-9-2000: Modificación del sistema de protección por prestaciones de viudedad por la que, en los

(11) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV, *Derecho de familia y sucesiones*, Séptima edición. Revisada y puesta al día en 1998. Páginas 101 y 102.

(12) La rebeldía procesal ha sido interpretada a favor de la separación; pero alguna jurisprudencia requiere acreditar esfuerzos adicionales para encontrar el domicilio del rebelde, denegando en algunos casos la separación si simplemente ha sido citado por periódicos oficiales.

casos de disolución del vínculo matrimonial, se elimina el reparto proporcional de ésta con relación al tiempo convivido con el causante. (Retirada).

B) Proposición de Ley de Convergència i Unió presentada el 24-9-2001 de modificación del Código Civil para posibilitar el acceso al procedimiento de divorcio sin necesidad de un previo proceso judicial de separación. (Rechazada, 140 a favor, 167 en contra, 3 abstenciones).

C) Proposición de Ley Orgánica sobre modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio. Presentada por el Grupo Socialista el 20-11-2001. (Rechazada, 141 a favor, 170 en contra).

UNDÉCIMA.—Solicitada por uno de los miembros del matrimonio la separación, no se produce *indefensión* si no se alegó y probó una causa de separación adecuada; si uno de los cónyuges no quiere convivir, no existe posibilidad futura de cumplimiento de los deberes conyugales. Dichos deberes conyugales realmente ya no se están cumpliendo. Más bien se incumplirá la *tutela judicial efectiva*, dado que no se resuelve verdaderamente el problema, sino más bien se agravará con consecuencias civiles y con posibilidad de violencia sino física, sí psíquica, al privar a los litigantes del pronunciamiento judicial solicitado.

Deberá enfocarse la separación como un **remedio**, no como una sanción. Las declaraciones de antijuridicidad (culpabilidad), *per se*, si no implican consecuencias jurídicas diferentes, no conducen a mejorar la vida futura, aunque nuestro CC no haya desterrado el concepto de cónyuge culpable de la separación. En la mayoría de las separaciones no será necesario declarar que uno de los cónyuges ha sido el “culpable” (permítasenos la expresión, ya habitual en nuestra jurisprudencia) de la separación.

No obstante los artículos 834 y 1343 podrían seguir vigentes. (Para aquellos casos excepcionales en que se considere oportuno declarar a un cónyuge culpable de la separación, y siempre realizando una *interpretación correctiva conforme al art. 945 del CC*)⁽¹³⁾.

(13) Derechos del cónyuge viudo. Art. 834: “El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviese por culpa del difunto, si concurriese a la herencia con hijos o descendientes, **tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora**”. (Redactado conforme a la Ley de 24 de abril de 1958).

Art. 1343: “Estas donaciones serán revocables por las causas comunes, excepto la supervivencia o superveniencia de hijos.

En las otorgadas por terceros, se reputará incumplimiento de cargas, además de cualesquiera otras específicas a que pudiera haberse subordinado la donación, la anulación del matrimonio por cualquier causa, *la separación y el divorcio si al cónyuge donatario le fueren imputables, según la sentencia los hechos que la causaron*.

La culpabilidad podría ser considerada por el juez de cara a la determinación del régimen económico-personal posterior al matrimonio, pero no para evaluar la separación en sí.

DUODÉCIMA.—Si nuestro Código Civil no recoge la falta de *affectio maritalis* como causa de separación y la jurisprudencia sigue dictando sentencias en las que ésta es prácticamente la causa única, con las dificultades que el concepto comporta, no estamos ayudando a que la Justicia sea más clara, cercana, comprensible, útil y racional de cara al ciudadano⁽¹⁴⁾.

DECIMOTERCERA.—En *nuestra opinión*, después de la lectura de la proposición de Ley del Grupo Parlamentario Catalán y de la proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista, así como de la sesión plenaria celebrada el martes 11 de diciembre del 2001, nuestro parecer es el siguiente:

a) La proposición de Ley del Grupo Parlamentario Catalán tenía que haberse admitido íntegramente. Ello claro está sin perjuicio de que posteriores reformas convirtieran en futuro más perfecto un presente que hoy ha devenido muy imperfecto⁽¹⁵⁾.

En las otorgadas por los contrayentes, se reputará incumplimiento de cargas, además de las específicas, la nulación del matrimonio si el donatario hubiere obrado de mala fe. *Se estimará ingratitud, además de los supuestos legales, el que el donatario incurra en causa de desheredación del art. 855 o le sea imputable, según la sentencia, la causa de separación o divorcio*". (Redactado conforme a la Ley 11/1981, de 13 de mayo).

El art. 945 del CC establece: "No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente". (Redactado conforme a la Ley 11/1981, de 13 de mayo).

Dado que el art. 945 fue reformado en 1981 y el art. 834 data de 1954 el segundo hay que interpretarlo conforme al primero como proponen los autores: VALLADARES, Etefvina, *Nulidad, separación y divorcio. Comentarios a la reforma del matrimonio*, Madrid, 1982, página 313; CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, "Hacia una nueva concepción del matrimonio", *Revista Jurídica Española La Ley*, Tomo 2 de 1983, página 1289.

(14) "Está ínsita la confianza del ciudadano en que *su pretensión será resuelta o merecerá la misma respuesta que se dio en casos anteriores iguales. En él se imbrica el principio de igualdad*. Y es precisamente por la interferencia del cambio en esos principios y derechos constitucionalmente reconocidos por lo que para su salvaguardia, se impone la explicitación razonable y justificada de la diferenciación, en armonía, por lo demás, con el deber judicial de **motivar las sentencias**" (STC 120/1987, FJ 2.º). Es decir, para unas Audiencias Provinciales la falta de *affectio* es causa de separación y para otras no.

(15) Lo único que se limitó a decir la señora Estarás Ferragut (del PP, único grupo que votó en contra) fue: "Entendemos que concretamente la propuesta de Convergència i Unió es una medida importante en la eliminación de algunos de los obstáculos que existen en la tramitación del divorcio, pero no parece que sea aconsejable apoyar...". Diario del Congreso de 11-12-2001, número 127. Página 6386.

b) La proposición de Ley del Grupo Socialista tenía aspectos muy positivos que podían haber completado la proposición anterior:

— El planteamiento civil de la conflictividad familiar es absolutamente necesario. Reconducir por vía penal la conflictividad familiar es abonar más la violencia.

