

LOS GASTOS EXTRAORDINARIOS

Cuando se fija la pensión alimenticia, su importe se establece en función de los ingresos que tienen los progenitores y de lo que se estima suficiente para cubrir las necesidades de los hijos (sustento, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción). Así pues, pagando mensualmente el importe de la pensión alimenticia, el progenitor que no tiene la guarda y custodia contribuye al desarrollo físico, social e intelectual de los menores. Pero a veces surgen otras necesidades que no pueden ser atendidas con la pensión alimenticia, lo que motiva una nueva contienda judicial, ya que en numerosas ocasiones uno de los cónyuges se opone a su pago cuestionando su necesidad, cuantía y procedencia.

Es frecuente ver resoluciones judiciales y convenios reguladores en los que se fija que “los gastos extraordinarios serán abonados al 50% por ambos progenitores”. En otros casos no aparece referencia alguna a ellos en la sentencia de separación matrimonial, pero esta circunstancia no implica exoneración alguna para los progenitores, ya que dicho gasto debe ser asumido por estos dentro de su obligación genérica de prestar alimentos. No puede olvidarse que artículo 39.3 de la Constitución Española establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio.

Con carácter general, los gastos extraordinarios en la vida de los hijos son aquellos que no tienen una periodicidad prefijada, en cuanto dimanantes de sucesos de difícil o imposible previsión, de tal modo que los mismos pueden o no surgir, debiendo además vincularse a gastos económicos que deben ser ineludiblemente cubiertos, en contraposición a lo superfluo o secundario.

Las reclamaciones de gastos extraordinarios que se presentan en la práctica se centran básicamente en dos cuestiones: educación y asistencia sanitaria.

Cuando llega el mes de septiembre, el capítulo de libros, uniformes escolares y demás material complementario suele ser importante. ¿Se abonarán con la pensión alimenticia que paga el progenitor no custodio o estamos ante un gasto extraordinario? La doctrina de las Audiencias Provinciales suele ser unánime en esta cuestión y entiende que estos gastos deben ser cubiertos con la pensión alimenticia ordinaria que mensualmente abona el progenitor no custodio. Estamos ante un gasto previsible. Es más, no podemos ignorar que cuando el progenitor no custodio se opone a abonar la pensión en el mes en que los hijos están con él, se le deniega esta petición con el argumento de que la pensión se fija mensualmente y que hay meses con más gastos que otros.

Es deseo de muchos padres que los hijos tengan la mejor formación posible, y para cumplirlo tienen a su disposición una innumerable lista de actividades complementarias: cursos de idiomas, música, ballet, hípica, golf, etc. y claro, ese deseo paternal, generalmente del progenitor no custodio, pronto se traduce en un recibo mensual y la lógica consecuencia es su reclamación al otro progenitor. Recuerdo un caso en el que el menor asistía a clase de música y el progenitor no custodio se oponía a abonar 8.000 pesetas —50% del importe de la compra de una guitarra—. Su argumento era curioso, “si hoy pago las 8.000 pesetas, mañana el niño va a clase de equitación y hay que comprarle un caballo”.

Si no se hubiese producido la crisis matrimonial y los progenitores contasen con medios económicos suficientes, no cabe duda de que todos estos gastos serían considerados como necesarios para el desarrollo de los hijos. Es frecuente ver a padres que emplean la tarde en llevar y traer al niño a todas estas actividades cumpliendo su función de padre-taxista y luego, también es frecuente, verlos desolados cuando al llegar a los quince o dieciséis años los hijos se olvidan de la música o del ballet.

Lamentablemente, con la separación conyugal se produce un empobrecimiento en las economías de ambos progenitores y a veces no hay presupuesto para atender estas actividades y así lo entienden los tribunales denegando en muchas ocasiones la reclamación que hace el progenitor custodio. Otra cuestión distinta es la relativa a las clases particulares de apoyo o a la asistencia psicológica ante el fracaso escolar, situaciones que sí suelen ser consideradas como gastos extraordinarios y se obliga al otro progenitor a su abono.

Los gastos de asistencia médica también suponen una importante fuente de discusión entre los progenitores. El progenitor no custodio alegará que estos gastos ya están cubiertos por la seguridad social y, sin embargo, el progenitor custodio en ocasiones decide acudir a la medicina privada. Los tribunales suelen calificar como de extraordinarios los gastos que no están incluidos dentro de la seguridad social, como puede ser la ortodoncia que debe practicarse a muchos menores, y respecto a los que sí están incluidos no existe un criterio uniforme, siendo un elemento importante a tener en cuenta si durante el tiempo en que el menor recibió el tratamiento el progenitor no custodio era conecedor de ello, puesto que si no puso objeción alguna, no es lógico que luego se oponga al abono del 50%; además, por otro lado, no puede olvidarse que a veces el acudir a la sanidad privada no es una decisión caprichosa, sino una necesidad ante el notorio retraso que sufre la sanidad pública.

La nueva Lec ha supuesto una complicación añadida en la reclamación de estos gastos, ya que no se ha previsto un procedimiento especial para canalizar estas reclamaciones. En puridad, habría que acudir a un procedimiento específico y presentar una demanda, celebrar vista y dictar una sentencia. No obstante, no podemos perder de vista que con la anterior normativa procesal no existía tampoco un procedimiento especial y se utilizaba la vía de la ejecución de sentencia para resolver estas controversias, sin que nadie cuestionase la vía procesal utilizada, que por otro lado era respaldada por los tribunales.

ÍNDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

- Los derechos sucesorios de las parejas de hecho en los derechos civiles catalán y aragonés. *Carlos Villagrasa Alcaide-Antonia Jiménez Aragonés* 21
- Análisis y valoración de la reconciliación en la separación y el divorcio. *Aurelia María Romero Coloma* 39
- En los conflictos familiares ¿por qué deberíamos acudir a la mediación? La mediación como alternativa en la resolución de conflictos familiares y matrimoniales (I). *Lucía García García* 55

JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 77
- I. Subasta de la vivienda familiar por deudas de uno de los cónyuges (*S. de 26 de febrero de 2001*) 77
- II. Procedimiento penal instado por un cónyuge contra otro (*S. de 16 de julio de 2001*) 80

	Página
TRIBUNAL SUPREMO	87
I. Filiación	87
1. Reclamación de la filiación	87
1.1. Legitimación del progenitor no matrimonial sin posesión de estado (<i>S. de 2 de octubre de 2000</i>)	87
1.2. Declaración de paternidad posterior al fallecimiento del padre biológico (<i>S. de 11 de noviembre de 2000</i>)	92
1.3. Valoración del no sometimiento a las pruebas biológicas (<i>S. de 22 de noviembre de 2000</i>)	95
1.4. Denegación de prueba en segunda instancia (<i>S. de 2 de diciembre de 2000</i>)	97
II. Patria potestad	99
1. Consecuencias de la condena por un delito contra la libertad sexual (<i>S. de 7 de noviembre de 2000</i>)	99
III. Vivienda familiar	102
1. Atribución del uso de la vivienda y efectos frente a terceros (<i>S. de 4 de diciembre de 2000</i>)	102
IV. Uniones de hecho	107
1. Reclamación de alimentos para hijos mayores de edad (<i>S. de 30 de diciembre de 2000</i>)	107
V. Convenio regulador	111
1. Cumplimiento de un convenio regulador de separación (<i>S. de 12 de diciembre de 2000</i>)	111

	<u>Página</u>
VI. Regímenes económico-matrimoniales	114
1. Sociedad de gananciales	114
1.1. Disposición de bienes gananciales sin consentimiento de uno de los cónyuges (<i>S. de 14 de noviembre de 2000</i>)	114
1.2. Consecuencias de la falta de intervención de un cónyuge en un contrato celebrado por el otro (<i>S. de 21 de noviembre de 2000</i>)	118
2. Responsabilidad de los bienes gananciales	121
2.1. Responsabilidad de los bienes gananciales por deudas tributarias (<i>S. de 22 de noviembre de 2000</i>)	121
3. Liquidación	123
3.1. Donación a favor de uno solo de los cónyuges (<i>S. de 10 de octubre de 2000</i>)	123
3.2. Negocio iniciado constante la sociedad de gananciales (<i>S. de 20 de octubre de 2000</i>)	126
3.3. Premio de lotería (<i>S. de 22 de diciembre de 2000</i>) ...	129
VII. Contratos entre padres e hijos	131
1. Nulidad de contrato celebrado entre padres e hijos (<i>S. de 29 de diciembre de 2000</i>)	131
VIII. Sucesiones	134
1. Rescisión por lesión de la partición hereditaria (<i>S. de 27 de octubre de 2000</i>)	134
IX. Penal	139
1. Delito de alzamiento de bienes (<i>S. de 14 de octubre de 2000</i>) .	139
2. Delito de alzamiento de bienes (<i>S. de 10 de octubre de 2000</i>) .	142

	Página
3. Delito de revelación de secretos (<i>S. de 23 de octubre de 2000</i>) .	144
4. Delito de mendicidad (<i>S. de 11 de noviembre de 2000</i>)	146
5. Responsabilidad penal por el fallecimiento de un menor (<i>S. de 1 de diciembre de 2000</i>)	149
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	153
I. Pensiones de viudedad	153
1. Pese a la existencia de una separación judicial, a los efectos de la pensión de viudedad se computa todo el tiempo transcurrido hasta el fallecimiento del causante, ya que ha quedado acreditado que tras la separación los cónyuges continuaron conviviendo en el mismo domicilio (<i>TSJ NAVARRA, S. de 29 de septiembre de 2000</i>)	153
II. Incapacidad	155
1. Preferencia del juzgado del lugar de residencia efectiva del presunto incapaz frente al del lugar de su domicilio oficial para conocer de la demanda de incapacitación (<i>TSJ CASTILLA Y LEÓN (BURGOS), S. de 29 de diciembre de 2000</i>)	155
III. Regímenes económico-matrimoniales	161
1. En los supuestos en los que se llega a la disolución de la sociedad de gananciales sin realizarse inventario, el cónyuge no deudor, ha de responder también de acuerdo con la regla general del art. 1.911 CC, en relación con la denominada responsabilidad “ultra vires”, con los bienes que se le adjudicaron, y además con los suyos propios (<i>TSJ PAÍS VASCO, Sec. 2.ª, S. de 9 de octubre de 2000</i>)	161
2. Carácter ganancial de la deuda contraída por el esposo y responsabilidad de todos los bienes gananciales, incluidos los que se adjudicaron a la esposa, ya que ésta conocía la explotación del negocio y además éste redundaba en su beneficio (<i>TSJ NAVARRA, S. de 19 de octubre de 2000</i>)	163

	Página
IV. Donaciones entre cónyuges	167
1. Estimación de la demanda en la que la esposa solicitaba la declaración de validez de la donación “propter nuptias”, al ser ineficaz la revocación efectuada posteriormente por el marido, ya que la Ley 76 del Fuero Nuevo de Navarra no fundamenta la eficacia de la donación “propter nuptias” en la efectiva convivencia de los cónyuges (<i>TSJ NAVARRA, S. de 3 de octubre de 2000</i>)	167
AUDIENCIAS PROVINCIALES	173
I. Causas de separación, divorcio y nulidad	173
1. El hecho de que se diga que se tuvieron que casar por presiones sociales del pueblo y de los padres de ambos es irrelevante a los efectos de declaración de nulidad del matrimonio, puesto que en modo alguno está acreditado qué tipo de presión sufrieron por parte de los padres, que ni siquiera han sido traídos al procedimiento a declarar, ni por parte del pueblo, no se describe en la demanda en qué consistieron las coacciones, presiones, etc. <i>AP NAVARRA, Sec. 3.ª, S. de 6 de abril de 2001</i>	173
2. Decretada la separación, se presume que desde esa fecha ha cesado la convivencia, correspondiendo la carga de probar la convivencia al cónyuge que se opone al divorcio. <i>AP NAVARRA, Sec. 3.ª, S. de 25 de mayo de 2001</i>	176
II. Patria potestad, guarda y custodia, y régimen de visitas	176
1. Aun cuando la indemnización por fallecimiento del hijo en accidente de tráfico corresponde por mitad a ambos cónyuges, procede atribuirle íntegramente a la madre, teniendo en cuenta que era el único progenitor con el que convivía el menor y el padre se encontraba en ignorado paradero. <i>AP TOLEDO, Sec. 1.ª, S. de 19 de febrero de 2001</i>	176

	Página
2. Supresión de la pernocta con el padre hasta que éste acredite un grado de rehabilitación del alcoholismo duradero y estable. <i>AP TERUEL, S. de 9 de enero de 2001</i>	178
3. No fijación de un régimen de visitas cuando el progenitor está internado en un centro penitenciario. <i>AP CÁCERES, Sec. 1.ª, S. de 22 de enero de 2001</i>	178
4. A pesar de que se haya dictado sentencia estimando la reclamación de paternidad no procede fijar un régimen de visitas restrictivo habida cuenta que las cartas intercambiadas entre ambos progenitores cuando su relación existía denotan interés del padre en estar y atender a la hija. <i>AP ÁLAVA, Sec. 2.ª, S. de 26 de enero de 2001</i>	179
5. Aumento del régimen de visitas a instancia del progenitor custodio, dada la necesidad de compartir ambos padres la responsabilidad del menor que se encuentra afectado por una enfermedad que exige una continua atención. <i>AP BILBAO, Sec. 6.ª, S. de 25 de abril de 2001</i>	180
III. Vivienda familiar	181
1. Improcedencia de fijar como límite al derecho de uso de la vivienda la circunstancia de que la esposa venga a mejor fortuna. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 31 de enero de 2001</i>	181
2. Procedencia de la reclamación de cantidad efectuada por uno de los excónyuges al otro en concepto de pago de la mitad de las cuotas extraordinarias de la comunidad de propietarios y del IBI respecto de la vivienda que, tras la liquidación de la sociedad de gananciales, es propiedad de ambos. <i>AP ASTURIAS, Sec. 6.ª, S. de 5 de marzo de 2001</i>	182
IV. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio	183
1. Atribuida la guarda y custodia al padre, no procede fijar pensión alimenticia a cargo de la madre al haber quedado acreditada la imposibilidad material de ésta para atender siquiera sus propias necesidades alimentarias. <i>AP ÁLAVA, Sec. 1.ª, S. de 17 de enero de 2001</i>	183

	Página
2. Habiéndose acreditado que el demandado, además de percibir una pensión, trabaja de forma más o menos clandestina, de ello se deduce una presunción de onerosidad cuya destrucción corresponde al propio demandado. <i>AP ÁLAVA, Sec. 1.ª, S. de 17 de enero de 2001</i>	184
3. El nacimiento de nuevos hijos constituye una alteración sustancial de las circunstancias a efectos de modificar la pensión alimenticia de los hijos del anterior matrimonio. <i>AP LAS PALMAS, Sec. 4.ª, S. de 29 de enero de 2001</i>	185
4. Extinción de la pensión alimenticia por el solo hecho de encontrarse el hijo en disposición de trabajar, máxime con las óptimas condiciones de empleo que concurren en la actualidad. <i>AP LLEIDA, Sec. 1.ª, S. de 22 de febrero de 2001</i>	187
5. A pesar de que en el convenio regulador se pactase que la pensión alimenticia se extinguiría automáticamente cuando cada uno de los hijos fuese alcanzando mayoría de edad, la falta de ingresos de la hija y sus mayores necesidades por estudios universitarios impiden que la pensión se extinga. <i>AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 22 de febrero de 2001</i>	187
6. Mantenimiento de la pensión en concepto de contribución a las cargas del matrimonio a pesar de haberse dictado una sentencia de divorcio. <i>AP BURGOS, Sec. 3.ª, S. de 8 de marzo de 2001</i> .	188
7. Admisibilidad como gastos extraordinarios del 50% de la cantidad que se abone a una tercera persona que atienda al menor dada la enfermedad que el mismo padece. <i>AP BILBAO, Sec. 6.ª, S. de 25 de abril de 2001</i>	189
 V. Pensión compensatoria	 190
1. A pesar de que la esposa haya encontrado un trabajo, no procede extinguir la pensión compensatoria, habida cuenta de que no se ha acreditado que tal trabajo sea de carácter permanente. <i>AP ÁLAVA, Sec. 1.ª, S. de 24 de enero de 2001</i>	190
2. No procede fijar limitación temporal a la pensión compensatoria. <i>AP GRANADA, Sec. 3.ª, S. de 29 de enero de 2001</i>	192
3. Extinción de la pensión compensatoria al haberse acreditado la convivencia de la beneficiaria de la misma con otra persona de su mismo sexo. <i>AP VIZCAYA, Sec. 6.ª, S. de 16 de marzo de 2001</i>	193

	Página
VI. Cuestiones procesales	194
1. Nulidad de actuaciones cuando con posterioridad a la ratificación de la demanda de mutuo acuerdo el esposo efectúa una comparecencia revocando dicho consentimiento y a pesar de ello se dicta sentencia de separación. <i>AP BILBAO, Sec. 2.ª, S. de 28 de marzo de 2001</i>	194
2. No puede acordarse la anotación preventiva de la demanda de separación en el Registro de la Propiedad con la finalidad de garantizar el pago de las responsabilidades económicas que se pronuncien en el proceso, ya que ésta no opera como un embargo preventivo ni está afecta al pago de las pensiones que se fijen. <i>AP TARRAGONA, Sec. 1.ª, Auto de 20 de abril de 2001</i> .	196
3. El convenio, una vez suscrito y ratificado, vincula a los cónyuges y, procesalmente, determina la continuidad del procedimiento de mutuo acuerdo, dictándose sentencia sin más trámite, no siendo factible introducir incidente alguno para modificar lo convenido por los cónyuges en el ámbito de sus relaciones económicas porque uno de ellos muestre disconformidad con alguna cláusula o alegue cambio de circunstancias. <i>AP TARRAGONA, Sec. 1.ª, S. de 18 de mayo de 2001</i>	197
4. Validez de la cláusula contenida en el convenio regulador del divorcio en la que los cónyuges pactaban que “al tiempo de la firma del convenio se encuentran al corriente del pago de cuantos alimentos se han devengado para los menores desde el proceso de separación”. <i>AP VALLADOLID, Sec. 1.ª, S. de 29 de mayo de 2001</i>	198
VII. Ejecución de sentencias	199
1. Legitimación del progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad para instar la ejecución solicitando las pensiones alimenticias no abonadas. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 23 de enero de 2001</i>	199
2. Abono de la pensión alimenticia desde la fecha de presentación de la demanda, ya que la falta de solicitud de medidas provisionales no puede perjudicar un derecho natural del hijo. <i>AP LUGO, Sec. 2.ª, Auto de 16 de febrero de 2001</i>	201

	Página
3. El progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad tiene legitimación para reclamar las pensiones alimenticias no abonadas por el otro progenitor. <i>AP ASTURIAS, Sec. 6.ª, S. de 5 de marzo de 2001</i>	202
4. La omisión de cualquier referencia a los gastos extraordinarios dentro del convenio regulador no puede interpretarse como una total exoneración del padre frente a estos gastos. <i>AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 22 de febrero de 2001</i>	202
VIII. Regímenes económicos	203
1. Carácter ganancial del dormitorio al no haber acreditado el esposo la adquisición a título individual. <i>AP ÁLAVA, Sec. 2.ª, S. de 11 de enero de 2001</i>	203
2. Carácter ganancial de la devolución del IRPF habida cuenta que realizaron la declaración conjunta y que dicha cantidad la percibió el esposo cuando ya se encontraban separados. <i>AP ÁLAVA, Sec. 2.ª, S. de 11 de enero de 2001</i>	203
3. Carácter ganancial de las acciones que se suscribieron por la sociedad de gananciales ejercitando un derecho de suscripción preferente en la ampliación de capital de la entidad mercantil de cuyo capital social era titular en un tercio, sin que sea obstáculo para tal conclusión que para su adquisición se aportase dinero privativo de uno de los cónyuges. <i>AP PONTEVEDRA, Sec. 1.ª, S. de 12 de enero de 2001</i>	204
4. Improcedencia de interponer una tercería de dominio por la esposa cuando no se ha disuelto la sociedad de gananciales. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 3.ª, S. de 22 de enero de 2001</i>	206
5. La deuda contraída por uno sólo de los cónyuges constante la sociedad de gananciales se presume privativa, recayendo sobre el acreedor la carga de probar que la actuación individual del cónyuge deudor estaba incurso en alguno de los supuestos en que se prevé legalmente que deban responder los bienes gananciales. <i>AP MADRID, Sec 10.ª, S. de 17 de febrero de 2001</i>	207
6. Obligación del esposo de abonar la totalidad del préstamo hipotecario de la vivienda ganancial, aun cuando esté disuelta la sociedad, sin perjuicio del posterior derecho de reintegro, ya que es el único que obtiene ingresos. <i>AP VIZCAYA, Sec. 6.ª, S. de 16 de marzo de 2001</i>	209

	Página
7. Responsabilidad de los bienes gananciales por una deuda contraída por el esposo constante la sociedad, siendo indiferente que posteriormente se otorgasen capitulaciones matrimoniales. <i>AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, Sec. 3.ª, S. de 25 de mayo de 2001</i>	209
IX. Filiación	211
1. Al ser la hermana del presunto padre la única heredera, es necesario dirigir la demanda de reclamación de paternidad contra la misma, existiendo pues falta de litisconsorcio pasivo necesario. <i>AP ASTURIAS, Sec. 6.ª, S. de 19 de enero de 2001</i>	211
2. La circunstancia de que en el convenio regulador se pactase que “a los efectos prevenidos en los arts. 115 y ss. del vigente CC, por ambos comparecientes se reconoce, de forma expresa en este acto, que la actual situación de embarazo de la esposa se remonta a una fecha anterior a la celebración del matrimonio, rechazándose la filiación de dicha criatura, respecto del marido”, no implica una renuncia a la paternidad. <i>AP PONTEVEDRA, Sec. 3.ª, S. de 6 de marzo de 2001</i>	213
X. Procedimientos de menores	215
1. No procede privar de la patria potestad a los padres en el presente supuesto en el que la Diputación Foral tras casi dos años de internamiento en el que no existieron problemas de interés (los padres realizaban las visitas), ante la falta de cumplimentación de un trámite, en un espacio de dos meses, y de forma sorpresiva para los padres a los que se les había dado nueva cita ya que la encargada estaba de vacaciones, acuerda el apartamiento total de la menor con sus padres. <i>AP VIZCAYA, Sec. 2.ª, S. de 22 de enero de 2001</i>	215
2. Personas idóneas para el cargo de tutor cuando fallecen los padres. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, Auto de 19 de febrero de 2001</i> .	218
XI. Uniones de hecho	221
1. Fijación de una pensión económica que compense el trabajo realizado por la conviviente, si bien con una limitación temporal de dos años. <i>AP ALBACETE, Sec. 2.ª, S. de 13 de febrero de 2001</i>	221

	Página
XII. Temas penales	223
1. Condena a los padres por abandono de familia ante la situación de absentismo escolar que sufren los hijos, incluso para el padre que, como consecuencia de la separación, tiene otro domicilio. <i>AP PALENCIA, S. de 15 de enero de 2001</i>	223
2. Condena por malos tratos a la madre que causa un hematoma al hijo tratando de evitar que éste llamara a su padre por teléfono. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 3 de febrero de 2001</i>	224
3. Absolución del delito de impago de pensiones cuando queda acreditada la incapacidad del acusado para hacer frente a las pensiones que se acordaron en el procedimiento matrimonial, ya que sólo dos meses después del dictado de la sentencia que le imponía la obligación de pago de las pensiones alimenticias a favor de sus hijos se erigió como demandante de empleo, sin que conste dado de alta en actividad remunerada alguna. <i>AP BARCELONA, Sec. 7.ª, S. de 5 de febrero de 2001</i>	225
4. Condena por una falta de coacciones a la esposa que cambia la cerradura de la vivienda familiar impidiendo al marido el acceso a la misma. <i>AP CUENCA, S. de 15 de febrero de 2001</i> ..	227
5. Plazo de prescripción del delito de impago de pensiones y de la reclamación en concepto de responsabilidad civil. <i>AP VALENCIA, Sec. 5.ª, S. de 14 de marzo de 2001</i>	229
6. Absolución del delito de impago de pensiones cuando el acusado estaba en la creencia de que no debía abonar las pensiones tras la firma de dos acuerdos extrajudiciales suscritos entre los progenitores. <i>AP MADRID, Sec. 2.ª, S. de 6 de marzo de 2001</i> .	230
7. El delito contemplado en el art. 227 del CP es un delito permanente, por cuyo motivo no es compatible con un delito continuado, a pesar de que se dejen de abonar más número de mensualidades de las establecidas en la ley, ya que, en realidad, cada vez que transcurren los períodos mínimos de tiempo establecidos en el art. 227 o en el anterior 487 bis existe un único ilícito penal con efectos permanentes en el tiempo. <i>AP VALENCIA, Sec. 5.ª, S. de 14 de marzo de 2001</i>	231

	Página
XIII. Otras cuestiones	233
1. A pesar de que el Código Civil únicamente contemple el acogimiento y guarda de menores, por analogía cabe extender esa regulación a los mayores de edad declarados incapaces. <i>AP VIZCAYA, Sec. 3.ª, S. de 29 de enero de 2001</i>	233

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Filiación	237
1.1. Si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial correspondiente, siendo indiferente que el presunto padre reconociese al menor en escritura pública y que el marido de la esposa hubiese fallecido. <i>R. de 23 de enero de 2001</i>	237
1.2. Es inscribible el reconocimiento de la paternidad no matrimonial con consentimiento expreso de la madre y representante legal del menor de edad, por más que el Consulado de España en S. tenga sospechas de que se trata de una adopción encubierta. <i>R. de 29 de enero de 2001</i>	239
1.3. Inscripción de la filiación matrimonial presumida legalmente cuando en el expediente en el que se pretende inscribir una paternidad no matrimonial, no ha sido oído el esposo y las pruebas testificales no son suficientemente explícitas en cuando a la fecha de la separación de hecho. <i>R. de 14 de febrero de 2001</i>	241
1.4. No es posible hacer constar la filiación no matrimonial si ésta no ha quedado determinada legalmente, no siendo suficiente con que en la partida de bautismo aparezca el nombre de la presunta madre. <i>R. de 20 de febrero de 2001</i>	242

	Página
2. Matrimonio	244
2.1. Procede inscribir el matrimonio celebrado en la República Dominicana al haber quedado acreditado que el mismo se produjo a los tres meses de la llegada del esposo a dicho país. <i>R. de 25 de enero de 2001</i>	244
2.2. Se deniega su inscripción porque la interesada estaba casada anteriormente con otro varón, siendo indiferente que se dictase sentencia de divorcio en Suiza, ya que esta sentencia no obtuvo el preceptivo exequátur. <i>R. de 19 de abril de 2001</i> . . .	246
3. Regímenes económico-matrimoniales	247
3.1. Admisibilidad de la dación en pago de bienes gananciales para cancelar unas deudas que el esposo tenía con un tercero, a pesar de que no existe presunción de ganancialidad de las deudas, habida cuenta que la esposa le había conferido poder al esposo para actos de disposición de bienes, siendo indiferente que dicho poder se confiriese con anterioridad a la reforma de 1981. <i>R. de 11 de septiembre de 2000</i>	247
3.2. Las simples manifestaciones del cónyuge de que el dinero para la compra procede de una donación, y que el dicho dinero es precisamente el recibido con anterioridad, no son suficientes para destruir registralmente la presunción de ganancialidad ya que la manifestación hecha bajo la fe del Notario no es prueba de la realidad de los actos a los que la manifestación se refiere. <i>R. de 7 de diciembre de 2000</i>	252

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

— Algunos problemas derivados del ámbito de aplicación personal del Reglamento 1347/2000 relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. <i>Rocío Caro Gándara</i>	259
--	-----

TRIBUNA ABIERTA

- La adopción ilegal y la compraventa de niños 271
- La paternidad y la maternidad tras el divorcio 276

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar en Galicia 289

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

- Publicaciones y Noticias 297

AVANCES JURISPRUDENCIALES

- Avances jurisprudenciales 309

ESTUDIOS DOCTRINALES

LOS DERECHOS SUCESORIOS DE LAS PAREJAS DE HECHO EN LOS DERECHOS CIVILES CATALÁN Y ARAGONÉS

CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE

*Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona
y Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Barcelona*

ANTONIA JIMÉNEZ ARAGONÉS

*Licenciada en Derecho. Master en Derecho de Familia y Postgraduada en Derecho Civil Catalán
por la Universidad de Barcelona. Oficial de Justicia.*

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN: PERSPECTIVA HISTÓRICA Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PAREJAS DE HECHO.**
- II. LA INTRODUCCIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO EN EL SISTEMA SUCESORIO CATALÁN.**
- III. LOS DERECHOS SUCESORIOS EN LA LEY DE UNIONES ESTABLES DE PAREJA.**
 - 1. Efectos sucesorios de las uniones estables, tanto heterosexuales (artículo 18) como homosexuales (artículo 33).
 - 2. Los derechos sucesorios específicos de las uniones estables de pareja homosexuales (artículos 34 y 35).
 - 3. Aproximación crítica a la regulación de efectos sucesorios en las uniones estables de pareja en Cataluña.
 - 4. En cuanto a la unión estable homosexual.
 - 5. Análisis de los derechos sucesorios de las parejas estables no casadas según la Ley Aragonesa 6/1999, de 26 de marzo y según la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio.
- IV. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA DE CONSULTA.**

I. INTRODUCCIÓN: PERSPECTIVA HISTÓRICA Y SITUACIÓN ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PAREJAS DE HECHO

Tradicionalmente el matrimonio ha sido el único núcleo familiar amparado y protegido legalmente. Aunque en la realidad social se constituían de hecho otros núcleos familiares al margen del matrimonio, éstos estaban por lo general condenados a la marginalidad o a la reprobación por parte de la sociedad, muy influida por el carácter confesional de los Estados y, por ende, de los ordenamientos jurídicos latinos. En consecuencia, las uniones extramatrimoniales carecían de reconocimiento legal en un sentido positivo. También sucedía lo mismo en cuanto a las relaciones verticales o paterno-filiales, ya que hasta la reforma del Código Civil introducida por la Ley de 13 de marzo de 1981 los hijos no matrimoniales, tachados de “ilegítimos”, no gozaban de la misma consideración ni protección jurídica que los nacidos dentro del seno de las relaciones matrimoniales. Esta reforma se produjo a causa de la contradicción que se recogía en el Código Civil en cuanto a la discriminación por razón de filiación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales, totalmente inconstitucional, al contradecir el principio de igualdad y equiparación que en esta materia se deduce del artículo 14 de la Constitución.

Tras la promulgación de la Constitución española queda derogada, con base en los principios democráticos, esa desigualdad jurídica. En este contexto, el artículo 39 de la Constitución establece y ordena la protección social, económica y jurídica de la familia y de los hijos, con independencia de su origen, en ambos casos, aunque todavía no puede afirmarse la existencia de igualdad entre las relaciones horizontales o de pareja.

No obstante, aunque las parejas de hecho aparentemente surgen como un fenómeno actual, un nuevo o “moderno” modelo familiar, al poner el acento en su constitución como consecuencia de la libertad personal de la pareja que elige, en la vía del desarrollo de la personalidad, formar este núcleo de convivencia familiar, hay que recordar que incluso durante el Imperio romano se consideraba “*iustae nuptiae*” —matrimonio legítimo— la unión entre hombre y mujer que reunía los requisitos del “*vir et uxor connubium*”, al convivir afectivamente con la mera apariéncia honorable (“*honoris et affectio maritalis*”). El matrimonio mismo no consistía más que en una convivencia afectiva entre personas adultas, y cesaba cuando se rompía tal convivencia, desde el momento en que existía la constancia de que unilateral o bilateralmente se deseaba poner fin a esa relación, a través del “*divortium*” o “*repudium*”. Como es sabido, los esquemas familiares romanos dejaron de ser vigentes a partir de la promulgación del denominado “Decreto Tametsi” en fecha 11 de noviembre de 1563, por cuanto que supuso la implantación de la exigencia legal de la celebración formal del matrimonio como requisito necesario para su validez. Es decir, en

nuestra historia ha habido más siglos en los que el matrimonio se constituía sin forma solemne de celebración a efectos de validez jurídica, puesto que el comportamiento conyugal equivalía al consentimiento matrimonial —es especialmente significativo el denominado matrimonio “a yuras”, de influencia visigótica, en nuestro derecho histórico patrio—. Actualmente el cambio de siglo experimenta un replanteamiento de los esquemas legales familiares en el derecho continental. La mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea están adaptando, de una forma u otra, sus respectivas legislaciones a los modelos convivenciales que coexisten socialmente, con una clara tendencia a la equiparación, total o parcial, al matrimonio, que se justifica en la similitud que presentan todos los núcleos familiares basados en relaciones de filiación, natural o adoptiva, o simplemente en situaciones de convivencia afectiva en pareja.

Junto con la existencia de parejas estables de distinto sexo que presentan una convivencia análoga a la matrimonial sin estar casadas, se presenta una situación similar, no idéntica, con las parejas estables del mismo sexo, con las que comparten la característica de la convivencia afectiva estable. Éstas también han dejado de ser un fenómeno ilícito, inmoral y, en consecuencia, marginal. Los derechos fundamentales derivados del principio de libertad personal que fundamentan nuestro sistema democrático conllevan la aceptación general, en condiciones naturales de normalidad, y también legal, del hecho de que toda persona adulta debe ver reconocido su derecho a establecer la relación de convivencia afectiva más acorde con su propia orientación sexual.

La primera Ley “ad hoc” sobre parejas de hecho en el ordenamiento jurídico español ha sido la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, aprobada por el Parlamento de Cataluña, con un ámbito de aplicación limitado a las parejas en que al menos uno de sus miembros tenga la vecindad civil catalana. Posteriormente fue seguida por la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables no Casadas, de las Cortes de Aragón; por la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la Igualdad Jurídica de las Parejas Estables del Parlamento de Navarra y por la Ley 1/2001, de 6 de abril, de Uniones de Hecho, de las Cortes Valencianas. Todas ellas regulan la misma materia en el ámbito de competencia de las respectivas Comunidades Autónomas, sin que exista previsión, de momento, sobre una regulación estatal, ya que las diversas proposiciones y proyectos de ley que se han presentado a la Mesa del Congreso de los Diputados, a fin de dotar de efectos jurídicos a estos núcleos familiares distintos del matrimonio, no han prosperado hasta el momento, ya sea por los motivos técnicos en que se han amparado los grupos parlamentarios que han impedido su aprobación con el voto en contra, ya sea por el propio funcionamiento parlamentario, que ha impedido su adopción ante los cambios de legislatura.

En el derecho comparado de los países de nuestro área de influencia se evidencian varias tendencias de impulso legislativo al respecto, tras la resolu-

ción 1994 (28), de 8 de febrero, por la que el Parlamento Europeo recomienda a los Estados Miembros de la Unión que, a través de su legislación interna, pongan fin a la prohibición de contraer matrimonio y de adopción conjunta para las parejas homosexuales y promuevan el acceso de las parejas de hecho a regímenes jurídicos equivalentes al matrimonial, en los que se les garanticen a aquéllas “los plenos derechos y beneficios del matrimonio”, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con base en el artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1950, en el que “no se distingue entre la familia legítima y la familia natural”. En Europa pueden apreciarse tres líneas o tendencias en la regulación de efectos de la pareja de hecho, que pueden apuntarse, en síntesis: un primer sistema, iniciado por la Ley danesa de 1 de octubre de 1989, de protección basado en el registro público o administrativo de la pareja; otro sistema surgido en la misma época en Suecia de institución a partir de la convivencia o cohabitación de hecho acreditada; y un sistema reciente, de corte francés (Ley de 7 de abril de 1999, sobre Pacto Civil de Solidaridad), en el que se otorga eficacia jurídica a la pareja que otorga un contrato sobre su unión personal. Todos ellos han tenido un cierto paralelismo en nuestro país, ya que a la primera responden las leyes aragonesa y valenciana; a la segunda la ley catalana, en cuanto a las parejas de distinto sexo, y algunos efectos puntuales introducidos en leyes especiales de ámbito estatal, como la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994; a la tercera, finalmente, respondía el proyecto de ley de contrato de unión civil que presentó el Grupo Parlamentario Popular a las Cortes Generales durante la pasada legislatura y que decayó tras su finalización sin haberse llegado a discutir en el Congreso de los Diputados.

II. LA INTRODUCCIÓN DE LAS PAREJAS DE HECHO EN EL SISTEMA SUCESORIO CATALÁN

El desarrollo del Derecho de Sucesiones, como es sabido, parte del principio fundamental de la continuidad patrimonial que, en esencia, implica la subrogación personal del sucesor en la misma posición jurídica que ocupaba el causante respecto de la mayoría de derechos de los que era titular, que son transmisibles por causa de muerte. En este sentido se mantiene la idea que se recoge en los textos romanos de la “*successio in ius defuncti*” o “*in universum ius*”, que la doctrina romanista define, en síntesis, como un reemplazo en la situación jurídica del titular del patrimonio que quedaría vacante por su fallecimiento, que comporta que el sucesor o “*heres*” se considere como el continuador de las relaciones jurídicas transmisibles que, activa o pasivamente, ocupaba el causante.

El sistema sucesorio catalán comparte con el resto la aplicación general del principio de prioridad o prevalencia de las previsiones del causante respecto de

la designación de su sucesor “mortis causa” y, en consecuencia, “la sucesión intestada sólo puede tener lugar en defecto de heredero instituido”, según el artículo 3.2 del Código de Sucesiones de Cataluña; es decir, que el heredero legal o “ab intestato” es un sucesor subsidiario, ya que sólo tiene derecho a heredar cuando el causante no haya hecho uso de su facultad de nombrar a su sucesor. La institución de heredero es un imperativo legal que implica, por seguridad jurídica, que todo causante tenga un sucesor universal o heredero que, de acuerdo con los criterios de la sucesión “mortis causa”, es el llamado a subrogarse en todos los derechos y obligaciones transmisibles de su causante. Cuando la designación del sucesor se sigue por vía legal, a falta de institución voluntaria, la Ley —artículo 323 del Código de Sucesiones de Cataluña— siempre llama a los parientes más cercanos al difunto, como herederos o sucesores universales, a través de presunciones de afectividad o de voluntad “iuris et de iure” a menudo discutibles en la práctica. Este título de vocación sucesoria, que recibe la denominación de intestado o “ab intestato”, tiene por finalidad proporcionar a determinadas personas, identificadas en cuanto a los primeros llamados a través de una relación familiar o parental con el causante, un título para heredarle cuando la sucesión no puede regirse por testamento ni por heredamiento, ya sea por su ausencia, ya sea por su ineficacia. Por tal razón, se puede afirmar que la Ley se configura como título sucesorio al determinar las personas que sucederán al difunto que no ha otorgado testamento y al excluir, por defecto, los parientes y allegados que no son mencionados.

III. LOS DERECHOS SUCESORIOS EN LA LEY DE UNIONES ESTABLES DE PAREJA

1. Efectos sucesorios de las uniones estables, tanto heterosexuales (artículo 18) como homosexuales (artículo 33).

Se establecen efectos legales a favor del conviviente superviviente en el caso de defunción de uno de los miembros de la pareja de distinto sexo cuya convivencia quede acreditada por un plazo de dos años, tengan hijos comunes, o hayan otorgado escritura pública de constitución de unión estable de pareja. En el supuesto de parejas del mismo sexo exclusivamente se aplicará la Ley si han constituido la unión estable de pareja mediante el otorgamiento de escritura pública. Pueden identificarse tres efectos “ex lege” a favor del compañero superviviente:

1. El derecho de predetracción: El superviviente tiene derecho de propiedad sobre las prendas, el mobiliario y los utensilios que configuran el ajuar de la vivienda habitual en la que convivieron, sin que se computen, en su caso, en su haber hereditario. No obstante, se excluye de este

derecho la transmisión del derecho de propiedad de los bienes que consistan en joyas o en objetos artísticos, así como aquellos otros que sean de “valor extraordinario”, fijándose este carácter tomando en consideración el nivel de vida que llevaba la pareja en el momento inmediatamente anterior al fallecimiento y el valor del patrimonio relicto. También se excluyen de la predetracción los bienes muebles que fuesen de procedencia familiar de los parientes del fallecido —adquiridos a título lucrativo o gratuito—. Este derecho, similar al que se establece en el artículo 1321 del Código Civil y 35 del Código de Familia de Catalunya, para el matrimonio, y que debe cumplirse con anterioridad a la liquidación del régimen económico matrimonial, se establece sobre bienes de escaso valor económico, siendo más trascendente su valor sentimental para el conviviente superviviente, aunque el concepto jurídico del “nivel de vida” suele ser una cuestión conflictiva entre el beneficiario de este derecho y los herederos del causante.

2. El derecho equivalente al “año de viudedad” (también conocido como año de luto o “any de plor”) que se regula para el matrimonio en el artículo 36 del Código de Familia de Catalunya: Durante el año siguiente a la muerte de uno de los convivientes el superviviente tiene derecho a residir en la vivienda habitual de la pareja propiedad del difunto, pudiendo ejercitar su facultad de tomar posesión de la misma, y, exclusivamente en el caso de la unión estable heterosexual —resultando injustificable con los criterios protectores de la Ley la exclusión de la unión homosexual en este sentido—, de ser alimentado con cargo al patrimonio del premuerto, de acuerdo con el nivel de vida de la pareja y con la cuantía del caudal relicto. Estos derechos, de carácter personalísimo, son independientes de otros que puedan corresponder al superviviente en virtud de la sucesión del premuerto, salvo en el caso de que éste hubiese atribuido al superviviente el usufructo universal de la herencia, con una duración temporal igual o superior a un año, o algún derecho que comprenda éste. Tales derechos, por lo demás, se pierden no sólo por el transcurso del plazo del año, sino también por renuncia o fallecimiento del beneficiario, así como si durante ese año éste contrae matrimonio o pasa a convivir maritalmente o, en el caso de las uniones estables de pareja de distinto sexo, si descuida gravemente sus deberes hacia los hijos o las hijas comunes con el premuerto.

En consecuencia, aunque la propiedad de la vivienda del conviviente fallecido se transmite a sus herederos, éstos deben soportar “ex lege” la carga de un derecho de habitación a favor del conviviente superviviente durante el año siguiente al día del fallecimiento.

3. El derecho de subrogación arrendaticia: Si el difunto era arrendatario de la vivienda en la que convivía la pareja, el conviviente tiene dere-

cho a subrogarse en los mismos términos y condiciones por el período que reste de la relación contractual originaria. Baste indicar que este derecho, establecido desde una cuestionable legalidad competencial, no constituye ninguna novedad y que resulta totalmente superfluo, por cuanto que se reitera lo que se disponía en el artículo 16.1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

2. **Los derechos sucesorios específicos de las uniones estables de pareja homosexuales (artículos 34 y 35).**

1. Se prevé el derecho de sucesión intestada exclusivamente para la pareja homosexual, constituyendo una mayor protección calificada por algunos como discriminación positiva hacia este tipo de parejas de hecho, bajo el argumento simplista de castigar a los que, pudiendo, no contraen matrimonio, frente a los que, aunque quieran, no se les permite legalmente contraer matrimonio. No obstante, hay que destacar que no se les equipara en derechos del cónyuge viudo en el derecho civil catalán (artículos 34 de la Ley de Uniones Estables de Pareja y 330 a 335 del Código de Sucesiones de Cataluña). En concreto, los derechos reconocidos se fijan en consideración a los parientes más directos del fallecido que concurren con su pareja en el momento de su defunción, previéndose tres posibilidades:

- a) Si concurre el compañero supérstite con descendientes o ascendientes del causante, únicamente podrá ejercitar una acción personal de reclamación de cantidad contra los herederos del premuerto acreditando que no tiene medios económicos suficientes para su adecuado sustento. La suma exigible no puede exceder, en ningún caso, del límite cuantitativo de la cuarta parte del caudal relicto o valor de la herencia —pudiendo equipararse a la cuarta viudal que se reconoce al cónyuge viudo en el artículo 352 y siguientes del Código de Sucesiones de Catalunya, a los efectos interpretativos e integradores—, pudiendo los herederos optar entre su pago con parte de los bienes hereditarios o en metálico, por su equivalencia pecuniaria. Asimismo el conviviente supérstite podrá reclamar el pago de la parte proporcional de los frutos y de las rentas de esa parte de la herencia, que hubieren percibido los herederos desde el día de la muerte de su compañero o, en su caso, los intereses legales del montante dinerario.

Al respecto, son de aplicación los siguientes criterios: en primer lugar, hay que tener en cuenta que para fijar la cuantía de este derecho de crédito a favor del conviviente homosexual del difunto se deducen, por una parte, los bienes y los derechos evaluables económicamente que el causante le hubiese atribuido a su favor a través de su herencia, aunque

aquél renunciase, y se adicionan, por otra parte, los bienes propios del superviviente, así como las rentas y los salarios que éste perciba, debiendo capitalizarse a estos efectos por aplicación del interés legal del dinero. En segundo lugar, hay que tomar en consideración que la cuantía del derecho de crédito a favor del superviviente homosexual se limita a lo necesario, en bienes o en dinero, para proporcionarle medios patrimoniales suficientes para su adecuado sustento, aunque el importe de la cuarta parte del caudal relicto que se fija como máximo sea superior; sin embargo, “a contrario sensu”, si el importe de esa cuarta parte no alcanzase el mínimo vital para tal fin nunca se excederá de ese límite, aunque resulte insuficiente. Por último, el derecho de crédito que la Ley establece a favor del conviviente homosexual supérstite se extingue por cualquiera de las siguientes causas: por renuncia del beneficiario con posterioridad al fallecimiento de su causante, por matrimonio o convivencia en pareja del supérstite antes de su reclamación, por su fallecimiento acaecido antes de reclamarla, y por el transcurso del plazo de prescripción de la acción, que decae al año desde el día de la muerte del causante.

- b) Si cuando fallece el causante no existen descendientes ni ascendientes suyos, pero sí hay hermanos (parientes colaterales suyos en segundo grado de consanguinidad o por adopción) o sobrinos (hijos de los hermanos premuertos al causante que ocupan la posición de su progenitor por el llamado derecho de representación), el compañero homosexual supérstite, en concurrencia con estos parientes, tiene derecho a la propiedad de la mitad del caudal relicto o bienes de la herencia, repartiéndose la otra mitad entre esos parientes de segundo o tercer grado colateral.
- c) A falta de los parientes indicados anteriormente, el conviviente homosexual supérstite tiene derecho a la totalidad de la herencia, en calidad de heredero universal intestado, lo que supone, teniendo en cuenta el sistema sucesorio anteriormente vigente, una reducción de la lista de parientes colaterales llamados a la herencia en el régimen general y la exclusión de la Generalitat de Catalunya como heredera intestada a beneficio de inventario ante la falta de los parientes directos o colaterales que la ley identifica como herederos por vía intestada.

En consecuencia, el orden de llamamiento de la sucesión intestada en el derecho civil catalán queda modificado del siguiente modo: primero, hijos y descendientes; segundo, cónyuge; tercero, ascendientes; cuarto, pareja estable y colaterales de segundo grado —o sobrinos por derecho de representación del hermano premuerto—; quinto, pareja estable; sexto, parientes colaterales hasta el cuarto grado; y séptimo, la Generalitat de Catalunya.

2. En cuanto a la posibilidad de que se abra la sucesión testada, por existir testamento otorgado durante su vida por el conviviente homosexual fallecido, en el caso de que su pareja no hubiese sido instituido como heredero universal, o no se le hubiesen atribuido por el testador otros derechos de la herencia a título particular que superen esa cuarta parte de “pensión asistencial” que se fija en el sistema de sucesión intestada cuando éste concurre con parientes directos del premuerto, el conviviente supérstite mantiene en el régimen de sucesión testada del causante el mismo derecho establecido para esos casos de concurrencia con parientes directos en la sucesión intestada (artículo 35 de la Ley de Uniones Estables de Pareja); es decir, tiene la facultad de reclamar mediante acción personal a los herederos testados hasta una cuarta parte del caudal relicto, a modo de “legítima hereditaria”, con aplicación de los mismos criterios establecidos al efecto, indicados anteriormente.

El trato fiscal de las uniones estables de pareja, cuya regulación se ordena a la Generalitat en la disposición final primera de la Ley, tiene su respuesta en el artículo 31 de la Ley presupuestaria de 31 de diciembre de 1998, asimilándose a los cónyuges en cuanto a las adquisiciones “mortis causa” de uno de los convivientes en la herencia del otro. Sin embargo, además de la escasa trascendencia pública de esta norma, por su ubicación en el cajón de sastre en que se convierten en los últimos años las leyes presupuestarias, se agrava la carga de la prueba a los efectos de acreditar la existencia de la unión estable de pareja, quizás por un temor velado al fraude de Ley. En efecto, en el caso de uniones estables heterosexuales deberá presentarse la escritura pública de formalización de la convivencia otorgada como mínimo dos años antes de la muerte del causante o, si no se otorgó, mediante acta de notoriedad en la que se acredite el hecho de la convivencia en pareja y el transcurso del período mínimo de dos años, lo que contradice el artículo 2 de la Ley de Uniones Estables de Pareja, que reconocía que la prueba de estos extremos “se puede hacer por cualquier medio de prueba admisible y suficiente”. Para el caso de las uniones estables homosexuales únicamente se admite la presentación de escritura pública otorgada conjuntamente, ya que éste es el único modo de constitución previsto legalmente.

3. Aproximación crítica a la regulación de efectos sucesorios en las uniones estables de pareja en Cataluña.

Los nimios derechos reconocidos al conviviente heterosexual dan que pensar sobre un posible “olvido” del legislador catalán de reconocer la situación del superviviente en caso de tener que acudir al sistema legal de sucesión, en defecto de la voluntaria o testada, como se reconoce para el cónyuge viudo (artículos 322 y 323 del Código de Sucesiones de Cataluña), o, lo que parece más probable a la vista del Preámbulo de la Ley, de seguir premiando de algún modo a la institución matrimonial. Es destacable que el cónyuge sea llamado a la herencia

por vía intestada en segundo lugar, tras los descendientes, según el artículo 333 del Código de Sucesiones de Catalunya, con una situación privilegiada respecto del sistema de sucesión intestada establecido en el Derecho común, pero, además, en el caso de que el causante tuviese hijos o descendientes, considerados herederos “ab intestato”, el cónyuge viudo tiene derecho de usufructo sobre el total de la herencia, según el dictado del artículo 330 del Código de Sucesiones de Catalunya. Entonces cabe preguntarse por qué se mantiene esa discriminación de trato sobre la pareja de hecho.

Existe una opinión doctrinal sobre la vocación hereditaria, de raíz napoleónica, que defiende la ausencia o restricción de derechos sucesorios en estos casos, argumentándose falazmente que las uniones estables de distinto sexo pueden optar por contraer matrimonio si quieren ostentar los mismos derechos y obligaciones que las parejas casadas. Esta postura, que sería correcta si el “*ius connubii*” fuese “*obligatio connubii*”, lo que resulta indefendible con lentes constitucionales, ni siquiera da respuesta a la razón del establecimiento de un orden sucesorio intestado, basado en la presunción legal —sin duda “*iuris et de iure*”, lo que también resulta discutible, desde una perspectiva lógica e intuitiva— de las afectividades e intenciones del causante, puesto que la sucesión intestada no se basa en premiar al matrimonio, sino en distribuir el patrimonio del difunto según los criterios de equidad y de justicia: ¿a falta de título voluntario (testamento o heredamiento válidos), cualquier pariente hasta el cuarto grado colateral e incluso la Generalitat de Catalunya (artículos 330 a 348 del Código de Sucesiones de Cataluña) habría sido preferido para el causante, frente al conviviente supérstite con el que ha compartido su vida antes de fallecer, a quien se le excluye radicalmente del orden sucesorio intestado? Una respuesta afirmativa no resulta creíble, ni siquiera para el legislador catalán.

Quizá se podría discutir qué lugar debiera ocupar el conviviente heterosexual dentro del orden sucesorio abintestato, aunque puede afirmarse que el lugar apropiado sería el segundo, tras los hijos y descendientes, por equiparación con el cónyuge viudo en el derecho sucesorio catalán, en vez del tercer puesto, tras los ascendientes, como se prevé en el derecho común, a través de los artículos 935 y ss. del Código Civil. También podría barajarse una postura restrictiva, defiriéndose el reparto del caudal relicto por mitades entre el conviviente y los parientes colaterales de segundo grado del causante que concurren a la herencia, como sucede en los supuestos de uniones estables del mismo sexo. Sin duda los criterios de justicia material permiten defender la incorporación del conviviente heterosexual en el orden de sucesión abintestato.

Las uniones estables de distinto sexo incluso se encuentran discriminadas o desprotegidas si se compara su falta de efectos legales en el orden sucesorio intestado con las previsiones legislativas introducidas en el derecho civil catalán para otros núcleos convivenciales, que se denominan “situaciones de ayuda

mutua”. La Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre Situaciones Convivenciales de Ayuda Mutua, reconoce, a través de su artículo 8, la facultad para reclamar una pensión periódica por parte del conviviente o convivientes supervivientes que hubieren sido mantenidos total o parcialmente por el conviviente fallecido durante el último año de convivencia —por mera amistad o compañía— precedente a la fecha de su defunción, si aquéllos careciesen de medios económicos suficientes para su sustento. Esta pensión, a modo de legado de alimentos de origen legal, gravará patrimonialmente a los herederos durante un período máximo de tres años. Para fijar en concreto su cuantía y la duración de los plazos de pago periódico, deberán tenerse en cuenta, convencional o judicialmente, tres criterios: el coste del mantenimiento del beneficiario, el tiempo en que fue mantenido por el causante y la valoración económica del caudal relicto. Si comparamos sucintamente los derechos sucesorios de las personas que conviven en meros núcleos convivenciales —de ayuda mutua o de simple amistad o compañía— y de la unión estable heterosexual, resulta que están más protegidas legalmente las primeras que éstas últimas. Mientras que el compañero superviviente de unión estable heterosexual tiene derecho a ser mantenido durante un año con cargo al caudal relicto, siempre y cuando no se case ni conviva maritalmente con otra persona o descuide gravemente los deberes respecto de los hijos comunes habidos con el causante, el conviviente superviviente de un núcleo convivencial “de ayuda mutua” tiene derecho a una pensión alimenticia hasta un período máximo de tres años, sin poner condiciones legales de tipo resolutorio sobre si pasa a formar parte de otro núcleo convivencial o a mejor fortuna.

Evidentemente el legislador catalán ha mostrado sin tapujos su preferencia por el matrimonio, pero además ha protegido más a los simples núcleos convivenciales de ayuda mutua —pensando sobre todo en los ancianos que conviven con una finalidad de compañía amistosa y de auxilio, al compartir gastos del sustento cotidiano— que a las uniones estables heterosexuales, a pesar de que en éstas se asume de forma libre y natural un nivel de compromiso equivalente al que se da en el matrimonio, desarrollando una comunidad de vida equiparable al contenido de la relación matrimonial: respeto y ayuda recíprocos, actuación en interés de la familia, convivencia, fidelidad y socorro mutuos —artículos 67 y 68 del Código Civil y 1 del Código de Familia de Catalunya—. Precisamente el mismo nivel de compromiso vital planea como justificación de la misma consideración legal en cuanto a efectos sucesorios, si partimos de principios constitucionales de igualdad de los grupos en que se integran las personas para lograr el desarrollo de su personalidad y de la libertad de los individuos para formar la relación familiar que prefiera.

Lo que no deja de ser contradictorio es que el legislador catalán reconozca cierta envergadura a las parejas de hecho desde el momento en que les dedica una ley, o al menos a algunas, al estipular los requisitos de constitución, estableciendo efectos sobre los pactos para la regulación de la convivencia, los gastos

comunes (sobre los que se fija la responsabilidad solidaria de la pareja frente a los acreedores), la adopción conjunta, la tutela del conviviente, la obligación de alimentos recíproca e incluso determinados beneficios respecto de la función pública dependiente de los órganos administrativos de la Comunidad Autónoma, así como la limitación del poder de disposición sobre la vivienda habitual común, o la imposición de compensaciones económicas y pensiones en caso de extinción de la unión, con una clara influencia del régimen jurídico del matrimonio; y todo ello sin recoger expresamente derechos sucesorios por vía intestada, que hoy por hoy es la que se da con mayor frecuencia en la práctica.

4. En cuanto a la unión estable homosexual.

La unión estable homosexual, aquélla formada por personas del mismo sexo —lo que permitiría excluir teóricamente del ámbito personal de aplicación de la ley a los transexuales que vivan en pareja— que convivan maritalmente —de forma análoga, en cuanto compromiso de comunidad de vida, a un matrimonio—, también se encuentra limitada o seleccionada, a través de los artículos 19 y 20 de la Ley de Uniones Estables de Pareja, al requerirse la mayor edad de ambos, la ausencia de impedimento de vínculo —y que no formen pareja estable con otra persona—, excluyéndose a la pareja formada por parientes en línea recta (por consanguinidad o por adopción) y en línea colateral (también por consanguinidad o por adopción) hasta el segundo grado. Pero además, lo que resulta más selectivo es la obligación de otorgar una escritura pública por ambos convivientes para acreditar dicha unión, en la que se acojan al contenido de la Ley —imperativo o de “ius cogens”— a la vez que declaran ante el fedatario público no hallarse inmersos entre tales limitaciones, y sólo a partir de la fecha de otorgamiento de la escritura se producirán los efectos jurídicos establecidos legalmente para estas parejas, a partir de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Uniones Estables.

Las parejas del mismo sexo, que no pueden contraer matrimonio en nuestro país, de momento, sólo pueden acogerse al estatuto establecido en la Ley 10/1998, de 15 de julio, de Uniones Estables de Pareja, y según lo dispuesto en su artículo 1, sólo en los casos de aquellas parejas que por lo menos uno de sus miembros tenga la vecindad civil catalana, además de reunir los requisitos mencionados anteriormente. ¿Acaso una pareja, que además cumpla todos esos requisitos formales, no refleja o se le puede suponer un nivel de compromiso equivalente al que contrae una pareja casada? ¿Por qué, entonces, el conviviente homosexual está llamado a suceder a su compañero después de la línea recta y en concurrencia con los colaterales de segundo grado sólo tiene derecho a la mitad de la herencia? Nada justifica que, a falta de título hereditario voluntario, el supérstite no tenga unos derechos sucesorios más amplios.

¿Qué sucede cuando uno de los miembros de la unión estable de pareja fallece sin haber otorgado testamento (o no es válido el testamento otorgado) y

tiene una vecindad civil distinta de la catalana? Según lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de Uniones Estables de Pareja, se podría aplicar esta ley, en cuanto a derechos sucesorios se refiere, si se encuentra unido a un/a catalán/a en unión estable de pareja, pero según lo dispuesto en el artículo 9.1 del Código Civil, “la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”. Por tanto, si el difunto tiene otra nacionalidad distinta de la española y otra vecindad civil distinta de la catalana se aplicará su ley personal, puesto que si rigiera la ley catalana se estaría ante una cuestión de inconstitucionalidad, al imponerse por el legislador catalán la norma aplicable ante un supuesto de colisión de leyes en derecho internacional privado o en derecho interregional que, según lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución española, es competencia exclusiva del Estado el dictado de normas que resuelvan los conflictos de leyes. Aún más preocupante resulta esta cuestión desde la Ley Foral Navarra, cuyo artículo 2.3 incide en el mismo criterio al establecer su aplicación a “las parejas estables cuando, al menos, uno de sus miembros tenga la vecindad civil navarra”.

En definitiva, puede afirmarse que la Ley de Uniones Estables de Pareja ha supuesto un tímido avance en la regulación de las parejas de hecho, tanto de distinto como del mismo sexo, porque el legislador catalán no las ha protegido en consonancia con el artículo 39 de la Constitución española, ya que resultan claramente discriminadas al compararse con otros núcleos familiares.

5. Análisis de los derechos sucesorios de las parejas estables no casadas según la Ley Aragonesa 6/1999, de 26 de marzo y según la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio.

Salvo la Ley valenciana (únicamente dirigida a describir el tipo de unión de hecho protegida, su inscripción administrativa, la posibilidad de que autorregulen su relación en escritura pública, y su consideración en cuanto a las normativa administrativa de la función pública de la Generalitat Valenciana), las Leyes aragonesa y navarra han incidido, a su vez, en el sistema sucesorio propio de tales Comunidades Autónomas, con el objetivo de incorporar a las parejas de hecho, con distinto alcance.

I. La Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables no Casadas, aprobada por las Cortes de Aragón, de forma distinta a la ley catalana de uniones estables de pareja, no distingue entre uniones heterosexuales y uniones homosexuales, al establecer un régimen jurídico conjunto, en el que sólo dedica tres artículos a la regulación de los derechos sucesorios de dichas uniones, poniéndose de manifiesto una evidente remisión a la legislación aragonesa que, en materia sucesoria, se refiere al matrimonio.

En el artículo 15 de la Ley se recoge y se reconoce el derecho de la pareja estable no casada a testar mancomunadamente, de conformidad con lo dispuesto en el derecho sucesorio aragonés. El testamento mancomunado es el otorgamiento de últimas voluntades por dos personas en un solo acto, aunque puede ocurrir que las disposiciones de cada testador sean independientes de las del otro, es decir, que no está condicionado el contenido de la voluntad de un testador al contenido de la voluntad de su otorgante —“testamenta mere simultanea”—. En otras ocasiones, los cotestadores han manifestado la intención expresa o tácita de condicionar la disposición del uno a la del otro —“testamenta correspectiva”—. La mancomunidad afecta esencialmente a la forma porque, sin la concurrencia de dos testadores en un único instrumento, no se da. El testamento mancomunado es una figura típica del derecho aragonés, recogida en la Compilación Aragonesa. La Ley de Sucesiones por causa de muerte 1/1999, de 24 de febrero, seguirá vigente, al menos durante algún tiempo, con la Compilación de Derecho Civil de Aragón —excepto sus artículos 89 a 142, ahora derogados—. Ningún problema especial se deriva de ello, pues ambas leyes forman, sustantivamente, el mismo cuerpo legal de derecho civil de Aragón. Como es obvio, la Ley de Sucesiones se inspira en las normas compiladas, a la vez que contribuye a su interpretación. La Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables no Casadas, no hace más que integrarse en este marco legal y respetar las directrices recogidas por las normas jurídicas precedentes.

Una de las novedades de la Ley de Sucesiones consiste en la admisión del otorgamiento del testamento mancomunado por cualesquiera dos personas con capacidad para testar “sean o no cónyuges o parientes” —artículo 102—, mientras que la Compilación Aragonesa exigía la condición de cónyuges para su otorgamiento —artículo 94.1—. De este modo, y respetando esa ampliación subjetiva de los derechos sucesorios, el reconocimiento hecho a la pareja no casada de poder testar mancomunadamente resulta superflua.

El artículo 16 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables no Casadas, reconoce, con un alcance similar, a los miembros de la pareja, la posibilidad de otorgar pactos sucesorios en los términos previstos en la legislación aragonesa.

Por último, en el artículo 17 se recoge la fiducia, de forma que cada miembro de la pareja estable no casada podrá ordenar la sucesión del otro mediante esta institución. Antiguamente la fiducia era la práctica de encomendar un cónyuge al otro la distribución de sus bienes. Más tarde, la Compilación Aragonesa distinguiría la fiducia ordinaria de la destinada a ordenar la sucesión de la casa, siendo esta facultad encomendable a parientes, aunque sin excluir al cónyuge; ambas estaban previstas para distribuir los bienes entre las familias relacionadas con la herencia.

En la fiducia ordinaria la Compilación restringe la designación de la persona del posible fiduciario al cónyuge, y el encargo a “que ordene la sucesión del causante entre descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado” —artículo 110—. En la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, la fiducia sucesoria, objeto de regulación en su título IV, se configura como un instrumento al servicio de la ordenación de la herencia de quien ya ha fallecido. De manera similar a lo que se ha dispuesto para el testamento mancomunado, tampoco en materia de nombramiento de fiduciario se requiere la condición de cónyuge, ni siquiera vínculo de parentesco, siguiendo los términos del artículo 124, por lo que con la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas Estables no Casadas, las Cortes de Aragón, más que avanzar en la protección de estos núcleos familiares en materia de derecho sucesorio, lleva a cabo una incorporación expresa de la unión estable un tanto simbólica, al dotarles de un reconocimiento social y jurídico del que venían careciendo hasta la fecha.

II. La Ley 6/2000, de 3 de julio, de la Comunidad Foral de Navarra, para la igualdad jurídica de las parejas estables, pretende eliminar, como pone de relieve en su Exposición de Motivos, las discriminaciones que por razón de la condición o circunstancia personal o social de los componentes de la familia, entendida en la multiplicidad de formas admitidas culturalmente en nuestro entorno social, perduran en la legislación, adecuándose la normativa no sólo a los principios constitucionales sino sobre todo a la realidad de nuestro momento histórico.

Los derechos sucesorios, reconocidos para toda pareja estable, con independencia de su orientación sexual, que haya convivido maritalmente durante un año como mínimo, salvo para las parejas con descendencia común o que hayan constituido su relación en documento público, se recogen en una sola disposición, el artículo 11, que bajo el título de “régimen sucesorio” lleva a cabo el procedimiento que creemos más adecuado en aras de la regulación de efectos de la convivencia en pareja de hecho, puesto que, tras comprobar los fundamentos en que se basan las instituciones sucesorias relacionadas con la relación matrimonial, introduce una serie de modificaciones de la Compilación de Derecho Civil de Navarra o Fuero Nuevo, a nivel de equiparación. Así, se añade un segundo párrafo a la Ley 253 por el que “se considera equiparada a estos efectos a la situación del cónyuge viudo el miembro sobreviviente en caso de fallecimiento del otro miembro de una pareja estable reconocida por la Ley”.

También se modifica el apartado quinto de la Ley 304 al introducir junto con el cónyuge a la “pareja estable no excluido del usufructo de fidelidad conforme a la Ley 254”, por lo que se incorpora a la pareja estable junto con el cónyuge viudo dentro del orden de llamamientos de sucesión legal, cuando no se haya dispuesto válidamente de toda la herencia por testamento o por pacto sucesorio.

Finalmente, se reforma la Ley 341, estableciéndose también en un sentido restrictivo la equiparación, por cuanto que “no pueden ser contadores-partidores el heredero, el legatario de parte alícuota, el cónyuge viudo o el miembro sobreviviente de pareja estable por Ley”.

IV. BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA DE CONSULTA

BADOSA COLL, Ferran (y otros autores): *Compendi de Dret Civil de Catalunya*. Barcelona, 1999.

EGEA I FERNÁNDEZ, Joan y FERRER I RIBA, Josep (dir.): *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*. Madrid, 2000.

GARRIDO MELERO, Martín: “Matrimonio, convivientes more uxorio y familia en el Código de Familia y en la ley catalana de uniones estables de pareja”, en *La Notaría*, 1999.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: “Uniones libres y competencia legislativa de ciertas comunidades autónomas para desarrollar su propio derecho civil”, en *La Ley*, octubre 1999, núm. 4904.

HERNÁNDEZ-MORENO, Alfonso y VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (coord.): *Codi de Família y Llei d'Unions Estables de Parella*. Barcelona, 1999.

LLEBARÍA SAMPER, Sergio: “Glosa crítica a esta (nuestra) nueva ley de uniones estables de pareja”, en *La Notaría*, 1999.

LÓPEZ BURNIOL, Juan José: “La Ley catalana de uniones estables de pareja”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1999.

MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J. (coord.): *Derecho de familia. Análisis desde el derecho catalán*. Barcelona, 2000

MARTINELL, Josep Maria y ARECES, Maria Teresa (coords.): *Uniones de hecho*. Lleida, 1999.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando A.: “Derechos sucesorios abintestato del compañero o compañera en la Compilación de Derecho Civil de Catalunya”, en *les III Jornades de Dret Català a Tossa*. Barcelona, 1985.

PUIG FERRIOL, Lluís y ROCA TRIAS, Encarna: *Institucions de Dret Civil de Catalunya*. Valencia, 1998

REINA, Víctor y MARTINELL, José María: *Las uniones matrimoniales de hecho*. Madrid, 1996.

ROCA TRÍAS, Encarna: “El nou dret català sobre la família”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2000.

SALVADOR CODERCH, Pau: “‘Amor et charitas’, la parella de fet en el dret successori de Catalunya”, en *les VII Jornades de Dret Català a Tossa*. Barcelona, 1994.

SOLÉ RESINA, Judith: “Comentari a la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d’unions estables de parella”, en *La Llei*, octubre 1998, núms. 224 y 225.

TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro A.: “Les unions homosexuals en la Llei d’Unions Estables de Parella. Aproximació Crítica”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2000, núm. 2.

VILLAGRASA ALCAIDE, Carlos (coord.): *El derecho europeo ante la pareja de hecho*. Barcelona, 1996.

— “Propostes de regulació sobre les parelles de fet”, en *IX Jornades de Dret Català a Tossa*. Barcelona, 1997.

ANÁLISIS Y VALORACIÓN DE LA RECONCILIACIÓN EN LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO

AURELIA M.^a ROMERO COLOMA

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

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN AL TEMA.**
 - II. LA RECONCILIACIÓN EN LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL.**
 - III. LA RECONCILIACIÓN EN EL DIVORCIO.**
-

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

El artículo 84 de nuestro Código Civil dispone: “la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquella en conocimiento del juez que haya entendido en el litigio.

Ello no obstante, mediante la resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique”.

La separación matrimonial, cuyas causales vienen determinadas y establecidas en el artículo 82 del Código Civil, puede ser definida como aquella situación del matrimonio en la que, aun subsistiendo el vínculo conyugal, se produce

una cesación de la vida en común de los casados, transformándose, de este modo, los aspectos tanto personales como económicos de dicha relación.

Por su parte, el artículo 88.1 del Código Civil establece que “la acción de divorcio se extingue por reconciliación que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda”.

Al análisis y valoración de la reconciliación, en las dos situaciones de separación y divorcio, va a estar dedicado este estudio.

II. LA RECONCILIACIÓN EN LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL

Desde el punto de vista histórico, la vuelta a la normalidad conyugal ha sido reconocida por las legislaciones. En nuestro país, la Ley de Matrimonio Civil de 1870, el derogado artículo 74 del Código Civil y el artículo 10 de la Ley de Divorcio de 1932 facilitaron esta institución de la reconciliación.

Puede ser definida la reconciliación como el acuerdo mutuo y voluntario de los esposos de reanudar la vida en común, interrumpida o suspendida por la separación anterior. Supone, por tanto, una renuncia a la situación, de hecho o de derecho, de separación.

Un sector de la doctrina ha puesto de relieve su disconformidad hacia la tendencia de nuestro Derecho de restablecer, sin trabas y con las máximas facilidades, la vida en común de los cónyuges, permitiendo que un simple acuerdo entre las partes pueda prevalecer sobre la Sentencia judicial.

A esta apreciación hay que responder, siguiendo a un sector doctrinal⁽¹⁾, que en la esfera de libertad de toda persona, como derecho innato e irrenunciable, se encuentra el de restablecer una relación rota, permitiendo que renazcan, por propia voluntad, los efectos derivados del vínculo matrimonial que, con la separación, habían quedado suspendidos.

En muchas ocasiones, la reconciliación sólo pondrá término al procedimiento por el que se ha instado la separación. Si se produce durante la sustanciación del pleito, pone término al mismo. Pero la revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva, por lo cual los cónyuges reconciliados podrán conferirse nuevos poderes y otorgar de nuevo los consentimientos revocados.

Según el artículo 103 del Código Civil, quedan sin efecto las medidas provisionales adoptadas durante la tramitación del proceso, previendo, sin em-

(1) ROMERO COLOMA, Aurelia María: *El matrimonio y sus crisis jurídicas: problemática civil y procesal*, Ediciones Serlipost, Barcelona, 1990.

bargo, los artículos 1.443 y 1.444 del citado corpus legal que la separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal; no obstante, los cónyuges pueden acordar en capitulaciones que vuelvan a regir las mismas reglas que antes de la separación de bienes.

El apartado 2 del artículo 84 del Código Civil establece que las medidas adoptadas en relación con los hijos serán mantenidas o modificadas mediante resolución judicial, siempre que exista causa que lo justifique.

Este precepto está en armonía y en relación evidente con la excepción que ha quedado señalada en el artículo 1.443.

En la doctrina extranjera, ha sido Carbonnier uno de los autores que ha analizado más profundamente los elementos que caracterizan a la institución de la reconciliación, que, según él, exige dos condiciones: a) Un elemento material, consistente en la reanudación de la vida conyugal o vida en común, y b) Un elemento psicológico, constituido por el consenso mutuo⁽²⁾.

Para este autor francés, la reconciliación no puede consistir nunca en una decisión unilateral, en un mero deseo de uno de los cónyuges de reanudar la vida en común, porque la Sentencia de separación dota a los separados de un acervo de derechos netamente delimitados y es necesario, por ello, que éstos renuncien a la situación así creada a su favor. Como conclusión, afirma que la reconciliación se presenta como un acuerdo de voluntades entre los esposos separados de cuerpos.

A mi juicio, lo esencial en esta institución típicamente de Derecho de Familia es el elemento intencional de los cónyuges, de ambos, en poner fin a la separación previamente llevada a cabo. Es el aspecto psicológico, el subjetivo, de ambos esposos el factor que ha de predominar en esta cuestión. Si ellos quieren volver a vivir juntos, reiniciar el estado civil de casados, será esa voluntad el factor determinante para que el Ordenamiento Jurídico reconozca y dé sus efectos a esa intención.

Díez-Picazo y Gullón estimaron, sin embargo, que la separación es una facultad que compete a uno de los cónyuges y se decreta en interés del demandante. Estos autores veían en la reconciliación una renuncia a la acción —en la reconciliación se realiza durante el procedimiento y a la Sentencia o a la situación creada— cuando la reconciliación se realiza después⁽³⁾.

En cualquier caso, la reconciliación no puede ser —ni es, en la práctica— una decisión unilateral, ya que requiere un consentimiento mutuo. Sería absur-

(2) CARBONNIER: *Derecho Civil*, Barcelona, 1960.

(3) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, volumen IV, *Derecho de Familia*, Tecnos, Madrid, 1982.

do estimar que ha habido una reconciliación entre los cónyuges si uno de ellos, en realidad, no estuviera de acuerdo ni consintiera en ella. Es evidente que sólo la voluntad de uno de los esposos a estos efectos es absolutamente irrelevante desde el punto de vista jurídico.

La reconciliación puede conceptuarse como un negocio jurídico cuyo ámbito corresponde al Derecho de Familia. No obstante, algún sector doctrinal ha puesto en duda su naturaleza negocial, considerándola como un simple estado de hecho al que la Ley anuda determinados efectos jurídicos, o como una renuncia a la situación creada.

Doral estimó que la reconciliación era el acto contrario a la separación⁽⁴⁾ y, en consecuencia, la necesaria voluntad inversa a la separación, por lo que se la dota de suficiente entidad para considerarla acto jurídico, según Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida⁽⁵⁾.

García Cantero puso de relieve que la reconciliación que tiene lugar después de entablada la demanda de separación es un negocio jurídico de Derecho de Familia y constituye una manifestación de la restringida autonomía de la voluntad de las partes en esta materia, exigiendo el consentimiento de ambos cónyuges, pues, una vez iniciado el procedimiento judicial de separación, uno y otro cónyuge han adquirido, al menos con carácter provisional, un status con correlativos derechos y obligaciones que pueden tener interés en mantener⁽⁶⁾.

Creo que, en la actualidad, no puede ponerse en duda que la reconciliación es un negocio jurídico incardinado en el Derecho de Familia y que cobra todo su sentido cuando, efectivamente, se ha producido una crisis entre los cónyuges y, una vez superada ésta, la intención de éstos es poner fin a la separación entablada.

Expresa Luis Puig Ferriol que, con arreglo a la normativa actual y, en concreto tras las Reformas operadas en el Código Civil en 1981, el Derecho de Familia vigente se caracteriza por conceder una más amplia relevancia a la autonomía privada en los denominados negocios de Derecho de Familia y, por tanto, una más firme justificación al principio de que la sola voluntad de los cónyuges es suficiente para volver al estado de cónyuge, a pesar de que la

(4) DORAL, José Antonio: "Familia: Características del derecho de familia", en Bcngr, número 15, marzo de 1982.

(5) LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de derecho civil. Derecho de familia conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Librería Bosch, Barcelona, 1982.

(6) GARCÍA CANTERO, Gabriel: *El divorcio*, Biblioteca de autores cristianos, Madrid, 1977.

pérdida de este estado para incidir en el cónyuge separado se produjera como consecuencia de una resolución judicial de carácter constitutivo.

Hay que resaltar que no son identificables la reconciliación propiamente dicha con el intento de reconciliación. Así lo estimó la Sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 30 de septiembre de 1988, “el intento de reconciliación, por su propia índole, no pasa de ser un período de prueba al que se someten ambos cónyuges para tantear las posibilidades de reanudación de la vida en común, pero sin propósito firme de continuarla, que queda diferido hasta la conclusión de ese lapso de tiempo y que, lógicamente, no cabe entender excesivamente largo; en tanto que la reconciliación propiamente dicha supone la voluntad concorde y firme de reanudar la convivencia conyugal, pudiendo considerarse como un negocio jurídico de Derecho de Familia al que el legislador atribuye determinadas consecuencias jurídicas; puede tener lugar mediante una declaración de voluntad expresa, o bien tácitamente, a través de hechos concluyentes, aunque en todo caso se requiera la reanudación de la convivencia, puesto que el cese de ésta es el efecto característico de la separación”.

Esta Sentencia pone de relieve que la reconciliación puede ser un acto expreso o simplemente tácito y derivado de hechos concluyentes. Es, por tanto, un acto aformal, no sujeto a especiales requisitos o solemnidades.

En el mismo sentido, hay que resaltar que no estamos ante un acto que exija una determinada capacidad. Incluso los cónyuges menores de edad pueden reconciliarse por sí mismos, sin necesidad de complementar su capacidad en ningún sentido.

En todo caso, hay que señalar que, una vez desaparecida la “*affectio maritalis*”, será muy difícil que exista reconciliación. De este modo lo declaró la Sentencia de la Audiencia Territorial de Pamplona de 31 de octubre de 1987, al declarar que la “*affectio maritalis*”, verdadera esencia del matrimonio, había desaparecido, de tal forma que la convivencia no sólo era difícil, sino imposible y, ante tal situación, no cabía hablar de reconciliación, sino sólo de un intento, porque ésta supone siempre una coincidente asunción por ambos cónyuges, lo que se compaginaba poco con la posición del marido en el caso.

No obstante, la reconciliación privada de los cónyuges sólo produce plenos efectos entre ellos, pero no en relación con los terceros. Por lo tanto, en este último supuesto cabe hablar de una reconciliación tácita, de mutuo acuerdo, sin observar los cónyuges formalidad alguna, al paso que la reconciliación expresa tiene lugar cuando los esposos la ponen en conocimiento del Juez, a efectos de que sea el órgano judicial el que la homologue.

Una cuestión interesante puede presentarse cuando los cónyuges, separados judicialmente y reconciliados después, sin que dicha reconciliación se haya puesto en conocimiento del Juzgado que dictó la Sentencia de separación, presentan una nueva demanda de separación. Fue éste el supuesto resuelto por la

Sentencia de 8 de junio de 1995: “El hecho de que el cónyuge separado judicialmente y reconciliado después, sin haber comunicado la reconciliación al Juzgado que dictó la sentencia de separación, presente una nueva demanda de separación, no justifica sin más la estimación de la excepción de cosa juzgada. Es cierto que entre el caso resuelto por la primera sentencia de separación y el que habría de resolver la sentencia que se dictase en el segundo existirá identidad de personas —los cónyuges— y de petición —que se declare la separación de los mismos—, pero normalmente no habrá identidad de causa de pedir. En la primera sentencia debieron tenerse en cuenta los hechos alegados por las partes acaecidos antes de iniciar el proceso; la nueva demanda se fundará en hechos diferentes, producidos no solamente después de la interposición de la primera, sino ocurridos después de la reconciliación de los cónyuges separados, todo ello con independencia de que ésta se comunicara o no al Juzgado que dictó la sentencia de separación. No puede existir, pues, cosa juzgada”.

Esta misma Sentencia puso de manifiesto que la comunicación al Juzgado que dictó la Sentencia de separación es un requisito necesario si se quiere dejar sin efecto aquélla, por lo que, si esta comunicación no se ha realizado, no es admisible una nueva demanda de separación.

Con relación a los incapacitados —ya hemos visto que los cónyuges menores de edad no necesitan de ninguna licencia o complemento de su capacidad para reconciliarse entre ellos—, habría que mantener idéntica postura. En la legalidad anterior, se había mantenido que, para la reconciliación del cónyuge incapacitado, podría actuar su tutor. Esta tesis la sostenía García Cantero en 1959⁽⁷⁾. Luis Puig Ferriol estimaba que esta tesis era rebatible, tanto para el Derecho anterior a la Reforma del Código Civil, como para el actual —con mayores motivos—. La reconciliación, tal como expresa este autor, es, por su propia naturaleza, y en cuanto exterioriza los sentimientos de una persona, un acto personalísimo. Si, como consecuencia de la incapacitación, cualquiera de los cónyuges no pudiera declarar válidamente su voluntad, habría que entender que, en este caso, la reconciliación no es posible. De otro modo sería si los cónyuges pudieran reconciliarse a través de un apoderado especial o “nuntius”, exteriorizando su voluntad a través de él. Es éste un supuesto admisible, al menos en la misma línea en que el Código Civil, en su artículo 55, admite el matrimonio por apoderado⁽⁸⁾.

(7) GARCÍA CANTERO, Gabriel: *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho Español*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Roma-Madrid, 1959.

(8) PUIG FERRIOL, Luis: “De la separación”, en *Comentarios a las reformas del derecho*, Tecnos, Madrid, 1984.

En cuanto a la declaración de voluntad a este respecto, cabe reseñar que la doctrina anterior que se había ocupado del tema, como Díez-Picazo⁽⁹⁾, partía de la idea de que la reconciliación, como todo negocio jurídico, debía ser un acto libre y voluntariamente realizado; pero que la aplicación a esta institución de la teoría general de los vicios de la voluntad presentaba algunas cuestiones discutibles. En concreto, se afirmaba que la reconciliación realizada interviniendo violencia o intimidación era inválida. Del mismo modo lo era la reconciliación simulada, si bien dejando a salvo los derechos de terceros de buena fe. Se proclamaba igualmente la irrelevancia del dolo y del error en la reconciliación. En todo caso, no hay reconciliación cuando, pese a convivir en el mismo domicilio, la reanudación de la vida en común de los cónyuges obedeciera a razones de necesidad o en interés de los hijos, ello de acuerdo con el artículo 87.1 de nuestro Código Civil.

¿Qué ocurre cuando los cónyuges no ponen en conocimiento del Juzgado su pretendida reconciliación?

Una Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de mayo de 1998, aclaró perfectamente esta cuestión, indicando que "...si bien el artículo 84 del Código Civil dispone que la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, ello queda condicionado a la obligación que se impone a los cónyuges de poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio.

(...) De lo expuesto debe concluirse que si la pretendida reconciliación no se pone en conocimiento del Juzgado que dictó la Sentencia, no sólo subsiste la declaración de la separación matrimonial decretada en su momento, sino la totalidad de los efectos o medidas acordadas en dicha sentencia..."

A la vista de esta última Sentencia, hay que concluir en que la reconciliación, para que produzca sus efectos legales, ha de ser puesta en conocimiento del Juzgado que entiende de la separación previamente invocada. Si no es así, va a subsistir la declaración de separación matrimonial decretada. De ahí que parece procedente reseñar que la reconciliación no es un acto privado, que los cónyuges puedan llevar a cabo de una manera íntima, entre ellos, sin trascendencia de cara al exterior. Muy al contrario; la reconciliación es un acto que, efectivamente, trasciende al vida del Derecho, a los terceros y, por supuesto, antes que nada, a los propios cónyuges, pero no sólo a ellos. Estamos ante un acto de verdadera trascendencia jurídica. Es éste un dato que hay que tener en cuenta.

(9) DÍEZ-PICAZO, Luis: obra citada en nota 3.

Una problemática diferente plantea, sin embargo, la cuestión de si la reconciliación de los cónyuges tiene o no el carácter de definitiva, en el sentido de que pueda impedir una nueva separación judicial de los cónyuges.

La respuesta que hay que dar a este planteamiento es negativa, siempre y cuando la nueva demanda de separación se fundamente o base en unos hechos acaecidos después de la reconciliación de los esposos.

En otro caso, no será posible instar la continuación del anterior procedimiento de separación, no fallado definitivamente, si entre los cónyuges separados vuelven a surgir discrepancias, según Entrena Klett⁽¹⁰⁾, porque el proceso ya terminó, aunque fuera de un modo anormal, “ex” artículo 84.1 del Código Civil. No será posible interponer una nueva demanda de separación basada en los mismos hechos, tal como sostiene Fosar Benlloch⁽¹¹⁾, pues a ello se opondría el artículo 1.252 del Código Civil, referido a las presunciones, sin perjuicio de que se pueda imponer la reconciliación cuando haya causa legal para ello, que haría revivir los efectos de la anterior Sentencia de separación.

Un sector doctrinal en nuestro país se ha preguntado si el Juez puede negar la reconciliación. En este sentido, Entrena Klett se ha planteado esta problemática que, a mi juicio, desborda el ámbito propio de este acto, buscando, quizás, implicaciones que van más allá del Derecho de Familia e inciden directa o indirectamente en la polémica sobre si esta rama del Ordenamiento Jurídico es de naturaleza pública o privada.

El citado autor contesta en sentido negativo, afirmando que el Juez viene obligado a homologar la reconciliación, tanto si el procedimiento se encuentra en trámite como si está concluido por Sentencia. Para Entrena Klett, la función del Juez en este sentido es muy sencilla, pues se trata de que homologue, en todo caso, la reconciliación. Por lo que respecta a los hijos, la situación es diferente. Según el artículo 74.2 del Código Civil anterior a la Reforma del Derecho de Familia, no obstante la reconciliación, “subsistirán en cuanto a los hijos los efectos de la separación cuando ésta se funde en el conato o la connivencia del marido o de la mujer, para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas; caso en el que, si aún los unos y las otras están bajo la patria potestad, los Tribunales adoptarán las medidas convenientes para preservarlos de la corrupción o prostitución”.

(10) ENTRENA KLETT, Carlos María: *Matrimonio, separación y divorcio*, Aranzadi, Pamplona, 1982.

(11) FOSAR BENLLOCH, Enrique: *Estudios de Derecho de Familia*, tomo II, volumen 1, Editorial Bosch, Barcelona, 1982.

Similar orientación seguía el artículo 84.2 del Proyecto del Gobierno al decir que “ello, no obstante, serán mantenidas las medidas adoptadas en relación con los hijos cuando exista causa que lo justifique”.

Sin embargo, tras el Informe de la Ponencia, este artículo 84.2 experimentó una importante modificación, previniéndose que “ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique”.

En consecuencia, si, con arreglo al sistema anterior, que respetaba el Texto del Proyecto del Gobierno, se preveía únicamente la posibilidad de que se mantuvieran, con respecto a los hijos, las medidas acordadas con la separación, el texto vigente en la actualidad no sólo menciona esta posibilidad, sino también la de que puedan modificarse las medidas adoptadas con respecto a los hijos como consecuencia de la separación.

Como afirma Puig Ferriol, este artículo 84.2 del Código Civil limita, por tanto, la autonomía privada con respecto a la reconciliación, pues, si ésta pone término a la separación y restituye la plena comunidad de vida entre los cónyuges, en cambio subsisten las medidas de la separación respecto a los hijos “cuando exista causa que lo justifique”. Esta causa no ha de ser necesariamente la aludida en el anterior artículo 74, corrupción de los hijos o prostitución de las hijas, si bien hay que suponer que será la más frecuente.

El mantenimiento o modificación de las medidas adoptadas en relación con los hijos exige, siempre según el artículo 84.2, resolución judicial. Esta resolución judicial sólo podrá adoptarse, obviamente, cuando los cónyuges pongan la reconciliación en conocimiento del Juez que haya entendido de la separación, tal como previene el apartado primero del citado precepto civil.

Cuando esta comunicación se produzca después de haberse dictado Sentencia de separación, el Juez puede mantener las anteriores medidas con respecto a los hijos, o bien las sustituirá por otras nuevas, a fin de adaptarlas a la reconciliación de los progenitores, en trámite de ejecución de Sentencia.

Cuando la reconciliación y consiguiente comunicación al Juez tiene lugar antes de haberse fallado el juicio de separación, entiende Entrena Klett que el mantenimiento o modificación de las medidas adoptadas en relación con los hijos deberá hacerse en la propia resolución en que se declare reconciliados a los cónyuges y desistidos del procedimiento.

A modo de conclusión del tema que se está analizando, habría que decir que el Código Civil quizás podría haber sido más previsor en algunos aspectos. No contempla el legislador la problemática que puede plantearse cuando la reconciliación se produce antes del proceso de separación matrimonial. No hay duda que, en la práctica forense, se da este supuesto y, como en tantas ocasio-

nes, son la Jurisprudencia y la doctrina jurídica las que han de ofrecer soluciones a este respecto.

En el fondo de toda esta problemática, late, a mi juicio, una cuestión interesante: ¿Estamos ante una institución —la reconciliación— que pertenece al Derecho Privado o al Derecho Público?

Es evidente que estamos ante una institución que, desde mi punto de vista, no sólo tiene un interés de carácter privado —entre los cónyuges separados o en vías de separación—, sino que ofrece un marcado interés público, de cara al exterior, a los terceros ajenos al proceso pendiente o concluido.

En semejante sentido he de referirme a los hijos, si los hubiere, del matrimonio reconciliado, porque sobre ellos repercutirá también, positiva o negativamente, la reconciliación de sus progenitores.

III. LA RECONCILIACIÓN EN EL DIVORCIO

Dos son las causas que recoge nuestro Código Civil para la extinción del divorcio. La primera de ellas se refiere a la muerte de cualquiera de los cónyuges. La segunda alude a su reconciliación.

El Código Civil reafirma la idea de que esta reconciliación deberá ser expresa siempre que se produzca después de interpuesta la demanda.

Como acertadamente pone de manifiesto Carlos Vázquez Iruzubieta⁽¹²⁾, la pretensión procesal de divorcio es imprescriptible, ya que, según el artículo 88 del Código Civil, solamente la muerte de uno de los cónyuges, causa ya de por sí disolutiva del matrimonio, y la reconciliación son los únicos motivos legales que neutralizan la eficacia de la pretensión procesal.

El artículo 8 de la Ley de Divorcio de 1932 establecía plazos de prescripción de seis meses, a partir del día del conocimiento del hecho por parte del cónyuge que tenía derecho a promover demanda y, en todo caso, a los cinco años desde que el hecho había acontecido, independientemente del conocimiento o desconocimiento del otro cónyuge.

Según Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida⁽¹³⁾, cuando la reconciliación se produce antes de la interposición de la demanda de divorcio, extingue la acción

(12) VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos: *Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1981.

(13) LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: obra citada en nota 5.

si se había cumplido el transcurso del tiempo ininterrumpido de cesación efectiva de la convivencia conyugal que formase parte del supuesto de hecho de la causa invocable; en otro caso, la acción no llega a nacer por falta de supuesto de hecho completo.

Si, en tales condiciones, se produce antes de interponer la demanda, extingue la acción, aunque se trate de reconciliación de hecho.

Resalta O'Callaghan Muñoz que la reconciliación ha de ser bilateral⁽¹⁴⁾, pero no faltan opiniones en contra de esta tesis, si bien es mayoritaria la doctrina que así lo afirma, basándose en que el nuevo perdón de uno de los cónyuges no puede, por sí solo, equivaler a una reconciliación que se presente como una reanudación de la vida en común.

La reconciliación como negocio unilateral la admite García Cantero, entendiéndolo que es una posible variante junto a la bilateral⁽¹⁵⁾.

Hay que deducir que, habiéndose producido una causa de divorcio y antes de la interposición de la demanda, los cónyuges van a poder reconciliarse tácita o expresamente. En cambio, una vez puesto en marcha el procedimiento mediante la interposición de la demanda de divorcio, la reconciliación no va a tener eficacia extintiva de la acción si no se manifiesta de una manera expresa.

Problemática es la cuestión de deslindar lo que constituye, por sí mismo, reconciliación, de un lado, del intento de reconciliación, del otro.

En este sentido se pronunció la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 20 de abril de 1999, que, en su Fundamento de Derecho Tercero, declaró que “por lo que respecta a que no concurren los requisitos para estimar la existencia del divorcio declarado, pues entre las partes ha existido, cuando se tramitaba la separación matrimonial, una reconciliación, la Sala entiende que la parte no tiene en cuenta lo proclamado en el artículo 87 del Código Civil, ‘el cese efectivo de la convivencia a que se refieren los artículos 82 y 86 de este Código es compatible con el mantenimiento de la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente...’. Es decir, que siendo el cese efectivo de la convivencia marital el eje del sistema regulado en el Código Civil, el cual, para ser efectivo debe ser real y verdadero, nuestro Código Civil en el precepto mencionado matiza dicho elemento fundamental, pues el intento de reconcilia-

(14) O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Compendio de Derecho Civil*. Tomo IV, *Derecho de Familia*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983.

(15) GARCÍA CANTERO, Gabriel: obra citada en nota 6.

ción presenta el problema del deslinde respecto de la reconciliación efectiva, regulado en el artículo 88 de dicho cuerpo legal, de la intentada, pues hay que penetrar en el mundo de las intenciones de las partes, y tratar de probar, por cualquiera de los medios admitidos en derecho, que, aunque se mantuvo la vida en común en el mismo domicilio, ello aconteció con el intento de reconciliación, esto es, con el propósito de llegar a una reconciliación, como así lo reconocen las partes, mas dicho intento fue únicamente un intento, no fructificó, manteniendo en la actualidad ambas partes la crisis conyugal, de ahí que el intento realizado no pueda quitar efectividad a la sentencia de separación dictada y solicitada por ambas partes...”.

Al constatar, efectivamente, que la crisis conyugal persiste, hay que entender que no se ha producido reconciliación, sino tan sólo un intento, infructuoso, para llegar a la misma y, naturalmente, ese intento es irrelevante para el Derecho, pues no cuentan solamente las intenciones, la buena fe de los cónyuges o, al menos, de uno de ellos, sino los hechos, y esos hechos han de ser la consecuencia que confirme que entre los esposos se ha disipado la anterior crisis existente.

Como anota agudamente Sancho Rebullida⁽¹⁶⁾, no basta, por tanto, con una reconciliación “ex factis”, es decir, convivencia bajo el mismo techo, la ayuda que consta que un cónyuge presta al otro, relaciones sexuales continuadas, fidelidad conyugal probada, especial preocupación por las necesidades materiales y morales de los hijos, velar con celo por los intereses familiares, etc., sino que es preciso dar forma expresa a la reconciliación mediante lo que este jurista denomina “una declaración de voluntad en tal sentido”.