— Nos parece bien que se considere causa de separación la falta de afecto conyugal y que se haga una vez transcurridos seis meses del matrimonio.

Asimismo, también estamos de acuerdo en que se entienda acreditada la desaparición del afecto conyugal por la mera interposición de la demanda, en la que se alegue ésta como causa de solicitud de la separación y siempre que al momento de la interposición de la demanda exista cese efectivo de la convivencia conyugal.

Ahora bien, nosotros añadiríamos que si la separación se produce por esta causa (a petición de uno solo de los cónyuges) tiene que haber un periodo de reflexión procesal de tres meses.

La afirmación del PP de que el Derecho de familia es una materia interdisciplinar, y que contiene elementos de Derecho civil, patrimonial, de la persona, sucesorio, obligacional, Derecho procesal, administrativo e incluso mercantil sin ser incierta nos parece una excusa y una cortina de humo. ¿Es el Derecho de familia Derecho público, Derecho privado o un *tertium genus*? Es una discusión rancia y poco realista⁽¹⁶⁾.

Pocos días después de la entrada del Teniente Coronel Tejero en el Congreso se discutía la reforma del Derecho de familia con la inquietud normal de nuestros diputados. Cuando un matrimonio está en crisis hay que dotar nuestro Derecho de salidas que impidan la violencia. Lo contrario suena a ya veremos... y pueden devenir consecuencias indeseadas⁽¹⁷⁾.

(16) ¿Qué repercusión electoral podría tener apoyar una reforma de estas características manifiestamente contraria a la opinión de la Iglesia?

(17) Diario del Congreso n.º 154, 26-3-1981. Bandrés Molet defendió la siguiente enmienda al art. 81:

“Proponemos nosotros la supresión del apartado 1 y la sustitución del apartado 2 por un texto mucho más simple, que diga sencillamente ‘a petición de ambos cónyuges, o de uno cualquiera de ellos’. Así el art. 81 quedaría redactado: ‘Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de ambos cónyuges’.

A la vista de lo corta que es la vida, procuremos hacérsela lo más llevadera posible evitando en lo posible tensiones, malos tratos o ratos (físicos y psíquicos), coadyuvando a núcleos familiares verdaderamente conciliados y armoniosos.

ges o de uno cualquiera de ellos⁷. No se trata aquí como seguramente se nos dirá, de una especie de repudio sin disolución del vínculo, sino simplemente tratamos de llevar a Derecho una realidad porque, insistimos si uno de los cónyuges ya sea el hombre, ya sea la mujer no quiere vivir con el otro, la verdad es que eso no hay humanamente quien lo solucione por otro procedimiento distinto de legalizar esa separación y esa ruptura de la convivencia matrimonial.

Pretendemos también que se suprima el artículo 82 por coherencia, porque, si no es admisible que haya cónyuges culpables o, al menos no es deseable que se establezca la necesidad de que haya declaración de un cónyuge culpable —no nos movemos siempre dentro del Derecho Penal, sino que estamos en el más estricto Derecho Civil— no es preciso tipificar las conductas que legitiman la petición de separación.”

CRÓNICA LEGISLATIVA

LEY 18/2001, DE 19 DE DICIEMBRE, DE PAREJAS ESTABLES DE LAS ILLES BALEARS

(BO Illes Balears 19-XII-2001; BOE 16-I-2002)

EL PRESIDENTE DEL GOBIERNO
DE LAS ILLES BALEARS

Sea notorio a todos los ciudadanos que el Parlamento de las Illes Balears ha aprobado y yo, en nombre del Rey y de acuerdo con lo que se establece en el artículo 27.2 del Estatuto de Autonomía, tengo a bien promulgar la siguiente *Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables*.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I

La protección social, económica y jurídica de la familia se configura, en el artículo 39 de la Constitución Española, como uno de los principios rectores que vinculan la actuación de los poderes públicos. Este artículo no se inclina por ningún modelo preferente de familia, lo que hace necesaria una interpretación amplia de este concepto, en consonancia con la realidad social, el resto del articulado y el espíritu de la Constitución.

El artículo 32 de la Constitución, al prever el derecho a contraer matrimonio, también prevé el derecho a no contraerlo, lo que no afecta al derecho que todo hombre y toda mujer tienen de constituir, mediante una unión efectiva y estable, una comunidad de vida que, con o sin hijos, suponga la creación de una familia.

Tradicionalmente, la forma de manifestar esta unión estable ha sido el matrimonio, pe-

ro actualmente se presentan otras fórmulas familiares, en constante aumento y cada vez más aceptadas por la sociedad. El hecho de que dos personas, con independencia de la orientación sexual de su relación, compartan su vida en una relación afectiva análoga a la conyugal, lo que marca la diferencia con otros tipos de convivencia, produce una serie de derechos y deberes entre sus componentes, con relación a terceros y hacia la sociedad en general, cuestiones que también merecen una protección por parte de los poderes públicos y que no pueden quedar al margen del derecho positivo.

La falta de legislación en esta materia ha provocado injusticias en el campo civil, administrativo, fiscal, social y penal, que han provocado situaciones de desamparo que no encuentran suficiente respuesta en la aplicación analógica por parte de los órganos jurisdiccionales.

Los derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad ante la Ley, piedras angulares de nuestro ordenamiento jurídico, demandan de los poderes públicos la promoción de las condiciones para que sean reales y efectivos para todos los ciudadanos y los grupos en los que se integran.

La Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas de Europa, reitera la convicción de que todos los ciudadanos tienen derecho a un trato idéntico con independencia de su orientación sexual, e impele a los estados

miembros a tomar las medidas necesarias para evitar tratos discriminatorios en ámbitos jurídicos y administrativos por razón de la orientación sexual.

En este sentido, diversas iniciativas legislativas, tanto a nivel nacional desde algunas comunidades autónomas, como desde diversos países europeos, han regulado, con mayor o menor amplitud, el régimen jurídico de las parejas estables, con independencia de su orientación sexual.

La regulación de los distintos aspectos afectados por el modelo de pareja elegido se ha ajustado al marco competencial de las Illes Balears, razón que ha impedido el tratamiento de cuestiones que pertenecen a la esfera del derecho penal, laboral y de seguridad social. Asimismo, se ha considerado oportuno hacer una regulación consonante con la *Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears*.