Manuel Pons González y Miguel Ángel del Arco Torres plantean que, si por reconciliación tácita se entiende la que se deriva de hechos concluyentes o de una declaración que pone de manifiesto una voluntad que engloba la reconciliación, pero no se refiere directamente a ella, habría que entender, a tenor de los términos estrictamente literales del precepto, el artículo 88 del Código Civil, que la reanudación de la convivencia efectuada después de interponer la demanda de divorcio no extinguirá la acción. En este supuesto, la reconciliación, al derivarse de hechos concluyentes, sería sólo tácita y no extinguiría la acción de divorcio⁽¹⁷⁾.

(16) SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, y DE FUENMAYOR, Amadeo: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978.

(17) PONS GONZÁLEZ, Manuel y DEL ARCO TORRES, Miguel Ángel: *Separación, divorcio y nulidad matrimonial. Régimen Jurídico*, Editorial Comares, Granada, 1985.

Pero este planteamiento y su posterior resolución está excesivamente apegado a la letra de la Ley y no ahonda en su verdadero espíritu. De ahí que Etelvina Valladares se pronunciara en el sentido de que la exigencia de que la reconciliación sea expresa no ha de ser interpretada en el sentido de que los cónyuges deban seguir impulsando el divorcio una vez que la reconciliación se haya producido efectivamente. En tal sentido, recuerda cómo algún autor ha señalado que, al exigir el Código Civil que la declaración de voluntad sea expresa, lo que quiere decir es que está rechazando la reconciliación presunta. En definitiva, lo que se exige es que la reconciliación conste sin ningún género de duda, que sea ésa y no otra la voluntad del declarante⁽¹⁸⁾.

Como ya afirmé anteriormente, lo relevante es la intención de los cónyuges, por más que, en cuanto al divorcio, esa intención ha de ser manifestada a través de actos expresos y concluyentes, ante el Juez que conozca del proceso de divorcio, bien por ambos cónyuges, o por su constancia en documento público o privado.

Según Román García Varela⁽¹⁹⁾, una vez declarada la extinción del vínculo matrimonial —a través del divorcio—, el devenir armónico de los ex cónyuges del proceso es indiferente para la perspectiva del derecho, imponiendo las líneas maestras de la máxima seguridad jurídica la vigencia de esta ordenación que, por otra parte, tal como expone este jurista, está implícita en el conjunto del conglomerado normado, de modo que, aunque hubiera sido ello silenciado, el efecto plasmado en la Ley siempre se sobreentendería.

Un sector doctrinal resalta que, al ser firme la Sentencia de divorcio, la reconciliación posterior de los divorciados no tiene efectos extintivos de la disolución porque se ha elevado a principio preferente la seguridad jurídica, en cuanto que la Sentencia de divorcio va a operar y producir sus efectos sin tener en cuenta los avatares de las relaciones personales existentes entre los divorciados⁽²⁰⁾.

Se puede afirmar, por tanto, que la reconciliación que tiene lugar con posterioridad al divorcio, cuya declaración haya pasado en autoridad de cosa juzgada, no tiene efecto extintivo de la disolución y, en consecuencia, no se retro-

(18) VALLADARES, Etelvina: *Nulidad, separacion y divorcio*, Ediciones Civitas, 1982.

(19) GARCÍA VARELA, Román; GONZÁLEZ POVEDA, Pedro; LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel, y SIERRA GIL de la CUESTA, Ignacio: *La Ley de divorcio. Experiencias de su aplicación*, Colex, Madrid, 1982.

(20) ROMERO COLOMA, Aurelia María: obra citada en nota 1.

traen las cosas al estado anterior, como, en cambio, sí sucedía en el supuesto de separación matrimonial.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 3 de octubre de 1996 se pronunció claramente a favor de la intención de los divorciados, al declarar que “...mientras que la apelante mantiene, aplicando el artículo 84 del Código Civil, que, si la reconciliación de los esposos después de la separación no es notificada al Juez, carece de eficacia jurídica, el Ministerio Fiscal sostiene la aplicabilidad, al supuesto enjuiciado, del artículo 87 del Código Civil, en cuanto no se da la excepción que contempla, sino que hubo una verdadera convivencia y no la simple reanudación de la vida individual de cada uno de los cónyuges en el mismo domicilio, lo que viene avalado por la prueba practicada, ya que la compra de muebles nuevos, la duración de la vida en común —seis años— en el que fuese el domicilio familiar, durante ese período a todos los efectos, y las apariciones en público que muestran la unidad del matrimonio, vienen a acreditar que hubo una real y verdadera reconciliación, que, si bien ciertamente no se comunicó al Juez, ello podrá afectar a las relaciones de los cónyuges con los terceros, pero no a las de los esposos entre sí; por consiguiente, no cabe apreciar que se haya cumplido el plazo a que se refiere la causa del artículo 86.1 del Código Civil, dado que éste ha de contarse desde que realmente cesó la convivencia propiciada por la reconciliación de los esposos...”.

Una cuestión distinta plantea Mariano Alonso Pérez⁽²¹⁾, al reseñar que nada obsta para que los cónyuges den por extinguido, de común acuerdo, el negocio bilateral de reconciliación que ellos mismos crearon en el uso de su autonomía privada si los hechos nuevos de especial relieve les impiden mantener la convivencia y, ante el cambio de circunstancias, proceder al ejercicio de una nueva acción de divorcio. La acción de divorcio, en este último supuesto, quedó extinguida, interpuesta la demanda, por la reconciliación expresamente manifestada, pero pueden entablar, si hay causa, nueva acción, utilizando, si fuera necesario, hechos viejos que apoyen o sirvan de fundamento a su nueva pretensión.

Parece que el problema más arduo puede presentarse cuando se trata de saber o reconocer si estamos ante una reconciliación o sólo ante un intento que, “a posteriori”, deviene frustrado. En cualquier caso, si la reconciliación expresa se puede efectuar a través de un comportamiento, sin una declaración que ponga de manifiesto una voluntad directamente referida a ella, como la reanudación de la convivencia, es obvio que estaríamos dando prioridad, ante todo, a la autonomía de las partes en el proceso. Pero las normas de Derecho de Familia

(21) ALONSO PÉREZ, Mariano: *El divorcio y la reforma del derecho matrimonial español*, Universidad de Salamanca, 1981.

tienen una repercusión pública, por lo que hay que concluir en que la reconciliación no puede ser presunta, sino constar sin ningún género de dudas. En este sentido, Puig Ferriol estimaba que a través de “facta concludentia” se pudiera poner de manifiesto una voluntad de reconciliación indudable o indubitada, pero resaltando este jurista que es un terreno susceptible de muy diversas precisiones y acaso no susceptible de una solución unívoca, concluyendo en que una reconciliación no expresa sería la que se contuviera en una declaración que pusiera de manifiesto una voluntad no referida directamente a la reconciliación, por lo que tal vez el único modo de advenir que se ha producido la reconciliación pasa por la exigencia de una manifestación de voluntad verificada a través de una declaración, según la tesis mantenida por Etelvina Valladares.

Será el Juez, en todo caso, el encargado de cuidar, bajo su estricto control, que la reconciliación, efectivamente, se ha llevado a cabo.

Por lo que respecta a la reconciliación posterior al divorcio, ésta no produce efectos legales, tal como el Código Civil, en el segundo párrafo del artículo 88, establece, por lo que no hace renacer en ningún caso el matrimonio —ya disuelto por Sentencia de divorcio— y cabe a los ex cónyuges contraer matrimonio nuevamente.

Algún sector doctrinal ha estimado que este último inciso del precepto civil es superfluo, pero estas críticas, a mi juicio, son excesivas y, en todo caso, es loable que el legislador se preocupe, de cara al futuro, de la nueva situación que puede presentársele a aquellos ex cónyuges que, reconciliados en su día, quieren reiniciar su vida en común contrayendo otra vez matrimonio.

Este último inciso del precepto citado, desde mi punto de vista, demuestra la libertad de estado que los ex cónyuges poseen, libertad y autonomía que les habilita para pasar, si lo desean, a otra unión marital, tanto con otra persona, como con la misma de la que, en su día, se divorciaron.

Vázquez Iruzubieta va más allá en su apreciación de este último inciso, afirmando que el hecho de que los ex cónyuges hayan estado unidos en matrimonio anterior no es una situación que implique una convalidación “de iure”, sino que los esposos divorciados, en este caso, deben proceder como cualquier otra pareja en trance de celebración de matrimonio, o sea, llevar a cabo todas las diligencias previas que la Ley y los reglamentos imponen, pesando sobre ellos las prohibiciones e impedimentos que la Ley establece y que, aunque en el primer matrimonio hubieran podido estar ausentes, deben nuevamente ser examinados al objeto de determinar si pueden contraer válidamente matrimonio.

**EN LOS CONFLICTOS FAMILIARES
¿POR QUÉ DEBERÍAMOS ACUDIR A LA MEDIACIÓN?
LA MEDIACIÓN COMO ALTERNATIVA
EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS FAMILIARES
Y MATRIMONIALES (I) (*)**

LUCÍA GARCÍA GARCÍA

*Doctora en derecho por la Universidad de Oviedo.
Abogado y mediador familiar*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. ANTECEDENTES.

III. MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA.

1. Primeros referentes.
2. Cataluña: primera Comunidad Autónoma con una Ley de Mediación.
3. Comunidad Autónoma de Galicia: Ley 4/2000 de Mediación Familiar.
4. En Valencia se crea el Centro de Mediación Familiar.
5. El Servicio de Mediación Familiar del País Vasco (Famili Bitartekaritzarako Zerbitzua).

IV. EL CONFLICTO COMO PUNTO DE REFERENCIA.

V. MEDIACIÓN: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.

(*) Los apartados VII, VIII, IX y X serán publicados en el siguiente número de la Revista de Derecho de Familia.

VI. EL MEDIADOR.

VII. LA MEDIACIÓN COMO SISTEMA ALTERNATIVO.

1. Mediación: opción idónea para la gestión de conflictos.
2. Inadecuación del ámbito judicial.
3. Características de la mediación.
 - A) *Voluntariedad.*
 - B) *Imparcialidad.*
 - C) *Confidencialidad.*
 - D) *Carácter personalísimo.*
4. Protagonismo de las partes: principal aportación.
5. El contrato de mediación.
6. Duración de la mediación.
7. A modo de conclusión.

VIII. LA MEDIACIÓN EN EL ÁMBITO PENAL.

IX. LA MEDIACIÓN EN LOS CENTROS EDUCATIVOS.

X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Es ampliamente reconocido entre los profesionales de la salud, sociólogos y juristas, que la ruptura matrimonial o de pareja da lugar a un proceso conflictivo doloroso, que genera niveles muy perjudiciales de ansiedad. Este problema parece que constituye el segundo acontecimiento más estresante en la vida del adulto, después de la muerte de uno de los cónyuges. Estas situaciones no afectan únicamente a la pareja; su familia también se ve implicada, de diversas formas⁽¹⁾. Pero son, sobre todo, los hijos —la parte más débil— los más afectados por el impacto emocional que generan estas situaciones.

La mediación familiar supone cuestionar el modelo tradicional y legal vigente, aplicable en los casos de separación o divorcio, el cual tiene su base en la

⁽¹⁾ VERDUN, “La mediación familiar en España y en Inglaterra”, *Revista de Treball Social*, núm. 154, junio de 1999, pág. 86.

dinámica ataque-defensa⁽²⁾ o, lo que es lo mismo, gana-pierde. En el contexto de la mediación se pretende facilitar las vías de diálogo y restablecer la comunicación, con el objetivo de llegar a acuerdos —totales o parciales— en que ninguno de los implicados sea perdedor. En efecto, nadie va a imponer la solución; los propios mediados, con mutuas concesiones, van a elaborarla conjuntamente con ayuda del mediador. Es el resultado de su esfuerzo y colaboración; nadie decide por ellos en asuntos que, tan íntimamente, conciernen sólo a ellos y a su familia. Es su propia obra. No pueden, por tanto, sentirse discriminados e insatisfechos y, como consecuencia de todo ello, incumplir lo pactado. Sería ir contra los propios actos.

La filosofía de la mediación es que no debemos permitir que un tercero decida por nosotros en asuntos muy personales, que pertenecen a la vida privada y a la intimidad. Cada persona debe responsabilizarse de las decisiones que le conciernen en este ámbito, y el mediador, utilizando las técnicas adecuadas, le ofrece la ayuda necesaria para que lo consiga con su propio esfuerzo. Este protagonismo de las partes en la gestión de su propio conflicto determina la transparencia del sistema y constituye, a nuestro juicio, la mayor aportación de la mediación.

Debe quedar claro que la mediación se presenta como un sistema de resolución de conflictos y no una terapia. Consecuentemente, no es posible llevar adelante este proceso, si las partes no tienen la convicción de que la relación ha llegado a su fin, es decir, si no están decididas a separarse/divorciarse⁽³⁾.

II. ANTECEDENTES

Podemos encontrar antecedentes de las técnicas de mediación en diversos lugares del planeta y en tiempos remotos. En España existe un claro precedente en el Tribunal de las Aguas de Valencia, una de las más antiguas instituciones populares para regular conflictos. En el ámbito rural, las cooperativas constituyen otro precedente, ya que, para su funcionamiento, exigen un proceso aceptado por todos para resolver los desacuerdos y las disputas internas. Es decir, ha de establecerse un modo de tomar decisiones que sea considerado justo y eficaz por todos los miembros⁽⁴⁾.

También constatamos la existencia de precedentes al otro lado de nuestras fronteras: los cuáqueros, las religiones judeo-cristianas, en que los sacerdotes,

(2) VERDUN, *opus cit.*, pág. 87

(3) VERDUN, *opus cit.*, pág. 92.

(4) TORREGO SEIJO *et al.*, *Mediación de conflictos en Instituciones Educativas*, Madrid, 2000, pág. 13.

rabinos y predicadores han desarrollado tradicionalmente una labor mediadora; las culturas china y japonesa cuentan con una gran tradición en estas técnicas. Es destacable, asimismo, la labor llevada a cabo por los movimientos para la paz que, con el deseo de resolver los problemas de forma constructiva, han dado un gran impulso a este modelo⁽⁵⁾.

Actualmente, la mediación llega a España procedente de Estados Unidos, de los países del entorno europeo⁽⁶⁾ y de Sudamérica⁽⁷⁾. En Estados Unidos, donde es considerada una “técnica enormemente exitosa”⁽⁸⁾, en 1975 había solamente doce centros comunitarios de resolución de disputas. En 1986 ya se contaba con más de cuatrocientos programas de mediación anexos a los tribunales o con base en comunidades, en los cuales se mediaban conflictos familiares, vecinales, entre inquilinos y propietarios y en relación con los negocios. La utilización de esta técnica se extendió de forma rápida y espectacular debido a los buenos resultados obtenidos; por ello fue posteriormente incorporada al sistema legal⁽⁹⁾.

Hoy día, varios estados exigen la mediación en los conflictos familiares y matrimoniales, sobre todo cuando se trata de la tenencia de hijos⁽¹⁰⁾. Así, en California, constituye una instancia obligatoria, previa al juicio, en que las partes en conflicto deben tratar de resolver sus disputas. Ahora bien, si el conflicto no se resuelve en dicha instancia, el proceso seguirá por el cauce contencioso⁽¹¹⁾.

En Inglaterra, la mediación inicia su andadura, a finales de los años setenta, impulsada por un pequeño grupo de abogados independientes. En este país existen dos tipos de mediación: a) La del sector público, cuya misión es apoyar

(5) TORREGO SEIJO, *opus cit.*, pág. 13, y MARTÍNEZ DE MURGUÍA, *Mediación y resolución de conflictos*, Barcelona, 1999, págs. 12-13.

(6) En Francia, desde hace quince años. SIX, Jean-François (traductora Pepa Larraz Genovés), *Dinámica de la mediación*, Barcelona, 1997, pág. 21.

(7) TORREGO SEIJO, *opus cit.*, pág. 13.

(8) COBB, Sara, en el Prólogo a la obra de Marinés SÚARES, *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Barcelona, 1996, pág. 17.

(9) SUARES, Marinés, *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Barcelona, 1996, pág. 47.

(10) FOLGER y JONES, *Nuevas direcciones en mediación*, traductor Jorge Piatigorsky, Barcelona, 1997, pág. 11.

(11) SUARES, *opus cit.*, págs. 47 y 48.

el trabajo de los tribunales, pero no como una instancia obligatoria previa al juicio; b) La del sector voluntario, que atiende entre dos mil a tres mil casos por año⁽¹²⁾.

En Francia, el punto de partida se localiza en la figura del Ombudsman, como intermediario entre los particulares y los organismos oficiales. Se inicia, por tanto, en el Derecho Público, extendiéndose posteriormente al Derecho Privado. La mediación se institucionaliza en el Derecho Civil en el año 1990⁽¹³⁾.

En Argentina, el Decreto 1480/92 declaró de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método alternativo para la solución de controversias, y la Resolución del Ministerio de Justicia de 8 de septiembre de 1992 vino a reglamentar la creación del Cuerpo de Mediadores. Comenzó con casos derivados de diez juzgados de la Capital Federal y pronto el número de éstos se extendió a veinte. El porcentaje de acuerdos alcanzados es superior al 60%⁽¹⁴⁾.

La práctica de la mediación ha tenido, en todo el mundo, un inmenso crecimiento. La razón de ello es simple: ha resultado ser un sistema muy efectivo.

III. MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA

1. Primeros referentes.

Puede decirse que el antecedente de la mediación en España se encuentra en la Ley 30/1981, denominada de Divorcio, que modificó el Código Civil en materia de Derecho de Familia, abriendo, al mismo tiempo, la posibilidad de una tramitación consensual de esta clase de litigios⁽¹⁵⁾. El punto de referencia de esta Ley se encuentra en el artículo 32 de la Constitución Española de 1978, que establece la posibilidad de disolver el matrimonio y, por tanto, de contraer nuevas nupcias. A través de este precepto, el Ordenamiento español evolucionó desde la concepción del matrimonio “para toda la vida”, a una consideración

(12) SUARES, *opus cit.*, pág. 48.

(13) SUARES, *opus cit.*, pág. 48.

(14) SUARES, *opus cit.*, pág. 50.

(15) IBÁÑEZ VALVERDE, “Mediación Familiar intrajudicial”, *Papeles del psicólogo*, 1999, núm. 73, pág. 56.

más flexible, en que la duración del mismo estaría determinada por la voluntad de las partes implicadas⁽¹⁶⁾.

El artículo 92 de la mencionada Ley 30/1981 establece:

“El Juez, de oficio o a petición de los interesados, podrá recabar el dictamen de especialistas.”

Ello permite que los psicólogos, por ejemplo, puedan ofrecer una óptica, no exclusivamente legal, del caso y, asimismo, que los Jueces puedan tomar en consideración otros elementos —como la mediación, en su caso— antes de adoptar sus decisiones.

Las técnicas de mediación comenzaron a aplicarse inicialmente de forma esporádica, convirtiéndose, poco a poco, en intervenciones sistemáticas y metodológicamente definidas. El “Programa de Mediación para la Separación y el Divorcio”, diseñado por Bernal Samper, constituye, según parece, la primera experiencia en este campo. El Ministerio de Asuntos Sociales aprueba este Programa en septiembre de 1990, comenzando a aplicarse en febrero de 1991, en Madrid. El mismo Ministerio subvenciona, meses más tarde, otro programa de mediación familiar, elaborado por la Unión de Asociaciones Familiares (UNAF)⁽¹⁷⁾.

El primer reconocimiento formal del uso de la mediación intrajudicial ocurrió en 1991, en las Primeras Jornadas Nacionales “Persona, Sociedad y Ley”, celebradas en Madrid, organizadas por los equipos técnicos de la Administración de Justicia⁽¹⁸⁾.

Desde la promulgación de la Recomendación R(98)1, sobre Mediación Familiar, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 21 de enero de 1998, la resolución de los conflictos familiares tiene una alternativa⁽¹⁹⁾ a los procesos judiciales. Este Comité, al mismo tiempo que insta a los Estados miembros a instituir y promover la mediación familiar —o, si fuera el caso, a reforzar y profundizar la regulación ya existente—, desarrolla los principios básicos que han de informar el ejercicio de la misma.

En la misma línea, “El Libro Blanco de la Justicia”, elaborado recientemente por el Consejo General del Poder Judicial, destaca la necesidad de poten-

(16) VERDUN, *opus cit.*, pág. 119.

(17) BERNAL SAMPER, *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid, 1998, pág. 65 y ss.

(18) VERDUN, *opus cit.*, pág. 115.

(19) Remitimos a lo dicho, en relación con el término “alternativa”.

ciar los mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Este Órgano considera que la formación en técnicas de mediación es “aún una asignatura pendiente cuya aprobación no es posible retrasar” y que es posible poner de manifiesto a las partes los peligros que para cada una de ellas puede tener la continuación del proceso y convencerlas de que su conflicto puede resolverse mediante concesiones mutuas⁽²⁰⁾. Es por ello que la introducción en el ordenamiento de nuevos mecanismos de transacción⁽²¹⁾, tanto previos al proceso como intraprocesales, parecen medidas fundamentales⁽²²⁾.

El CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL destaca la necesidad de llevar a cabo una reforma en el procedimiento de familia y de potenciar la formación específica en mediación. Propugna la introducción, de forma generalizada en todos los procesos, de un trámite en el que se trate de evitar la continuación del procedimiento mediante el acuerdo transaccional de las partes, “como una fase previa y obligada al inicio del juicio”⁽²³⁾. Compartimos esta tesis, si se exceptúa el supuesto en que las partes hicieran constar su negativa a acudir a la mediación, ya que la mediación es, por definición, un procedimiento voluntario⁽²⁴⁾.

Una de las principales conclusiones del coloquio científico celebrado en el Instituto Suizo de Derecho Comparado, en 1991, fue que la mediación, si bien no es la panacea universal, sí puede ser expresión de una nueva cultura del conflicto, más orientada hacia la comunicación que hacia la confrontación. Este concepto parece constituir, en efecto, la clave del desarrollo de la mediación, tanto en España como en la Europa comunitaria a la que pertenecemos⁽²⁵⁾.

Las experiencias que han venido desarrollándose en determinados juzgados de España, en cuanto a la remisión a la mediación por decisión judicial, han encontrado su fundamentación jurídica en el artículo 158.3.º del Código Civil, que otorga al Juez amplias facultades para adoptar las medidas que estime convenientes para evitar que se cause daño o se perjudique el interés del me-

(20) CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, 1997, págs. 198 y 199.

(21) MORILLA GARCÍA-CERNUDA señala: “Hay que habilitar vías para solucionar algunos problemas sin ir al juez”, Diario *La Nueva España*, 21 de mayo de 2000, pág. 38.

(22) CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Libro Blanco de la Justicia*, 1997, pág. 196.

(23) *Libro Blanco...*, cit., pág. 198.

(24) MATZ, en GOTTHEIL y SCHIFFRIN, *opus cit.*, pág. 72.

(25) REDORTA LORENTE, en GOTTHEIL y SCHIFFRIN, *opus cit.*, pág. 168.

nor⁽²⁶⁾. Ello ocurrirá cuando el Órgano Judicial alcance la convicción de que las confrontaciones entre los progenitores pueden causar perjuicios —especialmente de carácter psíquico— irreparables a los hijos menores de edad⁽²⁷⁾.

Se han llevado a cabo con éxito las primeras experiencias en mediación familiar, en Madrid, País Vasco, Galicia, Valencia, Andalucía, Navarra y, sobre todo, en Cataluña.

Recientemente, la Asociación Nacional de Jueces para la Democracia, en el IV Congreso Nacional, acordó fomentar la creación, en todo el territorio nacional, de servicios de mediación familiar, como cauce para solventar los problemas que se planteen en este ámbito⁽²⁸⁾.

2. Cataluña: primera Comunidad Autónoma con una Ley de Mediación.

Cataluña será la primera Comunidad Autónoma que contará con un Proyecto de Ley de Mediación Familiar, en el término de seis meses a partir del 23 de octubre de 1998, fecha de entrada en vigor del nuevo Código de Familia⁽²⁹⁾.

Es destacable la regulación de esta figura, introducida en este Código, ya que se trata de la primera mención expresa, en un texto legal de Derecho interno, de la mediación familiar. Esta Normativa, en su artículo 79, prevé:

“Si atendidas las circunstancias del caso, la autoridad judicial considera que determinados aspectos todavía es posible que sean resueltos por acuerdo, puede remitir a las partes a una persona, o a una entidad mediadora, con la finalidad de que intenten resolver las diferencias.”

La gran importancia que se da a la mediación en este Texto legal viene reforzada por la Disposición Final 3.^a, en la que el Parlamento de Cataluña impone al Gobierno de la Generalitat la obligación de presentar un Proyecto de Ley regulador de este método de resolución de conflictos⁽³⁰⁾.

(26) AZPARREN LUCAS, *El Juez como mediador*, Ponencia del Curso sobre Mediación Judicial, Oviedo, 25-11-1999, Plan Territorial de formación de jueces.

(27) ORTUÑO, “La mediación familiar intrajudicial”, *Derecho de Familia*, núm. 7, abril de 2000, pág. 55.

(28) *Diario Jurídico Aranzadi*, 19-6-2001.

(29) Ley 9/1998, de 15 de julio, aprobada por el Parlamento de Cataluña, DOGC núm. 2687, 23-7-1998.

(30) VILLAGRASA ALCAIDE, “La Mediación...”, *cit.*, pág. 58.

El Gobierno catalán, en sesión celebrada el 26 de junio de 2000, ha aprobado un Anteproyecto de Ley, que prevé la creación de un Centro de Mediación Familiar que intervendrá en los casos de familias en crisis que acepten voluntariamente resolver sus problemas al margen de los Tribunales de Justicia. Este Anteproyecto instaura en Cataluña la mediación, como método para resolver conflictos en el seno de las familias a través de la intervención de una tercera persona imparcial y experta.

El Conseller portavoz del Gobierno catalán, Artur Mas, explicó en conferencia de prensa que el Centro de Mediación resolverá especialmente cuestiones relacionadas con la custodia sobre los hijos, el régimen de visitas del padre o de la madre, la pensión alimenticia y el derecho de vivienda. A este procedimiento podrán acceder tanto matrimonios como parejas de hecho con hijos. El Centro de Mediación, que estará adscrito al Departamento de Justicia, garantizará, a las personas que se acojan voluntariamente, la imparcialidad del mediador, la reserva y confidencialidad de la información y dará prioridad al interés superior de los hijos⁽³¹⁾.

La Ley 1/2000, de 15 de marzo, de Mediación Familiar⁽³²⁾, da respuesta al artículo 79.2 y a la Disposición Final 3.^a⁽³³⁾, anteriormente citados, y regula la Mediación Familiar de acuerdo con las bases establecidas por tal Disposición y de conformidad con los principios generales que informan la Institución de la Mediación. Esta Ley crea el Centro de Mediación Familiar de Cataluña, que asume la responsabilidad de fomentar y organizar el servicio público de esta actividad con pleno respeto a la voluntad de los ciudadanos y a las iniciativas privadas ya nacidas, que ejercen profesionalmente en este campo. Regula asimismo la intervención de los Colegios Profesionales afectados, otorgándoles tareas relevantes, tanto en el ámbito de la formación de los mediadores, como en el deontológico y el sancionador⁽³⁴⁾.

3. Comunidad Autónoma de Galicia: Ley 4/2000 de Mediación Familiar.

El Parlamento de Galicia aprobó la Ley 4/2000, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar, considerando este procedimiento como una modali-

⁽³¹⁾ Noticias *La Ley*, Titulares, 28-6-2000.

⁽³²⁾ BOE núm. 91, de 16 de abril.

⁽³³⁾ Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia.

⁽³⁴⁾ Esta Ley entrará en vigor a los nueve meses de haber sido publicada en el Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña.

dad sobresaliente, tanto en el panorama nacional como en el internacional, *de protección pública a las unidades familiares* que se encuentran en situaciones de conflicto y de crisis matrimonial o de pareja.

Esta Ley se estructura en un Título Preliminar y dos Títulos más, a lo que hay que añadir dos Disposiciones Finales. En el Título Preliminar se configura la institución de la Mediación Familiar como *manifestación de una actividad de interés público, promovida por la Junta de Galicia en razón de la indudable utilidad pública que representa* para las familias y unidades de convivencia estable y, particularmente, para los hijos. El Título I se refiere a la ordenación de la mediación y el Título II contempla el régimen sancionador. En la Disposición Final Primera se faculta a la Junta de Galicia para dictar las disposiciones que sean necesarias para el desarrollo reglamentario de la presente Ley y la Disposición Final Segunda determina su entrada en vigor a los nueve meses de su publicación en el Diario Oficial de Galicia⁽³⁵⁾.

La Consejería competente en materia de Familia, a través de la unidad orgánica que se determine reglamentariamente, ejercerá las funciones necesarias para hacer efectiva la actividad de mediación familiar, en beneficio de todas aquellas personas que la precisen y demanden.

Se podrá acudir a la mediación tanto con carácter previo a la iniciación del proceso judicial como en cualquier momento durante el curso del mismo. La intervención de los profesionales especializados será requerida voluntariamente y aceptada, en todo caso, por las partes en conflicto, y el procedimiento podrá iniciarse a petición de ambas, de común acuerdo, o a instancia de una de una con la aceptación “a posteriori” de la otra, bien a iniciativa propia, bien a propuesta de la autoridad judicial.

La prestación del servicio de mediación, al igual que en la Comunidad Autónoma de Cataluña, será gratuita para todas aquellas personas que reúnan, o puedan reunir, la condición de beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita, que, a tenor de lo establecido en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, determinará la Consejería competente en materia de Familia. En otro caso, el importe del servicio habrá de ser abonado por los interesados.

4. En Valencia se crea el Centro de Mediación Familiar.

El Colegio de Abogados de Valencia ha creado el Centro de Mediación Familiar, que permitirá que muchos de los conflictos familiares que entran en

(35) BOE núm. 157, lunes 2 de julio de 2001, pág. 23425 y ss.

los juzgados se solucionen antes por la vía de la mediación. Hasta el presente, se ha conseguido que más de un 60% de asuntos que entran en los juzgados encuentren solución antes del juicio.

Esta iniciativa se ha puesto en marcha a raíz de la inminente aprobación por las Cortes Valencianas del Proyecto de Ley de Mediación Familiar. Es por ello que el Ilustre Colegio de Abogados decidió poner en marcha este Centro, en el que lo más innovador será la incorporación de los Colegios Profesionales afectados, entre ellos el de Abogados⁽³⁶⁾.

Según se ha publicado recientemente, el colegio de Abogados de Valencia y el Consejo General del Poder Judicial han llegado a un acuerdo de colaboración para que los letrados ejerzan la mediación familiar en los juzgados. De esta forma, cuando se consiga que las partes lleguen a un acuerdo, éste se presentaría en los juzgados para su revalidación⁽³⁷⁾.

Por otra parte, el Consejo General del Poder Judicial y la fundación Juan Pablo II, "Familia y Vida", con sede en Valencia, han alcanzado el primer acuerdo sobre Mediación Familiar que se firma en España, entre el máximo órgano del Poder Judicial y una entidad de iniciativa social⁽³⁸⁾. El convenio permitirá que los profesionales formados en técnicas de mediación intervengan en la solución de las crisis familiares que llegan a los Juzgados de Familia de Valencia.

5. El Servicio de Mediación Familiar del País Vasco (Famili Bitartekaritzarako Zerbitzua).

El País Vasco, si bien aún no cuenta con una regulación legislativa sobre la mediación, ha elaborado, en 1998, un Programa bien estructurado; pero anteriormente ya había venido realizando experiencias en este campo. El 12 de octubre de 1996, el Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco puso en funcionamiento el primer Servicio público de Mediación Familiar del País Vasco, "*con el propósito de ayudar a superar de forma menos traumática estas situaciones (...) y facilitar la vía del mutuo acuerdo, evitando enfrentamientos legales*".

(36) *Noticiero Jurídico Aranzadi*, 3 de mayo de 2001, núm. 109, pág. 4.

(37) *Diario de Noticias La Ley*, 15-6-2001, 13:29.

(38) Acuerdo, firmado el 14-6-2001, por el Vocal del CGPJ Francisco Monterde y el Presidente de la Fundación Juan Pablo II, Manuel Giner, ante el Juez Decano de Valencia, Fernando de Rosa, que también ha impulsado el Proyecto. *Diario de Noticias Aranzadi*, 7-6-2001.

Este Programa “no pretende ser un servicio al margen de la sede jurisdiccional de conflictos”, sino complementar y ayudar a los Juzgados de Familia, porque “contribuye, a través de la especial tramitación de los procedimientos de mutuo acuerdo, a la aplicación del principio de economía procesal”⁽³⁹⁾.

El Servicio de Mediación colabora con el Poder Judicial, en cuanto que ha sido concebido como un servicio complementario al proceso judicial. Los asuntos pueden llegar tanto desde el ámbito judicial como desde fuera, generalmente desde los servicios sociales y durante las campañas de difusión en los medios de comunicación.

Al contrario que la Comunidad Catalana, que establece la mediación unipersonal, en el País Vasco se actúa en comediación: equipo de dos mediadores, jurista y psicólogo, junto con un auxiliar administrativo para las tareas burocráticas.

El Programa se engloba dentro de los denominados “Servicios de interés público”, financiado con recursos públicos y controlado por la Administración. Es, por tanto, un servicio gratuito para los usuarios⁽⁴⁰⁾.

El acceso debe ser aceptado voluntariamente por las partes y pueden acudir a este procedimiento: parejas que han decidido separarse pero que no han iniciado ningún procedimiento; parejas que se encuentren en cualquier fase del proceso judicial; parejas que ya están separadas o divorciadas legalmente pero continúan en una situación de crisis; y, finalmente, parejas de derecho que quieren regular sus relaciones sin entrar en un proceso judicial de separación en ese primer momento⁽⁴¹⁾.

IV. EL CONFLICTO COMO PUNTO DE REFERENCIA

El conflicto es el punto de referencia y materia prima de la mediación⁽⁴²⁾; está presente por doquier, es inherente al ser humano⁽⁴³⁾ —de un modo u otro

(39) *Servicio de Mediación Familiar*, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, Vitoria-Gasteiz, 1998, pág. 1.

(40) *Servicio de Mediación...*, *cit.*, pág. 3.

(41) *Servicio de Mediación...*, *cit.*, pág. 5.

(42) HAYNES, *La mediación en el divorcio*, Barcelona, 1997, pág. 26.

(43) MULDOON, B., *El corazón del conflicto*, Barcelona, pág. 40. MARTÍNEZ MURGUÍA, *Mediación y resolución de conflictos*, Barcelona, 1999, pág. 18.

hemos estado implicados en conflictos toda la vida⁽⁴⁴⁾, es parte de la ella⁽⁴⁵⁾— y representa un papel relevante en el desarrollo del carácter y de las relaciones estables; es capaz de destruir, pero también de crear⁽⁴⁶⁾ si es manejado de forma inteligente⁽⁴⁷⁾. El conflicto “per se” no es bueno ni malo, lo que realmente importa es cómo lo encaramos, cómo reaccionamos ante él⁽⁴⁸⁾. En no pocas ocasiones representa una oportunidad de dar un giro a nuestra vida, para caminar en otra dirección y abordar proyectos nuevos e ilusionantes⁽⁴⁹⁾.

El conflicto implica la interrelación de dos personas o dos grupos sociales con intereses contrapuestos. La experiencia histórica pone de manifiesto que, en la medida en que haya interacción social, existirán también motivos y ocasiones de disputa: por recursos —materiales o no—, por ambiciones o insatisfacciones⁽⁵⁰⁾.

Si bien el conflicto era considerado como algo negativo y de consecuencias siempre perjudiciales, en los últimos lustros han comenzado a desarrollarse teorías y modelos de análisis del conflicto, sus causas y manifestaciones, las cuales no dan por supuesto, de forma automática, que lo deseable sería que no existiese. Muy al contrario, parece que el conflicto es una de las principales fuerzas positivas en la construcción de las relaciones sociales, contrastando con la fuerza puramente negativa de la indiferencia⁽⁵¹⁾. Desde esta nueva óptica, el conflicto comienza a ser visto como una manifestación más, natural e incluso necesaria, de las relaciones interpersonales e intergrupales y supone que la interacción da lugar necesariamente al conflicto, dado que la competencia, la

(44) CORNELIUS y FAIRE, *Tú ganas, yo gano*, Madrid, 1998, pág. 13.

(45) SUARES, Marinés, *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Barcelona, 1996, pág. 77.

(46) MULDON, *opus cit.*, pág. 40. MARTÍNEZ DE MURGUÍA, *opus cit.*, pág. 23. TORREGO SEJO *et al.*, *Mediación de conflictos en Instituciones Educativas*, Madrid, 2000, pág. 11.

(47) OYHANARTE, en GOTTEIL y SCHIFFRIN *et al.*, *Mediación: una transformación de la cultura*, Paidós, Barcelona, 1996, pág. 29.

(48) TORREGO SEJO *et al.*, *opus cit.*, pág. 11. SUARES, Marinés, *opus cit.*, pág. 41. MULDOON, *opus cit.*, pág. 39. CORNELIUS y FAIRE, *opus cit.*, pág. 13.

(49) CORNELIUS y FAIRE, *opus cit.*, pág. 18.

(50) MARTÍNEZ DE MURGUÍA, *opus cit.*, pág. 17. OYHANARTE, *opus cit.*, pág. 29.

(51) GREATBATCH y DINGWALL, en FOLGER y S. JONES, *Nuevas direcciones en mediación*, Barcelona, 1997, pág. 127.

rivalidad y la diferencia de opiniones, deseos e intereses son inevitables en el orden humano, al igual que ocurre entre todos los seres vivos⁽⁵²⁾.

Afirmar que el conflicto es inherente a las relaciones humanas es tanto como decir que forma parte del orden o, mejor aún, es una manifestación del orden en el que se produce. De ello se deduce que el orden incluye formas de conflicto y que no existe oposición entre los conceptos “orden” y “conflicto”, ya que el orden, en toda sociedad humana, constituye un arreglo normalizado del conflicto⁽⁵³⁾. Se comprende la necesidad de conocer las relaciones anteriores, las características del orden, las expectativas de las partes y sus posiciones relativas, si queremos llegar a una comprensión cabal del conflicto. En la mayor parte de los casos coexisten múltiples conflictos, algunos manifiestos y otros subyacentes. Localizar el motivo del conflicto principal puede ser determinante para resolver la disputa⁽⁵⁴⁾.

Hay ciertas situaciones que constituyen indicios claros de conflicto: a) En primer lugar, *la crisis*, en que la conducta normal se arrincona, tomando en consideración medidas extremas que, en ocasiones, se llevan a cabo. La violencia y las discusiones acaloradas son manifestaciones de la crisis; b) En segundo lugar, *la tensión*, que distorsiona la percepción que se tiene de la otra persona y de todo cuanto hace; c) *Los malentendidos* son otro claro indicio de conflicto, que se crean cuando hacemos suposiciones acerca de una situación, generalmente a causa de una comunicación poco clara o por falta de compenetración; d) *Los incidentes*, hechos o problemas sin importancia que dejan un peso de preocupación o malestar, que, con el tiempo, puede adquirir mayores proporciones; e) Finalmente, *la incomodidad*, la cual nos hace percibir de forma intuitiva que algo va mal, sin saber exactamente de qué se trata⁽⁵⁵⁾.

Aprender a reconocer los indicios de incomodidad y los incidentes y actuar sobre ellos, pronta y adecuadamente —y aquí entraría en juego la mediación— contribuirá a evitar la tensión, los malentendidos y la crisis. Considerar el conflicto como una oportunidad y tener en cuenta los indicios que le delatan es el primer paso en el arte de resolver conflictos⁽⁵⁶⁾.

Cuando un conflicto interpersonal queda sin resolver, las partes implicadas, en ocasiones, se “casan” con él en vez de superarlo y avanzar. La disputa es

(52) MARTÍNEZ DE MURGUÍA, *opus cit.*, pág. 23.

(53) MARTÍNEZ DE MURGUÍA, *opus cit.*, pág. 23.

(54) MARTÍNEZ DE MURGUÍA, *opus cit.*, pág. 23.

(55) CORNELIUS y FAIRE, *opus cit.*, pág. 14 y ss.

(56) CORNELIUS y FAIRE, *opus cit.*, pág. 17.

como una herida abierta entre ellas que marca su relación y define el modo en que se manejarán otros problemas interpersonales. Cuando emerge la crisis de la separación, algunas cuestiones prácticas requieren negociación y el mediador ayuda a las partes al avance del conflicto por motivos de conducta no resuelto al conflicto por cuestiones específicas. Los problemas de conducta que llevaron a la separación o al divorcio no se resuelven en mediación. El mediador desconecta las cuestiones de las conductas, situando este tipo de disputa en el pasado y tomándola como algo sin solución⁽⁵⁷⁾.

Vivimos en una sociedad que evoluciona rápida y constantemente, marcada por profundos cambios en todos los ámbitos. Es lógico que nuestro sistema de vida y nuestras relaciones evolucionen también hacia nuevas formas de interacción social.

Estas transformaciones tienen repercusión en todas las facetas de nuestra vida: en el plano individual se traducen en la exigencia de un mayor protagonismo y en la defensa de nuestros derechos como personas; los cambios operados en la familia no necesitan comentario por evidentes; la mayor movilidad de las personas da lugar a que los conflictos se internacionalicen con mayor frecuencia, más allá de los límites jurisdiccionales y de las diferencias culturales de los distintos países⁽⁵⁸⁾.

En esta compleja sociedad se generan, de forma permanente, conflictos que dificultan la convivencia: entre países, en las ciudades, en los barrios o en los centros escolares, cuya conflictividad, en los últimos tiempos, ha saltado lamentablemente con demasiada frecuencia a los medios de comunicación

De lo dicho se deduce la necesidad de introducir nuevos mecanismos⁽⁵⁹⁾, más adecuados a estas situaciones, que nos permitan afrontar los conflictos evitando el enfrentamiento abierto y el alto coste que el mismo conlleva.

V. MEDIACIÓN: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

El concepto de mediación no es unívoco, dado que no existe una idea única, consensuada entre los autores, de lo que es o en qué consiste. Hay muchas definiciones y lo que cabe es analizar las diferencias fundamentales que hay

(57) HAYNES, *La mediación en el divorcio*, cit., pág. 28 y ss.

(58) VILLAGRASA ALCAIDE y VALL RÍUS, “La mediación familiar: una nueva vía para gestionar los conflictos familiares”, *La Ley*, 9 de mayo de 2000, pág. 1.

(59) OYHANARTE, *opus cit.*, pág. 31.

entre ellas, para seleccionar posteriormente lo esencial y lo que más se adecua a dicho concepto. Debemos decir, no obstante, que, para algún autor, la mediación es un proceso complejo, y, como tal, no puede ser abarcado totalmente en una definición⁽⁶⁰⁾.

La Carta de la Mediación⁽⁶¹⁾ no da una definición, como tal, sino que va delimitando el concepto, paso a paso, según sus características principales. Condensando lo sustancial, podría decirse que, para dicha Carta, la mediación es, *ante todo, voluntad de abrir caminos, de establecer lazos, de una forma creativa, allá donde no existen, un espacio de comunicación, en el que un tercero, imparcial independiente y sin poder alguno, suscite constantemente en quienes, encerrados cada uno en su monólogo, se encuentran atrapados en el conflicto, el deseo de elaborar conjuntamente una salida, restableciendo un “yo” y un “tú” que permita un verdadero diálogo. Es una estrategia en la que dos antagonistas aceptan perder para llegar a ser, ambos, ganadores*⁽⁶²⁾.

En el Código de Mediación, se define ésta como *un procedimiento facultativo que requiere el acuerdo libre y explícito de las personas implicadas, de comprometerse en una acción de búsqueda (la mediación) que les permita —con la ayuda de un tercero, independiente y neutro (el mediador), formado especialmente en este arte—, establecerse en una nueva relación*⁽⁶³⁾.

Marinés SUARES diferencia el conflicto, como proceso complejo, de la disputa⁽⁶⁴⁾, que constituye una de las partes de ese proceso; señala que no debemos definir la mediación como la institución para solucionar conflictos, sino la que ayuda a las partes a encontrar otra forma de encarar y conducir sus disputas, a que se “desempantanen” de las posiciones que les han llevado a tal situación, terminando con la disputa aunque el proceso conflictivo continúe.

⁽⁶⁰⁾ SUARES, Marinés, *opus cit.*, pág. 79.

⁽⁶¹⁾ *Le Centre National de la Médiation* (CNM), que ha elaborado la CARTA y el CÓDIGO de la mediación (deontología y reglas profesionales) es una asociación sin adscripción política o confesional, que reúne mediadores cualificados, investiga sobre el concepto, la ética, el arte y la pedagogía de la mediación y se compromete a la promoción de la misma.

⁽⁶²⁾ SIX, Jean-François, *Dinámica de la mediación*, Barcelona, 1997, pág. 205 y ss.

⁽⁶³⁾ SIX, *opus cit.*, pág. 209.

⁽⁶⁴⁾ FOLGER y S. JONES se refieren asimismo a la resolución de disputas. *Opus cit.*, pág. 11.

Para esta autora, el acuerdo es uno de los objetivos de la mediación pero no el único.

HAYNES, por el contrario, pone el énfasis en la resolución de la situación conflictiva, que se expresa en un acuerdo, aunque también alude posteriormente a la función que el mismo cumple en la continuidad de las relaciones entre las partes involucradas en el conflicto⁽⁶⁵⁾.

MARTÍNEZ MURGUÍA, después de señalar que es una técnica o procedimiento, pone el acento en la resolución del conflicto⁽⁶⁶⁾ como finalidad, coincidiendo en este punto con Haynes.

VILLAGRASA y VALL RÍUS circunscriben la mediación al campo “extrajudicial”, exigen que el mediador sea un profesional “cualificado”, y consideran como objetivos fundamentales “facilitar las vías de diálogo” y “la búsqueda en común de una solución voluntaria, aceptable y duradera”, por este orden⁽⁶⁷⁾. Parece que estos autores coinciden, en lo esencial, con la tesis de Marinés Suares, ya que el objetivo de “facilitar las vías de diálogo”, podría identificarse con ayudar a las partes a “desempantanarse” de sus posiciones, pues conseguido esto aquellas podrían dialogar.

Jean François SIX alcanza la mayor similitud con Marinés Suares. Subraya la participación libre de las partes, a quienes compete en exclusiva la decisión final, y determina que la finalidad de la mediación es “provocar el nacimiento de relaciones nuevas entre las partes o el restablecimiento de una comunicación” inexistente o deteriorada, sin que el término “acuerdo” o el de “resolución” aparezcan en la definición elaborada por este autor.

En la misma línea PETERS estima que, el hecho de concluir un acuerdo, no puede servir de criterio decisivo para decir del proceso de mediación que se trata de un éxito. Más que el acuerdo, señala este autor, la comunicación entre las partes tiene un sentido por sí misma⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁵⁾ HAYNES, John M., *Fundamentos de la mediación familiar*, Madrid, 1995, pág. 11.

⁽⁶⁶⁾ MARTÍNEZ MURGUÍA, *opus cit.*, pág. 50. En la misma línea TORREGO SEJO *et al.*, *opus cit.*, pág. 11. También CORNELIUS y FAIRE hablan de llegar a una “resolución”. *Opus cit.*, pág. 179.

⁽⁶⁷⁾ VILLAGRASA y VALL RÍUS, *opus cit.*, pág. 1.