Todo ello, sobre la base de un profundo estudio jurídico que ha aprovechado las aportaciones y la experiencia de la normativa comparada, así como el resultado de diversos estudios sociológicos y de consultas realizadas a entidades representativas, ha conducido al reconocimiento de determinados efectos de la relación de pareja en la esfera civil, patrimonial, fiscal y de función pública que, sin que suponga en ningún momento una copia adulterada de la figura tradicional del matrimonio, constituye la creación de un régimen jurídico específico para las parejas estables, en el cual se ha eliminado cualquier discriminación por razón de la orientación sexual de éstas, y que descansa en un evidente consenso social.

II

El título I establece el ámbito de aplicación de la Ley y describe cuál es el concepto, a efectos de esta norma, de pareja estable, respetando la autonomía de la voluntad de las partes para constituirse voluntariamente como tal o de mantenerse al margen del régimen que se prevé.

La relación de derechos y deberes adquiridos en esta regulación al formar parte de una unión estable, incluso de tipo sucesorio, justifica el concepto de pareja estable por el que apuesta esta Ley, que la diferencia substancialmente de otros modelos autonómicos actualmente vigentes.

El contenido de la relación de pareja se regula en el título II de esta Ley. Un punto importante a destacar es la potestad reconocida a los miembros de la pareja de regular válidamente las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, a pesar de que se prevé un régimen legal supletorio. Asimismo, se tratan los efectos de la extinción de la pareja, tanto si es en vida de los miembros, como por causa de muerte, y se incorpora en un artículo el régimen sucesorio de aplicación.

Las disposiciones adicionales prevén equiparaciones de derechos y obligaciones respecto de los cónyuges, siempre dentro del marco de la esfera de competencias autonómica, mientras que las disposiciones finales encomiendan al Gobierno autonómico la regulación y puesta en marcha del Registro de Parejas Estables de las Illes Balears y remiten a una futura regulación o a una adecuación normativa en materias fiscales y administrativas.

TÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.º Objeto y ámbito de aplicación.—1. Constituye el objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico de las parejas estables en las Illes Balears, entendiéndose como tales las uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal.

2. Para que les sea de aplicación esta Ley, los miembros de la pareja tendrán que cumplir los requisitos y las formalidades que se prevén, no estar bajo ningún impedimento que afecte a algunos de ellos o a su relación, e inscribirse voluntariamente en el Registro de Parejas Estables de las Illes Ba-

lears. La inscripción en este registro tiene carácter constitutivo.

Art. 2.º Capacidad y requisitos personales.—1. Pueden constituir pareja estable a los efectos de esta Ley los mayores de edad y los menores emancipados. No obstante, no pueden constituir pareja estable:

- a) Los que estén ligados por vínculos matrimoniales.
- b) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- c) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.
- d) Los que formen pareja estable con otra persona, inscrita y formalizada debidamente.

2. Para poder acogerse a esta Ley, como mínimo uno de los dos miembros ha de tener la vecindad civil en las Illes Balears y se exige la sumisión expresa de ambos al régimen establecido por ésta.

Art. 3.º Inexistencia de parentesco.—La formación de una pareja estable no genera ninguna relación de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro.

TÍTULO II

CONTENIDO DE LA RELACIÓN DE PAREJA

Art. 4.º Regulación de la convivencia.—1. Los miembros de la pareja pueden regular válidamente por cualquier forma admitida en derecho, oral o escrita, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, así como los derechos y deberes respectivos. También pueden regular las compensaciones económicas en el caso de extinción de la convivencia, con el límite de los derechos mínimos que establece esta Ley, los cuales son irrenunciables hasta el momento en que son exigibles.

2. No puede pactarse la constitución de una pareja estable con carácter temporal ni sometida a condición. Asimismo, son nulos los acuerdos contrarios al derecho y los que limiten la igualdad de derechos que corresponden a cada miembro de la pareja.

Art. 5.º Régimen económico de la pareja.—1. En defecto de pacto, cada uno de los convivientes contribuirá al sustento de las cargas familiares en proporción a sus recursos económicos, entendiéndose como contribución el trabajo para la familia.

2. Tienen la consideración de gastos para el sustento de las cargas familiares los necesarios para el mantenimiento de la pareja y de los hijos, comunes o no, que convivan con ellos, de acuerdo con los usos sociales y el nivel de vida de la pareja, y especialmente:

- a) Los originados en concepto de alimentos, en el sentido más amplio.
- b) Los de conservación de la vivienda u otros bienes de uso de la pareja.
- c) Los originados por las atenciones de previsiones médicas y sanitarias.

No se consideran gastos comunes aquellos derivados de la gestión y de la defensa de los bienes propios de cada miembro, ni los que, en general, corresponden al interés exclusivo de uno de los miembros de la pareja.

3. Cada miembro de la pareja responde con sus bienes del cumplimiento de las obligaciones que haya contraído. Aun así, de las causadas por el levantamiento de las cargas familiares, es subsidiariamente responsable el otro miembro, siempre que sean adecuadas al uso social y al nivel económico de la pareja.

4. Cada miembro de la pareja conserva el dominio, el disfrute y la administración de sus bienes, así como de los que adquiera durante la convivencia.

Art. 6.º Derecho de alimentos.—Los miembros de la pareja estable tienen la obligación de prestarse alimentos, y se les debe

de reclamar con prioridad sobre cualquier otra obligada legalmente.

Art. 7.º Ejercicio de acciones, derechos y deberes.—Los miembros de una pareja estable se entienden equiparados a la posición de los cónyuges en cuanto a la aplicación de las disposiciones relacionadas con la tutela, la curatela, la incapacidad, la declaración de ausencia y la de prodigalidad.

Art. 8.º Extinción de la pareja estable.—1. Las parejas estables se extinguen por las siguientes causas:

- a) Por mutuo acuerdo.
- b) Por voluntad de uno de los miembros, notificada de forma fehaciente al otro.
- c) Por cese afectivo de la convivencia durante un período superior a un año.
- d) Por matrimonio de uno de sus miembros.
- e) Por muerte o declaración de muerte de uno de los integrantes.

2. Los dos miembros de la pareja están obligados, aunque sea de forma separada, a dejar sin efecto la declaración formal que se hayan otorgado.

3. La extinción de la pareja estable implica la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros hubiere hecho a favor del otro.

Art. 9.º Efectos de la extinción en vida.—1. Cuando la convivencia cese, cualquiera de los miembros puede reclamar al otro el pago de una pensión periódica, siempre que la necesite para atender adecuadamente su sustento y se encuentre en uno de los casos siguientes:

- a) Que la convivencia haya disminuido la capacidad del solicitante para obtener ingresos.
- b) Que el cuidado de los hijos comunes a su cargo impida o dificulte seriamente la realización de actividades laborales.

2. El conviviente perjudicado puede reclamar una compensación económica cuan-

do la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y se haya dado uno de los siguientes supuestos:

- a) Que el conviviente haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja.
- b) Que el conviviente se haya dedicado con exclusividad o de forma principal a la realización de trabajo para la familia.

Art. 10. Ejercicio de los derechos.—

1. La reclamación de los derechos que recoge el artículo anterior se hará en el plazo de un año desde la extinción de la pareja.

2. El derecho de pensión previsto en el punto 1.a) del artículo anterior se extingue en un plazo de tres años, a contar desde el pago de la primera pensión, por las causas generales de extinción del derecho de alimentos, y en el supuesto de que el receptor contraiga matrimonio, constituya pareja estable o conviva en relación afectiva análoga a la conyugal con otra persona.

El derecho que prevé el punto 1.b) del artículo anterior se extingue cuando la atención a los hijos cese por cualquier motivo o éstos lleguen a la mayoría de edad o se emancipen, exceptuando los supuestos de incapacidad.

3. La pensión puede ser modificada o extinguida en el supuesto de que cambien las circunstancias que la produjeron.

4. El pago de la compensación que prevé el punto 2 del artículo anterior se deberá hacer efectivo en un plazo máximo de tres años, con el interés legal que se haya reconocido. Se ha de pagar en metálico, excepto acuerdo entre las partes o decisión judicial por causa justificada que establezca el pago en bienes.

5. La pensión y la compensación son compatibles, pero la reclamación se tendrá que hacer conjuntamente para que se puedan ponderar adecuadamente.

Art. 11. Guarda y régimen de visita de los hijos.—1. En el supuesto de ruptura de la convivencia en vida de ambos miembros de la pareja, éstos pueden acordar lo que consideren oportuno en cuanto a la guarda y custodia de los hijos comunes, el régimen de visitas, de comunicación y de estancias. No obstante, el juez puede moderar equitativamente lo acordado, cuando lo considere lesivo para uno de los miembros de la pareja o para los hijos.

2. En defecto de pacto, el juez o la jueza debe acordar lo que considere procedente respecto de los hijos, en su beneficio y previa audiencia de éstos si tienen suficiente juicio, y en todo caso, de los mayores de doce años.

Art. 12. Efectos de la extinción por muerte o declaración de muerte.—Cuando la extinción de la pareja estable sea por muerte de uno de los convivientes, el superviviente tiene los siguientes derechos:

a) Derecho a la propiedad de la ropa, el mobiliario y los enseres que constituyen el ajuar de la vivienda común, sin que se computen en el haber hereditario. Se entienden excluidos los objetos artísticos o históricos, los bienes de procedencia familiar y los de valor extraordinario atendiendo al nivel de vida de la pareja.

b) Si el causante era arrendatario de la vivienda, el conviviente tiene derecho a subrogarse en los términos que establece la legislación sobre arrendamientos urbanos.

Art. 13. Régimen sucesorio.—Tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, el conviviente que sobrevivió al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación de Derecho Civil Balear prevé al cónyuge viudo.

DISPOSICIONES ADICIONALES

Primera.—Los miembros de una pareja estable que estén sometidos al régimen esta-

tutario de los funcionarios de la Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears o al régimen del personal laboral al servicio de ésta, se entenderán equiparados, en cuanto a derechos y obligaciones, a los cónyuges, en el marco de la esfera competencial autonómica.

Segunda.—Los derechos y las obligaciones establecidos para los cónyuges en el marco competencial normativo de las Illes Balears se entenderán de igual aplicación para los miembros de una pareja estable.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—1. En el plazo de un mes a contar desde la publicación de esta Ley en el *Boletín Oficial de las Illes Balears*, el Gobierno de las Illes Balears aprobará un Decreto mediante el cual se creen y regulen la organización y la gestión del Registro de Parejas Estables de las Illes Balears.

2. Se inscribirán necesariamente en el Registro de Parejas Estables de las Illes Balears las declaraciones formales de constitución de parejas estables, las modificaciones y las extinciones, cualquiera que sea su causa.

Segunda.—La Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en el marco de sus competencias normativas, regulará por Ley el tratamiento fiscal específico para los miembros de las parejas estables previstas en esta norma y equipará su régimen, en la medida que sea posible, al de los cónyuges.

Tercera.—Se habilita al Gobierno de las Illes Balears para que dicte las disposiciones administrativas necesarias para el desarrollo de esta Ley.

Cuarta.—Esta Ley entrará en vigor al mes siguiente de haber sido publicada en el *Boletín Oficial de las Illes Balears*.

Por tanto, ordeno que todos los ciudadanos guarden esta ley y que los Tribunales y las Autoridades a los que correspondan la hagan guardar.

LEY 11/2001, DE 19 DE DICIEMBRE, DE UNIONES DE HECHO DE LA COMUNIDAD DE MADRID

(BO de la Comunidad de Madrid de 3-I-2002; BOE 5-III-2002)

EL PRESIDENTE DE LA COMUNIDAD DE MADRID

Hago saber que la Asamblea de Madrid ha aprobado la presente Ley, que yo, en nombre del Rey, promulgo.

PREÁMBULO

En la sociedad en la que vivimos, la sociedad del siglo XXI, el matrimonio continúa siendo la forma de unión predominante en Occidente, pero a raíz de los cambios acaecidos en el último medio siglo, otros tipos de unión demandan una regulación por parte de los poderes públicos. Las uniones de carácter estable, reconocidas mayoritariamente por la sociedad y denominadas “uniones de hecho”, se encuentran en la actualidad con barreras jurídicas para su reconocimiento público.

El matrimonio y las uniones de hecho, por tratarse de instituciones distintas, obedecen a opciones y planteamientos personales que requieren el respeto a la diferencia, tanto en el plano social como en el jurídico.

El Derecho, por su parte, debe ajustarse a las nuevas realidades sociales. La presente Ley trata de dar una adecuada solución a la realidad sociológica del incremento en el número de uniones entre personas, difícilmente encuadrables en las categorías jurídicas existentes.