⁽⁶⁸⁾ *Alternativas en el campo judicial*, Escuela de Verano del Poder Judicial. Galicia, 1999, edita Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 164.

Por su parte, Daniel BUSTELO introduce en la definición la característica de la interdisciplinariedad⁽⁶⁹⁾ y sitúa el objetivo de la mediación en “promover una forma alternativa, no jurisdiccionalmente contradictoria, de resolución de conflictos”⁽⁷⁰⁾. Se sitúa este autor, por tanto, en la línea de Haynes y frente a la de Marinés Suares. Aún hay otro aspecto discrepante entre ambos autores, y es en la utilización del término “alternativa”⁽⁷¹⁾, ya que esta autora sostiene que este vocablo sugiere que hay un camino principal para la resolución de disputas —el judicial—, mientras que, a su juicio, tal camino debería ser, en primer lugar, la negociación, luego la mediación, luego el arbitraje y, por último, el juicio⁽⁷²⁾. BONAFE-SCHMITT pone, asimismo, el énfasis en la solución del conflicto “a través de la organización de intercambios entre las partes”⁽⁷³⁾.

OYHANARTE estructura su definición estableciendo una serie de pasos: aislar las cuestiones en disputa con el objeto de desarrollar opciones, considerar alternativas y llegar al acuerdo⁽⁷⁴⁾. Coincide, por tanto, con los últimos autores citados, en cuanto a la consideración del acuerdo como objetivo último a conseguir, pero sin destacarlo; como uno más entre los pasos citados. Ahora bien, en otro lugar de la obra reproduce la definición de Kelly, para quien el proceso se desarrolla “en vista a la resolución de un conflicto”; y más adelante habla de “facilitar el diálogo a fin de redefinir y resolver los problemas” y “objetivo básico de la mediación es lograr, no tanto un acuerdo, sino la colaboración a través de un acuerdo”⁽⁷⁵⁾.

Por lo expuesto, estimamos que este autor se mueve en un terreno ecléctico, sin otorgar excesiva relevancia al acuerdo, pero reconociéndolo como objetivo deseable⁽⁷⁶⁾.

(69) En la misma línea, OYHANARTE, *opus cit.*, pág. 133. También REDORTA LORENTE, en GOTTEIL y SCHIFFRIN, *Mediación..., cit.*, pág. 178.

(70) BUSTELO ELIÇABE-URRIOL, *La mediación familiar interdisciplinaria*, Madrid, 1995, pág. 7.

(71) También lo utilizan FOLGER y S. JONES, *opus cit.*, pág. 11.

(72) SUARES, Marinés, *opus cit.*, pág. 88.

(73) BONAFE-SCHMITT, Jean Pierre, “Les alternatives a la justice”, *Juris, Quaders de política Jurídica*, núm. 4, 1995, Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya, pág. 12.

(74) OYHANARTE, *opus cit.*, pág. 30.

(75) RISOLÍA DE ALCARO, en GOTTEIL y SCHIFFRIN, *Mediación..., cit.*, pág. 120.

(76) OYHANARTE, *opus cit.*, pág. 30.

Es destacable que todas las definiciones incluyen la intervención de una tercera persona profesionalizada en el proceso de mediación; pero, en realidad, son las partes las responsables de adoptar las decisiones. A este respecto, pertenece a las partes el protagonismo absoluto, reservándose el mediador la organización y conducción del procedimiento⁽⁷⁷⁾.

VI. EL MEDIADOR

La mediación requiere, de manera indispensable, la participación directa de las partes implicadas en el conflicto. El mediador, el tercero imparcial, no es ni un juez ni un árbitro, es decir, no le corresponde enjuiciar las pretensiones de las partes, ni proponer por su cuenta la solución; es un auxiliar para atemperar la situación de enfrentamiento y favorecer la interrelación que posibilite el acuerdo. Pero conviene matizar al respecto, insistiendo en lo que ya se ha dicho al hablar del conflicto; el fin de la mediación no es únicamente alcanzar el acuerdo, ya que éste es uno de los objetivos, pero no el único.

El mediador trabaja para reconciliar los intereses competidores de las partes, para que éstas puedan negociar el intercambio de promesas, mutuamente satisfactorias, de cara al futuro⁽⁷⁸⁾; se esfuerza en crear una atmósfera de empatía y una buena relación entre los mediados⁽⁷⁹⁾. La función del mediador es ayudar a las partes a “aparearse” de las rígidas posiciones que les han llevado a estar en disputa, a superar las manifestaciones de ésta más agudas, a fin de que puedan ver el problema desde otro ángulo y hallar una solución para él, aun cuando el proceso conflictivo continúe⁽⁸⁰⁾.

El mediador debe permitir que se manifiesten los sentimientos y las emociones, que salga al exterior todo el enfado, el resentimiento y el dolor acumulado para poder contener la crisis; pero todo ello bajo unas premisas establecidas previamente al inicio del proceso: no gritos, no insultos, no descalificaciones personales. Ahí radica el secreto de la mediación: velar para que el conflicto no degenera en violencia, evitando la escalada de hostilidad.

(77) VERDUN, *opus cit.*, pág. 92.

(78) MOORE, *opus cit.*, pág. 49.

(79) PETERS, *Alternativas en el campo judicial*, Escuela de Verano del Poder Judicial. Galicia, 1999, edita Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 163.

(80) SUARES, Marinés, *opus cit.*, pág. 80. MARTÍNEZ DE MURGUÍA, *opus cit.*, págs. 12-13. En la misma línea GIRÓ PARÍS, en SIX, Jean-François (traductora Pepa Larraz Genovés), “Prólogo” de *Dinámica de la mediación*, Barcelona, 1997, pág. 227.

Es necesario dejar claro que la figura del mediador no conlleva una suplantación del abogado, sino que facilita su trabajo. Sus funciones no son antagónicas, sino complementarias⁽⁸¹⁾, ya que, cuando un letrado actúa como mediador en un caso, en ese caso concreto no debe dar consejo legal; ello iría en contra de los principios de imparcialidad y neutralidad mencionados en la Recomendación 1/98, sobre Mediación Familiar, del Comité de Ministros del Consejo de Europa:

“i) *El mediador es imparcial en sus relaciones con las partes.*

ii) *El mediador es neutro en cuanto a los resultados del proceso de mediación.*

(...) x) *El mediador puede dar informaciones jurídicas, pero no debería dar consejo jurídico. Debería, en los casos apropiados, informar a las partes de la posibilidad que tienen de consultar a un abogado.”*

Conforme a tales principios, el mediador ni se erige en representante de las partes en conflicto, ni les asesora legalmente.

El mediador carece de poder de decisión, y esto es a menudo lo que impulsa a las partes en disputa a buscar sus servicios, ya que de este modo pueden retener el poder final de decisión⁽⁸²⁾. Estas aseveraciones armonizan plenamente con otro de los principios consagrados en la citada Recomendación:

“iv) *El mediador no tiene poder para imponer una solución a las partes.”*

Mientras no se establezca que la mediación es una profesión específica y claramente diferenciada⁽⁸³⁾, con un cuerpo teórico propio, son muchos los profesionales que se disputan su propiedad: abogados, psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, etc. Pero es evidente que, para ser un mediador experto, se requieren, además, conocimientos específicos sobre el procedimiento, la metodología, las técnicas y las teorías referenciales, así como conocimientos de Derecho y Economía⁽⁸⁴⁾. De no respetar estas premisas, estaríamos condenando al descrédito y al fracaso esta nueva especialidad, antes de su nacimiento como realidad legal.

(81) TORRERO MUÑOZ, *opus cit.*, pág. 859.

(82) MOORE, *opus cit.*, pág. 50.

(83) GARCÍA TOMÉ, “La mediación familiar”, *Por Derecho, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca*, núm. 36, octubre 2000, pág. 30.

(84) VERDUN, *opus cit.*, pág. 120.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. SUBASTA DE LA VIVIENDA FAMILIAR POR DEUDAS DE UNO DE LOS CÓNYUGES

Tribunal Constitucional, Sala 1.^a, Sentencia 56/2001, de 26 de febrero.

Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Cachón Villar.

No procede declarar la nulidad del procedimiento seguido por deudas de uno de los cónyuges, a pesar de que esta no recibiese notificaciones en la fase de apremio, ya que tuvo conocimiento extraprocesalmente del embargo practicado cuando intentó inscribir en el Registro de la Propiedad la escritura de capitulaciones matrimoniales.

ANÁLISIS DEL CASO

- En el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 6 de Valladolid se presentó demanda de menor cuantía contra varios demandados. Por medio de otrosí se solicita que se notifique la demanda a los efectos del art. 144 del Reglamento Hipotecario a las esposas de uno de los demandados, diligencia que se lleva a efecto en la persona de una vecina.
- Después de dictada sentencia se procedió al embargo de una vivienda y seguidos sus trámites fue adjudicada en subasta pública.
- Doña Rufina (esposa de uno de los demandados y del cual se encontraba separada) ocupante de la vivienda subastada que había sido la familiar y cuyo uso se le atribuyó en la sentencia matrimonial, se personó en la ejecución, solicitando la nulidad de actuaciones, que fue denegada por Auto de fecha 29 de julio de 1997.
- Interpuesto recurso de reposición, fue desestimado por nuevo Auto de 24 de septiembre de 1997 y, formulado recurso de apelación contra este último,

fue también desestimado el recurso por Auto de 3 de marzo de 1998 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid.

- Contra dicha resolución interpuso D.^a Rufina recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Alega la recurrente, con invocación del art. 24 CE, la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, debido a la “inexistencia de un proceso con todas las garantías”, con “vulneración del derecho a obtener una resolución fundada en derecho”. Se fundamentaba tal alegación, en primer lugar, en que, en relación con el procedimiento tramitado, la interesada había sido “emplazada, en lugar de notificársele la existencia del mismo a los efectos del art. 1373 del Código Civil”, y, en segundo lugar, en que dicha actuación procesal se había verificado “en la persona de una vecina”, sin que la documentación servida por el Juzgado a ésta hubiera llegado a la interesada. En resumen, que las resoluciones recurridas han situado a doña Rufina en una total indefensión.

El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) garantiza a todos los que puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en un proceso judicial el derecho a conocer su existencia, a fin de que tengan la posibilidad de intervenir en él, ser oídos, y ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Ello impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal, que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa (SSTC 167/1992, de 26 de octubre; 103/1993, de 22 de marzo; 108/1994, de 11 de abril; 186/1997, de 10 de noviembre, entre otras). Este deber de diligencia tiene especial importancia en el proceso de ejecución, pues el derecho a la tutela judicial efectiva habilita a quienes ostentan

algún derecho o interés legítimo, que pueda verse afectado, para comparecer y actuar en el procedimiento, aunque no hubieran sido parte en el proceso principal, y a este fin los arts. 270 LOPJ y 260.2 LEC exigen que las resoluciones judiciales se notifiquen no sólo a las partes procesales sino también a las personas a quienes se refieran o puedan parar perjuicio (STC 229/2000, de 2 de octubre).

En el presente caso, nos hallamos ante un juicio de menor cuantía en el que se ejercita una pretensión de condena al pago de una suma de dinero, derivada del incumplimiento de un contrato de arrendamiento de local de negocio, que se dirige contra dos demandados (que son hermanos), de los cuales uno era el esposo de la ahora recurrente en amparo, del que se hallaba separado judicialmente desde hacía tiempo, teniendo ambos esposos domicilios diferentes y vidas separadas e independientes.

En este contexto, lo único que obra en autos es una diligencia, practicada con una vecina el 14 de noviembre de 1994, en la que el Juzgado se limita a notificar a la demandante del amparo la existencia del proceso dirigido contra su esposo y su cuñado, a los efectos del art. 144 del Reglamento Hipotecario (RH). Tras la referida notificación ningún nuevo acto de comunicación procesal se realizó con doña Rufina, que le permitiera conocer la efectiva existencia del embargo pues, al no ser parte en el juicio, ni se le notificó la Sentencia recaída en el proceso ni se siguieron con ella los actos de la vía de apremio, ya que no fue requerida para presentar los títulos de propiedad de la vivienda embargada (art. 1489.2 LEC), ni se

le notificó el nombramiento del perito designado para el avalúo de la finca (art. 1483 y siguientes LEC), ni el señalamiento de las subastas.

La conclusión que se sigue de lo expuesto es que la ahora recurrente no pudo conocer, a través de la actividad desplegada por el órgano judicial, que, efectivamente, se había producido el embargo del piso referenciado, máxime si se advierte que se había omitido el trámite de notificación que prevé el art. 1373 del Código Civil. Este trámite, que es preceptivo cuando se embargan bienes gananciales por deudas personales y propias de uno de los cónyuges, exige poner en conocimiento del cónyuge no deudor la existencia del embargo de los bienes gananciales, con el fin de que dicho cónyuge pueda ejercitar la facultad que le reconoce el citado art. 1373, a fin de dejar a salvo los derechos que le correspondan en la sociedad de gananciales.

El examen de las actuaciones pone de manifiesto, no obstante, que la recurrente conoció extraprocesalmente la existencia del embargo del bien ganancial. En efecto, en el recurso de reposición que se interpuso contra el Auto de 29 de julio de 1997 que declaró no haber lugar a la nulidad de actuaciones solicitada, el Letrado de la recurrente manifiesta que la escritura de capitulaciones matrimoniales, otorgada el 30 de marzo de

1995, por la que se adjudicó la vivienda familiar a la esposa, no pudo ser inscrita en el Registro de la Propiedad por la existencia de la anotación del embargo preventivo en su día acordado. Esta afirmación revela que la recurrente tuvo conocimiento del embargo del piso ganancial acordado en el juicio de menor cuantía del que trae causa el amparo y, en consecuencia, tuvo oportunidad de hacer uso de la facultad que le reconoce el art. 1373 del Código Civil o, en su caso, y habida cuenta de que todavía no se había producido la subasta (ni siquiera se había dictado entonces la Sentencia), haber adoptado las medidas que hubiera considerado más conveniente para liberar el inmueble de la traba.

Por ello, pese a la falta de notificación del embargo, la recurrente no sufrió indefensión material pues tuvo noticia extraprocesal de la existencia del mismo, y no actuó con la diligencia exigible para evitar las consecuencias negativas que se podían derivar, como así ocurrió, de la traba del bien ganancial. Ello excluye la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE que se invoca en la demanda, ya que la irregularidad procesal no se tradujo, al conocer extraprocesalmente el embargo, en un menoscabo real y efectivo de su derecho de defensa (SSTC 123/1989, de 6 de julio; 188/1993, de 14 de junio; 105/1995, de 3 de julio, entre otras). En consecuencia procede denegar el amparo solicitado.

II. PROCEDIMIENTO PENAL INSTADO POR UN CÓNYUGE CONTRA OTRO

Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia 168/2001, de 16 de julio de 2001.

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas.

Procedimiento penal seguido a instancia del esposo contra la esposa, de la que se hallaba judicialmente separado, por haber dispuesto esta de determinadas cantidades de cuentas corrientes que estaban a nombre de ambos, en el que la Audiencia Provincial declara que el querellante tiene acción penal contra ella, sin que sea obstáculo para ello lo dispuesto en el art 103 de la LECrim. Entrando en el fondo del asunto declara que no existe el elemento de ajenidad respecto de los fondos apropiados por la querellada, ni el apoderamiento subrepticio, por lo que no concurren los elementos del tipo necesarios para calificar los hechos como hurto o apropiación indebida.

El objeto de amparo se centra en que la Audiencia resolvió el fondo del asunto sin que el mismo hubiese sido debatido y admitida la posibilidad de prueba en el juicio, que se limitó únicamente a la cuestión procedimental.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Javier interpuso querrela criminal contra su esposa, de la que se encuentra separado judicialmente, por haber dispuesto de determinadas cantidades de cuentas corrientes que estaban a nombre de ambos cónyuges, la cual dio origen a la apertura de diligencias previas por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Vitoria. Dicho Juzgado acordó el sobreseimiento de las actuaciones, por entender que no se daba el requisito de la ajenidad.
- D. José Javier recurrió el sobreseimiento y la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Vitoria, por Auto de 20 de octubre de 1997, estimó el recurso de apelación razonando que “si efectivamente la sociedad ganancial se disuelve con la separación dictada el 14-9-1994, ello será así con independencia de que se haya concluido o no la liquidación de la misma, pues no existen ya propiamente bienes gananciales a partir de dicha resolución (...) Por todo ello, reconocido el argumento decisivo de la falta de ajenidad, debe levantarse el sobreseimiento y archivo acordado que solo debe proceder cuando es clara y diáfana la atipicidad penal de los hechos, siguiendo

los trámites determinados por la Ley transformándose las presentes Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado, pues es dable deducir la existencia racional de indicios potencialmente subsumibles en la figura penal del hurto”.

- El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Vitoria continuó las diligencias y abrió el procedimiento abreviado, dando traslado de la causa al Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria, el cual señaló fecha para la celebración del juicio oral, y dictó Sentencia el 5 de junio de 1998, en la que absolvió a la querellada de las imputaciones contra ella formuladas, declarando de oficio las costas. En dicha Sentencia, según la versión que de ella da la recurrente, se dice lo siguiente: “el día señalado para la Vista comparecieron las partes, por S.S.^a se manifiesta que el artículo 103 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe el ejercicio de las acciones penales entre cónyuges salvo que se trate de delitos contra las personas. El Ministerio Fiscal manifiesta que se debe considerar la acción como inexistente debido a que no existe Sentencia de Divorcio, sino de separación. El Letrado de la defensa considera que al existir sentencia de separación contenciosa no es aplicable el artículo 103 de la LECr, el letrado de la defensa se adhiere a la solicitud del Ministerio Fiscal. Por S.S.^a se da en este momento por concluido el Juicio, sin perjuicio de que se solucione mediante resolución posterior, quedando las actuaciones para Sentencia”.
- En los fundamentos jurídicos de la Sentencia se razona que no asiste acción penal al esposo, en la medida que se opone a ello el artículo 103 LECrim, y que por tanto procede declarar la nulidad de pleno derecho de la acción penal ejercitada y de todos los actos subsiguientes por imponerlo así el artículo 240.1 en relación con el 238.3 LOPJ, destacando que en el fundamento jurídico 2 se establece que “conforme a la Doctrina Jurisprudencial que se deduce de las SSTs de 25 de enero y 4 de febrero de 1997, la resolución de cuestiones previas puede hacerse en un momento anterior a dar comienzo el juicio oral o posponerse hasta el momento de dictarse sentencia, pero en cualquier caso no cabe resolver por Auto, sino que ha de hacerse por Sentencia”.
- Recurrída dicha sentencia ante la Audiencia Provincial de Álava, la Sec. 2.^a dictó sentencia desestimatoria el 2 de octubre de 1998. En el fundamento jurídico primero, la Sentencia de la Audiencia Provincial acoge plenamente las pretensiones del recurrente, formuladas en el recurso de apelación, con el razonamiento siguiente: “el artículo 103 LECr continúa vigente, sin embargo ha quedado prácticamente vacío de contenido desde la publicación del nuevo C. Penal y lo establecido en el artículo 268 del texto, precepto que debemos interpretar conforme a lo establecido en el artículo 2.2 y 3.1 CC, tal y como propone el apelante en su exposición (...) Por tanto, si es cierto que el artículo 103 LECr sigue vigente, debe entenderse que este precepto

pertenece a otra época y a otro tipo de sociedad donde no se comprendía la separación de los cónyuges ni tampoco la disolución de la sociedad de gananciales. En consecuencia atendiendo a la interpretación que debe darse a este precepto conforme a los artículos del CC mencionados y teniendo en cuenta que en el NCP el artículo 268 autoriza que los cónyuges ejerzan acciones penales entre sí cuando estén separados legalmente, procede estimar este motivo de recurso entendiendo que el querellante en este caso, al estar separado de su esposa, legalmente tiene acción penal contra ella por los hechos denunciados, hechos que examinaremos en el siguiente fundamento”. “A continuación, la Sentencia, en el Fundamento Jurídico II entra a analizar el fondo de la cuestión para llegar a la conclusión de que no existe ajenidad, puesto que 1) Al estimar el motivo único del Recurso de Apelación, que se dirigía a enervar el argumento del Sr. Juez de lo Penal de que no había procedibilidad penal, debería haber estimado el Recurso sin más. 2) Porque resuelve cuestiones que no han sido objeto de consideración en la 1.^a Instancia, ya que el Juicio se suspendió, sin practicar prueba alguna, por la sencilla razón de que el Sr. Juez entendía que había existencia de acción penal. 3) Porque entra a analizar cuestiones que no habían sido debatidas, y respecto de las que esta parte no tuvo oportunidad de alegar mínimamente en acusación y defensa procedente. 4) Y por último porque la propia Resolución contradice lo resuelto por el Auto de la Audiencia Provincial de Vitoria de 20 de octubre de 1997, que entendió que sí existía ajenidad en el presente caso”.

- D. José Javier interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto del presente recurso de amparo es la impugnación de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava de 2 de octubre de 1998, por la que se desestimó el recurso de apelación interpuesto por el actor contra la del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Vitoria-Gasteiz en el procedimiento abreviado núm. 142/1998, y se confirmó ésta. Tal y como ha quedado detallado en los antecedentes, el recurrente en amparo formuló querrela contra su esposa, de la que se hallaba legalmente separado, si bien no se había liquidado la sociedad de gananciales, por extracción de fondos de cuentas corrientes comunes; lo que dio lugar

al correspondiente proceso penal, que se tramitó con las vicisitudes que se detallan en dichos antecedentes. Al llegar al acto del juicio el Juez suscitó de oficio, como cuestión previa, la posible falta de acción del querellante, único acusador, pues el Ministerio Fiscal había solicitado la absolución; y sin dar posibilidad de alegaciones y prueba sobre el objeto de la querrela dio sin más por concluso el juicio para sentencia, que fue dictada al día siguiente, en la que absolvió a la querrelada.

La fundamentación única de la Sentencia consiste en que el art. 103 LECrim prohíbe

el ejercicio de acciones penales entre sí a los cónyuges, precepto que el Juzgado consideraba aplicable al caso, pese a la separación legal; por lo que estimaba que debía declararse la nulidad de la acción penal ejercitada y la de todos los actos subsiguientes, así como la absolución de la acusada por falta de acusación. Interpuesto por el recurrente recurso de apelación contra la Sentencia con el único objeto de impugnar la interpretación y aplicación del art. 103 LECrim que se había hecho por la Sentencia recurrida, la Audiencia Provincial, aceptando en ese punto la tesis del apelante, estimó sobre tal particular su recurso, “entendiendo que el querellante en este caso, al estar separado de su esposa legalmente tiene acción penal contra ella por los hechos denunciados”. Pero la Sentencia pasó a continuación a examinar dichos hechos, razonando que no existía el elemento de ajenidad respecto de los fondos apropiados por la querellada, ni el apoderamiento subrepticio, por lo que no concurrían los elementos del tipo necesarios para calificar los hechos como hurto o apropiación indebida.

El recurrente imputa a la Sentencia impugnada las siguientes vulneraciones constitucionales:

a) Del art. 9.3 CE, por una doble razón: porque se vulnera el principio de inalterabilidad de las resoluciones judiciales firmes, por cuanto que la Sentencia recurrida contraviene y deja sin efecto el Auto firme de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de 20 de octubre de 1997, que había acordado la continuidad de la causa como procedimiento abreviado, resolviendo que en el caso presente existía ajenidad; y porque la Sentencia se contradice a sí misma, pues estima el único motivo del recurso y no obstante, haciendo consideraciones claramente extemporáneas, lo que también supone de por sí infracción constitucional, desestima el recurso.

b) Del art. 24.1 CE, por cuanto la Audiencia Provincial entró a resolver del fondo del asunto, cuando en la vista oral del juicio

ante el Juzgado se discutió exclusivamente la inexistencia de la acción penal, sin que se debatiera sobre ningún hecho sustantivo o de fondo, ni por tanto el recurrente hubiera tenido oportunidad de hacer alegaciones y practicar pruebas, lo que, en criterio de la parte, atenta al derecho de tutela efectiva y al principio de indefensión.

c) Del art. 24.2 CE, en cuanto establece el derecho a un proceso con todas las garantías, al haber entrado la Audiencia Provincial a analizar el fondo del asunto, dando por celebrado un juicio que no tuvo lugar, pues en el que se celebró ante el Juzgado se trató exclusivamente la cuestión atinente a la inexistencia de la acción penal.

Por su parte el Ministerio Fiscal solicita el otorgamiento del amparo. Su tesis se basa en que se ha producido una incongruencia “extra petitum” en la Sentencia recurrida y la vulneración del derecho fundamental del recurrente a un proceso con todas las garantías. La incongruencia, al apartarse de los estrictos términos en que estaba planteado el debate en la apelación, limitado a la cuestión referida a si el recurrente era o no titular de acción penal contra su esposa; por lo que, al estimar en ese punto la apelación del recurrente, debió limitarse a revocar en ese único punto la Sentencia del Juzgado, devolviendo los autos al Juzgado, para que en éste se celebrase el juicio correspondiente, se practicasen las pruebas y se dictase sentencia en la que se resolvieran los extremos planteados por la acusación y la defensa. Y la segunda vulneración, al suprimirse la celebración del juicio oral una vez que había sido abierto, de modo que quedó suprimida radicalmente la celebración del plenario, sustituyendo la regulación legal sobre tal materia por un trámite creado al efecto.

Por lo que hace a la alegada contradicción entre la Sentencia recurrida y la anterior resolución de la Audiencia en el recurso de apelación contra un precedente Auto de sobreseimiento por falta del requisito de ajenidad de los fondos apropiados, debemos compartir la tesis sostenida por el Ministerio

Fiscal sobre el particular, pues, en efecto, no es posible atribuir la eficacia positiva de la cosa juzgada al Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial, que es el aludido por el recurrente, ya que, como dice el Fiscal, se dictó en el trámite de instrucción de las diligencias previas, en las que no se resuelve sobre una acción penal ejercitada, sino sólo acerca de la constatación indiciaria de una posible infracción penal y la averiguación de la identidad de la persona o personas responsables; por lo que la provisionalidad y el mero carácter instrumental de tal fase del proceso impiden considerar que las resoluciones dictadas en ella puedan condicionar la ulterior decisión del órgano sentenciador, al que compete en exclusiva resolver la cuestión de fondo, decidiendo sobre la concurrencia o no de los concretos elementos integrantes del delito que se somete a su juicio.

Tal conclusión, como dice el Fiscal, viene avalada además en este caso por la propia literalidad del Auto traído a colación, que incluye salvedades suficientemente expresivas del propio alcance que se le atribuye, cuando, al pronunciarse sobre la cuestionada ajenidad de los fondos apropiados, se utilizan en él los términos “en principio”, “indiciariamente y a los efectos de la instrucción”, “provisionalmente”, que evidentemente no resuelven una cuestión que solo el órgano sentenciador debe resolver. No existe así base para poder considerar que se haya vulnerado el principio de inmutabilidad de las sentencias y resoluciones firmes.

Y por lo que hace a la alegada contradicción interna de la Sentencia, tampoco se da en este caso, pues, al margen de los vicios de otro tipo que puedan serle atribuidos por el exceso en el enjuiciamiento realizado en ella, resulta perfectamente compatible estimar un fundamento del recurso, y acabar desestimándolo por otros fundamentos distintos. No existe contradicción entre el reconocimiento de acción penal al recurrente (que era lo que él pretendía en el recurso), y la desestimación del recurso por la inexis-

tencia del delito objeto de su acusación. Debe, pues, desestimarse la alegación de la parte desde su posible virtualidad “ex” art. 24.1 CE.

Se llega así al verdadero núcleo del recurso, que es el de la vulneración de los arts. 24.1 y 24.2 CE. Es indudable que el hecho de que en una apelación se haya dictado una sentencia absolutoria del delito, juzgando acerca de su existencia, cuando no ha tenido lugar el juicio oral en el que las partes, acusadora y acusada, puedan formular sus alegaciones y proponer y practicar sus pruebas, y cuando la apelación versaba exclusivamente sobre si el apelante era o no titular de acción penal contra su esposa, implica de por sí una extrema irregularidad, en la que el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) ha quedado absolutamente desconocido. Son compartibles al respecto tanto la tesis del demandante como la del Ministerio Fiscal, cuya afirmación de que “con tal proceder, el órgano de apelación estaba actuando como órgano de instancia impidiendo ‘de facto’ la revisión de lo decidido por un órgano superior, además de suprimir radicalmente por la vía de los hechos la celebración del plenario, sustituyendo la regulación legal sobre tan principal materia por un trámite creado al efecto”, resume con plausible claridad la índole y el calado de la vulneración.

Al propio tiempo esa gravísima vulneración lo es también directamente del art. 24.1 CE, en cuanto se ha privado al demandante de la posibilidad de alegar y probar en el juicio en régimen contradictorio y de igualdad procesal en defensa de su interés. Como dijimos, por todas, en la STC 138/1999, de 22 de julio, FJ 4: “El derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 CE comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que significa que en todo proceso judicial debe respetarse el derecho de defensa contradictoria de las partes contendientes, mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos o

intereses. El derecho a la tutela judicial efectiva supone, no solamente el derecho de acceso al proceso, con respeto de los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales (STC 180/1995), así como a los recursos legalmente establecidos, sino también el adecuado ejercicio del derecho de audiencia y defensa para que las partes puedan hacer valer sus derechos e intereses, excluyendo así la indefensión prohibida por el art. 24 CE. El principio de contradicción, en cualquiera de las instancias procesales, constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso con todas las garantías (STC 102/1998). Además, la regla de interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen (SSTC 226/1988, 162/1993, 110/1994, 175/1994 y 102/1998)”.

Al demandante se le ha producido la alegada indefensión en el recurso de apelación en los términos que alega, al resolverse en él cuestiones no planteadas en dicha instancia, lo que da lugar a la incongruencia “extra petitum” alegada por el Fiscal, en términos muy similares a los de la STC 215/1999, ya citada, FJ 3, con cita en él de otras varias Sentencias de este Tribunal; si bien esa concreta lesión en este caso palidece en su significado respecto a la lesión, indudablemente más extrema, de haberse llegado a pronunciar una Sentencia absolutoria del delito sin previa celebración del juicio.

Pero, a la hora de precisar el alcance del fallo, los límites del recurso de apelación en los términos en que fue planteado (en definitiva, el prisma de la congruencia), deben ser la pauta de la solución, teniendo en cuenta que el objeto del recurso, tal y como se enunció al principio, es la Sentencia del recurso de apelación, y que el restablecimiento del derecho del recurrente debe situarse en el preciso momento procesal en que se produjo la lesión. De este modo le corresponde al Tribunal Constitucional anular la Sentencia del Juzgado, partiendo al efecto de la apreciación por la Audiencia del motivo impugnatorio que ésta estimó, sobre cuya procedencia ya se dijo en su momento que no debía pronunciarse el T. Constitucional, sino que lo adecuado es, exclusivamente, anular la Sentencia aquí recurrida, para que sea la propia Audiencia Provincial la que pronuncie el fallo que estime congruente en las circunstancias del caso, una vez excluido que pueda por sí misma resolver el fondo del proceso penal en el recurso de apelación del que conoce.

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, decidió otorgar el amparo solicitado y, en su virtud: 1.º Declarar que la Sentencia recurrida ha vulnerado los derechos del demandante de tutela judicial efectiva sin indefensión y a un proceso con todas las garantías. 2.º Restablecerle en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Álava de 2 de octubre de 1998. 3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar sentencia, a fin de que por la Audiencia Provincial se dicte la sentencia que estime procedente, ateniéndose en exclusiva a los términos en que estaba planteado el recurso de apelación.

I. FILIACIÓN

1. RECLAMACIÓN DE LA FILIACIÓN

1.1. *Legitimación del progenitor no matrimonial sin posesión de estado.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de octubre de 2000.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

Legitimación activa del progenitor no matrimonial sin posesión de estado para reclamar e impugnar la filiación paterna matrimonial.

Denegación de la prueba biológica cuando, habiendo fallecido el hijo, se pretende la exhumación para practicarla, dada la ausencia de interés ya para el hijo, cuya protección integral es la que en verdad garantiza el art. 39.2 CE y en cuyo beneficio principal aparece orientada la regulación de la filiación en el Código Civil.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Adela y D. Baltasar contrajeron matrimonio en el año 1973 y en el año 1976 nació un hijo al que pusieron de nombre Raúl.
- D. Jorge interpuso en el año 1988 demanda de menor cuantía contra los esposos D.ª Adela y D. Baltasar solicitando se dictara sentencia por la que se declarase: a) Que D. Jorge es el padre del niño llamado Raúl, poniéndole los apellidos de ... aun cuando los demandados se opusieran a la demanda sin que pueda compartir la Patria Potestad ni derecho a visitar al niño

D. Baltasar; b) Estimar la acción de impugnación de la paternidad de D. Baltasar respecto del niño llamado Raúl; c) Ordenar las oportunas cancelaciones, modificaciones o rectificaciones de los asientos correspondientes del Registro Civil; d) Que mientras dure el presente procedimiento judicial mi representado pueda visitar a su hijo de la forma menos perjudicial para el mismo.

- Los demandados comparecieron y contestaron a la demanda alegando defecto legal en el modo de proponerla, falta de legitimación “ad causam” del demandante y litisconsorcio pasivo necesario porque tendría que haber sido llamado también a juicio el menor Raúl, y, además, se opusieron en el fondo para, en definitiva, acabar solicitando que se dictara sentencia estimatoria de todas o alguna de las excepciones articuladas o, de no ser estimada ninguna de ellas, desestimatoria de la demanda en el fondo, absolviendo de la misma a los demandados, con expresa imposición de costas.
- Recibido el pleito a prueba y practicadas las propuestas por las partes, y declaradas pertinentes, salvo la pericial biológica, por Providencia de 12 de marzo de 1990 se acordó dar traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, que presentó escrito alegando la falta de legitimación activa del demandante y solicitando el archivo de la causa.
- Con fecha 26 de julio de 1990 el Juzgado de 1.^a Instancia de Alcobendas dictó auto acordando la inadmisión de la demanda. Recurrido dicho Auto en reposición, que fue desestimada, e interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Auto, con fecha 17 de diciembre de 1992, declarando la nulidad de pleno derecho del Auto del Juzgado y de todo lo posteriormente actuado, y acordando que se dictara sentencia sin perjuicio de llevarse a la práctica la prueba pericial biológica, acordada en su día, como diligencia para mejor proveer.
- Con fecha 13 de abril de 1993 el Juzgado dictó sentencia apreciando la excepción de falta de legitimación activa, “por lo que sin entrar a conocer del asunto que se debate, debo absolver y absuelvo a D.^a Adela, a D. Baltasar y al Ministerio Fiscal de la demanda deducida, sin hacer pronunciamiento en cuanto a las costas procesales”. En el curso del proceso se acordó la práctica de la prueba biológica, pero ésta no se practicó al no presentarse en el Instituto Nacional de Toxicología el matrimonio demandado con el niño en el día y hora señalados y no atender tampoco el posterior requerimiento judicial dirigido al mismo fin.
- Los demandados y el menor fallecieron trágicamente personándose en la Audiencia la abuela materna del menor D.^a Adela. La parte actora solicitó en segunda instancia que se practicara la prueba pericial biológica mediante exhumación del cadáver del menor Raúl, siendo desestimada la petición por la Audiencia.

- La Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 30 de mayo de 1993 desestimando la excepción de falta de legitimación activa y falta de litisconsorcio pasivo necesario y entrando en el fondo el asunto desestimó la demanda.
- D.^a Adela y D. Jorge interpusieron recursos de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La sucesora procesal de los originariamente demandados, insiste en su recurso en la falta de legitimación activa del demandante; y éste, básicamente, para que se practique la prueba propuesta en segunda instancia o, en otro caso, se valore como “ficta confessio” la negativa de los esposos demandados a colaborar en su día para la práctica de la prueba biológica.

1. **Legitimación del progenitor no matrimonial sin posesión de estado para instar la reclamación y al mismo tiempo la impugnación de la filiación paterna matrimonial que consta en el Registro.**

Según la parte recurrente, el Código Civil, en su específica regulación de la legitimación para el ejercicio de las acciones de filiación, no reconocería al demandante, por no existir posesión de estado, legitimación para reclamar su paternidad extramatrimonial e impugnar la matrimonial contradictoria, legitimación que correspondería únicamente al hijo, máxime cuando el demandante no se presentaba como progenitor sino como presunto padre o, tal vez, como heredero.

El motivo no es estimado por el Tribunal Supremo que vuelve a insistir en que, si bien una interpretación literal del Código Civil conduciría a negar la legitimación activa del demandante, se le reconoce no obstante aplicando la jurisprudencia de la Sala que atenúa el rigor de la letra del Código para optar por una interpretación flexible que

amplía notablemente la legitimación de quien se dice padre extramatrimonial.

Dicha jurisprudencia, como exponentes de la cual la sentencia impugnada cita las de esta Sala de 5 de noviembre de 1987, 19 de enero de 1990, 23 de febrero de 1990 y 8 de julio de 1991, se viene manteniendo constantemente hasta ahora, siendo la última de las sentencias que la aplica la de 20 de junio del corriente año, a cuyo tenor “la jurisprudencia más reciente de esta Sala consolidó el reajuste interpretativo de los artículos 131, 133 y 134 que ya habían iniciado las sentencias de 5 de noviembre de 1987, 22 de marzo de 1988, 19 de enero y 23 de febrero de 1990 y 8 de julio de 1991 para llegar a la doctrina contenida en las últimas sentencias de 24 de junio de 1996, 30 de marzo de 1998 y 19 de mayo de 1998, que establecen y reconocen la legitimación del padre en los casos de filiación no matrimonial, al superarse la literalidad del artículo 133 del Código Civil que atribuye solo legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad y toda vez que el artículo 134 del Código Civil legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible, y este interés existe y se presenta legítimo en casos

como el presente en relación de padre biológico y que le es negado en la sentencia recurrida.

La verdad biológica no puede dejarse de lado y conforma la efectiva verdad material y, a su vez, también ha de tenerse en cuenta el derecho natural y, por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre y se presenta como encuadrable en tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgársele por integrarse en la moral-jurídica y normativa constitucional (art. 39), e incluso resulta necesaria para la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud. La ocultación de tal situación resulta casi siempre perjudicial por el daño que se le puede ocasionar al menor, al imponerle una vida de encubrimiento y mentiras que a la larga suele cobrar su tributo siempre negativo y sin perjuicio de que, como dice la sentencia de 18 de diciembre de 1999, el hijo menor pueda impugnar la paternidad declarada cuando alcance la mayoría de edad, lo que le autoriza los artículos 137 y 140 del Código Civil.

Y aunque la parte demandada-recurrente diga que los supuestos de hecho de las sentencias citadas por el Tribunal de apelación eran diferentes del que sirve de soporte a su recurso de casación, lo cierto es que, entre todas las combinaciones posibles en la posición de parte activa y pasiva del proceso, ya que por ejemplo la madre puede ser actora en unos casos y demandada en otros, las sentencias de esta Sala de 28 de noviembre de 1995 (recurso núm. 1907/1992) y 30 de marzo de 1998 (recurso núm. 588/1994) siguieron la misma jurisprudencia ante supuestos de hecho muy similares de demanda dirigida contra el matrimonio y oposición conjunta de los cónyuges.

2. Práctica de la prueba biológica consistente en la exhumación del cadáver del hijo.

El recurso de casación interpuesto por el demandante se orienta a que por la Sala se acuerde la práctica de la prueba propuesta

en segunda instancia que fue denegada por el Tribunal de apelación, todo ello después de que murieran los padres matrimoniales y el niño, prueba consistente en “que por el Gabinete Médico Forense adscrito al Ministerio de Justicia se exhume el cadáver de Raúl, a fin de practicar la prueba biológica de paternidad, acordada en su día, y no practicada, en contraste con el D.N.A. del actor, o bien se practique por perito al efecto, elegido por procedimiento de insaculación, entre las partes, con todo lo demás procedente en derecho.”

En este sentido, señala el Tribunal Supremo que, una vez que la prueba biológica acordada por el Juez en primera instancia no se practicó por falta de colaboración de los cónyuges demandados, la prueba únicamente posible tras el fallecimiento de éstos y del niño, que comportaba la exhumación del cadáver de este último, indudablemente exigía la ponderación de todos los intereses en conflicto y todos los valores y derechos confluyentes en el caso, entre ellos, además de los derechos de quien se decía padre biológico, el dolor que la exhumación podría causar a personas unidas al niño por vínculos tanto familiares como jurídicos, cual la abuela materna, e incluso la evidente ausencia de interés ya para el hijo, cuya protección integral es la que en verdad garantiza el art. 39.2 CE y en cuyo beneficio principal aparece orientada la regulación de la filiación en el Código Civil.

De ahí que no fuera en absoluto desacertado el criterio del Tribunal de apelación, apuntado en el Auto denegatorio de recibimiento a prueba en segunda instancia y más explicitado en la sentencia recurrida al razonar por qué dicha prueba no se acordaba para mejor proveer, de no acceder a lo solicitado por el demandante debido a la nula trascendencia de los principios de prueba aportados con su demanda y a los resultados escasamente favorables a sus pretensiones de las pruebas practicadas en el proceso, todo ello con cita de las SSTC 35/1989 y 7/1994 cuya doctrina, tras la sentencia recurrida, ha sido reiterada por la STC 95/1999.

A este respecto conviene recordar cómo estas sentencias asignan a las pruebas biológicas la finalidad constitucional de protección integral de los hijos (no de los padres biológicos) y de garantizar la asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (apdos. 2 y 3 del art. 39 CE); y cómo reconocen al órgano judicial la facultad de decidir si son o no indispensables y si su práctica resulta proporcionada en función de la finalidad perseguida con su realización (STC 95/1999, F.J. 2.º, sintetizando la doctrina de la STC 7/1994).

En definitiva, que la prueba solicitada no fuera ya la biológica tal y como se había propuesto en la primera instancia, sino precisando la exhumación del cadáver del niño; que éste hubiera muerto ya en el momento de proponerse dicha prueba, de modo que su realización no podía considerarse orientada a los mencionados fines constitucionales y, en fin, que las demás pruebas efectivamente practicadas no aportaran indicio alguno de relación del demandante con la madre demandada al tiempo de la concepción, son factores que, valorados conjuntamente, desaconsejaban una prueba de tanta trascendencia como la propuesta por el actor-recurrente, de modo que esta Sala comparte el juicio de falta de proporcionalidad del Tribunal de apelación y los tres motivos, por tanto, han de ser desestimados.

3. La “ficta confessio” en la relación con la negativa a la práctica de la prueba.

Constando que en su día los padres se negaron a la práctica de la prueba biológica, denuncia el recurrente la infracción de la jurisprudencia aplicable y, más concretamente, del “principio de la Jurisprudencia de la ‘ficta confessio’ en relación con las otras pruebas”.

En realidad, señala el Tribunal Supremo, bastaría tal formulación para justificar la desestimación del motivo, pues si algo se ha reiterado hasta la saciedad por esta Sala, y

ha compartido el Tribunal Constitucional, es que la negativa del demandado o demandada a colaborar en la práctica de la prueba biológica no equivale a una “ficta confessio”, sino que constituye un valioso indicio que, en relación con el resultado de las pruebas efectivamente practicadas, permite considerar probada la paternidad reclamada, lo que a su vez significa que es posible denegar esa paternidad, aun habiendo mediado aquella negativa, si el resto de las pruebas no aportan base alguna mínimamente fiable para afirmarla (así, STS 29-12-1997, en recurso núm. 3160/1993, sobre un caso de reclamación de filiación extramatrimonial por quien se decía padre biológico, con negativa de la madre demandada a colaborar en la práctica de la prueba biológica).

Si a lo anterior se une, de un lado, que en la sentencia recurrida se toma como fundamento para desestimar la demanda la posición de hijo matrimonial del niño desde su nacimiento, que no puede quedar desvirtuada por “las hipotéticas relaciones extramatrimoniales alegadas por el apelante y que pretende basar y apoyar en unas fotos que han sido expresamente impugnadas y negadas expresamente en prueba de confesión por la madre, así como en unos documentos preconstituídos, cuya autenticidad no ha sido reconocida, siendo también intrascendentes los testimonios de los testigos examinados que tan solo conocen de la relación íntima alegada por el relato de la parte interesada, con la que han mantenido además, cierta dependencia laboral” (FJ 5.º), y, de otro, que ningún motivo del recurso del demandante se dedica a combatir la valoración de esas otras pruebas, pese a ser casacionalmente posible por la vía del error de derecho y citando como infringida una norma que contenga regla legal de valoración de la prueba, la desestimación de este motivo, y con él de todo el recurso, no viene sino a corroborarse. Y ello no sólo porque al quedar incólume la valoración probatoria del Tribunal de apelación sería notoria la insuficiencia de la negativa a colaborar en la prue-

ba biológica para acreditar por sí sola la paternidad extramatrimonial reclamada, sino también porque la prueba practicada a instancia del actor, especialmente las fotografías y las notas manuscritas aportadas con su demanda, lo más que podría apuntar indicia-

riamente sería la existencia de algún tipo de relación entre el demandante y la esposa demandada algunos años después de haber nacido el niño, pero nunca la de una relación amorosa entre ambos durante un tiempo más o menos próximo a la concepción.

1.2. *Declaración de paternidad posterior al fallecimiento del padre biológico.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de noviembre de 2000.
Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez.**

Cuando fallece la persona frente a la que se reclama la filiación a lo largo del procedimiento, no existe ninguna infracción procesal si sólo se emplaza a las hijas del causante y no a su viuda.

Declaración de la paternidad aunque no se haya podido practicar la confesión del demandado ni la prueba biológica, al existir pruebas suficientes de las que se infiere la paternidad, y entre ellas cartas manuscritas por el demandado muy significativas.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Luis A.P. interpuso demanda de menor cuantía contra D. Luis A.R. solicitando se dicte sentencia declarando: a) Que D. Luis A.P. es hijo de D. Luis A.R.; b) Que se rectifique la inscripción de nacimiento de mi representado en el Registro de A Coruña, para que conste su filiación paterna y ostente los apellidos A.A.; c) Que el demandado quede excluido de la patria potestad de su hijo; d) Que por el demandado se pase al actor, la cantidad de 100.000 ptas. mensuales, o la cantidad que el Juzgado estime oportuna, habida cuenta de la prueba que se practique sobre la cuantía de los ingresos de D. Luis A.R. Y hechos tales pronunciamientos, condenar al demandado a que así lo reconozca, acate y cumpla, imponiéndole las costas todas del juicio.
- Admitida a trámite la demanda se ordenó se emplazase al demandado en legal forma, hecho que se verificó como consta en autos, y transcurrido el término legal sin que se personase se le declaró en rebeldía.
- Con fecha 10 de septiembre de 1992 falleció el demandado.

- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. Seis de A Coruña, dictó sentencia el 25 de marzo de 1993 estimando parcialmente la demanda y declarando: a) Que D. Luis A.P. es hijo del demandado D. Luis A.R. y b) Que procede la rectificación de la inscripción de nacimiento de D. Luis A.P., para que conste su filiación paterna y ostente los apellidos A.A. No se hace especial pronunciamiento en costas.
- Apelada la sentencia por los causahabientes de D. Luis A.R., la Sec. 3.^a de la AP de A Coruña dictó sentencia el 2 de junio de 1995 desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.
- La viuda e hijas de D. Luis A.R. interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alegan en primer lugar los recurrentes el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio, puesto que citado el demandado para la práctica de la prueba de confesión judicial, el mismo falleció el 10 de septiembre de 1992, y que dicha prueba nunca llegó a practicarse al no comparecer el demandado a los llamamientos judiciales de 21-5-1992 y 15-6-1992, en razón de su precario estado de salud, todo lo que derivó tras las incidencias que se relatan, en que se libró un exhorto para citación por cédula para la práctica de la prueba a dicho codemandado, a los fines de que compareciera el día 11 de septiembre de 1992 ante el Juzgado, lo que, obviamente no se pudo practicar por el fallecimiento del día anterior, circunstancia que ha producido la correspondiente indefensión a las partes hoy personadas en su cualidad de sustitutas procesales de causante premuerto, por lo que "...procede ordenar retrotraer las actuaciones y acordar la práctica de la prueba de confesión acordada en la persona que corresponda de entre las herederas forzosas del finado, sucesoras procesalmente de éste...". El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, no sólo porque su denuncia se refiere a una incidencia acontecida en la Primera Instancia, cuando como es sabido, la Casación trata de juzgar los posibles defectos o inexactitudes aplica-

torias de la Ley de las decisiones dictadas por la Sala de instancia, y no por el órgano unipersonal primero, sino, asimismo, porque no se ha cumplido con los requisitos precisos para que prevalezca ese supuesto defecto formal denunciado en los términos que se especifican, incluso, en el escrito de impugnación al decirse: "...Conforme reconoce esta misma Sala en sentencias de 9 de junio de 1993, 9 de julio de 1992, 15 de noviembre de 1990, 21 de mayo de 1990, 18 de febrero de 1991 y 30 de mayo de 1991, entre otras, para que pueda prosperar el motivo alegado, conforme a lo dispuesto en los artículos 1692.3 y 1693 LEC, es necesario que se cumplan dos requisitos, el primero que se haya pedido en la instancia en que se cometió la falta su subsanación, y si fue en la primera se reproduzca en la segunda, petición que la parte recurrente no hizo ni en la primera instancia ni en la segunda; segundo que se haya producido indefensión para la parte, indefensión que no se produce en el presente caso...".

En el motivo segundo, se denuncia, igualmente el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos procesales, ya que al haberse producido, durante la subsanciación del juicio, el fallecimiento del

demandado y producirse por ello, “ope legis”, la sucesión de partes en las personas de las herederas forzosas del finado y que pese a constar en autos que a la muerte del finado, sobrevivían su esposa y las dos hijas matrimoniales del mismo, herederas forzosas del fallecido, conforme al art. 307, el Juzgado únicamente emplazó a las hijas del demandado, pero no a su viuda. La respuesta desestimatoria del motivo proviene por aplicar exactamente la doctrina que se ha indicado en el motivo anterior, esto es, entre otras, la inobservancia de los requisitos enunciados en el art. 1693 LEC y la no probanza de indefensión. No obstante, señala el Tribunal Supremo al respecto que las auténticas causahabientes del demandado, sobre todo, en los temas de progenie y filiación (al menos, en el aspecto biológico en que se debate el problema como contienda dentro del “ius sanguinis” en el que, es obvio, que la consorte aparezca solo dentro del núcleo parental por razones culturales o de convivencia tuteladora, sostén de su “ius conyugis”) son, naturalmente, la hija comparecida en nombre del demandado fallecido.

Entrando ya en el fondo del asunto, se alega por las recurrentes la vulneración de los arts. 1249 y 1253 del CC, en relación con las presunciones respecto al art. 135 del citado Cuerpo Legal, pues, difícilmente al no haberse practicado las pruebas acordadas de confesión judicial y pericial sobre investigación de la supuesta paternidad del demandado, es posible, atribuirle la paternidad. El motivo, señala el Tribunal Supremo, tampoco prospera, ya que, cuestiona la convicción judicial que ha obtenido la Sala sentenciadora y, que no es, sino, la que se recoge, en las circunstancias descritas en el FJ 1.º de la Sentencia recurrida al expresarse: “...la sentencia recurrida debe ser confirmada, por sus propios y acertados fundamentos; pues pese a no haber podido practicarse las pruebas biológicas, por causas independientes de la voluntad del actor, con la demanda se acompañaron cartas suscritas por el demandado, que fueron autenticadas por la prueba pericial correspondiente, en las

que de modo inequívoco se reconoce por éste la filiación de aquél; a lo que hay que añadir la prueba testifical, que identifica al demandado en una fotografía en la que aparece junto a la madre el demandante que sostiene a su hijo en brazos, y que acredita la existencia de relaciones extramatrimoniales entre la madre del actor y el demandado, en la época de la concepción. Y lo anterior no puede quedar desvirtuado por la prueba practicada en esta segunda instancia, destinada a tratar de justificar que en la época en que se dice que el demandado sostenía relaciones con la madre del actor, vivía en el domicilio familiar, con su esposa e hijas, ya que esto no resulta incompatible con la infidelidad conyugal...”, que confirma el F.J. 2.º del Juzgado: “A lo largo de las presentes actuaciones, la prueba practicada ha demostrado que existe una más que razonable probabilidad de que el demandado D. Luis A.R. sea el progenitor de D. Luis A.P., y así cabe deducirlo de las manifestaciones de los testigos que deponen a instancia del actor, y que acreditan que el citado demandado y D.ª Amelia A.P., madre del demandante, mantuvieron relaciones de pareja en la época de la concepción y que éstas continuaron aún después del nacimiento del actor. Abona esta más que razonable probabilidad de paternidad, la prueba documental obrante a los autos, entre la que destaca de manera especial y significativa las cartas aportadas con la demanda, que la prueba pericial caligráfica, después de un minucioso y riguroso estudio, atribuye escritas por el citado demandado con un grado de probabilidad del 99%, y que implican un claro reconocimiento de paternidad por parte de D. Luis A.R.”. Estos argumentos de la instancia son bien expresivos, pues aun cuando no se pudiera practicar “ad impossibilia decesus patri”, la prueba biológica, son acreditativas de la progenie postulada al integrarse adecuadamente con esa convicción el instrumento de las pruebas indirectas aludido por citado art. 135.20 al hablar de paternidad inferida de la convivencia con la madre en la época de la concepción”.

1.3. *Valoración del no sometimiento a las pruebas biológicas.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2000.
Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.**

No es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 de la C.E., que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Elida interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía, contra D. Nemesio, sobre reconocimiento de paternidad, en el que también fue parte el Ministerio Fiscal, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en la que se declare: la filiación de los menores Génesis y Ángel, como hijos de la actora y del demandado, condenando a éste a estar y pasar por dicha declaración y a cumplir los deberes que como padre le son inherentes, y en su consecuencia, a que contribuya al sostenimiento de las cargas propias de sus hijos con una pensión en concepto de alimentos de 80.000 ptas. mensuales, revisables anualmente según la variación que experimente el I.P.C. o baremo que pudiere sustituirle. Asimismo solicitamos que la sentencia acuerde que los menores puedan llevar y usar el apellido de su padre, con la consiguiente anotación en el Registro Civil correspondiente y que se condene a Nemesio al pago de las costas de este pleito.
- D. Nemesio contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia desestimando íntegramente la demanda, condenando en costas al demandante.
- El Juzgado de 1.ª Instancia número 6 de Madrid dictó sentencia el 24 de noviembre de 1994 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 30 de mayo de 1996 estimando el recurso y declarando la paternidad del demandado.
- D. Nemesio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia recurrida incidió esencialmente en la negativa, verdadera oposición, injustificada del demandado a someterse a la prueba biológica, que, de practicarse, goza de una fiabilidad absoluta sobre la certeza o no de la paternidad reclamada.

La negativa injustificada del demandado en el proceso en que se ejerce la acción de investigación de la paternidad, a la práctica de la prueba biológica que ha sido ordenada en el presente caso tanto por el Juez de 1.^a Instancia como por la Audiencia Provincial, ha sido valorada reiteradamente por esta Sala llegando a la formación de una doctrina perfectamente consolidada, que afirma que no es base para suponer una “ficta confesión”, pero que, puesta en relación con las demás pruebas aunque no sean más que indiciarias e insuficientes para apreciar probada por sí solas la paternidad, permite la declaración de la misma; así, sentencia de 22 de mayo de 2000, que recoge esta doctrina jurisprudencial.

Doctrina que coincide con la emanada del Tribunal Constitucional, cuya sentencia 7/1994, de 17 de enero, dice: “Es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que

permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probado por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 de la C.E., que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación”. Doctrina que ha sido reiterada por la posterior sentencia 95/1999, de 31 de mayo.

1.4. *Denegación de prueba en segunda instancia.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 2 de diciembre de 2000.

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

No se causa indefensión al demandado —que se negó a la práctica de la prueba biológica— por no haberse practicado unas pruebas documentales y testifical con las que pretendía acreditar que se encontraba fuera de España al tiempo de la concepción, ya que respecto a la testifical constaba en autos el acta de manifestación del testigo y respecto a la documental, que puede calificarse en realidad de una prueba testifical en la que se elude el principio de contradicción puesto que las personas particulares, sean físicas o jurídicas, carecen de facultades certificantes, no se practicó al no haber solicitado la parte el período extraordinario de prueba.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. David Alejandro formuló demanda de menor cuantía sobre reconocimiento de paternidad contra D. Juan Manuel y el Ministerio Fiscal, en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia por la que se reconociera la referida paternidad en favor del menor David Alejandro, con imposición de costas al adverso si temerariamente se opusiere.
- Admitida a trámite la demanda y emplazado el demandado, se personó en autos y contestó a la misma solicitando la desestimación.
- El Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Madrid dictó sentencia el 12 de julio de 1993 estimando íntegramente la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 14 de septiembre de 1995 desestimando el recurso interpuesto por el demandado.
- D. Juan Manuel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Solicita el recurrente la declaración de nulidad de las actuaciones y la remisión de los autos al Tribunal de instancia, denunciando la infracción del art. 24.1 de la Constitución Española, y que consiste en no haberse recibido el pleito a prueba en segunda instancia en cuanto a las pruebas documental y testifical que, propuestas y admitidas por el Juzgado no fueron practicadas, sin que tal falta de práctica sea imputable al recurrente.

Del examen de las actuaciones resulta lo siguiente: En relación con la prueba documental, la parte demandada ahora recurrente propuso: 1. Que se libre oficio a la entidad mercantil “S.”, con domicilio en Montecarlo (Mónaco) para que se sirva expedir certificación acreditativa de los destinos desempeñados —con expresión del tiempo de permanencia en los mismos— por el Capitán de la Marina Mercante D. Juan Manuel para dicha Compañía o sus Agentes, durante el año 1988. 2. Que se libre oficio a la oficina reguladora de la actividad mercantil en Mónaco, a fin de que expida certificación acreditativa de los datos que figuren en sus archivos relativos a la inscripción de “S.” como entidad mercantil dedicada a la actividad y/o mediación marítima.

Inadmitida en primera instancia esta prueba por providencia de 26 de febrero de 1991, se formuló recurso de reposición que fue resuelto por auto de 6 de abril de 1991, por el que se repuso la providencia recurrida, en el sentido de acordar las pruebas no admitidas, “pero habiendo finalizado el período de prueba el día veinticuatro de marzo pasado, no pueden practicarse, sin perjuicio de que de crearlas necesarias, se soliciten nuevamente para mejor proveer”. En su escrito de resumen de prueba, la parte solicitó la práctica de esta documental, no siendo acordada por el Juzgado.

En cuanto a la prueba testifical propuesta, fue admitida por providencia de 26 de febrero de 1991, no pudiendo practicarse en el día señalado para ello por no haber sido

citados los testigos propuestos; en 13 de marzo, la parte puso de manifiesto al Juzgado tal circunstancia, solicitando su citación con señalamiento de nuevo día y hora; a dicho escrito no recayó proveído alguno; en su escrito de resumen de pruebas, la parte solicitó la práctica de la testifical propuesta y admitida como diligencia para mejor proveer, lo que no fue acordado.

Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia, en tiempo y forma solicitó el recibimiento a prueba ante la Audiencia proponiendo las citadas pruebas documental y testifical, al amparo del art. 862.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por auto de 10 de septiembre de 1994 se denegó el recibimiento a prueba en segunda instancia por no concurrir ninguno de los supuestos del art. 862 de la Ley Procesal Civil, resolución que fue confirmada por auto de 2 de noviembre al 1994 al resolver el recurso de súplica interpuesto, razonándose que “no procede al amparo del artículo 862 núm. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recibimiento de pleito a prueba en esta segunda instancia, dada la innecesariedad de la prueba testifical, para ratificar las manifestaciones que constan ya en acta protocolizada notarialmente; como documental solicitada al no constar desvirtuado lo que en su día se dijo acerca de la negativa a la práctica de dicha prueba”.

Dice la sentencia de esta Sala de 29 de febrero de 2000 que “la denegación de prueba tiene amparo legal en el art. 707, en relación con los arts. 565 y 566, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no basta, conforme a doctrina constitucional reiterada, el rehusé de pruebas por sí para instaurar indefensión, pues es necesario demostrar que la práctica de la omitida hubiera tenido transcendencia decisiva en el fallo (sentencias de 22 de febrero de 1995, 19 de julio de 1996 y del Tribunal Constitucional de 19 de noviembre de 1993)”.

En cuanto a la prueba propuesta como documental, tratándose en realidad de una prueba testifical en la que se elude el princi-

pio de contradicción puesto que las personas particulares, sean físicas o jurídicas, carecen de facultades certificantes, su falta de práctica en la primera instancia fue debida exclusivamente a la falta de diligencia de quien la propuso al no solicitar el término extraordinario de prueba para su ejecución, de acuerdo con los arts. 555 a 562 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a los que se remite el art. 698 de la propia Ley, plazo extraordinario que hubiera permitido su práctica en tiempo hábil.

La llamada prueba documental propuesta iba dirigida a probar la ausencia de España del demandado durante el tiempo hábil para la concepción, no obstante lo cual, ante la falta de práctica de esa prueba, no puede afirmarse que se le haya producido una situación de indefensión material de forma tal que se haya visto impedido de aportar prueba acerca de la veracidad de los hechos por él alegados, es decir, la falta de relaciones sexuales con la madre del menor desde tiempo muy anterior a la época de la concepción; así, no propuso la única prueba que de una manera indubitable e indubitada hubiera confirmado esas alegaciones como es la prueba biológica que, como es sabido, en ca-

so de resultado negativo, que es el que se habría obtenido de ser cierta esa falta de relación con la madre, es fiable al cien por cien. Por el contrario, no obstante la prolongación del procedimiento en primera instancia una vez concluida la fase de prueba, el demandado-recurrente ha eludido someterse a la prueba biológica propuesta por la parte actora, no obstante los varios requerimientos que se le hicieron a tal efecto, tanto en primera como en segunda instancia; tuvo el demandado a su alcance los medios probatorios más eficaces para acreditar los hechos por él alegados, por lo que la posible indefensión por la falta de práctica de aquella prueba documental sólo a él es imputable al no utilizar, se repite, el medio de prueba más fiable para acreditar su no paternidad respecto del menor.

En cuanto a la prueba testifical propuesta, no obstante no haberse practicado, tanto el Juzgado como la Sala de instancia tuvieron en cuenta expresamente y valoraron las manifestaciones de testigos contenidas en las actas notariales aportadas a los autos, por lo que tampoco puede afirmarse que la falta de ratificación a la presencia judicial haya causado indefensión a la parte.

II. PATRIA POTESTAD

1. *Consecuencias de la condena por un delito contra la libertad sexual.*

**Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 7 de noviembre de 2000.
Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta.**

La pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad no es una consecuencia jurídica de aplicación automática tras la subsunción de los hechos en el tipo penal de los delitos contra la libertad sexual. El precepto refiere con el término «podrá» el carácter facultativo de su imposición, facultad sujeta a la razonabilidad de su decisión exigiéndose, como no podía ser de otra manera, la motivación de la decisión.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 21 de febrero de 1987 D. José Manuel y D.^a María Belén contrajeron matrimonio, naciendo el 1 de septiembre siguiente su hija Cristina.
- El día uno de febrero de 1993 suscribieron ambos cónyuges un Convenio regulador de los efectos de su separación, aprobado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 (Familia) de Valencia en sentencia de 10 de julio de 1993, en la que consta la conformidad del Ministerio Fiscal con el contenido y previsiones del Convenio. En el referido Convenio se establecía el mantenimiento de la patria potestad compartida, la guarda y custodia de la hija en el domicilio de la madre y los abuelos maternos y un régimen de visitas a favor del padre, que le permitían la convivencia con su hija desde las 20 h de los viernes a la misma hora de los domingos, en fines de semana alternos, así como en períodos más largos durante las vacaciones escolares.
- El padre, D. José Manuel, amparándose en la costumbre familiar de bañarse juntos, besarse en la boca y no dejar a su hija que durmiera sola por el temor que sentía, y aprovechándose de la afectividad que su hija le mostraba, con la que mantenía una relación satisfactoria para ambos, fue incorporando en las expresiones de su afecto, para satisfacer sus deseos lúbricos, acciones como caricias en el pecho y frotamiento de sus órganos sexuales con el cuerpo de la niña, haciéndola tumbarse sobre él, llegando a introducir en su vagina el dedo previamente humedecido con saliva. Estos comportamientos venían ocurriendo cada vez con mayor frecuencia desde principios de 1996, siendo consentidos por la hija atendida su edad de 8/9 años, su dependencia paterna y la ignorancia de su trascendencia, hasta que Cristina los relató a su madre el 6 de febrero de 1997.
- Por auto de 14 de febrero de 1997, “en atención a las graves imputaciones que realiza la menor sobre su padre”, el Sr. Magistrado de 1.^a Instancia núm. 9 de Valencia (Familia) suspende el régimen de visitas a favor de José Manuel B.P.
- El Juzgado de Instrucción núm. 16 de Valencia instruyó sumario 86/1998 contra José-Manuel, por delito de abusos sexuales, y una vez concluso lo remitió a la AP de Valencia, que con fecha 21 de diciembre de 1998 dictó sentencia condenando a D. José Manuel, como responsable en concepto de autor de un delito continuado de abusos sexuales con la concurrencia de la circunstancia agravatoria de ser el padre de la víctima, a la pena de un año y diez meses de prisión. Igualmente le condena a que abone y asegure en beneficio de su hija Cristina la suma de 2.000.000 ptas. de las que no podrá disponer ninguno de sus progenitores salvo con autorización judicial.
- Tanto D. José Manuel como D.^a M.^a Belén interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Por lo que respecta al recurso interpuesto por D. José Manuel, el Tribunal Supremo lo desestima, ya que se pretende por el recurrente una nueva valoración de la prueba. En cuanto al interpuesto por la madre de la menor, su objeto se centra en la circunstancia de que la sentencia penal no haya acordado la inhabilitación del padre para el ejercicio de la patria potestad. Denuncia la recurrente:

a) La incongruencia omisiva de la sentencia al no dar respuesta a la pretensión oportunamente deducida por las acusaciones, pública y particular en el sentido de que el art. 192.2 del CP señala como consecuencia jurídica al delito la de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad. El motivo se desestima por el Tribunal Supremo. El tribunal de instancia expresa en el fundamento de derecho quinto de la sentencia impugnada el razonamiento que le lleva a no hacer uso de la facultad que se contiene en el art. 192.2 CP a cuyo tenor el «Tribunal podrá imponer razonadamente» la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de patria potestad. Hubo, pues una respuesta sobre el contenido de la pretensión deducida por lo que el motivo se desestima.

b) La vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reproduciendo los argumentos que se expresan en el primer motivo de oposición formalizado, esto es, la omisión de un pronunciamiento sobre la pena de inhabilitación instada. El motivo, igualmente, se desestima. El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que se manifiesta en el derecho a obtener de un órgano jurisdiccional un pronunciamiento decisorio sobre la cuestión deducida, dictado en el procedimiento correspondiente. Esa pretensión fue tutelada por el tribunal de instancia que frente a una petición formulada al respecto la responde en sentido negativo, acordando no imponer

la pena de inhabilitación, sin perjuicio de la actuación de la jurisdicción civil que ya había acordado la suspensión del régimen de visitas, para que proceda a determinar lo procedente, teniendo en cuenta el superior interés de la menor de acuerdo a su evolución, en el proceso contradictorio y con mayores garantías en el que se pueda discutir la cuestión.

c) La inaplicación al hecho probado del art. 192.2 CP. Ha de constatarse, en primer término, que la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad no es una consecuencia jurídica de aplicación automática tras la subsunción de los hechos en el tipo penal de los delitos contra la libertad sexual. El precepto cuya inaplicación se denuncia refiere con el término «podrá» el carácter facultativo de su imposición, facultad sujeta a la razonabilidad de su decisión por lo que el artículo referenciado exige, como no podía ser de otra manera, la motivación de la decisión. El Tribunal de instancia destaca en su argumentación que el delito es grave y se ha representado la repercusión de la decisión sobre el ejercicio de la patria potestad en la menor y en sus necesidades afectivas y educacionales. Ha tenido en cuenta, además, que la jurisdicción civil ya había adoptado medidas al respecto y llama la atención sobre las mayores garantías que proporciona el procedimiento ante el Juzgado de Familia para atender los aspectos esenciales de los derechos que se engloban en la patria potestad. El Tribunal, en una cuidada motivación, ha resuelto la cuestión debatida y ha entendido, en la forma razonada que expresa, no procedente la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, sin que difiera a la jurisdicción civil un pronunciamiento sobre la cuestión, sino que afirma que en el Juzgado de Familia podrán adoptarse las soluciones que mejor se adecuen al interés del menor atendiendo a los derechos inherentes a la patria potestad.

III. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Atribución del uso de la vivienda y efectos frente a terceros.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de diciembre de 2000.

Ponente: Excmo. Sr. Antonio Romero Lorenzo.

Mantenimiento del derecho de uso atribuido en la sentencia de separación frente al tercero que se adjudicó la mitad indivisa de la vivienda en subasta pública, aun cuando la anotación del derecho de uso tuvo acceso al registro con posterioridad a la anotación de embargo, habida cuenta que el tercero, por razón de la amistad que le unía con el ex esposo, era conocedor del derecho de atribución del uso.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Luisa y su esposo D. Javier compartían la propiedad de una casa y del terreno que la rodeaba. Como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal de los interesados, y en virtud de escritura pública de 28 de agosto de 1986, dicha finca fue inscrita por mitades indivisas a favor de uno y otro cónyuge.
- En causa criminal seguida contra D. Javier por impago de pensión alimenticia, le fue embargada la mitad indivisa que de dicha casa y terreno le correspondía para hacer frente a sus responsabilidades civiles, habiéndose llevado a cabo anotación de dicho embargo en el Registro de la Propiedad con fecha 28 de noviembre de 1991.
- Acordada la venta en pública subasta del bien objeto de traba, en tercera subasta fue adjudicada a D. Juan José, por el precio de tasación que ascendía a 10.000.000 pesetas.
- Con fecha 26 de enero de 1993, en el proceso de separación seguido entre D.ª Luisa y D. Javier, recayó sentencia de la Audiencia Provincial el día 26 de enero de 1993 que reconocía a D.ª Luisa el derecho de uso de la que había sido vivienda familiar, es decir de la casa adjudicada por mitades indivisas a cada uno de los cónyuges y que en cuanto a la porción correspondiente al marido había sido objeto del embargo a que se ha hecho alusión. Dicha sentencia accedió al Registro de la Propiedad el 16 de marzo de 1993.

- D. Juan José interpuso demanda de menor cuantía contra doña María Luisa, sobre indivisión de cosa común y venta en pública subasta de bienes; tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que se declare: A) Que la finca descrita en el hecho primero de esta demanda, pertenece «pro indiviso» al actor y demandada, por mitades e iguales partes. B) Se declare la nulidad del gravamen de derecho de uso a favor de la demandada del chalet descrito, cancelando las anotaciones registrales que del mismo puedan existir. C) Que se declare que la referida finca es totalmente indivisible. D) Que siendo indivisible la referida finca urbana, se proceda a la venta de la misma en pública subasta, procediéndose a su valoración y venta al mejor postor, señalándose en su día el anuncio de la subasta, en los términos legales, obligando a los demandados a formalizar la escritura pública de adjudicación o venta o se otorgue de oficio por el Juzgado, repartiendo el dinero obtenido en la proporción que a cada uno le corresponda, con renuncia al usufructo, que en su caso le pudiese corresponder. E) Se impongan las costas a la demandada si se opusiere.
- Admitida a trámite la demanda, doña María Luisa contestó a la misma, solicitando su desestimación.
- El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Jaca dictó sentencia el 21 de febrero de 1994 estimando parcialmente la demanda, y acordando que se proceda a la venta en pública subasta del inmueble, repartiéndose el precio, una vez verificada la venta entre actor y demandada por mitades e iguales partes, y manténgase a dicha demandada en el derecho de uso de la totalidad de la vivienda. Todo ello sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes.
- En grado de apelación, la AP de Huesca dictó sentencia el 25 de mayo de 1995, estimando en parte el recurso y declarando que el derecho de uso atribuido a la demandada no afecta al actor, cancelando las anotaciones registrales que de este derecho se hubieran podido efectuar, sin hacer pronunciamiento de las costas debidas a su recurso e imponiendo a la demandada recurrente las causadas por su apelación en esta alzada.
- D.^a M.^a Luisa interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. **Falta de litisconsorcio pasivo necesario.** infracción del art. 238.3.º de la LOPJ y de la doctrina jurisprudencial, por no haber sido apreciada de oficio la existencia de litisconsorcio pasivo necesario respecto a los hijos
- Con carácter previo a entrar en el fondo de asunto, se cuestiona por la recurrente la

del matrimonio. Estos no han sido demandados, siendo así que les alcanzan los efectos de la sentencia, al ser titulares del derecho de uso, igual que el cónyuge al que se le otorga, pues esta concesión obedece al interés más necesitado de protección, que es el de los propios hijos. Señala que por la minoría de edad de los mismos, su representación corresponde al Ministerio Fiscal, quien debería haberse personado a tal fin en el procedimiento. Dado que esto no ha sucedido, se afirma que se ha producido una notable indefensión de los derechos de los menores que determina la declaración de oficio de nulidad de actuaciones.

El Tribunal Supremo señala al respecto que, ciertamente, según el art. 96 del CC, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. El art. 1320 del mismo cuerpo legal establece, sin embargo, que para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual se requerirá (solamente) el consentimiento de ambos cónyuges. Pero ha de significarse, que esta alusión a los derechos de los hijos menores que se realiza por la recurrente no había sido formulada por la misma con anterioridad, ni al contestar la demanda, ni al interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Nos hallamos, por tanto, ante un supuesto especialmente contemplado por el art. 1693 LEC que dispone que las infracciones de las garantías procesales que produzcan indefensión requieren que la subsanación de la falta haya sido pedida en la instancia en que se hubiere cometido y que, de haberlo sido en la primera instancia, se produzca la petición en la segunda. A su vez, el art. 1710.1.2.^o “in fine”, determina la inadmisión del recurso cuando siendo necesario haber pedido la subsanación de la falta no hubiere en los autos constancia de haberse hecho.

En definitiva, la recurrente trata de introducir extemporáneamente una cuestión nueva, a través de la tardía denuncia de la que

califica de infracción procesal supuestamente generadora de indefensión, de la que no había hecho mención en ninguna de las instancias.

Debe recordarse, por otra parte, que la representación legal de los hijos menores corresponde no al Ministerio Fiscal, sino a los padres que ostenten la patria potestad, según establece el art. 162 del CC, sin que pueda entenderse que en el asunto que era objeto del litigio, promovido por un tercero, existiese conflicto de intereses entre padres e hijos y mucho menos entre la madre contra la que se dirigía la demanda y sus hijos menores.

A su vez, el art. 156 no solo declara la validez de los actos que en ejercicio de la patria potestad (y, por tanto, en representación legal de los hijos sometidos a la misma) realice uno solo de los progenitores conforme al uso social y a las circunstancias, sino que añade (párrafo quinto) que si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel de ellos con quien el hijo conviva.

Siendo inherente la representación legal al ejercicio de la patria potestad, no cabe dudar que en el proceso del que el presente recurso dimana, los hijos menores del matrimonio se hallaban debidamente representados, dado que, según se afirma por la representación de la recurrente en el antecedente segundo de su escrito de formalización del recurso de casación, la misma se hallaba separada de hecho de su marido desde al año 1988 y había interpuesto demanda de separación en 1991 ante el Juzgado de Primera Instancia de Jaca.

2. **Mantenimiento del derecho de uso atribuido en la sentencia de separación.**

Se denuncia por la recurrente la infracción de la doctrina jurisprudencial proclamada por diversas resoluciones de esta Sala en relación con el uso del domicilio conyugal atribuido en sentencia de separación matrimonial.

La primera de las sentencias a que se refiere la recurrente es la de 11 de diciembre de 1992 afirma, en síntesis, que el uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente al cónyuge no propietario es un derecho oponible a terceros, que, como tal, debe tener acceso al Registro de la Propiedad, constituyendo una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares. Por ello, en determinadas condiciones la atribución judicial se erige en título legítimo, justificativo de la ocupación incluso frente a propietarios que traigan causa del cónyuge primitivo. Sin embargo, el supuesto contemplado por dicha resolución es sustancialmente diferente del que es objeto del presente juicio. De una parte, porque la titularidad dominical de la vivienda familiar se había transferido a un tercero después de haber sido atribuido su uso al cónyuge no propietario. En segundo término, porque no podía ampararse dicho tercero en la presunción de buena fe que invocaba, por cuanto, ante la presencia de un proceso de nulidad matrimonial, el marido de la recurrente había hecho donación de la vivienda a la hija tenida en su primer matrimonio y poco después de conocerse que el auto de medidas provisionales atribuía el uso y disfrute de la misma a la segunda esposa, aquella donataria, representada por su padre, había llevado a cabo la venta del piso, a otra persona por precio reducido y con facilidades de pago.

A su vez, la sentencia de 20 de mayo de 1993 corrige la incongruencia de la sentencia de la Audiencia Provincial que era objeto de recurso, por cuanto en ella no solo se resolvía sobre la propiedad de la vivienda familiar (que era lo realmente discutido) sino que se anulaba además el derecho de uso y habitación que sobre la misma había sido atribuido a uno de los cónyuges por sentencia firme recaída en autos de separación conyugal, anulación que no había sido solicitada en la demanda. En este contexto en el que debe considerarse el alcance de la declaración que se formula respecto a la com-

patibilidad de la atribución de la propiedad de la vivienda con la anterior asignación a uno de los cónyuges del derecho al uso de la misma.

Algo análogo ha de decirse de la sentencia de 14 de julio de 1994, pues se refiere a un supuesto en que se ejercita por el marido la acción de división de la vivienda familiar que pertenecía por mitad a ambos cónyuges, si bien precedentemente había sido concedido el uso de la misma a la esposa y a los hijos comunes por sentencia dictada en causa de separación matrimonial. La Sala mantiene la procedencia de la división del piso común que establecía la sentencia impugnada, si bien dispone que ello ha de ser sin perjuicio del derecho de la esposa a su uso, derecho que ha de quedar debidamente garantizado, cualquiera que sea el resultado de la ejecución de la sentencia recurrida, que solamente en este particular es revocada.

En parecidos términos y respecto a un caso semejante se pronuncia la Sentencia de 22 de diciembre de 1992, parcialmente reproducida en el escrito de formalización del recurso.

Como ya se ha anticipado por el Tribunal Supremo, el tema del presente litigio posee características notablemente diferentes. Así, hay un embargo ordenado en causa criminal que recae sobre la mitad indivisa que al marido de la recurrente corresponde sobre la casa que constituye la vivienda familiar y terreno que la rodea. En el Registro de la Propiedad, en las fechas en que el embargo se lleva a cabo y en que la traba es objeto de anotación preventiva no consta gravamen alguno sobre dicho inmueble. Tampoco había sido pronunciada todavía la sentencia que en grado de apelación puso fin al proceso de separación matrimonial que D.^a Luisa sostenía con su esposo, la cual se dictó muy posteriormente. Entre tanto por la autoridad judicial se acordó y anunció la celebración de subasta haciéndose constar en los edictos publicados que la propiedad que había de ser objeto de la misma se hallaba exenta de cualquier gravamen, lo que coincidía con la

situación real de la mencionada vivienda. Es en momento posterior a la celebración de la primera subasta, que resultó desierta, cuando la Audiencia Provincial concede el uso de aquella a la esposa, pero esta atribución no llega a tener constancia registral hasta varios días después de que en la tercera de las subastas previstas se hubiese adjudicado la finca a D. Juan José por el precio de tasación de la misma (10.000.000 de pts.).

Ha de tenerse en cuenta, ante tal planteamiento, la presunción de exactitud registral contenida en el art. 38.1 de la LH, a cuyo tenor, se presume a todos los efectos que los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad (en este caso, el dominio del marido de la recurrente sobre la mitad indivisa de una determinada finca) existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Y éste, según el art. 1.3.º de la misma Ley, se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos en tanto no sea declarada su inexactitud.

En el caso que nos ocupa no se ha producido una declaración de este tipo, sino que, con posterioridad al embargo de la mitad indivisa de la finca en cuestión, se constituyó judicialmente un derecho de uso sobre la totalidad del inmueble a favor de la propietaria de la otra mitad.

Tal eventualidad resulta subsumible en el párr. 5.º del art. 38 de la LH que precisamente regula los supuestos en que los bienes sobre los que ha sido anotado un embargo pasen a poder de un tercer poseedor. Según se ha declarado en otras ocasiones por esta Sala (SS. de 6 abril de 1996, de 22 de marzo de 1994 y de 12 de diciembre de 1988, que cita muchas otras) la norma establecida en el precepto mencionado determina que cualquier derecho nacido con posterioridad a la anotación de embargo resulta afectado por la misma, en el sentido de que al garantizado por dicha anotación se otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha en que la misma se ha practicado.

Expuesto cuanto antecede, se hace preciso, no obstante, recordar la norma del art. 7.º del CC respecto al necesario ejercicio de buena fe de los derechos y a la proscripción tanto del abuso como del ejercicio antisocial de los mismos. La recurrente en el motivo que es objeto de estudio insiste en la falta de buena fe en la actuación de D. Juan José, por la amistad que mantiene con el marido de D.ª Luisa. Es de notar que en la declaración testifical, que ha prestado en autos D. Javier admitió inicialmente (2.ª pregunta) que era amigo íntimo de D. José Luis, si bien a repreguntas matizó que eran simplemente amigos, sin llegar a ser íntimos. Añade el recurso que en razón de esa amistad, D. José Luis tenía que saber las vicisitudes de la separación de D. Javier y esposa y que ésta ocupaba con sus hijos la vivienda familiar, desde hacía 17 años.

De la prueba practicada se desprende, como se significó en la sentencia de primera instancia (aunque en el Fundamento Jurídico Cuarto de la misma se consigna que todo ello está insuficientemente acreditado evidentemente nos hallamos ante un error material y quiere decirse todo lo contrario, como se deduce del contexto) que la amistad a que nos hemos referido determinaba que D. José Luis tuviera conocimiento del indicado carácter de vivienda familiar que concurría en la finca afectada por la subasta.

El hijo de la recurrente ha manifestado haber estado muchas veces con su padre y con D. José Luis y el hijo de éste tanto en el domicilio del uno como en el del otro. El tenor de la repregunta que al respecto le fue formulada está evidenciando que la representación de D. José Luis admitía la realidad de los hechos manifestados, pues solo trataba de matizar que todo ello había sucedido pocas veces y con el exclusivo fin de que los hijos estuviesen entretenidos, lo que ha sido negado por el testigo.

A partir de esta relación y frecuente trato entre las personas a que nos referimos se explica el que no puede por menos de calificarse como extraño interés de D. José Luis en adquirir la mitad indivisa de una finca, en

un punto en el que no vive, ni desarrolla su actividad profesional, aunque lo frecuente.

También cabe colegir que si en la subasta no ofreció el demandante una cantidad reducida, como era posible, por celebrarse la misma sin sujeción a tipo, sino que interesó la adjudicación por importe de la tasación (10.000.000 de pts.) ello pudo obedecer a dos finalidades concurrentes: a) evitar el retracto de la propietaria de la otra mitad indivisa. b) En cualquier caso —con o sin retracto— conseguir que la enajenación resultase económicamente favorable para D. Javier, ya que la cantidad que éste realmente tenía pendiente en la causa criminal en la que el embargo se había practicado no superaba las 500.000 ptas., por lo que debería serle entregada la cantidad sobrante.

A la vista de todas las circunstancias concurrentes procede llegar a la conclusión de que si D. José Luis no actuó con absoluta mala fe, en el sentido de querer perjudicar a D.^a Luisa, dejando —de acuerdo con el esposo de la misma— vacío de contenido el derecho de uso que a la recurrente había

asignado la Audiencia Provincial en la sentencia que pocos días antes había puesto fin a la causa de separación matrimonial en que aquella era parte, sí, al menos, era conecedor, por su relación de amistad con D. Javier, de la existencia de ese proceso y de la atribución judicial de aquel derecho, pues no se encuentra otra explicación a su repentina decisión de acudir a la 3.^a subasta cuando ya había sido concedido el uso de la vivienda familiar y ofrecer, sin embargo, la cantidad en que se había valorado el bien en fecha en que todavía carecía de gravamen.

A partir de esta conclusión, ha de entenderse que D. José Luis no ejercita de buena fe los derechos que —como anteriormente se ha expuesto— podrían invocarse como consecuencia de la publicación de edictos anunciando la subasta pública de una finca que se calificaba como exenta de cargas, por lo cual no puede ampararse en la presunción de exactitud registral que, de otro modo, evitaría que la adquisición que había realizado resultase afectada por la concesión a la recurrente del derecho de uso de la vivienda.

IV. UNIONES DE HECHO

1. *Reclamación de alimentos para hijos mayores de edad.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 30 de diciembre de 2000.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.**

Legitimación activa del progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad para reclamar del otro la pensión alimenticia que corresponda a estos.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Julio interpuso demanda de menor cuantía contra D.^a Josefa en la que solicitaba que se dictase sentencia en la que se adopten las medidas tenden-

tes a asegurar la protección de alimentos y futuras necesidades de los hijos de ambos, y que entre otras, son las siguientes: 1. Ratificar a D. Julio, en la guarda y custodia de la hija menor de edad, Silvia-Cristina, como hasta ahora viene sucediendo. 2. Ratificar en el uso y disfrute del domicilio otrora familiar, a los tres hijos habidos entre los litigantes, que convivirán en el mismo en compañía de mi patrocinado. 3. En concepto de contribución a las cargas de la familia, D.^a Josefa hará efectiva todos los meses por adelantado en sus cinco primeros días, a D. Julio, la suma de 100.000 ptas., que se revisarán anualmente en función de la variación experimentada en el índice de precios al consumo. Todo ello con expresa condena en costas a la demandada, si se opusiera a lo solicitado”.

- La demandada D.^a Josefa contestó a la demanda para oponerse a la misma a medio de las razones de hecho y de derecho que alegó y terminó solicitando se dicte sentencia acordando: 1.^o La atribución de la guarda y custodia de la hija menor de los progenitores Silvia-Cristina, a mi representada D.^a Josefa; 2.^o El uso y disfrute del que fuera domicilio familiar para los hijos mayores de edad y la hija menor, así como para mi representada, junto con el ajuar doméstico existente en el mismo. 3.^o Que D. Julio contribuya a las cargas familiares de la hija menor en la cuantía de 50.000 pts. mensuales y para los hijos mayores de edad en la misma cuantía que lo venía haciendo hasta terminar sus estudios, y dos años más hasta su independencia económica. Las cantidades solicitadas serán incrementadas anualmente desde el uno de enero de cada año de acuerdo al I.P.C. que señale el Instituto Nacional de Estadística. 4.^o Se fije en concepto de litis a favor de mi representada la cuantía de 300.000 pts. 5.^o Que la pensión que se solicita para los hijos, tenga efectos desde la interposición de la demanda”.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.^o 28 de Madrid dictó sentencia el 2 de noviembre de 1994 declarando que la guarda y custodia de la hija menor de los litigantes será ejercida por su madre manteniéndose compartido el ejercicio de la patria potestad. “Igualmente acuerdo la adopción de las siguientes medidas: 1.^o Se atribuye a favor de D. Julio régimen de visitas consistente en poder tener en su compañía a la hija menor común los fines de semana alternos comenzando a partir del siguiente posterior a la fecha de la resolución desde las 18 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo. Así como en defecto de acuerdo la segunda mitad de los períodos escolares de vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano. El régimen de visitas y vacaciones podrá ser modificado en ejecución si no se adaptara a las necesidades y situación de todos los miembros de la familia. 2.^o D. Julio deberá abonar en concepto de alimentos para los tres hijos la cantidad de 105.000 ptas. (35.000 ptas. por cada uno), dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la demandada, actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimenten los índices de precio al consumo

publicado por el Instituto Nacional de Estadística o el que legalmente le sustituya. La pensión concedida a los hijos mayores se extinguirá en todo caso cuando cumplan los 27 años de edad. 3.^º Se atribuye a la hija menor y a D.^ª Josefa el uso y disfrute del domicilio conyugal y el ajuar doméstico, pudiendo D. Julio, que deberá abandonarlo si no lo hubiera hecho ya, retirar previo inventario los bienes de uso particular o necesarios para sus actividades comerciales, profesionales o laborales. No obstante, si la demandada no se traslada a vivir al domicilio familiar en el plazo de dos meses después de ser desocupado por el actor, por causa no imputable a éste, se revocará el derecho concedido. Todo ello sin expresa imposición de costas”.

- En grado de apelación, la Sec. 22.^ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 26 de octubre de 1995, revocando en parte la sentencia de instancia, declarando que “D. Julio deberá abonar en concepto de alimentos para su hija menor Silvia-Cristina la cantidad de 35.000 ptas. dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta que designe la demandada, actualizable anualmente conforme a las variaciones que experimenten los índices de los precios al consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística o el que legalmente le sustituya, manteniendo las restantes disposiciones de la resolución apelada, todo ello sin expresa imposición de las costas originadas en esta alzada”.
- D.^ª Josefa interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que casó la sentencia y confirmó la de instancia, fijándose en consecuencia alimentos para los hijos mayores de edad que convivían en el domicilio familiar. En este trámite el Ministerio Fiscal emitió el siguiente informe: “A) Dado lo dispuesto en el art. 93.II del Código Civil (Ley 11/1990, de 15-10) y su aplicabilidad por analogía para casos como el presente, la Fiscalía entiende que el Juez en su sentencia debe fijar los alimentos que sean debidos a favor de los hijos mayores de edad que convivan en el domicilio familiar (de la madre en este caso) y que carezcan de ingresos propios. No es necesario que tales hijos acudan a otro procedimiento, pues en definitiva siguen a cargo de la madre con la que conviven y el padre no debe desentenderse de tal situación. B) Por otra parte, son acertados los argumentos que expone en su recurso la representación de D.^ª Josefa. Por todo ello, la Fiscalía propone que el recurso de casación sea estimado y no formula escrito de impugnación”.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia recurrida revocó la del Juzgado y absolvió al padre D. Julio del pago de la pensión concedida a favor de los hijos mayores habidos de la unión (pareja de hecho) con la recurrente, en la cuantía que se fijó de 35.000 pesetas mensuales, actuali-

zables cada año. La impugnación casacional resulta concretada al derecho de alimentos que pudieran corresponderle a los dos hijos mayores, dada su situación demostrada de que realizan estudios superiores y carecen de toda clase de ingresos propios.

Se plantea en primer lugar la legitimación procesal activa de dichos hijos en el ámbito de este procedimiento, para lo que hay que tener en cuenta que el Juez de la instancia, a medio de providencia, dispuso que los dos hijos mayores efectuasen comparecencia en los autos a fin de otorgar representación a favor de uno de los progenitores, lo que cumplieron concediéndosela a la madre, por lo que no se trata de legitimación activa fundada en representación voluntaria ni por sustitución, sino que más bien la ratificación procesal de los hijos mayores es determinante de su coadyuvancia procesal delegante en proyección suficiente de su legitimación activa para demandar a través de su madre los alimentos que esta postuló en la reconvención implícita que planteó y de los que los hijos son los efectivos titulares. Refuerza la legitimación de la progenitora el interés legítimo que le asiste frente al otro progenitor no conviviente con los hijos interesados que alcanzaron mayoría de edad.

Por lo expuesto, y en atención al artículo 93.2, no se hace necesario acudir a otro proceso declarativo, en lo que se equivoca la sentencia recurrida, ya que dicho precepto cabe ser aplicado a los hijos nacidos de uniones de hecho, en cumplimiento del mandato del artículo 39.3 de la Constitución, en relación al 108 del Código Civil. El deber de los padres de alimentarlos no lo evita las relaciones más o menos deterioradas o en situación de ruptura que puedan mantener los mismos.

No se puede dejar de lado la Consulta 1/1992, de 13 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, que destaca que el derecho de los hijos a la prestación alimenticia subsiste después de la mayoría de edad, si permanece situación de necesidad no imputable al alimentado, y llega a la conclusión de que en los supuestos en los que el descendiente sea mayor de edad al tiempo de iniciarse el procedimiento y en la demanda o contestación se hubiese solicitado a su favor una pensión alimenticia, pueden comparecer en los autos y mostrar su conformidad con la cantidad solicitada o bien otorgar poder “apud acta” al progenitor, y en el caso de entender que la cantidad debe ser superior es cuando el hijo deberá acudir al juicio declarativo ordinario de alimentos.

Recientemente esta Sala ha dictado la sentencia de 24 de abril del año en curso, en la que declara que del artículo 93.2 del Código Civil emerge un indudable interés del progenitor con el que conviven los hijos matrimoniales mayores de edad necesitados de alimentos, pero por analogía justificada cabe aplicar al supuesto que nos ocupa, toda vez que “el cónyuge con el cual conviven los hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el artículo 93, párrafo segundo del Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquellos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores”.

Por lo expuesto y al no entenderlo así la sentencia recurrida procede el motivo y el recurso ha de acogerse, confirmándose la sentencia del Juez de Primera Instancia, en atención a lo dispuesto en el artículo 1715.3 de la Ley Procesal Civil, sin declaración expresa en cuanto a las costas de casación y con devolución del depósito.

V. CONVENIO REGULADOR

1. *Cumplimiento de un convenio regulador de separación.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^ª, Sentencia de 12 de diciembre de 2000.

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

Condena a uno de los cónyuges a que entregue al otro la mitad del ajuar doméstico y la cantidad de 6.200.000 pesetas a pesar de que en el convenio regulador se incluía una cláusula que indicaba lo siguiente: “...haciéndose constar expresamente que los precitados esposos tienen la posesión de sus respectivos bienes privativos, lo mismo que las ropas y demás enseres que constituyen el ajuar doméstico...”.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^ª Concepción y D. Adriano suscribieron un convenio regulador de su separación con fecha 4 de julio de 1999, en el que en relación con los bienes de la sociedad se pactaba lo siguiente: “...haciéndose constar expresamente que los precitados esposos tienen la posesión de sus respectivos bienes privativos, lo mismo que las ropas y demás enseres que constituyen el ajuar doméstico...”.
- D.^ª Concepción promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D. Adriano sobre reclamación de cantidad y en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: “Se condene a dicho demandado a la entrega de los bienes componentes del ajuar que fue familiar y al pago de la cantidad reclamada de seis millones doscientas cincuenta mil pesetas, con los intereses legales desde la fecha del emplazamiento, e imponiéndole todas las costas causadas”.
- D. Adriano se personó en autos y contestó a la demanda oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación condenando a la actora al pago de las costas procesales ante la evidente temeridad y mala fe en la interposición de esta demanda.
- El Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Gijón dictó sentencia el 31 de diciembre de 1994 estimando la demanda y condenando a D. Adriano a que pague a la demandante, D.^ª Concepción, seis millones doscientas cincuenta

mil pesetas (6.250.000 pts.), haciéndole entrega asimismo de la mitad de los bienes que constituyeron el ajuar familiar, y a las costas causadas en esta instancia.