La convivencia, estable y duradera, debe considerarse una realidad a la que los poderes públicos con capacidad normativa deben

dar una respuesta convincente. La regulación normativa debe ser el mecanismo equilibrador e igualitario para aquellas personas que por el libre ejercicio de sus opciones, sean éstas cuales fueren, están o pudieran sentirse discriminadas. Hasta ahora han sido los Tribunales de Justicia y, en especial, el Tribunal Constitucional quienes han aplicado soluciones coyunturales o de emergencia a los casos concretos que se les planteaban. Sin embargo, es la normativa el marco de referencia general, en donde se han producido avances importantes en los últimos años y donde se deben plasmar las soluciones con carácter universal.

En definitiva, la aprobación de la presente Ley tiene su justificación, además, en el artículo 7 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, en el artículo 14 de la Constitución Española que garantiza la igualdad de los españoles ante la Ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones, entre otras, de sexo, opinión o cualquier condición o circunstancia personal o social.

El artículo 9 de la Constitución Española relativo a la obligación de los poderes públicos de promover la igualdad evitando situaciones en que pueda producirse discriminación, así como en la Resolución de 8 de febrero de 1994 del Parlamento Europeo, sobre la igualdad de los derechos de los homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea, que reitera “la convicción de que todos los ciudadanos tienen derecho a un

trato idéntico con independencia de su orientación sexual”.

Por otro lado, esta Ley dará respuesta a una limitación fundamental, derivada de la falta de legislación propia de la Comunidad de Madrid, dentro de su actual ámbito competencial.

La convivencia genera relaciones diversas de carácter intersubjetivo, muchas de las cuales se ajustan a las esferas personal y patrimonial. Su regulación supondría una extensión del Código Civil a uniones de hecho no formalizadas en sede matrimonial, especialmente en lo tocante a los convivientes, pues respecto a los descendientes las reformas del Derecho de familia dan cumplida respuesta a tales situaciones.

Sin embargo, a la espera de la referida extensión de la legislación civil, la Comunidad de Madrid debe poner sus medios y sus competencias al alcance de las uniones de hecho no reguladas, con el fin de otorgarles un reconocimiento y, además, introducir así una mayor seguridad jurídica que permita evitar situaciones de desigualdad. Todo ello, además, con la suficiente flexibilidad, de modo que los preceptos de esta Ley puedan encajar en las diversas configuraciones legislativas que alternativamente adopte la ley civil estatal, ya sea en su configuración como unión personal civil, ya sea en su conceptualización afectiva o cuasiconyugal.

En este sentido, el Gobierno de la Comunidad de Madrid, mediante el Decreto 36/1995, de 20 de abril, creó el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, Decreto que fue desarrollado mediante la Orden 827/1995, de 25 de abril, de la Consejería de Integración Social, suponiendo ahora la presente Ley una respuesta clara a una demanda reconocida por amplios sectores sociales e institucionales, con el fin de apoyar un itinerario ya iniciado de reconocimiento de esta fórmula de convivencia en el marco del Derecho común que evite cualquier tipo de discriminación para la persona.

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales

Artículo 1.º Ámbito de aplicación.—

1. La presente Ley será de aplicación a las personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un período ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid.

2. Esta Ley únicamente será de aplicación a aquellas uniones de hecho en las que, al menos, uno de los miembros se halle empadronado y tenga su residencia en la Comunidad de Madrid.

Art. 2.º Requisitos personales.—

1. No pueden constituir una unión de hecho de acuerdo con la normativa de la presente Ley:

- a) Los menores de edad no emancipados y las personas afectadas por una deficiencia o anomalía psíquica que no les permita prestar su consentimiento a la unión válidamente.
- b) Las personas ligadas por el vínculo del matrimonio no separadas judicialmente.
- c) Las personas que forman una unión estable con otra persona.
- d) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- e) Los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del tercer grado.

2. No podrá pactarse la constitución de una pareja estable no casada con carácter temporal ni someterse a condición.

CAPÍTULO II

De la inscripción de las uniones de hecho

Art. 3.º Acreditación.—1. Las uniones a que se refiere la presente Ley produci-

rán sus efectos desde la fecha de la inscripción en el Registro de las Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, previa acreditación de los requisitos a que se refiere el artículo 1 en expediente contradictorio ante el encargado del Registro.

2. Reglamentariamente se regulará tal expediente contradictorio. En todo caso, la previa convivencia libre, pública, notoria e ininterrumpida en relación de afectividad, habrá de acreditarse mediante dos testigos mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

3. La existencia de la unión de hecho se acreditará mediante certificación del encargado del Registro.

CAPÍTULO III

De la inscripción de los pactos de convivencia

Art. 4.º Regulación de la convivencia.—1. Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese.

2. Los pactos a que se refiere el número anterior podrán establecer compensaciones económicas cuando, tras el cese de la convivencia se produzca un desequilibrio económico en uno de los convivientes con relación a la posición del otro que implique un empeoramiento respecto a la situación anterior. Tales compensaciones habrán de tomar en consideración las mismas circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código Civil.

3. A falta de pacto se presumirá, salvo prueba en contrario, que los miembros de la unión contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas de ésta en proporción a sus recursos.

4. Serán nulos y carecerán de validez los pactos contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudicia-

les para uno de ellos. Asimismo serán nulos los pactos cuyo objeto sea exclusivamente personal o que afecten a la intimidad de los convivientes.

5. En todo caso los pactos a que se refiere este artículo, estén o no inscritos en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, sólo surtirán efectos entre las partes firmantes y nunca podrán perjudicar a terceros.

Art. 5.º Inscripción.—1. Los pactos a que se refiere el artículo 4 podrán inscribirse en el Registro, siempre que en ellos concurren los requisitos de validez expresados en el mismo artículo.

2. La inscripción podrá efectuarse a petición de ambos miembros de la unión conjuntamente.

3. Contra la denegación de la inscripción, que se hará por resolución motivada, podrá interponerse el recurso administrativo que proceda.

CAPÍTULO IV

De la extinción de la unión

Art. 6.º Extinción de la unión.—

1. Las uniones de hecho se extinguen por las siguientes causas:

- a) De común acuerdo.
- b) Por decisión unilateral de uno de los miembros de la unión notificada al otro por cualquiera de las formas admitidas en Derecho.
- c) Por muerte o declaración de fallecimiento de uno de los miembros de la unión de hecho.
- d) Por separación de hecho de más de seis meses.
- e) Por matrimonio de uno de los miembros.

2. La cancelación de la inscripción de la unión de hecho podrá efectuarse a instancia de uno solo de los miembros. En este caso el encargado del Registro comunicará a la otra parte dicha cancelación.

Art. 7.º Inscripción.—La concurrencia de causa extintiva de la unión se hará constar en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid en la forma que se determine reglamentariamente.

CAPÍTULO V

Normas administrativas

Art. 8.º Beneficios respecto de la Función Pública.—En relación con el personal al servicio de la Administración de la Comunidad de Madrid, los convivientes mantendrán los mismos beneficios reconocidos a las parejas que hayan contraído matrimonio.

Art. 9.º Normativa de Derecho Público.—Los derechos y obligaciones establecidos en la normativa madrileña de Derecho Público para los miembros de parejas que hayan contraído matrimonio, serán de aplicación a los miembros de la unión de hecho, en especial en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios.

DISPOSICIÓN ADICIONAL

La Administración de la Comunidad de Madrid mantendrá las oportunas relaciones de cooperación con otras Administraciones Públicas que cuenten con Registros de Uniones de Hecho o similares, al objeto de evitar supuestos de doble inscripción.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—El tiempo de convivencia transcurrido antes de la entrada en vigor de

esta Ley, se ha de tener en cuenta a los efectos del cómputo de los doce meses a que se refiere el artículo 1, si los miembros de la unión están de acuerdo.

Segunda.—Las inscripciones en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid, regulado por el Decreto 36/1995, de 20 de abril, y en la Orden 827/1995, de 25 de abril, de la Consejería de Integración Social, se integrarán de oficio y con carácter inmediato en el Registro contemplado en el artículo 3 de esta Ley.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango en lo que contradigan o se opongan a la presente Ley.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Desarrollo reglamentario.—1. En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno de la Comunidad de Madrid deberá aprobar los reglamentos de desarrollo de ésta.

Segunda. Entrada en vigor.—La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.

Por tanto, ordeno a todos los ciudadanos a los que sea de aplicación esta Ley que la cumplan, y a los Tribunales y Autoridades que corresponda, la guarden y la hagan guardar.

Madrid, a 19 de diciembre de 2001.

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

TÍTULO: LA FILIACIÓN DERIVADA DE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Autora: Marina Pérez Monge.

Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

Con ocasión de la publicación de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 22 de noviembre de 1988, fueron numerosos los estudios doctrinales que comentaron con detalle sus preceptos; sin embargo, ha transcurrido un tiempo lo suficientemente extenso para, a la vista de lo acontecido desde entonces, volver a efectuar un nuevo estudio sobre esta norma analizando la nueva problemática surgida, y este es precisamente el objeto de la presente obra, cuya autora es Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Al mismo tiempo se ha aprovechado para incorporar a los comentarios la regulación que sobre la materia ha hecho el derecho autonómico, concretamente el Código de Familia de Cataluña y la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón.

La obra se estructura en cuatro capítulos, encargándose el primero de ellos de la determinación de la paternidad de los nacidos tras la aplicación de esta ley y las controversias que se suscitan. El método de estudio elegido por la autora consiste en individualizar los casos de determinación de la paternidad cuando existe matrimonio entre las partes, aquellos otros en los que existe una unión de hecho, y por último, cuando sólo existe una mujer.

El capítulo segundo está dedicado a una cuestión de máxima actualidad como es si el anonimato del donante restringe el derecho del nacido a conocer la identidad de sus progenitores y si, consecuentemente, afecta a la determinación de la paternidad y a las obligaciones y responsabilidades del padre. Se incluye una referencia a la doctrina y al derecho positivo extranjero y, como no podía ser de otra manera, se analiza con el máximo detalle la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 por la que se desestima el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. Aunque la Constitución ordena posibilitar la investigación de la paternidad, se entiende que cabe limitar dicha actividad investigadora cuando existan razones para ello, de manera que la prohibición de la LTRA contenida en su artículo 5.5, y en virtud de la cual se impide revelar la identidad del donante, no supone, a juicio del alto Tribunal, una infracción constitucional.

En el tercero de los capítulos se aborda la polémica procreación *post mortem*, su admisibilidad por la doctrina y la jurisprudencia y su situación en nues-

tro derecho positivo. La autora se cuestiona si el nacido será hijo matrimonial del difunto dado que los gametos proceden del marido o si simplemente se producirán los efectos que se derivan de la filiación matrimonial, optando por considerar al nacido como hijo matrimonial en cuanto que es hijo del marido y se consintió, lo que permite hablar de un proyecto parental constante el matrimonio.

El último capítulo se centra en analizar la posibilidad de separar la maternidad de gestión de la genética, y los casos de madres de alquiler, donde la mujer que soporta la gestación va a ser distinta a aquella que asumirá la maternidad con efectos jurídicos. Si bien dichos contratos son nulos bajo el prisma de nuestra legislación, en la práctica parece que son numerosas las parejas españolas que los han formalizado.

**TÍTULO: LA FISCALIDAD DEL PATRIMONIO Y DE LAS RELACIONES
ECONÓMICO FAMILIARES.**

*Autora: María Luisa González-Cuéllar Serrano.
Editorial Aranzadi, Pamplona, 2002.*

Recensión efectuada por D. Fernando Valdés-Solis Cecchini. Presidente de la Sección IV de la Audiencia Provincial de Bilbao.

La obra de la profesora María Luisa González-Cuéllar Serrano ha venido a llenar un espacio muy importante de las publicaciones de índole financiera en relación con el derecho privado que, partiendo de su contenido fiscal, estudian las instituciones privadas afectantes a la familia desde el punto de vista de su fiscalidad de manera aguda y exhaustiva.

La familia, vista desde un punto de vista institucional, se desarrolla a través de generaciones que, en su aumento y sucesión, originan una pluralidad de negocios jurídicos de enorme trascendencia dentro del tráfico pero que siempre han sido estudiadas desde uno de los puntos de vista, bien sea el del derecho privado bien el del derecho fiscal. Estudio separado que en ocasiones aboca a cometer errores en la articulación contractual de las relaciones familiares y, en otras, a ignorar la existencia de instituciones cuyo tratamiento fiscal puede ser enormemente beneficioso para los interesados.