- En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Asturias dictó sentencia con fecha 7 de septiembre de 1995 desestimando el recurso.
- D. Adriano interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega el apelante la vulneración del art. 1281.1 del Código Civil, al interpretar la cláusula tercera del Convenio regulador suscrito por los litigantes el 4 de julio de 1991, dado que los claros términos del mismo no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes y la actora reclama ahora unos bienes que en tal documento reconoce haberlos recibido con anterioridad.

No niega esta Sala que nuestro Código Civil contiene unas reglas de interpretación de los contratos y es la primera de ellas, la aducida en el motivo, que cuando la claridad de los términos de un contrato no dejan lugar a dudas de cuanto expresan y de cuanto se refiere a la intención de los otorgantes, habrá de estarse a la hermenéutica literal del documento. Así se ha recogido en la aplicabilidad normativa por la doctrina jurisprudencial de esta Sala, no sólo la numerosa recogida en el motivo, sino en otra copiosísima cuya cita ahora aparecería ociosa. Pero el “tema decidendi”, el ventilado en la litis, no radica en un problema de interpretación de una o varias cláusulas contractuales, en que haya que partir de las cláusulas claras, que no dejan duda sobre la intención y voluntad concorde de los contratantes, sino tan sólo y exclusivamente si cuanto expresa la referida cláusula es o no verdadero. No se trata, por tanto, de una hermenéutica sobre las expresiones y términos de un contrato para regular “ad futurum” las relaciones entre ambas partes, sino tan sólo si recogido en la literalidad del documento como aconteci-

do es cierto o no. Se trata, por tanto, de una cuestión de prueba y no de interpretación. La referida cláusula del mentado documento dice literalmente: “...haciéndose constar expresamente que los precitados esposos tienen la posesión de sus respectivos bienes privativos, lo mismo que las ropas y demás enseres que constituyen el ajuar doméstico...”. Ello reconduce la cuestión, no a un punto hermenéutico donde quiere llevarla el motivo, sino a un problema exclusivamente probatorio y a determinar si cuanto se expresa en tal párrafo es verdadero o falso, pese a haber sido firmado por ambos contratantes.

Por lo demás, la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, ha determinado el valor probatorio de un documento privado, conjugándolo con otras pruebas —sentencias de 27 de junio de 1981, 16 de julio de 1982, 28 de noviembre de 1986, 22 de julio, 25 de septiembre, 5 y 26 de octubre de 1993, 8 de noviembre de 1994 y 29 de marzo de 1995—.

Los Tribunales de instancia, en una absoluta coincidencia, toman en cuenta otra copia de pruebas, tales como que tal escrito privado aparece con la misma fecha de la escritura de capitulaciones matrimoniales que fijan el régimen de separación de bienes entre los cónyuges y que nada expresan al respecto. Es más, consta acreditado por la prueba de instancia, que el referido Convenio regulador fue redactado por el hoy recurrente, al preparar toda la documenta-

ción para la separación cuando la actora se encontraba en Madrid. En las cuentas del matrimonio no existía tal cantidad de 6.250.000 pesetas y no consta la entrega de suma tan importante y con la sola manifestación en un documento privado, que dice tener tal posesión, no puede acreditarse la veracidad intrínseca de cuanto al respecto se recoge en el escrito. Y otro tanto ocurre, con referencia al ajuar. Por eso, pese a lo recogido en tal cláusula del Convenio regulador, las resoluciones de primero y de segundo grado proclaman que tales bienes no le fueron entregados a la esposa demandante y como utilizan una pluralidad de datos probatorios y su apreciación es racional, lógica y no arbitraria y no ha sido combatida en el motivo, éste debe perecer inexcusablemente. En cualquier caso, la interpretación de tal párrafo del Convenio regulador puede y debe verificarse con el resto de la prueba obrante en autos y es facultad privativa de los órganos jurisdiccionales de instancia, salvo que deba calificarse de ilógica, irracional o equivocada, lo que aquí no ocurre —sentencias de 19 de febrero, 1 de abril, 18 de julio, 30 de octubre, 5 y 23 de noviembre de 1996, 5 de marzo, 14 de mayo, 23 de junio y 23 de julio de 1997, 24 y 25 de febrero, 10 y 15 de junio, 28 de septiembre y 9 de octubre de 1998, 11 y 19 de junio de 1999—.

En otro motivo se alega por el recurrente la infracción del art. 1214 del Código Civil. Parte de que en el supuesto litigioso estaban

reconocidos por ambas partes los hechos impositivos o extintivos, o sea lo recogido en el Convenio regulador. No estaban reconocidos tales hechos cuando la actora ha demandado su entrega, cosa diferente es que un documento recogiera haberlos recibido, pero su reclamación judicial señalaba la incerteza de lo expresado en tal Convenio regulador.

Es incierto además y a la par injusto que se exigiera al recurrente un plus de prueba, porque el hecho negativo de la entrega lo han inferido los Tribunales de instancia de la pluralidad de probanzas, en su gran mayoría procedentes de la parte actora, en una apreciación conjunta, racional y coincidente en ambos juzgadores.

Al hoy recurrente le hubiera sido harto fácil —de ser cierto— acreditar el pago de la referida suma, que no es insignificante y que lógicamente debiera presentar un soporte bancario.

Mas el motivo tampoco puede prosperar dada su concreta formulación, porque el art. 1214 del Código Civil no contiene reglas valorativas de la prueba y sólo puede ampararse casacionalmente cuando el órgano “a quo” haya invertido en su sentencia el principio de distribución de la prueba u “onus probandi”, lo que aquí no ha ocurrido. Ha sido además la actividad probatoria de la actora, pese a la dificultad de probar un hecho negativo.

VI. REGÍMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

1. SOCIEDAD DE GANANCIALES

1.1. *Disposición de bienes gananciales sin consentimiento de uno de los cónyuges.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 14 de noviembre de 2000.
Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.**

Procede declarar nulo el contrato de arrendamiento con opción a compra de un local de carácter ganancial celebrado entre el marido y un tercero sin contar con el consentimiento de la esposa, ya que dicho negocio compromete el futuro de un bien inmueble ganancial y, por consiguiente, está sujeto al principio de “cogestión” que establece el art. 1375 CC, en el sentido de que no basta para su plena validez la actuación de uno solo de los cónyuges, sino que se precisa también el consentimiento del otro.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a María interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra su esposo D. Vicente y D. José, solicitando se dicte sentencia “decretando la nulidad del contrato celebrado en Valencia el día uno de octubre de mil novecientos ochenta y siete, entre D. Vicente y D. José, relativo al arrendamiento y opción de compra sobre un local de negocio (de carácter ganancial) deviniendo con ello dicho contrato radicalmente nulo como si desde un principio no se hubiese celebrado, con expresa imposición de costas a los demandados”.
- D. José se personó en los autos y contestó a la demanda solicitando se dicte sentencia “por la que se desestime en su totalidad la demanda interpuesta, absolviendo libremente de la misma a mi representado, reconociendo la validez del contrato celebrado, con imposición de las costas causadas a la parte actora, por su temeridad y mala fe, y en el caso de que así no fuese estimado declarase la nulidad única y exclusivamente de la cláusula décima

del referido contrato manteniendo en toda su integridad el resto del tan reiteradas veces mencionado contrato de arrendamiento”. Asimismo formuló reconvencción, alegando hechos y fundamentos de derecho, para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia “con los siguientes pronunciamientos: a) Que se reconozca los derechos como propietario a D. José sobre el local objeto del contrato que se exige su cumplimiento; b) Que se fije la obligación de otorgar escritura pública a los demandantes, previa aceptación de las cantidades que se estipulan en el contrato y que en ejecución de sentencia se fijarán. c) Se condene al pago de las costas a los demandados”.

- D. Vicente contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia “que en virtud de allanamiento a los hechos que en este escrito se contiene, se dicte sentencia de conformidad con lo interesado por la parte actora, sin imposición de costas a esta parte, dada su buena fe”.
- El Juzgado de Primera Instancia número Tres de Valencia dictó sentencia el 19 de julio de 1993 estimando la demanda y decretando “la nulidad del contrato celebrado en Valencia el día uno de octubre de mil novecientos ochenta y siete, entre D. Vicente y D. José, relativo al arrendamiento y opción de compra sobre un local de negocio sito en Valencia, deviniendo con ello dicho contrato radicalmente nulo, como si desde un principio no se hubiese celebrado, imponiendo las costas del juicio al demandado D. José, por ser así preceptivo, así como por su temeridad y mala fe”.
- En grado de apelación, la Sec. 8.ª de la AP de Valencia dictó sentencia el 22 de julio de 1995, estimando el recurso interpuesto por D. José y revocando la misma desestima la demanda presentada por D.ª María y se absuelve de ella a los demandados, sin hacer especial imposición de las costas causadas en ambas instancias.
- D.ª María interpuso recurso de casación que es estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se alega por la recurrente la infracción de la doctrina jurisprudencial porque la Sentencia recurrida considera que la opción de compra es un mero acto de administración, y no de disposición a título oneroso. También aduce la infracción de los arts. 1322 y 1377 del Código Civil en relación con la Jurisprudencia que configura la opción de

compra como acto de disposición a título oneroso y la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para otorgar dicha opción sobre inmueble ganancial. Y por último invoca la infracción del art. 1548 del Código Civil en relación con los arts. 6.4, 6.3, 1322 y 1377, 1253 y 1282 del mismo Cuerpo Legal, por no haberse declarado la nulidad del

contrato impugnado en lo relativo al arrendamiento.

En todos los motivos constituye tema nuclear la falta del “consentimiento uxorio”. Antes de entrar a examinar si era preciso o no dicho consentimiento —la falta del mismo es un dato fáctico incólume en casación— para la plena validez del contrato, procede resumir el contenido del contrato y las posturas de las dos Sentencias de instancia.

El contrato celebrado en Valencia el 1 de octubre de 1987 firmado por D. Vicente como arrendador y D. José como arrendatario, en relación con el local de negocio, por el precio de noventa mil pts. mensuales, revisables, presenta como características más destacadas las siguientes: ser un arrendamiento de industria; tener una duración de cuatro años, prorrogables por tácita reconducción, “si bien el arrendatario D. José podrá resolver, si le conviniere, el arrendamiento a partir del segundo año de vigencia, y terminado el plazo pactado podrá prorrogarse a su voluntad el arrendamiento hasta un máximo de veinte años”; se autoriza al arrendatario para ceder “todos los derechos adquiridos” a favor de las personas que se mencionan (cláusula primera) y a ceder o subarrendar el local objeto del contrato (cláusula sexta), en ambos casos con la simple condición o requisito de comunicarlo al propietario-arrendador; y se intercala, como cláusula décima, la concesión por el arrendador al arrendatario de una opción de compra durante todo el tiempo de vigencia del contrato de arrendamiento, por el local arrendado, instalaciones, maquinaria y enseres que se describen en el inventario anexo, por el precio de doce millones de pesetas, pagaderos en la forma que se establece, con estimación a cuenta de la compra de la cantidad dada en concepto de fianza (cláusula 11.^ª) y las sumas recibidas por el arrendamiento en el tiempo de la opción.

La Sentencia del Juzgado de 1.^ª Instancia declara la nulidad del contrato (aparte de por considerar que falta la causa) fundamen-

talmente porque falta el consentimiento de D.^ª María que era preciso por implicar un acto de disposición, “no solo por la existencia de la cláusula de opción, sino porque en definitiva el plazo pactado no es el de cuatro años... sino el de veinte años, por cuya circunstancia se infringe lo dispuesto en el art. 1548 del Código Civil, siendo por tanto anulable aun cuando no contuviera la cláusula de opción antes repetida”. La Sentencia de la Audiencia Provincial después de calificar el contrato como complejo, razona que no recoge ningún acto de disposición. Respecto del arrendamiento destaca que no reúne los requisitos establecidos en el art. 2.5 LH para acceder al Registro de la Propiedad, y que no puede calificarse como acto de administración extraordinaria, ni mucho menos como acto de disposición. Y en cuanto a la opción de compra argumenta que por sí misma no constituye acto de disposición alguno, y que el verdadero acto dispositivo del local sería el contrato de compraventa en el caso de que el optante ejercitase su derecho y fuese atendido por el concedente, pues entonces se llevaría a cabo la efectiva transmisión. Las Sentencias del Juzgado y de la Audiencia resuelven el tema litigioso con apreciaciones opuestas, pero ambas lo hacen desde la perspectiva de valorar si el contrato controvertido de 1 de octubre de 1987 encierra o no un acto de disposición.

El problema jurídico suscitado debe ser resuelto en el sentido de que el negocio de que se trata compromete el futuro de un bien inmueble ganancial y, por consiguiente, está sujeto al principio de “cogestión” que establece el art. 1375 CC, en el sentido de que no basta para su plena validez la actuación de uno solo de los cónyuges, sino que se precisa también el consentimiento del otro, de modo que no habiendo intervenido D.^ª María en dicho contrato, ni prestado el consentimiento en forma alguna para tal operación, está facultada para ejercitar la acción de nulidad (anulabilidad o impugnabilidad), y al haberlo hecho dentro del plazo legal de cuatro años previsto en el último párrafo del

art. 1301 CC, procede acordar la nulidad solicitada (casando y anulando la sentencia recurrida en los términos que se dirá).

Para completar el razonamiento expuesto son de añadir las apreciaciones siguientes. No se ha planteado en el caso si el contrato controvertido podría estar incurso en causa de nulidad radical por constituir la opción, cuando no hay prima u otra contraprestación, un acto de disposición a título lucrativo (aunque las Sentencias de 22 de diciembre de 1992 y 18 de junio de 1993 se inclinan por el carácter oneroso cuando la opción de compra se halla intercalada o coligada con un arrendamiento), por lo que no es preciso entrar en el examen del tema. Por otro lado carece de interés especial en el caso, dado que no concurre la hipótesis del art. 1384 CC, si nos encontramos ante un acto de administración o un acto de disposición (que centró todo el debate en las dos instancias), aunque es de poner de relieve, frente a la cita de la Sentencia de 9 de octubre de 1987 (que se menciona en el escrito de impugnación del recurso de casación), que no cabe desconocer que dada la naturaleza del contrato de opción de compra su resultado depende exclusivamente del optante, por cuanto la venta quedará perfecta en virtud del ejercicio por el optante de su derecho de opción. En este sentido se manifiesta la doctrina jurisprudencial de la que son ejemplo, entre otras, las Sentencias de 14 de mayo de 1991, 1 de diciembre de 1992, 15 de noviembre de 1993, 4 y 14 de febrero de 1995, 8 de octubre de 1997, y 30 de enero y 6 de julio de 1998, declarando la de 14 de febrero de 1997 (y las que cita) que “nada puede hacer el optante o concedente para frustrar la efectividad de la opción”. Con base en ello se razona por la doctrina que la capacidad exigible para celebrar el contrato de opción es la que se necesita para otorgar el contrato de compraventa a que la opción se refiere y lo mismo ocurre con el poder de disposición. El concedente (promitente u optatario) ha prestado ya su consentimiento y no se precisa que lo vuelva a prestar. Por otro lado hay que tener en cuenta que en el

arrendamiento de autos, aunque se pactó por cuatro años, se concedió al arrendatario la posibilidad de prorrogarlo hasta veinte (voluntad unilateral de la arrendataria que en su caso debe prevalecer, como dice la Sentencia de 27 de octubre de 1995), y ello supone que tal acto excede de los de administración, como ha declarado reiteradamente esta Sala (Sentencias, entre otras, de 18 de diciembre de 1973, 8 de octubre de 1985, 30 de marzo y 12 de noviembre de 1987, 1 de junio de 1991, 10 de abril de 1995, 7 de marzo de 1996 —sobre un caso muy parecido al de autos—, y las que se citan en esta última resolución), y resulta del art. 1548 CC.

Sin embargo la doctrina expuesta tiene solo un interés relativo (motivado por la oportunidad de hacer referencia a la solución adoptada en la Sentencia recurrida), porque, y esta es la verdadera “ratio decidendi”, el contrato de que se trata, ni en su forma compleja, ni siquiera en sus individualidades o componentes (con su propia autonomía), es subsumible entre los actos que un cónyuge puede realizar con independencia del otro, de tal manera que (salvo que se hubiera dado un supuesto de excepción, que no es el caso) es precisa la “actuación conjunta”, además de para los actos de disposición (arts. 1375, 1377 y 1378), para todos aquellos actos de gestión que, aunque puedan considerarse incluibles en administración ordinaria, afecten gravemente, con carácter duradero o extraordinario, al aprovechamiento de los bienes gananciales (Sentencia de 7 de marzo de 1996), quedando reducida la posibilidad de la actuación individual, por no regir con carácter necesario el principio de cogestión, a los actos de gestión ordinaria que no afectan a la sustancia de la cosa, sino solo a la conservación o al aprovechamiento ordinario, y, por supuesto, los normal o habitualmente asignados por su posición gestora en el ámbito económico familiar, que obviamente no concurren en el caso de autos. Por último, es de señalar que el principio de cogestión supone, como entiende la doctrina dominante,

que no cabe que se contraigan obligaciones contra la sociedad de gananciales si no acútan los dos cónyuges, conjuntamente, o con representación o consentimiento del otro, y que serán anulables los actos de gestión (como los de disposición), sean obligacionales o sean dispositivos, que hayan de tener cumplimiento directo sobre un bien ganancial específico (arts. 1367, 1375 y 1377, y 1301 del Código Civil).

El acogimiento de la pretensión de nulidad conlleva el efecto de aplicar la disposición del art. 1303, que es acogible de oficio y además ha sido postulado por el demandado D. José en el recurso de apelación según

consta en el fundamento primero de la resolución recurrida. A falta de más datos para pronunciarse sobre las circunstancias concurrentes debe acordarse que se reintegre a la comunidad ganancial el objeto arrendado, y que se debe compensar el tiempo de posesión con los importes de rentas correspondientes, sin perjuicio de que en ejecución de sentencia se lleven a cabo las actuaciones procedentes de carácter complementario y liquidatorio para restablecer el justo equilibrio de intereses, en armonía con el principio que veda el enriquecimiento injusto que constituye la regla básica que inspira la doctrina jurisprudencial en la materia.

1.2. *Consecuencias de la falta de intervención de un cónyuge en un contrato celebrado por el otro.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 21 de noviembre de 2000.
Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez.**

No procede declarar la nulidad del contrato de colaboración recíproca celebrado entre dos farmacéuticos, ya que aun cuando la farmacia tenga carácter ganancial y no constase el consentimiento de la esposa en dicho negocio jurídico, se ha acreditado que la misma estuvo presente en el momento de la firma del contrato.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Teodomiro interpuso demanda de menor cuantía contra los esposos D. Carlos y D.^a Antonia, solicitando se dicte sentencia por la que: a) Se declare la plena validez y eficacia en todos sus términos del contrato de 30 de septiembre de 1986, frente a cualquiera que pretenda desconocerlo; b) Se declare que del cumplimiento de dicho contrato habrán de responder D. Carlos en cuanto que materialmente obligado, con todos sus bienes, tanto privativos como gananciales, presentes o futuros, y su esposa D.^a Antonia, con la parte que le corresponda en los de la sociedad de gananciales. C) Se condene a los demandados, en base a su respectiva responsabilidad, a estar, pasar y cumplir estrictamente todo lo establecido en dicho contrato,

en especial: 1. Al pago a mi mandante de las cantidades correspondientes a los beneficios generados por la Farmacia, que por contrato le corresponden (la mitad de los mismos), dejados de percibir por éste desde el mes de junio de 1989, y de los intereses legales devengados por dichas cantidades desde el 24 de abril de 1991, fecha en que el demandado fue requerido para el pago de los mismos y consecuentemente se constituyó en mora, quedando su determinación exacta para el trámite de ejecución de sentencia. 2. A que se transfiera al demandante la titularidad de la Oficina de Farmacia objeto del contrato de sociedad civil, en la forma acordada para el caso de que se den las circunstancias previstas en el contrato de 30 de septiembre de 1986. 3. Al pago de las costas causadas por el presente procedimiento.

- Los demandados se opusieron a la demanda solicitando su desestimación, al mismo tiempo que formularon reconvencción solicitando la nulidad del documento privado de 30 de septiembre de 1986 y subsidiariamente, se declare la resolución de la obligación y por ello, la ineficacia del documento privado de 30 de septiembre de 1986, sobrevenida por causa del incumplimiento de D. Teodomiro, de su obligación trascendente de “cooperación personal”.
- El Juzgado de 1.ª Instancia número seis de Ferrol dictó sentencia con fecha 9 de noviembre de 1992, estimando la demanda y desestimando la reconvencción, declarando la plena validez y eficacia en todos sus términos del contrato de 30 de septiembre de 1986, acompañado a la demanda como documento núm. 1, de cuyo cumplimiento debe responder D. Carlos y los bienes de la sociedad de gananciales constituida por su esposa D.ª Antonia, y en consecuencia, debo condenar y condeno a los demandados a que abonen al actor la suma total de 11.441.459 pesetas correspondiente al 50% de los beneficios netos derivados de la explotación de la Oficina de Farmacia y de la que es titular D. Carlos durante los ejercicios de 1989, 1990 y 1991, desestimando la demanda en todo lo demás y sin hacer expresa imposición de las costas causadas salvo las derivadas como consecuencia de las reconvencciones formuladas por los demandados que serán de su cuenta.
- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de A Coruña dictó sentencia el 9 de mayo de 1995 desestimando los recursos interpuestos.
- Las partes formularon recursos de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado las cuestiones relacionadas con el contenido del contrato de colaboración suscrito entre los dos farmacéuti-

cos y centrándonos en el recurso interpuesto por la esposa del farmacéutico demandado, esta basa su argumentación en la infracción

de los arts. 1301, párrafos 1.º y último, 1322, 1346, 1347, 1375, 1377 y 1382 CC por que entiendo que D. Carlos, casado en régimen de gananciales con D.ª Antonia concertó el contrato de fecha 30 de septiembre de 1986 sin consentimiento de su esposa, siendo preciso este consentimiento, expreso o tácito, que rechaza haya concurrido en el presente caso. En apoyo de dicha alegación señala que la oficina de farmacia en el caso de autos nunca es un bien inherente a la personalidad del esposo y por tanto privativo, según art. 1346.5 CC, se citan los arts. 1375, 1377 y 1322 del CC, y se insiste que la recurrente nunca consintió, aunque se admite, entre otros alegatos, que acompañó a su marido a firmar el repetido contrato; que según el art. 1382 CC, no pudo el marido actuar sólo pues se trata de un acto de disposición sobre bien ganancial, por lo que se reitera la petición de nulidad del contrato.

El Motivo no prospera, y para ello sería suficiente con reproducir los argumentos válidos de los respectivos fundamentos jurídicos 4.º del Juzgado y 5.º de la Sala que con profusión de datos y argumentos justifican ese consentimiento al decir: “En lo que atañe a las alegaciones de recurso relativas a la ausencia de consentimiento de D.ª Antonia, cónyuge de D. Carlos, en el contrato de 30-9-1986, y su posible incidencia de nulidad en el mismo por derivación de los arts. 1375 y 1377 y 1322, todos del CC, las consideraciones siguientes avalan la total desestimación del motivo del recurso:

A) El contenido del fundamento jurídico 4.º de la Sentencia apelada rechaza motivada y suficientemente las alegaciones del recurso en este sentido; máxime cuando, efectivamente y como el Juzgador de Instancia señala, los bienes de que dispuso D. Carlos en el contrato de 30-9-1986, o fueron sustancialmente privativos, como la titularidad profesional de la Oficina de Farmacia de As Pontes y su propio esfuerzo personal (art. 1346.5 CC), o se trató de un capital que, invertido en la instalación de la farmacia según el propio contrato, su dispo-

sición tal como se hizo estaría amparada por los arts. 1384 y 1382 del CC.

B) Pero es que, en todo caso, al margen incluso de lo que ya razona la sentencia apelada en torno a la prescripción o caducidad de la acción de nulidad, en el proceso quedó acreditado que D.ª Antonia estuvo presente cuando su cónyuge y el actor D. Teodomiro acordaron y firmaron el contrato de 30-9-1986, quedando enterada del mismo y de todo su desarrollo ulterior, como se deriva necesariamente en pura lógica de este conocimiento y de la entidad y características de las consecuencias que originó, de tal manera que esta presencia en la suscripción y firma del contrato y ese conocimiento de su contenido y de su desarrollo y cumplimiento materializado en la apertura, gestión, explotación, reparto de beneficios... de farmacia, implica que, en cualquier caso, D.ª Antonia consintió toda la conducta contractual esencial de su cónyuge y de sus actos dispositivos en la forma prevista por los arts. 1322 y 1377 del CC. En este sentido cabe puntualizar que D. Carlos reconoció en confesión (Posición 9.º, folios 205 a 208) que su esposa estaba presente cuando firmaron el contrato...”; a lo que se agrega que, sin que se precise que éste sea expreso o por escrito, es suficiente con los “facta” alusivos para su integración; que sin que se discuta que la explotación y rendimientos de la oficina de farmacia es un bien ganancial —ex art. 1347.5 CC., núm. 2— su titularidad y llevanza atribuida al marido, art. 1346.8 (sin que se precise acudir a la legislación mercantil para su rechazo, arts. 6 y 7 C. de C. —como señala el fundamento jurídico 6.º de la recurrida— para interpretar el citado art. 1347.5 en la idea del Motivo, porque, entonces, se trataría de equiparar a toda oficina de farmacia como un establecimiento de comercio y, en particular, desconocer el carácter de la titulación pública/universitaria de todo farmacéutico y su adscripción a la de mero expendedor o comerciante, por lo que, en definitiva, aquella titularidad privativa del negocio resplandece), es claro, que por la conjunción de los arts. 1382-1384 y con-

cordantes, la afectación, en lo atinente, del patrimonio común a las resultas de ese acto dispositivo o de gestión, en otro caso (en cuanto a la mejor eficacia en su proceso económico de futuro, según lo pactado) no recayente en inmuebles, parece indiscutible, sin que, por lo demás, sea relevante, en absoluto, alegatos como que la esposa acudió a la firma sin “conocer el contenido del contrato”, o que acudió con su marido a firmar, para ayudarle por su declinado estado de salud, y que por ello, no se enteró de lo pactado hasta el requerimiento notarial, o que lo pactado perjudicaba el porvenir de sus hijos, etc. ..., que son juicios nada vinculantes en el plano de lo jurídico/judicial. En el motivo quinto, se denuncia al amparo del núm. 4 del art. 1692 LEC, “la infracción del art. 1253 del CC, puesto que en la Sentencia se presume el conocimiento por parte de D.^a Antonia del contrato firmado entre su marido y D. Teodomiro”; de nuevo, se plantea la falta de vinculación de la esposa a lo pactado, si bien, ahora se aduce su falta de conocimiento, que la Sentencia lo presume y, cuya presunción va en contra de lo dispuesto en el art. 1253, y se repiten las circunstancias del Motivo anterior. Tampoco se acoge,

ya que, en caso alguno la Sala “a quo” en su fundamento jurídico 5.^o, utiliza la vía de las presunciones, sino que lo afirma expresamente al decir: “...de tal manera que esta presencia en la suscripción y firma del contrato y este conocimiento de su contenido y de su desarrollo y cumplimiento materializado en la apertura, gestión, explotación, reparto de beneficios... de farmacia, implica que, en cualquier caso, D.^a Antonia consintió...”, que como es sabido, se cohonestaba con la jurisprudencia ya decantada entre otras en S. 25-10-2000, “Es doctrina reiterada y constante que el art. 1253 CC, autoriza al Juez, mas no le obliga, a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el juzgador de instancia no hace uso del mismo para fundamentar su fallo y si de lo que resulta de las pruebas directas obrantes en los autos, no resulta infringido dicho precepto (SS. 3-12-1988, 7-7-1989, 21-12-1990 y 17-7-1991)...”. Se insiste, pues, en la irrelevancia de lo expuesto en el Motivo que reitera lo repelido en el anterior, por lo que se rechaza el mismo, y con ello el recurso con imposición expresa de todas las costas causadas al recurrente.

2. RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES

2.1. *Responsabilidad de los bienes gananciales por deudas tributarias.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 22 de noviembre de 2000.
Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.**

Las deudas tributarias nacen desde que se devenga el impuesto y no cuando se inicia la acción inspectora y por tanto, perteneciendo en dicha fecha los bienes a la esposa deudora, procede desestimar la tercería de dominio interpuesta por la sociedad limitada que constituyeron los esposos, además de ser aplicable al caso la doctrina del levantamiento del velo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D Antonio y D.^a María del Carmen otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales el 8 de marzo de 1988.
- Ambos esposos constituyeron la sociedad H., sin que existiese ningún otro socio. La esposa aportó en un ampliación de capital dos fincas de las que les correspondieron en la liquidación de la sociedad de gananciales.
- La Agencia Estatal Tributaria trabó embargo sobre dos fincas por débitos fiscales de doña María del Carmen.
- La entidad H. interpuso demanda de menor cuantía contra D.^a M.^a del Carmen y la Delegación en Málaga de la Agencia Estatal Tributaria del Ministerio de Economía y Hacienda, representada por el Abogado del Estado, solicitando se dicte sentencia por la que se deje sin efecto el embargo trabado por la codemandada sobre bienes de la sociedad actora con condena en costas a dicha parte demandada. El título de dominio alegado como fundamento de su pretensión era la aportación a la sociedad de la titularidad de dichas fincas para la suscripción y desembolso total por doña María del Carmen del aumento de capital social, todo ello documentado en escritura pública de 15 de noviembre de 1991.
- Admitida a trámite la demanda y emplazados los mencionados demandados, compareció únicamente el Abogado del Estado en nombre y representación de la Delegación en Málaga de la Agencia Estatal Tributaria del Ministerio de Economía y Hacienda, oponiéndose a la demanda, con base en los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, para terminar con el suplico de que se dictase sentencia «desestimando la demanda y absolviendo a la Hacienda Pública de los pedimentos de la parte actora, con expresa imposición de costas a la misma».
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Málaga dictó sentencia el 12 de julio de 1994 desestimando íntegramente la demanda.
- En grado de apelación, la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Málaga, dictó sentencia el 30 de septiembre de 1995 desestimando el recurso interpuesto por la entidad H.
- La entidad H. interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo de impugnación radica en que la acción inspectora de la Agencia Estatal Tributaria no se inicia hasta el 18 de

diciembre de 1989, y las fincas embargadas se adjudicaron a doña María del Carmen, cuyas obligaciones fiscales se inspecciona-

ron, en escritura pública de disolución de la sociedad de gananciales que tenía constituida con su esposo don Antonio, el 8 de marzo de 1988. En esta fecha, no había nacido el crédito en favor de la Hacienda Pública, por lo que no es de aplicación el art. 1317 CC.

El motivo se desestima porque olvida que las deudas tributarias no nacen si hay una acción inspectora ante presuntos incumplimientos fiscales, sino desde que se devengan. En el caso litigioso la antedicha inspección afloró deudas de doña María del Carmen por el impuesto de renta de las personas físicas (IRPF) y tráfico de empresas (antiguo ITE) correspondientes a los períodos impositivos 1982-1985 y 1983-1985.

En segundo lugar, alega la recurrente la subsidiariedad de la acción rescisoria por fraude de acreedores, requisito legal esencial para su éxito que no ha sido demostrado por la Agencia Estatal Tributaria. La misma debía haber probado que doña María del

Carmen carecía de otros bienes en que hacer efectivas las deudas tributarias, y no lo ha hecho. El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo porque olvida que la «ratio decidendi» de la sentencia recurrida es la aplicación de la reiterada doctrina de esta Sala acerca de la necesidad de levantar el velo de la persona jurídica cuando su creación persigue finalidades fraudulentas. Cabe entonces desconocer el hermetismo y aislamiento de la personalidad jurídica de la sociedad respecto de la de sus elementos personales componentes. La sentencia recurrida no admite que la tercerista H. sea distinta de los esposos que la constituyeron, y ello es algo que debe quedar incólume por no haberse combatido (ni intentado siquiera) en este recurso, luego el título para la tercera esgrimido por H., que era la aportación de doña María del Carmen para la suscripción total del aumento de capital, no puede tener efectividad frente a la embargante Agencia Estatal Tributaria.

3. LIQUIDACIÓN

3.1. *Donación a favor de uno solo de los cónyuges.*

Tribunal supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 10 de octubre de 2000.

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

Inexistencia de donación conjunta a ambos esposos cuando en la escritura pública aparece exclusivamente el padre de la esposa, ésta y sus cuatro hermanos. Por lo que respecta a la compra de acciones igualmente queda acreditado que se habían adquirido por ésta con cargo en cuentas corrientes abiertas a nombre de su padre.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Rafael instó demanda de menor cuantía contra D.^a Ana, solicitando se dicte sentencia por la que se liquide la sociedad de gananciales formada por ambos.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia el 24 de febrero de 1995 estimando parcialmente la demanda y declarando que forma parte del activo de la sociedad: a) Que el piso de la c/ N. de Vitoria es propiedad de la sociedad de gananciales en la proporción de 42,9% del Sr. Rafael y el 57,1% de la Sociedad de Gananciales. El piso está valorado en 18.696.000 ptas.; b) Que el piso de la calle F. de Vitoria es propiedad de la Sociedad de Gananciales, valorado en 18.860.000; c) Que las plazas de garaje de la calle G. y calle B. de Zumárraga son propiedad de la Sociedad de Gananciales por importe de 2.000.000 y 1.800.000 ptas. respectivamente; d) Que el importe de las acciones a nombre de D.^ª Ana y D. Rafael y de las acciones a nombre exclusivo de éste último que enajenó por valor de 8.117.255 ptas. son propiedad de la Sociedad de Gananciales; e) Que los saldos de libretas de ahorro y cuentas corrientes a nombre de D.^ª Ana por importe de 819.468 ptas. son propiedad de la Sociedad de Gananciales; f) Que los saldos de libretas de ahorro y cuentas corrientes a nombre de D. Rafael por importe de 1.893.931 ptas. pertenecen a la Sociedad de Gananciales; g) Que el vehículo Lancia-Delta pertenece a la Sociedad de Gananciales; h) Que el ajuar y enseres domésticos de la vivienda de Villoslada pertenece a la Sociedad de Gananciales; i) Que en consecuencia procede otorgar a cada uno de los cónyuges los siguientes lotes: 1. A D.^ª Ana: Las viviendas de N., por valor de 18.696.000 ptas., perteneciendo el 42,9% al Sr. Rafael; El garaje de la calle G., por valor de 2.000.000 ptas.; Los saldos de cuentas y libretas a su nombre por valor de 819.468 ptas.; El vehículo Lancia; El valor de venta de las acciones enajenadas por Rafael por 8.117.255 ptas. Sumando los bienes gananciales otorgados hacen un total de 22.415.139 ptas., lleva de menos 69.146 ptas. En consecuencia la Sra. Ana debe entregar a su esposo la suma de 8.017.584 ptas. por la parte privativa de la vivienda de N. que pertenece al esposo, pudiendo compensar los cónyuges dicha cantidad. 2. A Don Rafael le corresponde: La vivienda de F., valorada en 18.860.000 ptas.; El garaje de calle B. de Zumárraga, valorado en 1.800.000 ptas.; Los saldos de libretas y cuentas corrientes a su nombre, por importe de 1.893.431 ptas. Lleva de más 69.146 ptas., cantidad que deberá entregar a su esposa. j) Respecto de la actualización del valor de las acciones por importe de 8.117.255 ptas., enajenadas por Rafael, se realizará en ejecución de sentencia, y valoradas a fecha de la presente resolución, debiendo entregar el Sr. Rafael a su esposa la mitad del importe de actualización que se concrete; k) Que en ejecución de sentencia se realizará el inventario, avalúo y adjudicación del ajuar y enseres de la vivienda de N.; Los intereses legales correspondientes comenzarán a contar desde la fecha de la presente resolución. Y todo ello sin expresa imposición de costas.

- Recurrída en apelación la sentencia por ambos cónyuges, la Sec. 1.^a de la AP de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia el 26 de julio de 1995, desestimando los recursos, excepto en cuanto procede dejar también para ejecución de sentencia la correcta valoración del vehículo; todo ello sin que proceda especial pronunciamiento sobre las costas del recurso de la esposa, con expresa imposición al esposo de las causadas a la instancia de su recurso.
- D. Rafael interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega en primer lugar el recurrente la infracción del art. 633 del CC por haber calificado la sentencia recurrida como donación simulada de compraventa la adquisición del inmueble que se describe por el padre de la demandada y los cuatro hijos de aquél. El recurrente argumenta que la escritura pública en que se formaliza tal adquisición no puede ser considerada como donación con efectos jurídicos por contravenir el precepto citado como infringido. El motivo lo desestima el Tribunal Supremo porque el tema de la nulidad de la donación no fue objeto de ninguna petición en la súplica de la demanda del actor. Además, se olvida que es incompatible con su pretensión de que la parte indivisa del inmueble correspondiente a la demandada ha de ser considerada ganancial, siendo así que aparece plenamente probado que la sociedad de gananciales no hizo ningún desembolso para esta adquisición, que el precio lo pagó por entero el padre de la demandada. No se ve por ello ninguna legitimación en el recurrente para solicitar la nulidad de donación.

Continúa alegando el recurrente que partiendo de la interpretación que los Tribunales de Instancia realizan del contrato obrante en autos, considerándolo como una compraventa simulada que realmente esconde una “donación” del padre a su hija, puede sostenerse que la sentencia recurrida infringe los artículos 1.398 del Código Civil en relación con el art. 1.407 del mismo Código,

toda vez que de acuerdo con la presunción legal de ganancialidad de los bienes del matrimonio —y es indudable que el referido bien formaba parte del activo de la sociedad de gananciales—, era a la contraparte a quien correspondía la probanza de privatividad del bien adquirido, considerando que no sólo tenía que haber dirigido sus dardos a acreditar que el inmueble había sido, previamente a la formalización de la escritura pública, adquirido por el padre de la demandada, abonando la totalidad del precio de la compraventa, sino que tenía que justificar necesariamente “ex” art. 1.407, que el ánimo del donante al efectuar la donación no era el aparente de realizarlo conjuntamente a los cónyuges, sino el ánimo de efectuar la donación exclusivamente a la esposa de mi representado con exclusión de su cónyuge”.

El motivo se desestima por el Tribunal Supremo porque el art. 1.398 presupone una donación conjunta a los esposos, y en la escritura pública de adquisición intervienen el padre de la demandada y sus cuatro hijos exclusivamente. De este dato significativo obtienen la conclusión tanto la sentencia de primera instancia como la de la Audiencia con razonamientos lógicos que no puede estimarse la existencia de una donación conjunta a su hija y a su yerno, razonamientos que debieron de haber sido combatidos alegando y probando infracción del art. 1.253 CC, demostrando, pues, que son manifiestamente ilógicos o arbitrarios, por vulneración

de las reglas del criterio humano, y no se ha hecho. Aunque así hubiese sucedido, no se aprecia por esta Sala ninguna conculcación de las mismas, ni estima que toda donación hecha por un padre a su hija haya de entenderse hecha también a su esposo.

En otro orden de cosas, defiende el recurrente el carácter ganancial del saldo actualizado a 1 de febrero de 1992 de las acciones existentes a nombre de la demandada. En su fundamentación emplea los mismos apoyos interpretativos que en el párrafo anterior, frente al criterio de la instancia. Dice así textualmente: “De la prueba practicada en autos quedó acreditado que las acciones que figuraban a nombre de la esposa se habían adquirido por ésta con cargo en cuentas corrientes abiertas a nombre de su padre. Con base en dicha prueba, los Juzgadores de Ins-

tancia, en igual razonamiento que el empleado para la atribución de la 1/5 parte del inmueble al patrimonio de la esposa, concluyen que las acciones pertenecen privativamente a ésta por proceder directamente del patrimonio de su padre como un bien donado y adquirido por doña Ana a título gratuito constante matrimonio”. Por las mismas razones expuestas al desestimar el motivo anterior, también ha de seguir la misma suerte éste. Se entiende que el padre de la demandada donó a la misma el dinero con el que se adquirieron las acciones, o bien que se las donó, de ninguna manera consta que hizo una donación conjunta al demandante y a la demandada y tampoco existe razonamiento ilógico de la instancia al concluir que la demandada era la única y exclusiva donataria.

3.2. *Negocio iniciado constante la sociedad de gananciales.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 20 de octubre de 2000.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

Carácter ganancial del negocio de óptica que se fundó e inició las actividades después de la celebración del matrimonio de los litigantes, y vigente la sociedad de gananciales.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Olivia interpuso demanda de menor cuantía contra su esposo D. Federico, solicitando se dictase sentencia: a) Declarando que el local descrito en el hecho cuarto de esta demanda pertenece a la sociedad de gananciales; b) Declarando, igualmente, que el negocio de óptica denominado “Óptica C.” instalado en el local anteriormente reseñado constituye una empresa o industria fundada durante la vigencia de la sociedad de gananciales y, por consiguiente, perteneciente a la misma; c) Declarando la obligación de Federico de rendir a la actora cuentas periódicas del negocio perteneciente a la sociedad legal de gananciales, que gira bajo el nombre comercial de “Óptica C.”, a cuyo efecto deberá entregar a la misma: I) El balance de situación

y cuenta de explotación real de 31 de diciembre de 1991, así como el balance de situación y cuenta de explotación real de cada ejercicio económico correspondiente a los años posteriores. II) La cuenta de explotación mensual del referido negocio en donde deberán reflejarse las “compras y gastos” y las “ventas e ingresos” del mismo, desglosadas de acuerdo al Plan General de Contabilidad aprobado por R.D. 1643/1990 de 20 de diciembre. III) Cuanta documentación contable-financiera, comercial o de cualquier otro tipo relacionada con el citado negocio, que le sea solicitada por la requirente. Documentación que deberá ser entregada por reproducción mediante fotocopia debidamente firmada por el requerido para acreditar la veracidad de la misma; d) Condenando al demandado a estar y pasar por las declaraciones anteriormente suplicadas; y e) Condenando al demandado al pago de las costas.

- Admitida a trámite la demanda el demandado contestó alegando las excepciones de falta de competencia objetiva y funcional del Juzgado, de litispendencia y de inadecuación de procedimiento, como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia en la que estimando cualquiera de las excepciones procesales imputadas y sin entrar en el fondo del asunto, desestime la demanda, o en su defecto, asimismo desestimara la demanda en cuanto al fondo por las razones alegadas, condenando en ambos casos a la actora al pago de las costas del juicio.
- El Juzgado de Primera Instancia número nueve de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia el 17 de junio de 1994, desestimando parcialmente la demanda y declarando que “el negocio de óptica denominado Óptica C., instalado en el local comercial n.º 2 ubicado en la planta baja del edificio n.º ... de la calle G. de esta ciudad, tiene carácter ganancial; debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad”.
- En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Las Palmas de Gran Canaria dictó sentencia el 15 de mayo de 1995; desestima el recurso interpuesto por D. Federico y estima parcialmente el interpuesto por D.ª Olivia, revocándola en cuanto a su pretensión que se estima y concede de que D. Federico le informe periódicamente (al finalizar cada ejercicio económico anual) de la situación y rendimientos del negocio de “Óptica C.”, explotado por éste, a partir del ejercicio que finalizó el día treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y uno y los siguientes hasta el momento en que, en su caso, se disuelva la sociedad de gananciales.
- D. Federico interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de casación interpuesto por D. Federico gira en torno a la naturaleza privativa de la Óptica C. Argumenta el recurrente sobre la naturaleza privativa de su trabajo “al margen de que por error del artículo 1347.1.º del Código civil, los frutos de tal trabajo, tuvieron, en su caso, el carácter de gananciales”. Discrepa de que por la sentencia ahora recurrida en casación se entienda que el trabajo del recurrente sea una actividad empresarial, y no una profesión, y por tanto que a la empresa por él dirigida se le asigne carácter ganancial, al ser una “unidad patrimonial con vida propia”, distinta de los elementos que lo componen. Insiste en que el trabajo que realiza es el de cualquier profesional liberal, al margen de que, efectivamente, necesite un espacio físico para desarrollar su profesión y determinado instrumental para realizar su fin, pero esto no significa que su trabajo que, la aplicación que de sus conocimientos profesionales hace, deba ser considerado una actividad empresarial, ni el entorno que utiliza para desarrollar su trabajo un establecimiento mercantil.

Todo el razonamiento, señala el Tribunal Supremo, está impregnado de la confusión entre lo que son “bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona” y la clara dicción del número uno del artículo 1.347 que atribuye la naturaleza de bienes gananciales a “los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges”. En efecto, las dotes y capacidades de cada sujeto para el trabajo, la libertad misma de trabajo y sus secuencias, no obstante, su aptitud para generar ingresos económicos están tan vinculados a los derechos de la personalidad que, en puridad conceptual, no cabe más que considerarlos como bienes privativos, pero el ejercicio extremo de estas capacidades o cualidades por muy propios del sujeto que

sean (v.g. condiciones de artista o habilidades profesionales, etc. si se traducen en una actividad productiva), tiñe de ganancialidad a los bienes económicos obtenidos, por aquella. Por tanto, como explica la sentencia recurrida “sean cuales sean las competencias profesionales” de un óptico-optometrista es lo cierto que la “Óptica C.” es un negocio de naturaleza ganancial. Tal empresa se constituyó, fundó, montó, e inició las actividades después de la celebración del matrimonio de los litigantes, y vigente la sociedad de gananciales. Ciertamente que en esa fecha no se había dictado la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que incluyó expresamente entre los bienes gananciales a “las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes” (apartado quinto del artículo 1.347). Empero en la fecha de comienzo de la actividad —mes de enero de 1978— ya había contraído matrimonio la actora y el demandado, por lo que ya existía la sociedad de gananciales (artículo 1.393 del Código Civil, según el texto vigente en esa fecha); momento en el que tenían la condición de bienes gananciales “los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos” (artículo 1401.1.º del Código Civil, vigente en la mencionada fecha). Luego, al consistir la empresa o negocio en un bien, en una cosa nueva, distinta de cada uno de los elementos —entre ellos bienes o cosas materiales— que lo integran, aglutinados por la actividad organizadora del empresario, y producirse la adquisición de modo originario, por la creación o fundación de la empresa, hasta entonces inexistente, no ofrece duda la naturaleza ganancial del referido negocio.