Cuando, como se observa dentro del tráfico jurídico privado y marcadamente del ámbito familiar, muchos contratos, sociedades o empresas se consti-

tuyen, transmiten o transforman poniendo más el acento en la resonancia fiscal que en la meramente civil, se evidencia la enorme necesidad que tenía la literatura científica de una obra como la que estoy brevemente comentando.

Se divide la obra en tres capítulos fundamentales, dedicado el primero a la Tributación de la Adquisición del Patrimonio Familiar, donde se estudia las dos modalidades, onerosa y lucrativa, que originan el patrimonio familiar; en un segundo capítulo se estudia la tenencia del patrimonio familiar y en el tercero su transmisión, *inter vivos* o *mortis causa*. Todo ello con constantes referencias a sentencias de reciente publicación y a las normas autonómicas propias de la materia.

Así entendido el patrimonio familiar, su tributación (donde quedan comprendidos todos los impuestos directos: IRPF, IIVBTNU, IP, etc.) se analiza desde el punto de vista de la familia como destinataria, administradora o sucesora de un patrimonio en que quedan comprendidos tanto bienes pertenecientes a personas físicas como pertenecientes a sociedades dependientes del ámbito familiar. Para los civilistas que adolecemos de formación financiera mediante esta obra se nos hace factible obtener una información fiscal previa, exacta y fácil de obtener, en relación con las cuestiones patrimoniales relativas a la familia.

Especial importancia tienen dos aspectos de la cuestión, dentro de los muchos que la obra comentada analiza. Me refiero concretamente a la vivienda y a la empresa familiar.

La vivienda familiar viene a constituir, de ordinario, una parte muy importante y a veces única del patrimonio de las familias españolas. Resulta entonces de suma importancia el aspecto fiscal de su adquisición, los beneficios fiscales que ello comporta siempre en relación con el régimen económico matrimonial, su mantenimiento y su transmisión por venta, herencia, donación o constitución de renta vitalicia. Materias que la obra analiza para, partiendo de las distintas instituciones civiles, señalar las consecuencias fiscales de las mismas, consecuencias muy a tener en cuenta antes de tomar la decisión.

En segundo lugar tiene especial trascendencia la empresa familiar (basta pensar en su importancia capital dentro del tejido económico tanto a la hora de creación de puestos de trabajo cuanto a la de generación de riqueza). El legislador, consciente de ello y pretendiendo darle continuidad habida cuenta que una gran mayoría desaparecen juntamente con la generación que las constituyó, ha establecido importantes tratamientos fiscales que bonifican tanto su transmisión a la siguiente generación cuanto el régimen de especial tributación que tienen los bienes afectos a la actividad y los requisitos exigidos para ello por el legislador.

Estos aspectos, juntamente con otros muchos, son tratados en la monografía, acudiendo permanentemente a las normas civiles reguladoras de las relacio-

nes económico-matrimoniales y sucesorias de la institución familiar. En tal sentido considero que el libro merece la atención de quienes profesionalmente nos dedicamos al derecho privado y su aparición en el mercado marca un hito en el tratamiento pluridisciplinar del derecho cada día más necesario por lo que la aparición de la monografía aporta.

TÍTULO: LA IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD MATRIMONIAL.

Autora: Iciar Córdero Cutillas.

Colección "Estudios Jurídicos", 2002.

La obra, que emana de la tesis doctoral de la profesora de la Universidad de Castellón, tiene por objeto, como dice la propia autora en la introducción, el estudio de la situación del padre legal respecto a los hijos nacidos durante su matrimonio con la madre: su investigación de paternidad.

El libro se estructura en tres capítulos, abordándose en el primero las presunciones de la paternidad y sus excepciones, que son tratadas como remedios extrajudiciales para dejar inoperante la determinación de paternidad, con los problemas teóricos y prácticos que se plantean.

El capítulo segundo está dedicado a la investigación de la filiación paterna, con un completo estudio de la prueba y su valor jurídico y, sobre todo, la negativa del demandado al sometimiento a tales pruebas, comentando las resoluciones dictadas tanto por el Tribunal Constitucional como por el Supremo.

La parte nuclear de la obra, esto es, las acciones de impugnación de la paternidad matrimonial, se analizan en el capítulo tercero, que comienza estudiando el propio concepto y el tema de la posesión de estado, siguiendo con la regla *pater is est* (artículos 136 y 137 del Código Civil), la legitimación activa en la acción de impugnación sin posesión de estado y a la acción mixta de impugnación y reclamación. Por último trata de la impugnación de la paternidad declarada conforme al artículo 117 del Código Civil, artículo 138 en relación con el 141 que se refiere a los vicios de consentimiento.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

Durante los días 12, 13 y 14 de septiembre se celebrarán en la sede del Colegio de Abogados de Palma de Mallorca, sita en las Ramblas dels Ducs de Palma, n.º 10, unas jornadas de Derecho de Familia en las que se abordarán los siguientes temas:

“Aspectos sustantivos de los procesos de incapacidad”.

Ponente: Teniente Fiscal D. Ladislao Roig.

“Aspectos procesales de los procesos de incapacidad e internamiento no voluntario”.

Ponente: D. Manuel Penalva Oliver, Magistrado del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 13 de Palma de Mallorca.

“El activo de la sociedad de gananciales”.

Ponente: D. Luis Zarraluqui, Presidente de la AEAFA y Letrado en ejercicio.

“El pasivo de la sociedad de gananciales”.

Ponente: D.ª Susana Moya Medina. Letrado en ejercicio.

“El proceso de liquidación de la sociedad de gananciales”.

Ponente: D. Antonio Javier Pérez Martín. Magistrado del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Córdoba.

“Ámbito del procedimiento de liquidación del régimen matrimonial especial. Referencia al régimen de separación de bienes”.

Ponente: D. Vicente Guilarte Gutiérrez, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid y Abogado en ejercicio.

“Modificación de Medidas. Aspectos procesales”.

Ponente: D. Joaquín Andrés Joven, Magistrado del Juzgado de Familia n.º 12 de Palma de Mallorca.

“Reglamento Comunitario 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia del reconocimiento y la ejecución en materia matrimonial y responsabilidad parental sobre los hijos comunes”.

Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana. Presidente de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Asturias.