3.3. *Premio de lotería.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2000.
Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz.**

Carácter ganancial del premio de lotería con el que fue agraciado el esposo, ya que cuando resultó premiado el boleto de lotería primitiva, aún no se había dictado sentencia de separación.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Jacqueline y D. Diego contrajeron matrimonio el 14 de agosto de 1988, separándose de hecho el 19 de julio de 1994. Iniciado el proceso de separación, se dictó Auto de medidas provisionales de 25 de marzo de 1995 y sentencia de 6 de junio de 1995.
- D.ª Jacqueline, con fecha 2 de marzo de 1995, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de mayor cuantía contra D. Diego y D.ª M.ª Teresa y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: A) Se declare que la persona agraciada con el premio de 657.236.895 pesetas del sorteo celebrado en la semana 42 de fecha 22-10-1994 de la lotería primitiva fue D. Diego. B) Que el importe obtenido en el citado premio que se ha hecho referencia a la petición anterior, tiene carácter ganancial. C) Se declare que las cuentas corrientes números 0030/...-...-273, 0030-...-273 y 0030-...-504, pertenecen única y exclusivamente a D. Diego y por ende, a la sociedad legal de gananciales que él tiene constituida con D.ª Jacqueline y no a su madre D.ª M.ª Teresa que figura en las mismas como persona superpuesta. D) Se declare la disolución legal de gananciales de D. Diego y de D.ª Jacqueline con práctica de inventario de los bienes de tal carácter, y, previa su liquidación, se adjudique a D.ª Jacqueline la mitad del importe premiado, es decir, 318.618.447 pesetas, o lo que resulte de dicho inventario. E) Se impongan las costas judiciales a los demandados.
- D. Diego y D.ª M.ª Teresa se opusieron a la demanda solicitando su desestimación con condena en costas a la parte actora.
- El Juzgado de 1.ª Instancia número 1 de Peñarroya-Pueblonuevo dictó sentencia el 18 de diciembre de 1996 desestimando la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Córdoba dictó sentencia el 18 de diciembre de 1996 estimando el recurso y estimando íntegramente la

demanda y declarando que la persona agraciada con el premio de 657.236.895 pesetas del sorteo celebrado en la semana 42 de fecha 22 de octubre de 1994 de la lotería primitiva fue D. Diego. Y en consecuencia dicho premio tiene carácter ganancial. La Audiencia Provincial declaró como hechos probados que D. Diego con ocasión de un viaje a Madrid adquirió un boleto de la lotería primitiva, cuyo sorteo se celebró el día 22 de octubre de 1994 y le correspondió un premio de primera categoría y otro de quinta, ascendiendo su importe a la cifra de 657.236.895 pesetas; de esta cantidad D. Diego dispuso de una parte, proporcionalmente pequeña (aproximadamente un 5%) y el resto se halla depositada en una entidad bancaria, a nombre de su madre, codemandada, teniendo él autorización para disponer. No se ha probado la alegada propiedad del dinero, de la madre, D.^a M.^a Teresa.

- D. Diego y D.^a M.^a Teresa interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El presupuesto jurídico, partiendo de los hechos declarados probados, apenas plantean problema. Los bienes gananciales son, como concepto, los procedentes de las ganancias que obtienen los cónyuges directa o indirectamente, y, en primer lugar, como esenciales, los procedentes de la actividad de los mismos, sea constitutiva o no de esfuerzo o trabajo y en ella se incluyen las ganancias obtenidas en el juego, según dispone el art. 1351 del Código civil. En el caso presente, pues, el dinero obtenido en la lotería es un bien ganancial, lo cual no se discute, sino que la litis se lleva al terreno de la prueba, al mantener los demandados que la titularidad del boleto de lotería era de la madre codemandada, ajena a la comunidad ganancial y, por ello, el dinero obtenido no pertenece a ésta. Lo cual se ha negado, como presupuesto fáctico inamovible en casación, por la sentencia de la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo desestima todos los motivos de impugnación planteados por la recurrente, tanto los referidos a cuestiones procesales como de fondo. En relación con

estos últimos, esto es, el tema del premio de lotería que se ha declarado en la instancia que ha correspondido al marido y, por ende, es ganancial, alega la infracción de los arts. 545 del Código de Comercio y 447 del Código Civil y de los arts. 4, 11 y 18 del Real Decreto de 23 de marzo de 1956, por entender que ha habido aplicación incorrecta del concepto de título valor al portador, siendo la recurrente la que aparece como poseedora, cuando se obtiene el premio de lotería. En el desarrollo del motivo no se explica en qué se ha producido la infracción de las normas del ordenamiento jurídico (como dice el art. 1692 núm. 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) o en qué se consideran infringidos (como dice el art. 1707 del mismo cuerpo legal). No aparece infracción del art. 447 del Código Civil sobre la posesión en concepto de dueño, como título para adquirir la propiedad; ni del art. 545 del Código de Comercio pues nada tiene que ver la transmisibilidad del título valor con el caso, a no ser que se recuerde que la Audiencia Provincial no ha estimado el supuesto de que el hijo transmitiera a su madre —ambos

codemandados— el boleto premiado; ni se sabe en qué se infringe el Real Decreto de 23 de marzo de 1956.

Sencillamente, la sentencia de la Audiencia Provincial ha declarado probado que el boleto lo adquirió el hijo, no lo transmitió

a la madre (“...acto calificable de fraudulento y, en definitiva, carente de contenido real...”) y, por tanto, a él le correspondió, con carácter, según el art. 1351 del Código civil, de bien ganancial. Por ello, el motivo se desestima.

VII. CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

1. *Nulidad de contrato celebrado entre padres e hijos.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de diciembre de 2000.

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

Declaración de nulidad de una compraventa otorgada por los padres a favor de los hijos después de haber solicitado y obtenido un crédito con garantía personal y cuyas amortizaciones dejaron de abonar, ya que faltó la causa del contrato, no hubo voluntad traslativa, no llegó a tomarse posesión del inmueble y no hay pruebas del pago del precio.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 28 de mayo de 1990, D. Jesús M. y esposa suscribieron con el Banco S. una póliza de crédito con garantía personal, por importe de 25.000.000 de pesetas y con vencimiento al 28 de mayo de 1991. Los beneficiarios de dicho crédito, en declaración de bienes de fecha 10 de enero de 1991, se comprometían a no enajenar los bienes comprendidos en la misma, y atribuyeron a la finca C. de su propiedad un valor de 50.000.000 de ptas., siendo así que en otro inventario de 1985 figuraba como valor del mencionado predio el de 18.000.000 de ptas.
- El 13 de marzo de 1991 don Jesús M. y su esposa otorgaron escritura pública de compraventa de la referida finca, de 1.643 metros cuadrados de extensión, sobre la que existía una casa de planta baja y piso alto ocupando una superficie de 135 metros cuadrados, a favor de sus hijos D. Jesús y D. Celso, por precio confesado de 600.000 ptas.

- El 10 de junio de 1991 se presentó demanda de juicio ejecutivo por el Banco S. contra D. Jesús M. y esposa, habiendo sido embargada el día 17 siguiente, entre otros bienes, la finca mencionada.
- D. Jesús y don Celso formularon demanda de tercería de dominio contra el Banco S. y contra don Jesús M. y doña Mercedes; tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, terminó suplicando en su día se dicte sentencia declarando que el bien objeto de embargo es de su propiedad, y ordenar se alce el embargo trabado sobre el mismo, dejándolo a su disposición; y todo ello con expresa imposición de costas a los demandados.
- El Banco S. formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Jesús M. y su esposa doña María del Carmen, don Celso, don Jesús M.G. y su esposa doña Mercedes C. solicitando se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: «1.º Se declare la nulidad radical o anulación por simulación absoluta de la escritura pública de compraventa del inmueble sito en San Amaro, que fue otorgada el día 13 de marzo de 1991 por los cónyuges Jesús M. y Mercedes, como vendedores, y sus hijos Jesús y Celso como compradores, por la que se vendía el inmueble. 2.º Que subsidiariamente se declare otorgada en fraude de acreedores la referida escritura pública de compraventa, y en consecuencia se decrete la rescisión o revocación de la misma. 3.º Que se declare del mismo modo ser propiedad en pleno dominio de los cónyuges Jesús M. y Mercedes el citado inmueble con todas las edificaciones e instalaciones existentes en la misma. Se condene a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones y al cumplimiento de los referidos pronunciamientos, con expresa imposición a los mismos, solidariamente de las costas causadas en este procedimiento». Por otrosí, solicitaba la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad. Y la acumulación de esta demanda a los autos de tercería de dominio.
- Admitida a trámite la demanda y emplazados los demandados, se personó en autos don Jesús, quien contestó a la demanda oponiéndose a la misma en base a los hechos, con la excepción de falta de legitimación activa, y fundamentos de derecho que constan en autos para terminar suplicando en su día se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a la actora.
- No habiendo comparecido en autos los demandados doña María del Carmen, don Celso, don Jesús y doña Mercedes, fueron declarados en rebeldía procesal por providencia de 17 de junio de 1993.
- Por auto de uno de febrero de mil novecientos noventa y cuatro se accedió a la acumulación de los autos del juicio núm. 67/1993 de menor cuantía al juicio de tercería de dominio número 175/1992.

- El Juzgado de 1.^a Instancia de Carvallino dictó sentencia el 5 de septiembre de 1994 desestimando la demanda de tercería de dominio y estimando la demanda interpuesta por el Banco S. y declarando nulo el contrato de compraventa celebrado el día 13 de marzo de 1991 entre don Jesús M. y doña Mercedes con don Jesús, casado con doña Carmen, y don Celso, relativo a la finca propiedad de don Jesús M. y doña Mercedes.
- D. Jesús y don Celso interpusieron recurso de apelación, dictándose sentencia por la AP de Orense con fecha 11 de noviembre de 1995 desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.
- D. Jesús y D. Celso interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alegan los recurrentes que la entidad bancaria había reconocido la solvencia de los vendedores del bien objeto de litigio, por cuanto al formalizarse la póliza de crédito por importe de 25.000.000 ptas. el 28 de mayo de 1990 no solo no les exigió el establecimiento de garantías reales, sino que incluso no les requirió para hacer inventario de bienes hasta el 10 de enero de 1991, dos meses antes de realizarse la compraventa cuya nulidad se interesa. Añadiendo el recurrente que sus padres podían vender la finca litigiosa, ya que el inventario no concede privilegio alguno sobre los bienes del deudor. Sugiere, por todo ello, que el Banco debe perseguir otros bienes del patrimonio de los vendedores y sólo en el supuesto de que tras la realización de los mismos no se llegase a cubrir la deuda, podría dicha entidad acudir a la acción rescisoria o de nulidad.

Al objeto de dejar absolutamente clara y fuera de discusión la inconsistencia de la tesis del recurrente conviene recordar, señala el Tribunal Supremo, que la sentencia impugnada, confirmando la de primera instancia, aceptó el planteamiento del Banco S., que había solicitado la declaración de nulidad de la compraventa celebrada entre padres e hijos con base en que la misma cons-

tituía un negocio jurídico absolutamente simulado.

Así, se afirma por la Audiencia Provincial que en el contrato de litigio no se pretendió una finalidad traslativa a favor de los hijos del dominio que correspondía a los padres, sino únicamente crear la apariencia de una situación ficticia de insolvencia del vendedor, con objeto de imposibilitar que sus acreedores logran la efectividad de los créditos pendientes.

Para ello, se resalta la trascendencia tanto de la circunstancia de que el precio fijado (600.000 ptas.) no responde a la realidad económica del mercado inmobiliario, pues la finca fue valorada, a efectos de resolver acerca de la posible inadecuación del procedimiento, en cantidad cercana a los 15.000.000 de pts., como a la total ausencia de prueba acerca de la realidad del pago del irrisorio precio confesado, a la falta de capacidad económica de los hijos para realizar la compra, y finalmente a la evidencia de que la finca siguiese figurando a nombre del padre y ocupada por la madre, ya que los compradores en ningún momento habían tomado posesión de la misma.

Después de hacer especial mención el Tribunal de instancia de que ha llegado a la

conclusión que acaba de exponerse tras la apreciación conjunta y sistemática de la prueba practicada, conforme a las reglas de la sana crítica, proclama la nulidad del contrato cuestionado con cita expresa de los arts. 1261, 1275, 1276 y ss. CC.

Si se observa la fundamentación del único motivo del recurso (arts. 1111, 1291.3.º y 1294, según ya se dijo) fácilmente puede concluirse que se ha pretendido ignorar o soslayar el acertado y fundado razonamiento de la Audiencia, aludiendo a supuesta infracción de preceptos que ni siquiera han sido citados por dicho Tribunal y que encuentran su adecuado encaje en sede de rescisión o revocación contractual, pero que no resultan de aplicación a supuestos, como el

de autos, de absoluta nulidad del negocio jurídico.

Esta Sala ha declarado reiteradamente que la existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo son cuestiones de mero hecho cuya constatación es facultad privativa de los Juzgadores de instancia, cuya apreciación, obtenida a través de la valoración de la prueba practicada, ha de ser mantenida y respetada en casación en cuanto no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado con invocación de la norma valorativa de la prueba que se considere infringida (SS. de 23 de octubre y 17 de noviembre de 1998 y las numerosas que cita esta última).

VIII. SUCESIONES

1. *Rescisión por lesión de la partición hereditaria.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de octubre de 2000.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Vázquez Sandes.**

La averiguación de la lesión en la partición ha de lograrse reconstruyendo el acervo hereditario en su valor real a través del valor verdadero de los bienes que lo integran para desde él establecer la cuota de cada heredero en función del número de los mismos y la correspondencia a esos valores de los bienes con los que se componga la respectiva cuota, todo ello al momento o tiempo de la partición o, lo que es igual, como dice aquel art. 1074, al tiempo en que las cosas fueron adjudicadas.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Florencia formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra los hermanos don Agustín, don Castor, doña María Montaña

y don Óscar Luis y contra el legal representante de doña Valentina, que es su madre, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando se dictase sentencia por la que se declare la rescisión de dichas operaciones particionales por lesión para la viuda; se declare haber lugar a una nueva partición, con una nueva valoración de bienes, en la que se formarán dos lotes formados por bienes de la misma calidad y especie y del mismo valor, se sortearán a presencia judicial, hallándose, así mismo, un nuevo valor al usufructo que a la viuda corresponde, de acuerdo con la nueva valoración, o bien se condene a los demandados a indemnizar a la demandante en la lesión sufrida en la partición que impugnamos y que fijamos en sesenta millones de pesetas, de acuerdo con lo expuesto en el cuerpo de esta demanda, y que en la fase probatoria quedará acreditado suficientemente. Todo ello con condena en costas de este procedimiento.

- Los demandados se personaron en autos y contestaron a la demanda planteando la excepción de cosa juzgada y solicitando la desestimación íntegra de la misma, bien por acogimiento de la excepción de cosa juzgada, o por falta e inviabilidad de la acción rescisoria, con imposición de las costas del proceso a la actora.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Coria del Río dictó sentencia el 18 de marzo de 1995 desestimando la demanda.
- La Audiencia Provincial de Cáceres dictó sentencia el 27 de septiembre de 1995, estimando el recurso de apelación interpuesto por doña Florencia y revocando la sentencia de instancia estimó la demanda, declarando rescindida por lesión la partición verificada en los autos de juicio de abintestato 119/1989 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Coria concediendo a los demandados el derecho de opción a verificar una nueva partición en ejecución de sentencia o a indemnizar a la demandante en la suma de 29.010.234 ptas. Todo ello sin imposición especial de las costas causadas en ninguna de las dos instancias.
- D. Agustín interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dos son las cuestiones que nos interesa destacar de la presente sentencia, por un lado la excepción de cosa juzgada alegada por los demandados y por otro, el ejercicio de la acción de rescisión por lesión.

1. Excepción de cosa juzgada.

Insiste el apelante en la excepción de cosa juzgada que fue planteada en su contestación a la demanda y estimada por el juzgado

de instancia. Para resolver la cuestión, el Tribunal Supremo pone de manifiesto lo siguiente: la aquí recurrida, D.^a Florencia, empezó promoviendo, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Coria, juicio de abintestato por la herencia de su esposo que, hecha judicialmente la declaración de herederos, siguió el trámite del voluntario de testamentaria con el núm. 199/1989. Realizados el inventario de bienes, su avalúo y el cuaderno particional en común acuerdo de los dos contadores nombrados, aquella promovente se opuso a la partición por éstos confeccionada deduciendo en el juicio de menor cuantía núm. 89/1992, por dependencia del juicio universal, la acción que contempla el art. 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil interesando, en definitiva, la liquidación de la sociedad de gananciales de su matrimonio mediante la formación de un inventario ajustado, la valoración de los bienes que la integren a la fecha del fallecimiento del esposo y la disolución de dicha sociedad, la formación de dos lotes guardando igualdad y la adjudicación de los mismos por sorteo entre demandante y demandados. Dicha demanda fue desestimada por sentencia de 22 de abril de 1993 del Juzgado que fue confirmada por la de la Audiencia de 18 de mayo de 1994.

En julio de 1994 la misma promovente formula demanda de juicio declarativo de menor cuantía que se repartió al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de los de Coria dando lugar a los autos núm. 154/1994 en los que pretendía la rescisión de aquellas operaciones particionales por lesión y, consecuentemente, la práctica de unas nuevas, con nueva valoración, formación de los lotes a sortear y, en función de todo ello, determinar el valor que corresponda a su usufructo viudal. La demanda fue desestimada por el Juzgado al estimar que la demandante carecía de acción y recurrida tal sentencia por la demandante —y también por los demandados sólo por no haberse hecho en ella imposición de costas— la Audiencia la revocó acogiendo el recurso de la demandante en sentencia de 27 de septiembre de 1995

para rescindir por lesión la referida partición, concediendo a los demandados opción a verificar una nueva partición en ejecución de sentencia o a indemnizar a la demandante con la suma de 29.010.234 pesetas. Contra esta sentencia se interpone el recuso de casación que nos ocupa.

Las identidades establecidas en el art. 1252 del Código Civil para que se tenga por producido el impedimento de la cosa juzgada pueden sintetizarse en la identidad de la cuestión procesalmente planteada y en la identidad de las personas determinadas a través de las pretensiones a las que se encontrasen ligadas, por sí o por sucesión, en uno y otro litigio.

Aun cuando entre uno y otro de los procedimientos que se invocan como base de la cosa juzgada se produce una indiscutible identidad de sujetos sobre un único objeto, cual es la liquidación de la herencia de don Castor y la disolución de la sociedad de gananciales de éste y de su esposa, la causa de pedir difiere por completo en las pretensiones deducidas —como en un principio quedó expuesto— y en los momentos procesales de su posibilidad y ejercicio, ajustados uno a los arts. 1086 y 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1073 del Código Civil y el otro a los arts. 1074 y 1076 de este último.

Cuando el juicio de testamentaria alcanza el momento que contempla el art. 1079 de la Ley de Enjuiciar, sin que las partes discrepen expresamente de lo realizado, la aprobación ineludible de las operaciones divisorias por auto del juzgador que conozca de aquél no da a esta resolución la fuerza de cosa juzgada y cabe la impugnación de esas operaciones según disponen las sentencias de 3 de diciembre de 1928, 7 de febrero de 1969 y 3 de febrero de 1982 pues, como dice esta última, «la aprobación judicial recaída en un juicio de testamentaria no varía la naturaleza del acto particional y es sólo el medio de poner fin al proceso cuando los interesados no impugnan dichas operaciones o las consienten, por lo que no tiene el carácter de cosa juzgada y es susceptible de ser

impugnada la división por los en ella perjudicados en los supuestos a que se refieren los arts. 1081, 1083 y 1085 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Ahora bien, la oposición a las operaciones particionales en «proyecto» —así las denomina el art. 1083 de la Ley Procesal— puede hacerse en el curso del juicio de testamentaría como concluye el art. 1088 sin poner límite a las causas que puedan fundamentar el ejercicio de la acción y pretensiones que a su amparo se deduzcan —el art. 1073 del Código Civil es amplio en este sentido— anticipándose a que se dicte la resolución concluyente del juicio de testamentaría, juicio que, a falta de mayor precisión del art. 1088 y lo impuesto por la práctica forense y conformado por la jurisprudencia, habrá de acoger como incidencia el declarativo impugnador suspendiendo, mientras éste se tramita, su propio curso por incompatibilidad entre sus respectivos objetos hasta que este último se resuelve como incidencia del proceso universal en el que trascenderá la sentencia que en aquél se dicte sobre el fondo del debate con la eficacia de la cosa juzgada ya que lo anticipado en ejercicio procesal no cabe que se reproduzca, sobre el mismo fondo, en momento procesal posterior como sería el que siga, mientras la acción correspondiente no prescriba, a aquella resolución concluyente, momento procesal posible para esos fines si no se hubiera excluido con el ejercicio anticipado de las mismas posibilidades.

Esto respeta la autonomía que resulta de los arts. 1074 y 1076 del Código Civil para permitir el ejercicio de acción de rescisión de partición por lesión desde el momento mismo en que se llevó a cabo esa partición sobre la que se está en desacuerdo por este motivo —en tiempo de «cuatro años, contados desde que se hizo la partición»— sin necesidad de que se dicte el auto aprobatorio que se tuvo en cuenta en la primera instancia para resolver cómo se hizo.

La clara diferenciación de las acciones ejercitadas por la aquí recurrida y el dispar contenido de las pretensiones deducidas a su

respectivo amparo, no influenciadas ni aborribles a causa de su singularidad y legalmente respetada independencia según su ejercicio posible que ha quedado expuesto y aquí se ha acatado, hacen desestimable este primer motivo de recurso.

2. La acción de rescisión por lesión.

Alegan los recurrentes que la sentencia recurrida ha inaplicado el artículo 1073 del Código Civil en relación con sus arts. 1290 y 1059 y ha inaplicado los arts. 1081 y, «a sensu contrario», 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y doctrina jurisprudencial que los interpreta. Se construye como subsidiario del motivo primero.

Parten los recurrentes ahora de la errónea atribución a la resolución judicial que previene el art. 1081 de la Ley Procesal, o sus arts. 1083 y 1085, de dar validez a la partición no controvertida cuando ya ha quedado explicado desde las reseñadas sentencias de esta Sala, que su cometido es otro, trascendente al orden procesal aprobando lo hasta entonces realizado si no se hubiera anticipado el ejercicio de acción sobre el fondo de lo que es propio del juicio universal, ejercicio que también puede posponerse a aquella aprobación mientras la correspondiente acción no se extinga. La partición realizada por quienes han asumido tal cometido y no impugnada por quienes una vez hecha podrían hacerlo conlleva validez y eficacia que puede ser denegada mediante el ejercicio de la correspondiente acción de rescisión —como si de cualquier obligación se tratase y por las causas para ello establecidas en el art. 1291 del Código Civil— según ha señalado, partiendo del art. 1073 del mismo Código, la sentencia de 30 de noviembre de 1974.

Pero el Código, sin perjuicio de esta generalidad, establece una particularidad en su art. 1074, complementado en el art. 1076, y sin perjuicio de la especial y delicada situación que contempla el art. 1089 de la Ley Procesal Civil, para poder interesar la rescisión de la partición por lesión —con la salvedad que establece el art. 1075 de dicho

Código— desde el momento mismo en que se hizo la partición —en tiempo de «cuatro años, contados desde que se hizo la partición»— sin que el citado art. 1076 establezca, para así poder hacer en defensa de los intereses que de tal modo se estiman perjudicados, la necesidad de que se dicte el auto aprobatorio de las operaciones y concluyente del procedimiento universal, y así resulta de las sentencias de 28 de noviembre de 1932, 2 de febrero de 1958 y 26 de junio de 1967 y muy especialmente de la de 25 de enero de 1962 desde los artículos 1076 y 1969 del Código, distinguiéndose entre ésta y las demás acciones posibles en la sentencia de 6 de diciembre de 1962 cuando dispone que «el plazo de la acción rescisoria no se interrumpe por el ejercicio de otra acción distinta, como la de nulidad».

En otro motivo de impugnación se denuncia la infracción, por errónea interpretación y aplicación indebida, del art. 1074 del Código Civil y jurisprudencia aplicable con cita expresa de la sentencia de 21 de marzo de 1985.

Como resulta de la anteriormente invocada sentencia, la averiguación de la lesión por la que se ha logrado la rescisión de la partición en litigio ha de lograrse reconstruyendo el acervo hereditario en su valor real a través del valor verdadero de los bienes que lo integran para desde él establecer la cuota de cada heredero en función del número de los mismos y la correspondencia a esos valores de los bienes con los que se componga la respectiva cuota, todo ello al momento o tiempo de la partición o lo que es igual, como dice aquel art. 1074, al tiempo en que las cosas fueron adjudicadas y no al tiempo de fallecer el causante según especifican las sentencias de 16 de noviembre de 1955, 24 de noviembre de 1960 y 17 de enero de 1985, teniendo siempre presente la tendencia a conservar la partición hecha, como dice la sentencia de 31 de mayo de 1980 y demás que la misma contiene, y que el reconocimiento de la lesión es cuestión de hecho competencia de la Sala sentenciadora cual establece la sentencia de 24 de abril de

1931, partiendo de la apreciación que se haga de la prueba sin transgresión de norma ni falta de lógica en ese hacer.

Dice la sentencia recurrida, acogiendo el valor final de la herencia a repartir, que a los 131.677.400 pesetas que consigna el cuadro particional ha de extraerse el exceso de valoración de 5.685.000 pesetas de la casa de Coria y sumar la cantidad de 46.988.600 pesetas que resulta de la infravaloración que se hizo del suelo, lo que convierte el patrimonio a partir como sociedad de gananciales del que procede en 172.961.000 pesetas.

Cada uno de los lotes a formar, por mitades de ese valor total, alcanzará los 86.480.500 pesetas de los cuales el correspondiente a la viuda demandante habrá de incrementarse en los 11.242.465 pesetas en que se ha estimado el usufructo que le corresponde como heredera para terminar estableciendo su haber en la herencia en 97.722.965 pesetas.

Estos valores a que llega la sentencia recurrida se obtienen en la misma a través del mecanismo adecuado de integración, exclusión y división de unos valores perfectamente calculados desde la serie de elementos que los integran por la naturaleza en sí de los bienes y por la situación en relación a su entorno que también es valuable porque no son equivalentes bienes aislados de aquellos que son de asidua utilización y bienes inmediatos a éstos y que sin alcanzar su mismo valor si lo tienen mayor que aquellos otros, que es lo que viene a establecerse en la sentencia recurrida, haciendo la Sala de instancia uso racional, adecuado y ajustado de la facultad que en este orden le está atribuida.

La diferencia pues entre lo debido y lo que en la partición se adjudica a la demandante obliga, en atención a lo prevenido en el art. 1077 del Código Civil y a la conveniencia de conservar la partición hecha mediante la correspondiente indemnización, a confirmar la sentencia recurrida con desestimación de este motivo de recurso.

IX. PENAL

1. *Delito de alzamiento de bienes.*

Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 14 de octubre de 2000.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín.

Condena al esposo por un delito de alzamiento de bienes, cuando después de haberse decretado el embargo de una cuenta bancaria por impago de pensiones derivadas del divorcio, extrajo de dicha cuenta la casi totalidad del saldo, siendo indiferente que el acusado, una vez iniciado el procedimiento penal, hiciera pagos parciales que, en ningún caso, cubren la totalidad de la deuda, ya que el delito se había consumado por la realización de las maniobras impeditivas u obstativas de la eficacia del embargo.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 12 de diciembre de 1997, el acusado José Manuel retiró de la cuenta corriente núm. ... abierta en la sucursal del “Banco P., S.A.” en Noia, de la que es titular, 410.000 ptas., dejando un saldo de 3.667 ptas., pese a que ese mismo día, en ejecución de lo resuelto en los autos de divorcio seguidos con el núm. 292/1988 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Noia, se había trabado embargo sobre el saldo existente en dicha cuenta, que le fue oportunamente notificado entendiéndose la diligencia con el acusado.
- El embargo de bienes del acusado se decretó a fin de conseguir la efectividad de la condena al abono de las pensiones alimenticias reconocidas en la sentencia de divorcio en favor de los hijos del acusado, calculándose el importe de las pensiones atrasadas e intereses, sin perjuicio de ulterior liquidación, en la suma de 3.798.388 ptas. Tras la retirada de fondos por el acusado y librado el oportuno mandamiento a las entidades bancarias de retención de saldo y bloqueo de las cuentas embargadas, la cantidad en metálico que se obtuvo en la vía de apremio en los autos de divorcio ascendió únicamente a la de 34.176 ptas., que fueron entregadas a la ejecutante.
- Con posterioridad, ya iniciado este procedimiento penal, los días 13 y 21 de julio de 1998 el acusado ingresó en la cuenta de consignaciones del Juzgado de Primera Instancia en el procedimiento de divorcio las sumas de 3.300.000 ptas., y 400.000 ptas., a fin de ir cancelando la deuda.

- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Noia instruyó sumario con el núm. 15/1998 contra José Manuel y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de La Coruña que, con fecha 27 de febrero de 1999, dictó sentencia condenando al acusado D. José Manuel como autor responsable de un delito de alzamiento de bienes, ya definido, con la concurrencia de la atenuante de haber reparado el daño ocasionado, a la pena de un año de prisión y a la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y a la de doce meses de multa con cuotas diarias de 2.000 ptas., que se abonarán desde el momento en que la condena sea firme quedando sujeto a una responsabilidad personal y subsidiaria de 1 día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas voluntariamente o por la vía de apremio, y al abono de las costas procesales incluidas las de la acusación particular.
- D. José Manuel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Disiente el recurrente de la interpretación que de los hechos ha efectuado la Audiencia Provincial calificándolos erróneamente como constitutivos de un delito de alzamiento de bienes del artículo 257.1 del Código Penal. Sostiene que los llamados “hechos probados”, completados con las afirmaciones de hecho que se contienen en los fundamentos jurídicos, no sientan las bases apropiadas para llegar a la conclusión de que concurren los elementos característicos de un delito de alzamiento de bienes, ya que no es suficiente con que se lleven a efecto actos o disposiciones de bienes, sino que es requisito indispensable que concurra el imprescindible elemento subjetivo, que no es otro que la intención de colocarse con ello en una situación de insolvencia, que difumine o haga ineficaz la pretensión de los acreedores. A su vez mantiene que de la lectura de la sentencia se desprende que existen datos suficientes para desvirtuar la calificación de alzamiento de bienes, puesto que resulta probado que la retirada de fondos fue para el pago de una deuda contraída por el acusado, que dispuso de una parte mínima de sus bienes, como lo demuestra el hecho de que

una vez iniciado el procedimiento y antes de la celebración del juicio el acusado consiguió en el proceso de divorcio las cantidades que se expresan para ir solventando el débito, sumas que exceden del montante efectivo retirado de la cuenta corriente embargada, por lo que está claro que no se creó ninguna situación de insolvencia al haberse cobrado la totalidad de la deuda.

El delito de alzamiento de bienes en el nuevo Código Penal mantiene en parte la estructura tradicional en cuanto al tipo básico que contempla la conducta del deudor que huye con sus bienes o que realiza cualquier acto de disposición sobre los mismos con el fin de sustraerlos a los derechos que puedan ejercitar sus acreedores. El artículo 257 del nuevo Código Penal describe todos los supuestos que pueden encuadrarse en el alzamiento de bienes y perfila, con más nitidez, algunos aspectos que habían sido omitidos en la redacción anterior y que habían dado lugar a disparidad de criterios interpretativos en la doctrina y en la jurisprudencia.

El artículo 257.1.2 del Código vigente define como conducta punible cualquier

maniobra del deudor encaminada a dilatar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo realizada con la finalidad de perjudicar a sus acreedores. A la vista de su texto podemos establecer que esta modalidad delictiva queda consumada cuando concurren los requisitos siguientes:

a) Existencia previa de una obligación contraída válidamente que coloca al deudor en situación de tener que hacer frente a las obligaciones asumidas. En este punto, tenemos que advertir que ha sido superada la antigua discusión sobre la naturaleza y exigibilidad de la obligación, ya que el actual artículo 257.2 del Código Penal establece, de forma terminante e inequívoca, que el tipo penal entra en juego cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica pública o privada.

b) Que se trate, en todo caso, de obligaciones de dar, ya que las obligaciones de hacer no son susceptibles, inicialmente, de ser exigidas mediante el embargo o procedimiento ejecutivo de apremio. Sólo a través de su cumplimiento sustitutorio se pueden transformar en obligaciones de dar.

c) Nos encontramos ante un delito de mera actividad y no de resultado, en cuanto que la consumación se produce por el hecho de realizar el acto de disposición con el fin de dilatar, dificultar o impedir la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, independientemente del resultado final de estos impedimentos o trabas.

d) Se exige además como elemento subjetivo del injusto, la intencionalidad o voluntad de actuar movido por el ánimo de perjudicar a los acreedores, siendo indiferente que se trate de uno o de varios.

El recurrente ha recorrido, uno a uno, todos los tramos o requisitos que hemos anteriormente esquematizado. En primer lugar, había contraído la obligación legal de satisfacer las pensiones señaladas a sus hijos en el procedimiento de divorcio. Conocía no sólo la existencia de la deuda, sino también la puesta en marcha del procedimiento de hacerla efectiva por la vía previa del embargo ya que el hecho probado nos dice, sin lugar a dudas, que la diligencia mencionada le había sido oportunamente notificada por lo que conocía, no sólo la decisión judicial sino también las fechas en que se iba a llevar a cabo. La retirada de los fondos, dejando un saldo prácticamente inexistente, constituye una maniobra destinada a hacer ineficaz la medida judicial de embargo, como paso previo necesario para la ejecución posterior de la deuda.

A estos efectos resulta indiferente que el acusado, una vez iniciado el procedimiento penal, hiciera pagos parciales que, en ningún caso, cubren la totalidad de la deuda ya que, como hemos dicho, el delito se había consumado por la realización de las maniobras impeditivas u obstativas de la eficacia del embargo. También carece de trascendencia el hecho de que el acusado pusiera de manifiesto que existían otros bienes, como un automóvil, sobre el que se podía haber hecho efectiva la deuda, ya que ello no elimina la acción típica ya reseñada y, por otro lado, no podemos olvidar que esta circunstancia no ha sido reflejada en el hecho probado.

2. *Delito de alzamiento de bienes.*

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 10 de octubre de 2000.

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Martín Canivell.

Inexistencia de delito de alzamiento de bienes por el hecho de que los padres vendiesen un inmueble a su hija, ya que disponían de otros bienes con los que satisfacer la deuda que se les reclamaba.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Manuel y D.ª Antonia, en virtud de la demanda de juicio ejecutivo formulada por la C.A.M. contra ellos y D. Luis y D.ª M.ª Pilar, en la que se dictó sentencia en fecha 16 de junio de 1994 y se embargó el 12 de mayo de 1994 un apartamento en Canet propiedad de los primeros que estaba gravado con otras deudas, siguiéndose la ejecución en la que abonaron el principal y los gastos D. Luis y D.ª M.ª Pilar.
- D. Luis y D.ª M.ª Pilar, con la finalidad de resarcirse, dirigieron demanda de juicio de cognición, por importe de 612.524 pesetas, contra D. Manuel y D.ª Antonia, recayendo sentencia el 2 de septiembre de 1997 y decretándose el embargo del sueldo que percibía D. Manuel, al que se le retuvieron algunas cantidades, no pudiéndose hacer efectiva la totalidad del embargo al encontrarse en la actualidad de baja laboral.
- Que con anterioridad a estos hechos, años 1994 y 1995, D. Manuel y D.ª Antonia se encontraban en trámite de separación matrimonial, decidiendo ambos transmitir la titularidad de la vivienda familiar sita en Valencia, en vez de adjudicarse a uno u otro, a la hija de ambos, D.ª Susana, por lo que otorgaron escritura pública de compraventa el 14 de junio de 1996, fecha en que D. Manuel trabajaba como funcionario del Cuerpo Superior de Policía desde hacía unos 20 años, percibiendo como sueldo íntegro la suma de 2.674.002 pesetas anuales.
- En virtud de querrela interpuesta por D. Luis y D.ª M.ª Pilar, el Juzgado de Instrucción número 3 de los de Valencia instruyó Procedimiento Abreviado contra los esposos D. Manuel y D.ª Antonia y la hija de ambos D.ª Susana y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de la misma ciudad (Sección 2.ª, /98) que, con fecha veinte de enero de 1999, dictó sentencia absolviendo a los acusados del delito de alzamiento de bienes de que vienen acusados.

- D. Luis y D.^a M.^a Pilar interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Denuncian los recurrentes error del juzgador en la apreciación de la prueba, error que se pretende acreditar mediante la copia de escritura de compraventa de la vivienda familiar otorgada por los dos primeros acusados en favor de su hija, la tercera acusada, el 14 de junio de 1996, que no ha sido reconocida como ficticia por el juzgador. Con tales elementos se pretende demostrar la finalidad de causar perjuicio a sus acreedores por los acusados obstaculizando a los primeros el cobro de su crédito.

Es preciso, señala el Tribunal Supremo, cuando se alega error del juzgador en la apreciación de la prueba, que el aspecto fáctico que se afirme objeto de error, y sea relevante por su efecto determinante del contenido del fallo, se ponga de relieve mediante prueba de carácter documental que acredite el error que se denuncie, sin necesidad de complementarla con otras pruebas o a través de elaborados razonamientos y, además, siempre que sobre el mismo extremo que el documento acredite no existan otros elementos probatorios cuya resultancia haya preferido estimar el juzgador antes que lo que del documento se desprenda.

En el presente caso no ha existido el error que en el motivo se afirma, porque en los fundamentos jurídicos de la sentencia recurrida se dice que, aunque la transmisión de la vivienda familiar se hubiera hecho sin contraprestación económica alguna, no se puede apreciar en los que la transmitieron una intención de perjudicar a sus acreedores, porque les quedaban para el pago de poco más de seiscientos mil pesetas la retribución anual del marido de alrededor de dos millones setecientos mil pesetas, así como un apartamento en Canet, aunque sujeto a algunas cargas. Ante tal comprensión por el

juzgador de la situación de los deudores acusados, no se constata sufriera error sobre los hechos y procede la desestimación del motivo.

Razonan los recurrentes que la disposición a título gratuito de la vivienda familiar por los acusados permite afirmar el propósito de perjudicarles con lo que se debió calificar de alzamiento de bienes la conducta enjuiciada. Sin embargo la sentencia, en los fundamentos jurídicos, razona y explica la falta de probanza suficiente del elemento subjetivo tendencial de perjudicar a sus acreedores por parte de los acusados.

Es elemento esencial del delito de alzamiento de bienes la concurrencia de un elemento subjetivo en el agente de pretender perjudicar a sus acreedores, elemento tendencial difícilmente cognoscible de manera directa y que, en la casi totalidad de los casos, hay que deducir de hechos relacionados con su solvencia, realizados por quienes sean deudores. Este elemento ha de concurrir necesariamente complementando los elementos objetivos que han de concurrir en el caso, cuales son la existencia de la obligación de una persona de hacer frente con su patrimonio al pago de una deuda, y una actividad de ocultación o disposición real o ficticia, onerosa o gratuita, de bienes por parte del deudor y con el resultado de producirse una insolvencia total o parcial del mismo para hacer frente al cumplimiento de la obligación de pagar su deuda, debiendo entenderse que, en realidad, no se trata de un delito consistente en determinar la insolvencia del deudor sino que se realiza con el propósito por el deudor de frustrar en perjuicio del acreedor el cumplimiento de su obligación de pago (sentencias de 31 de enero de 1997 y 24 de enero de 1998). Pues

bien, en el presente caso, es la existencia en los deudores del elemento subjetivo tendencial de frustrar el cobro de una deuda que les era reclamada por unos acreedores, que son los actuales recurrentes, lo que afirma la sentencia con argumentos razonables, que no se había probado existiera. Para ello se funda en que, aun conociendo, por la demanda civil contra ellos ejercitada, el montante de lo que se les reclamaba, y procediendo a disponer mediante una ficticia venta de un bien patrimonial como era la vivienda familiar, comoquiera que tal actividad se podía explicar por la situación coetánea de separación matrimonial de los acusados, y estos conservaban la propiedad de otro inmueble, un apartamento, aunque en parte gravado, y, sobre todo, los ingresos consistentes en los sueldos como funciona-

rio público del marido, que, anualmente, más que cuadruplicaban el total de la cantidad que se les reclamaba, no se podía razonablemente deducir que la disposición de la vivienda se hubiera hecho con la intención de burlar y frustrar las expectativas de cobrar de sus acreedores, con lo cual, faltando ese elemento subjetivo esencial del delito de que eran acusados, procedía su absolución. El Tribunal Supremo entiende ser plausible la interpretación y valoración de los hechos realizada por el tribunal de instancia, y de tal modo, no concurriendo el elemento intencional necesario para la existencia del delito de alzamiento de bienes, estima no infringido el precepto penal que los recurrentes dicen debió aplicarse y, en consecuencia, procedente la desestimación del motivo.

3. *Delito de revelación de secretos.*

Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 23 de octubre de 2000.

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Antonio Ramos Gancedo.

Condena a la esposa separada por un delito de revelación de secretos al apoderarse de una carta que iba dirigida a su esposo, del que se hallaba separada, utilizando la información de la misma en el procedimiento civil de reclamación de alimentos.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Luisa recibió por correo en su domicilio una carta remitida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social a su esposo D. Leandro, del que se hallaba separado por sentencia de fecha 25 de julio de 1996, procediendo D.^a Luisa a abrirla y, tras comprobar que en la misma constaba una notificación de revalorización de la pensión de 1997 del marido, procedió a quedársela aportándola como documental con la demanda de alimentos que instó contra su marido ante el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Quart de Poblet en fecha 23 de diciembre de 1997.
- El Juzgado de Instrucción n.º 1 de Quart de Poblet incoó procedimiento abreviado con el n.º 27 de 1998 contra D.^a Luisa y, una vez concluso, lo

remitió a la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Quinta, que con fecha 10 de diciembre de 1998 dictó sentencia condenando a D.^a Luisa como criminalmente responsable en concepto de autora de un delito de revelación de secretos, sin la concurrencia de circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión y multa de doce meses con una cuota diaria de 200 pts. e inhabilitación especial del derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y al pago de las costas.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso consta de un solo motivo en el que se denuncia la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE al no existir prueba de cargo suficiente de la participación de la acusada en los hechos que se le imputan, alegando en el desarrollo del motivo que no hay prueba de que fuese la acusada quien abriera la carta, en tanto que los testimonios de los hijos de aquélla coinciden en que fue su hija Luisa quien lo hizo.

Para rechazar el motivo el Tribunal Supremo hace dos consideraciones: a) que con independencia de las declaraciones testimoniales de los hijos de la acusada, el Tribunal formó su convicción acerca del hecho concreto de la apertura de la carta en la declaración prestada por aquélla en fase sumarial ante el Juez de Instrucción reconociendo el hecho y b) Que lo relevante a efectos de la configuración del tipo no es la apertura de la correspondencia, sino el apoderamiento de su contenido sin consentimiento, que es lo que constituye la conducta típica sancionada por el legislador, extremo éste que ha quedado acreditado por prueba de cargo demostrativa de que la acusada hizo suya la misiva enviada al marido por la Seguridad Social utilizándola como prueba contra éste en un proceso civil y en beneficio propio.

En el mismo motivo se cuestiona también la concurrencia del elemento subjetivo del delito, alegándose que no hubo “inten-

cionalidad de violar su intimidad [del marido] o descubrir los secretos...”. Al respecto, señala el Tribunal Supremo que, aparte de que, según la doctrina mayoritariamente sostenida por esta Sala Segunda según la cual quedan fuera del ámbito de la presunción de inocencia los propósitos, las intenciones, los saberes o la voluntad de la persona por ser todos ellos elementos propios del ámbito interno del sujeto, y no hechos en sentido estricto susceptibles de ser aprehendidos por los sentidos —que es el marco propio de la presunción de inocencia—; con independencia de ello, decimos, la conducta desarrollada por la acusada al utilizar la carta en la forma antes referida, pone de manifiesto de manera palmaria no sólo el dolo genérico de saber lo que se hace y la voluntad de hacerlo, sino también el dolo específico requerido por esta figura delictiva, caracterizado por el ánimo tendencial de invadir la esfera de privacidad e intimidad que representa la correspondencia privada de las personas que, en el caso presente, tratándose de un matrimonio separado y con malas relaciones al punto de no dirigirse la palabra, no puede ser puesto en duda a la vista de la actividad de la acusada. Conviene significar que, si bien el tipo penal aplicado se ubica en el capítulo I del Título X del Libro Segundo del Código Penal, bajo la rúbrica de “Del descubrimiento y revelación de secretos”, lo cierto es que el art. 197.1 tutela dos

distintos bienes que son objeto de la protección jurídico penal: la salvaguarda de los secretos propiamente dichos y, aparte, la intimidad de las personas, viniendo a representar este tipo penal una especie de desarrollo sancionador a las conductas que vulneren el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones consagrado en el art. 18 CE como parte integrante del derecho a la intimidad personal del individuo.

Así, en el caso presente, la conducta típica no se proyecta sobre ningún “secreto” de la víctima, toda vez que la información que contenía la carta de que se apoderó la acusada no es susceptible de ser calificada como tal, en cuanto el secreto supone el conoci-

miento de ciertos datos relativos a un objeto concreto, por un número limitado de personas y que, por diversas razones, no es conveniente que se amplíe el círculo de quienes poseen tales conocimientos, pero sí opera sobre la otra alternativa sancionada penalmente cual es la agresión a la intimidad mediante la invasión del ámbito de la privacidad representada por la correspondencia personal de la que se apodera el sujeto activo del delito, tomando ilícito conocimiento y posesión de informaciones de naturaleza económica de interés dirigidas a otra persona y posteriormente utilizadas en beneficio y utilidad propios, lo que, sin duda alguna, constituye la segunda de las acciones típicas sancionadas por el legislador.

4. *Delito de mendicidad.*

Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 11 de noviembre de 2000. Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez.

Absolución del delito de mendicidad cuando la madre sólo era acompañada de menores para practicar la mendicidad, sin que estos la ejercieran, y ello sin perjuicio de que los organismos competentes ejerciten las medidas de protección que consideren adecuadas respecto a los menores.

ANÁLISIS DEL CASO

- En Zaragoza, en el portal de un inmueble, sobre las 12,30 horas del día 4 de diciembre de 1997, la Policía Local, que había recibido reiteradas quejas de los vecinos sobre el hecho de que D.^a Rosario venía dedicándose habitualmente a la mendicidad en los alrededores del “Establecimiento Comercial C.” y que se ayudaba para mover el espíritu caritativo de los viandantes de sus hijos menores de edad que portaba en sus brazos o llevaba alrededor, sorprendieron a la misma diciendo a los transeúntes “Dame algo” mientras daba el biberón al hijo Miguel de 2 meses de edad alargando la mano para pedir y la hija Amelia de 15 meses jugaba junto a ella, en una mañana de gran frío, presentando ambas menores muestras del mismo, incluso el más pequeño dificultades en la respiración.

- El Juzgado de Instrucción número 2 de Zaragoza instruyó Procedimiento Abreviado con el número 4509/1997, y una vez concluso fue elevado a la Audiencia Provincial de dicha capital que, con fecha 1 de febrero de 1999, dictó sentencia condenando a D.^ª Rosario como “autor responsable de un delito de mendicidad usando menores sin la concurrencia de circunstancia a la pena de seis meses de prisión, y a las accesorias de inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al pago de las costas procesales. Firme que sea esta resolución, notifíquese a la Diputación General de Aragón, como tiene solicitado el Ministerio Fiscal, a efectos de protección de menores”.
- D.^ª Rosario interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, absolviéndola del delito por el que fue condenada.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se invoca por la recurrente la vulneración del derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución, negándose la existencia de prueba de cargo que acredite que la acusada ejerciera la mendicidad y menos que se valiera para ello de los menores.

La utilización de menores para la mendicidad constituyó una falta tipificada en el artículo 584 del Código Penal. Así el número 10 de dicho precepto castigaba con arresto menor o multa de 1.500 a 15.000 pesetas a los padres, tutores o guardadores cuyos hijos o pupilos menores de dieciséis años fueren detenidos por hallarse mendigando, vagando o pernoctando en parajes públicos, si no probaren ser ajenos a tales hechos, así como a las personas que se hagan acompañar de menores de dieciséis años, sean o no de su familia, con objeto de implorar la caridad pública. Y el número 11 del mismo artículo castigaba con igual pena a los padres, tutores o guardadores que maltrataren a sus hijos o pupilos menores de dieciséis años para obligarles a mendigar o por no haber obtenido producto bastante de la mendicidad, así como los que entreguen sus hijos o pupilos menores de dieciséis años a otras personas para mendigar.