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						

**Tabla estadística de pensiones alimenticias
(cuando un sólo 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.

AVANCES JURISPRUDENCIALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Se declara inconstitucional 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. (*T.C., S. 39/2002, de 14 de febrero de 2002*).
- No se vulnera el art. 24 de la Constitución española 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. (*T.C., Sala 2.ª, S. de 6 de mayo de 2002*).

TRIBUNAL SUPREMO

I. FILIACIÓN

- 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*. (*T.S., Sala 1.ª, Auto de 5 de junio de 2001*).

- Eficacia y validez de las citaciones para las prácticas de las pruebas biológicas llevadas a efecto con el Procurador de la parte demandada. (T.S., Sala 1.ª, S. de 18 de junio de 2001).
- Aun cuando se ha reconocido la filiación materna, no procede que la entidad pública proceda a reintegrar a 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. (T.S., Sala 1.ª, S. de 9 de julio de 2001).
- 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 reprochable” a la filiación, sin que dicha oposición se haya producido. (T.S., Sala 1.ª, S. de 10 de julio de 2001).
- 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 a la Administración de justicia para determinar derechos del hijo cuya paternidad se reclama. (T.S., Sala 1.ª, S. de 20 de julio de 2001).

II. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

- 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. (T.S., Sala 1.ª, S. de 11 de junio de 2001).
- 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. (T.S., Sala 1.ª, S. de 6 de julio de 2001).
- 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. (T.S., Sala 1.ª, S. de 23 de julio de 2001).
- 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. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 24 de julio de 2001*).

III. CONVENIO REGULADOR

- 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 unas determinadas condiciones, estando los hijos legitimados activamente para exigir el cumplimiento de la cláusula. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 31 de mayo de 2001*).

IV. PATRIA POTESTAD

- 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. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 2 de julio de 2001*).

V. PROCESAL

- 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. (*T.S., Sala 1.ª, Auto de 12 de junio de 2001*).
- Desestimación del recurso de queja interpuesto contra auto que denegó tener por preparado recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra la 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. (*T.S., Sala 1.ª, Auto de 31 de julio de 2001*).
- 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 las 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. (*T.S., Sala 1.ª, Auto de 31 de julio de 2001*).

VI. UNIONES DE HECHO

- 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. (T.S., Sala 1.^a, S. de 5 de julio de 2001).

VII. SEGURIDAD SOCIAL

- Rehabilitación de la pensión que cobraba la viuda y que se retiró cuando ésta contrajo nuevo matrimonio que posteriormente fue declarado nulo. (T.S., Sala 4.^a, S. de 29 de mayo de 2001).

VIII. RESPONSABILIDAD CIVIL

- 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. (T.S., Sala 1.^a, S. de 29 de junio de 2001).

IX. PENAL

- 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. (T.S., Sala 2.^a, S. de 4 de junio de 2001).
- 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. (T.S., Sala 2.^a, S. de 6 de julio de 2001).
- 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. (T.S., Sala 2.^a, S. de 11 de julio de 2001).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

- La circunstancia de que después de la sentencia de separación el esposo llegase a estar empadronado un mes en el domicilio de la esposa no impide estimar la acción de divorcio. (AP VALENCIA, Sec. 10.^a, S. de 20 de noviembre de 2001).

II. PATRIA POTESTAD

- No se acuerda privar al padre de la patria potestad ya que se encuentra en tratamiento en el programa con metadona y está realizando su incorporación al mundo laboral (*AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 25 de enero de 2002*).

III. GUARDA Y CUSTODIA

- Modificación de la guarda y custodia a favor de la madre, que es quien venía ejerciéndola *de facto* aun cuando en la anterior sentencia la misma se atribuyó al padre. (*AP MADRID, Sec. 24.ª, S. de 23 de enero de 2002*).

IV. RÉGIMEN DE VISITAS

- 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*).
- Supresión de las visitas ante el resultado del informe psicológico practicado por el equito técnico en el que se ha apreciado miedo del hijo hacia el padre —probablemente por los episodios de violencia sobre la madre—, lo que aconseja de momento dicha medida, ya que su establecimiento podría afectar psicológicamente de forma negativa al menor. (*AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 4 de diciembre de 2001*).

V. VIVIENDA FAMILIAR

- Cumplimiento del 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*).
- 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*).

VI. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

- Interpuesto un procedimiento de reclamación de alimentos para una hija 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*).
- 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*).

VII. PENSIÓN COMPENSATORIA

- 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).

VIII. CUESTIONES PROCESALES

- 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).
- 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).
- Falta de legitimación del hijo 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).

IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

- 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).

X. REGÍMENES ECONÓMICOS

- 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 ha acreditado que hubiese gastos injustificados. (AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 22 de noviembre de 2001).
- 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, S. de 22 de noviembre de 2001).
- 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).

- Propiedad exclusiva de la esposa del saldo existente en una cuenta bancaria en la que se fueron ingresando los beneficios generados por el trabajo del esposo, puesto que el matrimonio se regía por el régimen de separación de bienes y, habiéndose producido una atribución patrimonial gratuita del esposo a favor de la esposa, aquel, sobre el que recaía la carga de la prueba, no ha acreditado la existencia de simulación en la transmisión con la finalidad de evitar el embargo por los acreedores del esposo. (*AP LLEIDA, Sec. 2.ª, S. de 17 de diciembre de 2001*).

XI. FILIACIÓN

- 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, S. de 11 de septiembre de 2001*).
- 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*).

XII. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

- Procede declarar a los padres incurso 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*).
- 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*).

XIII. UNIONES DE HECHO

- Inexistencia de unión de hecho entre la demandada y el fallecido. (*AP CÓRDOBA, Sec 1.ª, S. de 6 de noviembre de 2001*).
- 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, S. de 20 de diciembre de 2001*).

XIV. TEMAS PENALES

- 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*).
- La alegación efectuada por el acusado de que tanto la esposa como la hija no han quedado en una situación de grave penuria económica a resultas del impago de la pensión compensatoria y alimenticia carece de trascendencia y, por consiguiente, por el reconocimiento explícito de que el esposo tiene posibilidades económicas conlleva su condena por el delito de abandono de familia. (*AP BALEARES, Sec. 1.ª, S. de 7 de enero de 2002*).
- 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, S. de 11 de enero de 2002*).

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

I. FILIACIÓN

- 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*).
- 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*).
- 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*).

II. MATRIMONIO

- 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*).
- 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*).