La práctica de la mendicidad utilizando a menores se convierte en delito por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, que introduce un nuevo artículo 489 bis que castiga con pena de arresto mayor a los que utilicen o prestaren a menores de dieciséis años para la práctica de la mendicidad. Si para los fines del párrafo anterior se traficaren con menores de dieciséis años, se empleare con ellos violencia o intimidación o se les suministrare sustancias perjudiciales para su salud, se impondrá la pena superior en grado.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989 justifica la condición de delito de la utilización de menores para la mendicidad afirmando que es objeto de especial sanción una nueva modalidad de abandono de familia, que abarca las conductas consistentes en destinar a menores de dieciséis años a la práctica de la mendicidad de tan lamentable actualidad.

El vigente Código Penal recoge en el apartado primero del artículo 232 un tipo básico consistente en utilizar o prestar a menores de edad o incapaces para la práctica de la mendicidad y en su apartado segundo se contiene un tipo cualificado cuando se traficaren con menores, se empleare violencia o intimidación o se les suministrare sus-

tancias perjudiciales, siempre que alguna de estas conductas se realicen con la finalidad de utilizar al menor o incapaz para la práctica de la mendicidad.

El tipo aplicado por el Tribunal de instancia es el básico que se acaba de dejar mencionado, conducta que se comete aun en el caso de que la práctica de la mendicidad se realice de modo encubierto.

No es sencillo establecer el bien jurídico protegido aunque su ubicación en un capítulo que tiene como rúbrica común la de delitos contra los deberes y derechos familiares implica la persecución del quebrantamiento de determinados deberes y derechos en el seno de las relaciones familiares que en esta figura delictiva se contraen a los que afectan a menores o incapaces que son utilizados para la mendicidad, conducta que supone, en todo caso, una lesión a la dignidad del menor o incapaz que es instrumentalizado para la obtención de dinero.

Los testimonios depuestos en el acto del juicio oral acreditan, en contra de lo que se sostiene en el recurso, que la acusada estaba mendigando y que llevaba en brazos a un hijo de dos meses y que próxima se encontraba otra hija de quince meses que estaba jugando junto a ella. Lo que no ha quedado acreditado y tampoco se recoge en el relato fáctico de la sentencia de instancia es que los niños estuvieran mendigando, lo que prácticamente resultaría imposible dada la corta edad de los mismos.

La decisión de este recurso exige clarificar el alcance de la conducta típica consistente en utilizar a menores o incapaces para la práctica de la mendicidad. Dos posiciones pueden ser mantenidas. Aquella que sostiene el Tribunal de instancia de que se cumple el tipo no sólo cuando se pide la limosna a través de los menores o incapaces sino también cuando la presencia de los menores es utilizada para provocar la generosidad de los demás. Otra, por el contrario, contrae la tipicidad a aquellos supuestos en los que son los menores o incapaces los que solicitan la limosna, aunque sea de modo encubierto.

Lo cierto es que la dignidad de los menores o incapaces resulta esencialmente perjudicada cuando son instrumentalizados y se les dedica a la recaudación de dinero, mendigando, en beneficio de los mayores que se aprovechan con su explotación. Ello justifica la intervención del Derecho Penal a través de la figura de mendicidad de menores que examinamos. Otra interpretación del tipo básico, previsto en el apartado 1.º del artículo 232 del Código Penal, no resultaría acorde desde un punto de vista gramatical —nada se dice de que sea típica la conducta de aquellas personas que se hagan acompañar de menores para practicar la mendicidad como ocurría en el apartado 10 del artículo 584 del Código Penal antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio—; histórico —los antecedentes legislativos antes mencionados no apoyan esa interpretación, especialmente cuando la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/1989 se refiere expresamente a “destinar a menores de dieciséis años a la práctica de la mendicidad”—; lógico ni sistemático —dado el bien jurídico que se pretende tutelar—. Es más, se resistirían los principios de legalidad y mínima intervención que caracterizan al derecho penal y acarrearía efectos criminógenos en perjuicio de los propios menores o incapaces a cuya protección se orienta la conducta típica.

Lo que se acaba de exponer en modo alguno significa indiferencia ante situaciones que, aunque no típicas, representen un riesgo para la salud, la dignidad o cualquier otro derecho o interés en favor de menores o incapaces.

El Ministerio Fiscal (apartado séptimo del artículo y de su Estatuto) y las autoridades estatales y autonómicas así como los organismos e instituciones de protección de menores deberán ejercer sus competencias, atribuciones y deberes en beneficio de menores e incapaces, como se dispone en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, artículos 172 y siguientes del Código Civil, y en las Leyes aprobadas por los parlamentos de las Comu-

nidades Autónomas en defensa y protección de la infancia, adolescencia y en general de los menores e incapaces, especialmente cuando se produce una situación de desamparo o de riesgo para su salud.

En consecuencia, aunque la conducta objeto de enjuiciamiento no sea típica, el Tri-

bunal de instancia deberá adoptar los acuerdos que estime oportunos a los efectos de que el Ministerio Fiscal, autoridad, organismo o institución estatal o autonómica competente ejercite las medidas de protección que se consideren adecuadas respecto a los menores mencionados en la sentencia.

5. *Responsabilidad penal por el fallecimiento de un menor.*

Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 1 de diciembre de 2000.

Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Martín Canivell.

Responsabilidad penal de los tres profesores que cuidaban a los alumnos de un centro escolar con ocasión de realizar un viaje de fin de curso a la playa, cuando al bañarse uno de los menores falleció por la falta de vigilancia.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 6 de junio de 1997, cincuenta y siete alumnos de los cursos tercero, cuarto y quinto de Enseñanza General Básica del Colegio Público P. de la localidad de Barcelona llegaron a la playa de Ribes Roges, en la población de Vilanova i la Geltrú, con motivo de la excursión de fin de curso, acompañados por tres profesores (Noeli, José Antonio y José María) maestros y funcionarios del Departament d'Ensenyament de la Generalitat de Catalunya, en aquel momento tutores, respectivamente, de los cursos tercero, quinto y cuarto del mencionado centro escolar. En aquella fecha, el estado del mar en la localidad costera fue de marejadilla, con olas de hasta medio metro y resaca.
- Al llegar a la playa los niños y los profesores depositaron sus enseres en la arena, extendieron sus toallas y rápidamente la mayoría de los niños entraron en el mar. De entre los menores componentes de la excursión algunos no sabían nadar, constando a los profesores que no sabía nadar Esmeralda, desconociendo los tres con seguridad si sabía nadar Nicolás.
- Al poco de haberse introducido los niños en el agua y a causa de la falta de vigilancia de los tres adultos responsables del grupo, Nicolás y Esmeralda, que se estaban bañando sin ser sometidos a control alguno por parte de los tres profesores, tuvieron que ser rescatados del agua por terceras personas,

ajenas a la excursión, que se hallaban en la playa realizando sus quehaceres respectivos, quienes observaron los signos de socorro que la niña realizaba con las manos, y que procedieron, ya en la arena, a intentar la reanimación de ambos, auxiliados por miembros de la policía local de la población, sin que los profesores se apercibieran de lo sucedido, haciendo acto de presencia sólo cuando ya se estaban desarrollando los primeros auxilios a los dos niños.

- Nicolás falleció a causa de la asfixia sufrida por la sumersión en agua salada, sobre las 12 h del día mencionado, y Esmeralda S.A. consiguió salvarse tras ser reanimada y atendida hospitalariamente, primero en el hospital Comarcal Sant Antoni Abat de Vilanova i la Geltrú, donde ingresó presentando síntomas de ahogamiento y paro cardiorrespiratorio, para ser posteriormente trasladada al Hospital de Sant Joan de Déu, en Barcelona.
- Los representantes legales de Nicolás renunciaron expresamente a las acciones civiles correspondientes por haber sido ya indemnizados por la Compañía Catalana Occidente; habiendo renunciado a cualquier indemnización los padres de Esmeralda.
- El Juzgado de Instrucción núm. 6 de los de Vilanova i la Geltrú instruyó diligencias previas, contra Noeli, José Antonio y José María, y una vez conclusas las remitió a la AP de Barcelona, Secc. 10.^ª, que con fecha 25 de febrero de 1999 dictó sentencia condenando a los tres profesores como criminalmente responsables en concepto de autores del delito de homicidio imprudente del que venían acusados, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena, para cada uno de ellos, de un año de prisión y accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure al condenado, así como al pago de un tercio de las costas procesales cada uno.
- D.^ª Noeli, D. José Antonio y D. José María interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Alegan los recurrentes que, admitiendo rigurosamente el contenido de los hechos probados, se aprecia que realizaron una actividad de control de la conducta de los menores que estaban a su cargo, dividiéndose sus funciones de vigilancia y control, pese a lo cual los menores afectados se alejaron y salieron de la zona señalada por lo que no cabe afirmar que ellos descuidaran el deber objetivo de cuidado.

El CP de 1995, actualmente vigente, ha establecido un sistema de punición de las conductas imprudentes que requiere que éstas estén taxativa y expresamente recogidas en la Ley (art. 12). Con respecto al homicidio, el cumplimiento de este precepto de carácter general se efectúa en la figura de delito del art. 142 y en la de falta del 621.2, ambos del propio Código, y que responden al grado de la imprudencia interviniente en

la causación del delito. En ambas figuras típicas es precisa la existencia de imprudencia. Y según ya consagrada y prolongada doctrina de esta Sala son sus requisitos los siguientes: a) un factor normativo externo consistente en la infracción de un deber objetivo de cuidado que consiste en un comportamiento esperado socialmente y definido atendiendo a un conjunto de reglas de experiencia expresivas de la forma de comportamiento adecuado a adoptar en cada caso por personas de inteligencia y prudencia normales; b) un elemento subjetivo consistente en una acción u omisión voluntaria, pero totalmente carente de dolo, y que se caracteriza por omitirse psicológicamente por el agente el cumplimiento del deber de cuidado descuidando las precauciones que permitirían impedir consecuencias nocivas previsibles y prevenibles o evitables; c) resultado de un daño; y d) relación de adecuada causalidad entre la acción u omisión imprudente o negligente del sujeto y el resultado dañoso producido.

En el presente caso, el deber de cuidado de los recurrentes consistía en la vigilancia y las intervenciones oportunas de la salvaguarda de los menores, de cuya seguridad se habían encargado al llevarlos a la playa para bañarse, teniendo en cuenta las circunstancias natatorias de los menores, que debían previamente conocer, y la posibilidad, seguramente no infrecuente, de que algunos se sustrajeran en ocasiones a la acción de vigilancia y guarda alejándose o separándose de los demás.

Los recurrentes tomaron medidas para organizar la actividad de los cincuenta y siete menores que habían asumido vigilar y guardar, distribuyéndose funciones a tal fin, pero omitiendo los tres observar si todos seguían sus instrucciones y esa omisión duró bastante tiempo, pues ni siquiera cuando los dos menores afectados en el caso dieron muestras de encontrarse en peligro, se dieron cuenta de la situación y fueron otras personas ajenas a los tres profesores las que procedieron al salvamento. Tal omisión de vigilancia por los tres acusados y subsi-

guiente omisión también de la intervención posible para evitar males, determinó causalmente el fallecimiento de uno de los dos menores. Con todo ello se comprueba la concurrencia en este caso de los requisitos necesarios para la apreciación de imprudencia y, por lo tanto, ello determina que el motivo deba ser desestimado.

El otro motivo del recurso, alegan la infracción del art. 142 CP, por calificar de grave la imprudencia, cuando es así que ésta merecería ser tan sólo calificable de leve, lo que determinaría la inaplicación del art. 142 CP y la correspondiente aplicación del art. 621.2 del mismo Código, estimando que los hechos constituyeron una falta de imprudencia con resultado de muerte.

Ya se ha señalado, tanto por la doctrina como en sentencias de esta Sala, que el CP de 1995 ha simplificado la anterior división tripartita de la gravedad de la imprudencia en temeraria, simple con infracción de reglamentos y simple sin infracción de reglamentos, sustituyéndola por imprudencia grave y leve, diferencia de entidad que, en el caso de resultado de muerte, determina que el hecho sea calificado respectivamente de delito o de falta. Para la determinación de la entidad de la imprudencia hay que atenerse a: 1.º) la mayor o menor falta de diligencia mostrada en la acción u omisión constituyente de la conducta delictiva; 2.º) en la mayor o menor previsibilidad del evento que sea el resultado, y 3.º) el mayor o menor grado de infracción por el agente del deber de cuidado que según las normas socioculturales vigentes de él se esperaba (S. de 18 de marzo de 1999 con cita de otras anteriores).

En el caso que se considera es cierto que se tomaron por los profesores algunas precauciones elementales como fue repartirse sus tareas en la organización de la actividad recreativa de los escolares, pero omitiendo los tres incluir en su conducta la vigilancia de quienes pudieran tener problemas, que debían haber tenido en cuenta dada la situación del mar con olas de medio metro y resaca y la circunstancia de que algunos de los

menores no sabían nadar, con lo que no acomodaron su conducta a los patrones de prevención que las circunstancias exigían para evitar daños a otras personas. En cuanto a la previsibilidad del riesgo se ha de tener en cuenta que era elevada considerando que se trataba de un grupo no excesivamente numeroso, pero sí importante, de cincuenta y siete niños, de corta edad pues eran alumnos de tercero, cuarto y quinto curso de básica, que algunos no sabían nadar y que el mar no estaba tranquilo. La entidad de la infracción por los profesores de sus deberes de vigilancia e intervención cuando fuera necesaria, es elevada porque no sólo no se adaptó a las

particulares exigencias de edad de los escolares y falta de conocimiento natatorios de algunos de ellos, y a las condiciones del mar fácilmente observables de resaca e importancia de las olas, sino que el descuido fue temporalmente de bastante duración, pues no se enteraron de la situación de los menores que tuvieron problemas sino cuando otras personas circunstantes advirtieron la situación difícil de los mismos y ya habían procedido a sacarles del agua y a intentar su salvamento. En tales condiciones es evidentemente correcta la calificación de grave de la imprudencia y, consecuentemente, procede rechazar el motivo.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

I. PENSIONES DE VIUEDAD

1. *Pese a la existencia de una separación judicial, a los efectos de la pensión de viudedad se computa todo el tiempo transcurrido hasta el fallecimiento del causante, ya que ha quedado acreditado que tras la separación los cónyuges continuaron conviviendo en el mismo domicilio.*

TSJ de Navarra, Sentencia de 29 de septiembre de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Concepción Santos Martín.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a María Pilar, el 6 de mayo de 1964, contrajo matrimonio con D. Jesús, quien falleció el 31 de julio de 1999.
- Con fecha 28 de octubre de 1982 se dictó sentencia de separación aprobando el convenio regulador suscrito por los cónyuges, en el que se le atribuyó a la esposa el usufructo de la vivienda familiar.
- Que el esposo, en la fecha de su fallecimiento, figuraba inscrito en el Padrón de habitantes juntamente con la actora y sus cuatro hijos en la calle ... núm. ... de esta ciudad y la esposa, desde la fecha de la separación, no consta en qué domicilio permaneció y a partir del uno de abril de 1986 al uno de mayo de 1996 en la calle ... núm. ...; desde el uno de mayo de 1996 al 25 de junio de 1999 en calle ... A núm. ... 1 y desde el 26 de junio de 1999 nuevamente en calle ... núm. ... El 11 de marzo de 1975 los cónyuges otorgaron testamento de hermandad que no revocaron y tampoco liquidaron la sociedad de gananciales. Que en Caja ..., a nombre de ambos esposos mantuvieron abierta una libreta de ahorro en la que solamente se ingresaba el sueldo del esposo, y con disposición indistinta.

- El INSS reconoció a la actora la pensión de viudedad por importe de 50.206 ptas., equivalente al 52,28% de la suma de 96.034 ptas. por 6.729 días de convivencia efectiva en el período del 6 de mayo de 1964 al 28 de octubre de 1982.
- Ante el Juzgado de lo Social núm. Tres de los de Navarra se presentó demanda por doña María Pilar, en la que solicitaba que se dictase sentencia por la que se le declare el derecho a percibir una pensión de viudedad de 96.024 ptas., con efectos desde el 1 de agosto de 1999, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social a acatar dicha declaración y a abonar las diferencias resultantes entre el indicado importe y lo realmente abonado desde el día 1 de agosto de 1999, todo ello con las mejoras legales aplicables a partir de la indicada fecha.
- El Juzgado de lo Social dictó sentencia desestimando la demanda.
- D.^a M.^a del Pilar interpuso recurso ante el TSJ de Navarra que fue estimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

De acuerdo con el párrafo 2 del art. 174 de la Ley General de la Seguridad Social que se cita como infringido, “En los supuestos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no haya contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieran determinado la separación o el divorcio”. De acuerdo, por tanto, con la redacción literal del precepto, la proporción se establece en función del tiempo vivido en convivencia, no en el de duración del matrimonio, lo que además resulta lógico a la vista de la finalidad de la prestación cuestionada, señalando el Tribunal Supremo (en Sentencia entre otras de 25 de enero de 2000) que “es una prestación de Seguridad Social, por tanto, atiende ‘ex Constitutione’, un estado de necesidad, consistente en ‘compensar frente a un daño, cual es la aminoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge superviviente’.”

Pues bien, los extremos fácticos esenciales para enjuiciar la cuestión debatida son los

que provienen de los documentos que en apoyo de sus revisiones interesa la actora en su escrito de recurso.

Por ello, pese a la existencia de una Sentencia judicial de separación matrimonial (de fecha 28 de octubre de 1982) y de un Convenio regulador en el que se adjudicaba el domicilio familiar a la esposa (hoy demandante) debiendo abandonarlo el esposo con obligación de contribuir a la pensión alimenticia y levantamiento de cargas familiares pactando el régimen de separación de bienes así como la liquidación de la sociedad de conquistas concretando respecto del domicilio familiar la fecha de 24 de abril de 1987 como determinante de su venta y cese del usufructo a favor de la esposa, sin embargo la realidad de los hechos posteriores revelan el mantenimiento ininterrumpido de la convivencia conyugal en el domicilio familiar y así se desprende de los diversos documentos incorporados a las actuaciones. De este modo se observa que tal como consta en el Certificado del Padrón de habitantes de Pamplona obrante al folio 104 de los autos el esposo de la demandante figuró inscrito hasta la fecha de su fallecimiento en el domici-

lio sito en la Calle ... núm. ..., domicilio familiar que figuró no sólo en su DNI renovado el 22 de diciembre de 1997, sino también en la última renovación del Permiso de Conducir realizada el 13 de enero de 1998. Asimismo, se constata tal realidad a través del informe del Médico de Cabecera aportado al folio 103 de los Autos, y sobre todo a través de las Declaraciones de la Renta de los años 1983 a 1986 en las que se señala el mismo domicilio de los cónyuges (Calle... núm. ...) realizándose aquéllos de forma conjunta y fijándose, pese a los términos del Convenio Regulador de la separación matrimonial, como régimen económico del matrimonio el de conquistas. Por otra parte, debe destacarse que, tal y como consta en el relato fáctico los cónyuges otorgaron testamento de hermandad habiéndose realizado, en cumplimiento del mismo, la liquidación de la sociedad conyugal al fallecimiento del esposo. Constando igualmente que aquéllos mantuvieron

abierta una libreta de ahorro en la que se ingresaba la nómina del esposo siendo de disposición indistinta.

Ciertamente puede argumentarse que tras la separación judicial no cabe pretender la convivencia, salvo que expresamente se notifique la reconciliación al Juez, pero entiendo de la Sala que este aspecto formal no debe ser asumido con excesivo rigor cuando las propias circunstancias del caso permiten constatar la pervivencia de la convivencia conyugal a través de hechos indubitados como los anteriormente referenciados, por lo que atendiendo tanto a la finalidad de la prestación solicitada como a criterios individualizados y humanos rectores de toda interpretación de normas en materia de Seguridad, procede conceder la misma en la cuantía peticionada, lo que determina la revocación de la Sentencia previa estimación del recurso interpuesto.

II. INCAPACIDAD

1. *Preferencia del juzgado del lugar de residencia efectiva del presunto incapaz frente al del lugar de su domicilio oficial para conocer de la demanda de incapacitación.*

TSJ de Castilla y León (Burgos), Sentencia de 29 de diciembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Martínez Villanueva.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Pascual y D.^a Luisa formularon ante el Juzgado de Primera Instancia núm. dos de Ávila demanda sobre declaración de incapacidad, frente a su hijo, mayor de edad, don José Luis, presunto incapaz, que fue proveída y emplazado el demandado y el Ministerio Fiscal con fecha 21 de julio de

1999, diligencia que no pudo llevarse a cabo por desconocer el Juzgado del domicilio de aquél.

- Requeridos al efecto los actores manifestaron mediante escrito de fecha 14 de septiembre que el presunto incapaz había sido trasladado el día 7 de septiembre de 1999 a una clínica especializada (“Hospital C.”) de Burgos.
- El día 20 de septiembre de 1999 se libró exhorto al Juzgado Decano de Burgos, que fue cumplimentado; y no habiéndose presentado contestación a la demanda, con fecha 24 de enero de 2000, se dio por precluido el trámite, señalándose para el día 2 del citado mes la comparecencia, teniéndose por defensor del presunto incapaz al Ministerio Fiscal.
- Constando en los autos que el presunto incapaz se encuentra hospitalizado en la Ciudad de Burgos y una vez finalizado el período de proposición de prueba, el órgano judicial, previo informe del Ministerio Fiscal y emplazamiento de la parte actora, para que alegara lo que a su derecho correspondiese, informe y alegaciones que fueron evacuados, remitió los autos al Juzgado Decano de Primera Instancia de los de Burgos, que lo turnó al núm. siete, por entender que correspondía a Burgos conocer de la demanda; competencia que fue declinada por el Juzgado de Primera Instancia referido; elevándose por el Juzgado núm. dos de Ávila los autos a esta Sala.
- Por providencia de esta Sala de fecha once del presente mes se dio traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió dictamen, por las razones que expone, en el sentido de considerar competente para conocer de la presente causa incoada para determinar la incapacidad de José Luis, al Juzgado de Primera Instancia ubicado en donde tenga su residencia el presunto incapaz, no personándose las partes previamente emplazadas y quedando los presentes autos conclusos para sentencia.
- El TSJ estima que la competencia corresponde al Juzgado de 1.^a Instancia núm. 7 de Burgos.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El TSJ considera relevantes los siguientes hechos:

a) Librado el correspondiente exhorto al Juzgado Decano de Burgos, que fue cumplimentado, y no habiéndose recibido contestación a la demanda, por Providencia de 24 de enero de 2000, el Juzgado de Ávila dio por precluido el trámite, teniéndose al Ministerio Fiscal como defensor del presunto

incapaz, señalándose para el día 2 de febrero la comparecencia.

b) Con fecha 5 de abril se dictó Providencia, en virtud de la cual se daba por finalizado el período de proposición de prueba y se solicitaba informe del Ministerio Fiscal y se emplazaba a la parte actora para que alegara lo que a su derecho proceda, en relación con la situación de encontrarse hospitalizado el demandado en la ciudad de Burgos y a los

efectos del examen a practicar por el Juez que debe dictar sentencia, conforme a lo establecido en el artículo 208 del Código Civil; alegando que habría de considerarse competente, en esencia, a ese Juzgado, por estimar que en Ávila tenía el demandado su domicilio, reconociendo, no obstante, que transitoriamente, por razones de asistencia hospitalaria, se encontraba en Burgos.

Evacuándolo, así mismo, el Ministerio Público, en el sentido de remitir los autos al Juzgado de Burgos, que por turno le correspondía, al encontrarse en dicha ciudad el presunto incapaz. Y oponiéndose, en informe posterior a la suspensión del procedimiento.

c) Dado traslado a la parte actora de la posición del Ministerio Público, la misma, tras efectuar las alegaciones que estimó pertinentes, terminó suplicando que se declare la competencia territorial del Juzgado de Ávila para proseguir con el asunto.

d) Acordándose, con fecha 26 de junio, por el referido Juzgado la remisión de los presentes autos al Juzgado Decano de 1.ª Instancia de Burgos, por reputarse el órgano competente para conocer de la referida demanda de incapacidad. Resolución contra la que los actores no presentaron recurso.

e) Correspondiendo en turno al Juzgado de 1.ª Instancia número 7, de los de Burgos, éste declinó su competencia, por auto de fecha 10 de octubre, devolviendo los autos número 227/1999 al Juzgado de procedencia, número dos de los de Ávila; elevándose por este último las actuaciones a esta Sala, por tratarse de una cuestión de competencia promovida entre dos Juzgados pertenecientes a diversas provincias de esta Comunidad Autónoma, y corresponder a la misma la resolución, como dispone el apartado c) del número 2 del artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La Ley Orgánica, con todo acierto, estatuye que se resolverán por el órgano inmediato superior común “conforme a las normas establecidas en las Leyes procesales (art. 51.1)”, o sea, en la Ley de Enjuicia-

miento Civil (Secc. tercera), bajo los artículos 72 a 111; y así, el artículo 110, reitera esta decisión, cuando la cuestión de competencia entre dos o más Tribunales o Jueces fueran negativa, por rehusar todos entender en un asunto, siguiendo para ello los mismos trámites prescritos para las demás competencias.

Planteado así, los criterios con que debe resolverse la cuestión de competencia suscitada son los “fueros”, y, concretamente, para los juicios especiales los que señala el art. 63 de la citada Ley, y, expresamente, para el caso que nos ocupa, la regla 1.ª dispone: “En las demandas sobre estado civil, será Juez competente el del domicilio del demandado”. Fuero que reitera, entre otras, las Sentencias del T.S. de 12 de octubre de 1905 y 15 de noviembre y 24 de septiembre de 1912, cuando estamos ante declaraciones de incapacidad. Regla ésta que es de carácter general y directa en todo el territorio nacional, a tenor de lo dispuesto en los arts. 8.2 y 13.1 del Código Civil; competencia territorial que no ofrece duda alguna.

Así mismo, y al respecto, es doctrina jurisprudencial, reiterada: que las cuestiones de competencia han de resolverse partiendo de las manifestaciones de las partes en la demanda, de los documentos por ellas aportadas y de su actitud procesal, si de ellos puede inferirse la realidad de los hechos que determinan la competencia y sin prejuzgar el fondo del asunto (SSTS de 13-V-62, de 4-V-66, de 16-XII-72 y 30-IV-1977).

Por lo tanto el domicilio del demandado es razón o motivo frecuente para la determinación de la competencia territorial, y, además, debe entenderse que funciona como privilegio suyo. Ahora bien, debemos preguntarnos ¿cómo se determina el domicilio? La Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene normas para fijar el domicilio en los casos generales, sólo contiene reglas para casos especiales, de domicilio (domicilios legales). Por ello es menester acudir al Código Civil, que en su artículo 40 establece: “para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de

las personas naturales es el lugar de su residencia habitual y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil” y la Ley de Enjuiciamiento Civil por su parte, como antes se ha recogido, solamente señala, en los artículos 64 al 69, el domicilio legal para casos especiales.

Resulta, pues, que con carácter general en nuestro Derecho el domicilio se determina por el hecho de la residencia habitual en un lugar concreto. Ahora bien, es necesario advertir que estamos ante un concepto jurídico indeterminado, por lo que se puede afirmar, siguiendo la doctrina jurisprudencial, entre otras, las SSTS de 30-XII-1992 y 30-I-1993, que el concepto de domicilio no es precisamente uno de los mejor delimitados en nuestro Derecho Positivo, y el art. 40, por otra parte, como declara, así mismo, la Sentencia del Alto Tribunal de fecha 24 de mayo de 1927, “no expresa de modo absoluto que el domicilio sea el lugar de la residencia habitual, sino que adiciona y en su caso el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil”; no concretando, por tanto, qué deba entenderse por residencia habitual.

Por consiguiente, a la vista de lo expuesto, podemos determinar que si el domicilio sirve para localizar a las personas a ciertos efectos, sin por ello desdibujar la relación que, siempre existe, entre el arraigo real de una persona y un concreto medio socio-jurídico, debemos determinar como tal el lugar donde la persona está localizada para el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones, y aunque, no cabe duda que el domicilio cumple además otras funciones, aparte de la reseñada.

Para una adecuada resolución de la cuestión hemos de entender que, desde la perspectiva del caso que nos ocupa, el criterio para determinar la competencia del Juez es el que se ha hecho referencia, es decir, el que sirve para localizar al demandado; localización que, en base a los efectos que produce, se concreta en atención a la función de las normas del procedimiento judicial a seguir, es decir, el de incapacitación; así el art. 208,

que configura en líneas generales los mismos (puesto que debe completarse con la Ley de Enjuiciamiento Civil), establece que el Juez “examinará al presunto incapaz por sí mismo”. La norma es clara, precisa y determinante, de manera que difícilmente permite sustitución, por lo que, pese a ser presentada la demanda en la Jurisdicción de Ávila, donde tenía entonces su domicilio el demandado, y haber sufrido posteriormente un cambio esta situación (trasladado el presunto incapaz al Centro Especializado monofrónico —“Hospital C.”— ubicado en Burgos, donde continua ingresado), esta Sala estima, considerando, así mismo, el informe del Ministerio Fiscal de Ávila, que “solicita la remisión de los Autos al Juzgado de Burgos por encontrarse en dicha ciudad el presunto incapaz”, posición a la que no se opuso el Ministerio Público, adscrito al Juzgado de Burgos, que el elemento fundamental, a tener en cuenta, en el caso contemplado — puede decirse así—, es la “voluntad presunta” del demandado, cual es la de permanecer del modo efectivo de hecho en el referido lugar (“Hospital C.”, de Burgos), para intentar lograr su mejoría o curación del cuadro clínico diagnosticado, y no la permanencia más o menos larga e ininterrumpida en un lugar determinado (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1947 y de 25 del mismo mes de 1954); y además con anterioridad a su declaración de incapacidad en la sentencia se ha de estimar que el sujeto —en este caso mayor de edad— es plenamente capaz, sin que pueda decirse que nos encontramos ante la falta del elemento consentimiento, pues existe un cierto discernimiento y voluntad, siendo, al efecto, necesario probar la falta absoluta de voluntad (artículos 199 y 200 del Código Civil y SSTS de 31-12-1991, 19-X-1994, 19-II-1996 y 19-V-1998); criterio éste que avala la argumentación antes expuesta, de que para concretar la residencia habitual se debe estar a la determinación del lugar donde la persona está localizada para el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones, y este lugar efectivo es el Centro situado en

Burgos, pues no apreciamos que la estancia del demandado sea una situación interina, al contrario, y es, por tanto, en este lugar donde debe ser examinado el presunto incapaz, que, por otra parte, es además razonable que el Juzgado de Burgos, donde se le sigue el tratamiento, tenga atribuida la competencia, al ser su titular el Juez que más relación inmediata y directa tiene con el presunto incapaz, y poder de este modo mejor ejercer sus funciones y velar más adecuadamente por sus derechos.

Aún más, en atención a las circunstancias del caso y teniendo en cuenta que no ha de prescindirse de la relación jurídica que subyace, esta Sala considera que el dato de la estancia en un Centro ubicado en esta ciudad de Burgos, durante un lapso de tiempo, reviste cierta entidad, y, por lo tanto, ha de ser reputada como relevante a estos efectos; pues es criterio doctrinal y jurisprudencial, el pronunciarse por la tesis de dar preferencia para conocer de la demanda de incapacitación a los Tribunales del lugar de residencia efectiva del presunto incapaz frente al lugar de su domicilio oficial. Así se pone de relieve en las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1949 y de 1 de julio de 1992, en las que se otorga la preferencia, para conocer del asunto, al lugar de la residencia del demandado.

En este sentido, “de lege ferenda”, se recoge, en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, este criterio al designarse, en el art. 52.1.5, en relación con el fuero territorial especial establecido respecto a los juicios en que se ejerciten acciones relativas a la asistencia o representación de incapaces o incapacitados, como competente al órgano jurisdiccional del lugar de residencia del incapaz, lugar que no resulta siempre coincidente con el de su domicilio, especialmente cuando éste se encuentre ingresado en Centro particularmente adecuado a su enfermedad.

Criterio este que sigue igualmente la Ley citada en su artículo 756 —dentro de la rúbrica “de los procesos sobre la capacidad de las personas”— al regular que “será compe-

tente para conocer de las demandas sobre capacidad (...) el Juez de Primera Instancia del lugar en que reside la persona a la que se refiera la declaración que se solicite”.

Este artículo citado, que modifica el antecedente de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1881 (art. 63.1), introduce un cambio de criterio, atribuyendo el conocimiento de estos asuntos al Juez de la residencia del demandado, en lugar del Juez del domicilio, como se establece en la actual Ley, respondiendo, de esta manera, el legislador a una necesidad creciente, reclamada desde hacía tiempo por la doctrina para estas cuestiones procesales. Norma que, por otra parte, concuerda con el fuero especial establecido en el art. 52.1.5, que aventaja indudablemente al que resulta del art. 63.1 de la Ley vigente, que venía siendo flexibilizada por las decisiones jurisdiccionales, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1992, criterio que, así mismo, facilita la presencia e intermediación en la práctica de las actuaciones prevenidas en el art. 759 de la referida Ley 1/2000 y 208 del Código Civil, norma igualmente de estricto sentido procesal.

Fuero este, el del lugar de la residencia que, por tanto, facilita el examen directo del demandado por el Juez, que éste ha de realizar “por sí mismo”; prueba indispensable, que se mantiene igual en el precepto anteriormente citado (art. 759), al ordenar, en su apartado 1, al Juez la actuación de llevar a cabo el examen “por sí mismo” del presunto incapaz; se trata, como considera la doctrina, de la diligencia más relevante, orientada a proporcionar al juzgador la percepción personal e inmediata del efectivo estado del presunto incapaz. Así, parece inconcebible que un Tribunal pueda declarar incapaz a una persona sin haberla visto y, siempre que ello sea posible, sin haberla oído. Aún más, la Sentencia de 20 de marzo de 1991, del Alto Tribunal, considera posible hasta practicar este examen en audiencia a puerta cerrada, con asistencia del Secretario, sin intervención de las partes, justificándolo “con una interpretación teleológica, el carácter

tuitivo de la medida a adoptar y que el examinado se muestre tal como es, sin mediación alguna nacedora de la presencia de extraños, para que su aptitud y criterio fluyan con absoluta naturalidad máxime cuando su resultado se documenta en los autos...”; declaración que apoya, aún más, la posición de esta Sala, mantenida a lo largo de sus argumentaciones, que el examen directo del presunto incapaz es una prueba directa, legal, autónoma y obligada que afecta a la libertad propia de los seres humanos, por lo que no deben permanecer lejanas a la sensibilidad y cargo humano de los juzgadores a los que corresponde emitir la sentencia-respuesta adecuada (SSTS de 20 de febrero de 1989 y STS de 31 de diciembre de 1991); razón de más para mantener que el órgano judicial que debe reconocer al demandado y valorar su situación real es el de su actual residencia, denominación que, es cierto, no es regulada ni por el CC, ni por la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero que, no obstante, hay que apreciar como análoga o subsidiaria del domicilio, como deja claramente expuesto la nueva norma procesal antes estudiada, y así lo recoge también el dictamen emitido por el Excmo. Sr. Fiscal-Jefe del Tribunal Superior de Justicia.

Y como quiera que el lugar de la estancia, al que nos acabamos de referir, resulta determinante para residenciar el lugar del cumplimiento de los deberes y obligaciones que se derivan de la relación jurídica subyacente en el procedimiento, que, por otra parte, no olvidemos, en esencia va referida a dilucidar si existe o no causa de incapacidad, tal como aparece expuesto en el fundamento anterior, la Sala concluye que el Juez competente deberá ser el Juez titular del Juzgado núm. 7 de Burgos, entendiendo que es en esta residencia donde el presunto incapaz consigue el mayor beneficio, procesalmente el más operativo y donde mejor se protege a su persona sin infringir la tutela judicial efectiva del demandado; cuestión esta que se aprecia más claramente atendiendo al art. 208 del Código Civil, ya analizado, en el que se establece que el Juez examinará por sí mismo al pre-

sunto incapaz y oirá el dictamen de un facultativo, extremo éste del que resulta que, en buena lógica, quien habrá de examinar al presunto incapaz es el Juez del lugar en el que aquel se halle en el momento de la tramitación del procedimiento, y más concretamente en el momento de realizarse la diligencia de exploración judicial, puesto que es, siguiendo la doctrina jurisprudencial antes expuesta, en este lugar donde tendría el deber de comparecer, y lo mismo cabría decir respecto al dictamen del facultativo, pues no parecería lógico, ni proporcionado, que tuviera que emitir el referido dictamen un facultativo que no se encuentra en el lugar donde se halla el presunto incapaz. Lo argumentado es plenamente aplicable al caso concreto que nos ocupa, pues es evidente que el demandado está ingresado en un Centro de esta ciudad, de modo que si se entendiera que el competente es el Juez del número 2 del Juzgado de 1.^a Instancia de Ávila, difícilmente podría éste, como bien ha dejado expuesto, “examinar por sí” al presunto incapaz, o, dicho de otra manera, que éste cumpliera con el deber de comparecer ante el mismo Juez, cuando se encuentra ingresado en un Centro ubicado en otro partido judicial, el anteriormente citado, y ello sin olvidar que la posibilidad de acudir al auxilio judicial, es un extremo no viable, pues es difícil admitir esta cooperación para la exploración judicial, por lo menos en un sentido general, dados los términos claros y taxativos del aludido artículo 208 del Código Civil, cuando dice que el Juez examinará al presunto incapaz “por sí mismo”.

La norma —como antes quedó expuesto— es clara en este punto, de manera tal que no se permite su sustitución por otro medio de prueba, entendiendo que lo buscado por el legislador es lograr, en estos casos, una mayor garantía de no arbitrariedad en la declaración de incapacidad, es decir, entendiendo con su observación personal ajustarse lo más posible —partiendo de la propia constatación directa que efectúa— a la situación real.

No puede desconocerse tampoco que debe intentarse el logro de la efectividad del principio de inmediatividad del órgano judicial actuante con el justiciable y los hechos sometidos a su conocimiento (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1987 y 18 de octubre de 1990), que, por todo lo expresado, solamente se consigue siguiendo las actuaciones en el Juzgado de esta ciudad.

III. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

1. *En los supuestos en los que se llega a la disolución de la sociedad de gananciales sin realizarse inventario, el cónyuge no deudor, ha de responder también de acuerdo con la regla general del art. 1.911 CC, en relación con la denominada responsabilidad “ultra vires” con los bienes que se le adjudicaron, y además con los suyos propios.*

**TSJ del País Vasco, Sec. 2.ª, Sentencia de 9 de octubre de 2000.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Ruiz Ruiz.**

ANÁLISIS DEL CASO

- El letrado de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Regional del País Vasco de 6 de marzo de 1997 por el que se estimó la reclamación de D. Juan Carlos y se anuló el embargo y precinto efectuado sobre un vehículo propiedad de su ex esposa llevado a cabo por la Unidad de Recaudación Ejecutiva de las de Vizcaya.
- El TSJ del País Vasco estimó el recurso y acordó mantener el embargo efectuado sobre el vehículo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

D. Juan Carlos, para oponerse a la diligencia de embargo (19 de octubre de 1993) y el precinto, defendió la improcedencia del embargo, indicando que se encontraba divorciado de D.ª Isabel, propietaria del vehículo embargado, desde la sentencia de divorcio de 27 de octubre de 1990, recaída en Autos 207/1990, acompañando copia de la

misma, fecha en la que quedó disuelto el matrimonio.

El Acuerdo del TEAR estima la reclamación al considerar que el vehículo embargado fue matriculado el 17 de mayo de 1991, y por tanto con posterioridad a la sentencia de divorcio de fecha 26 de octubre de 1990, notificado el 18 de diciembre siguiente, por lo que se consideró que en ningún caso podía constituirse como bien adjudicado alguno derivado de la disolución de la sociedad de gananciales y por ello no responsable.

Entendía el Abogado del Estado que se daba la presunción “*iuris et de iure*” de que estamos ante un bien propio de la esposa y por ello el vehículo nunca podía haber quedado integrado en inventario alguno, señalando que la circunstancia de quedar los bienes privativos afectos al pago de deudas gananciales constante la sociedad ganancial no podía interpretarse extensivamente hasta el extremo de mantener esa afección de modo perpetuo incluso por los bienes adquiridos por el cónyuge divorciado después de la disolución del matrimonio, dado que en tal momento no se podía hablar de bien privativo sino de bien particular de una persona divorciada, concluyendo que la tesis de la Administración, de la TGSS, implicaría una sujeción perpetua “*contra legem*” de todo bien de un divorciado, que ha adquirido con posterioridad al divorcio, al pago de deudas gananciales, lo que entrañaría, según el Abogado del Estado, una interpretación torticera de la Ley, en concreto que de las deudas gananciales responden los bienes gananciales, los privativos y los que tras la disolución del matrimonio adquiera el cónyuge no deudor.

En relación con el tema de fondo que subyace en el Acuerdo recurrido, señala el TSJ del País Vasco, podemos traer a colación los arts. 6 a 12 del Código de Comercio, debiendo significar solamente que el art. 7 establece que se presumirá otorgado el consentimiento para hacer responder a los bienes comunes cuando se ejerza el comercio por uno de los cónyuges con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestar-

lo; en el presente caso, al menos, si no consentimiento expreso, al menos sí opera dicha presunción legal de consentimiento al respecto.

No cabe duda que la respuesta al debate que se traslada en relación con la responsabilidad por deudas mantenidas con la Seguridad Social del esposo mientras desempeñaba una actividad comercial, y mientras estuvo vigente el régimen de sociedad de gananciales, con independencia de que con posterioridad se modificase el mismo, por virtud de capitulaciones matrimoniales, a régimen de separación absoluta de bienes, exige partir del art. 1362.4 CC según el cual “serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen entre otros por la explotación regular de los negocios o el desempeño de profesión, arte u oficio de cada cónyuge”; es claro que en este caso las deudas con la Seguridad Social generadas por el esposo de la recurrente en su actividad comercial son, por ministerio de la ley, gananciales, debiendo señalarse asimismo que en el presente caso han de entrar en aplicación el art. 1401 y 1402 CC estableciendo el Primero que “mientras no se haya pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial”; dicho precepto concluye señalando que “si como consecuencia de ello resultara haber pagado uno de los cónyuges mayor cantidad de la que le fuere imputable, podrá repetir contra el otro”. Vemos cómo dicho precepto viene a fijar dos reglas de responsabilidad y una regla de reembolso, siendo ésta ajena al debate que ahora nos ocupa; en relación con las primeras se establece una primera regla de responsabilidad para el supuesto de que se realizara inventario, dado que en tal supuesto el cónyuge no deudor concreta y limita su responsabilidad a los bienes gananciales que le habían sido adjudicados. Por el contrario, el cónyuge deudor —quien efecti-

vamente contrajo la obligación—, responde conforme a las reglas generales, así art. 1.911 CC, esto es, con todos sus bienes, todo su patrimonio incluido el privativo e ilimitadamente.

La segunda regla de responsabilidad se deduce “a contrario” de la anterior y se anuncia del modo siguiente: si no se realiza inventario, el cónyuge no deudor responde también de acuerdo con la regla general del art. 1.911 CC, esto es, la denominada responsabilidad “ultra vires”, con los bienes que se le adjudicaron y además con los suyos propios; van a responder en ausencia de inventario ambos cónyuges ilimitadamente. Estamos por tanto ante una norma coherente y lógica en garantía de los acreedores.

En relación con ello podemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.ª, de 28 de abril de 1988, en la que se viene a decir que “el art. 1.401 (...) contiene (...) —como se ha puesto de manifiesto por la doctrina—, un precepto explícito y otro implícito, pues en primer lugar se sujetan expresamente a responsabilidad los bienes adjudicados al cónyuge no deudor, (...) con independencia de la responsabilidad del cónyuge deudor con todos sus bienes”; pero esta responsabilidad limitada descansa sobre los presupuestos de que se trate de una deuda consorcial contraída por el otro cónyuge y que se haya formalizado debidamente el inventario —que ha de incluir explícitamente las deudas pendientes a cargo de la socie-

dad—, lo que en el caso reconocidamente se ha omitido. Dicha sentencia va a señalar asimismo que de no ser así, y este es el precepto implícito, es decir, si los cónyuges han dividido el activo sin pagar alguna deuda consorcial, el cónyuge no deudor responde “ultra vires”, por cuanto, según el art. 1402, los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias. Ese planteamiento de la sentencia de 28 de abril de 1998 se reproduce con posterioridad, así entre otras en la de 20 de marzo de 1989.

Con esos argumentos ya podemos llevar a concluir en que debe estimarse el recurso y anularse el Acuerdo del TEAR recurrido en cuanto estimó la reclamación por los argumentos vistos, y ello porque en un supuesto como el presente en el que se llega a la disolución de la sociedad de gananciales sin realizarse inventario, nos encontramos cómo el cónyuge no deudor, en este caso la esposa del codemandado, ha de responder también de acuerdo con la regla general del artículo 1911 del Código Civil, en relación con esa denominada responsabilidad “ultra vires” con los bienes que se adjudicaron, y además con los suyos propios, esto es, en ausencia de inventario ambos cónyuges van a responder ilimitadamente, todo ello en garantía de los acreedores, y sin perder de vista que estamos ante deudas gananciales, esto es, deudas de ambos cónyuges; a lo que se puede poner fin con un correcto inventario.

2. *Carácter ganancial de la deuda contraída por el esposo y responsabilidad de todos los bienes gananciales, incluidos los que se adjudicaron a la esposa, ya que ésta conocía la explotación del negocio y además éste redundaba en su beneficio.*

TSJ de Navarra, Sentencia de 19 de octubre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso Otero Pedrouzo.

ANÁLISIS DEL CASO

- En el año 1982, D. Jesús compró para su sociedad conyugal una finca de 5.320 metros cuadrados. Sobre dicha finca construyó una nave ganadera para dedicarla al negocio de la cría de cerdos. A los dos años el esposo le comunicó que el negocio iba mal y que se liquidaría, liquidación que su mandante considera se produjo en esas fechas.
- Pasados varios años D.^a Montserrat recibe una demanda judicial instada contra su esposo por D. Tomás en la que le reclama 8.500.000 ptas. en base a una escritura que los interesados denominaron “reconocimiento de deuda”, en la que se indica en esencia que D. Tomás y D. Jesús eran titulares por mitad de un negocio y granja destinado a la cría de cerdos y que este último se había quedado con todo, debiendo entregar a aquél la mencionada cantidad. El traslado de la demanda a la esposa se hizo a los efectos del art. 144 del Reglamento Hipotecario.
- Dicho pleito terminó con sentencia favorable y ejecutando tal sentencia se embargaron cinco fincas propiedad de la sociedad de conquistas de D.^a Montserrat y D. Jesús. Ante tal embargo D.^a Montserrat insta demanda de tercería en defensa de los bienes de su matrimonio. Dicho pleito terminó con sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de fecha 12 de junio de 1995 en la que se desestima su demanda pero le concede expresamente al cónyuge no deudor la facultad de exigir, dentro de los nueve días siguientes a la notificación, que el embargo de bienes comunes sea sustituido por la parte que al cónyuge deudor corresponda en la sociedad de conquistas. D.^a Montserrat presentó ante el Juzgado de Tafalla tal solicitud por medio de escrito de fecha 21 de junio de 1995.
- Interpuesto por D. Tomás recurso de casación, nuevamente el Tribunal Superior de Justicia dicta sentencia en la que se declara la nulidad de todo lo actuado a partir de la providencia de 7 de octubre de 1995. En esta sentencia se señala que puede el cónyuge no deudor instar en el pleito en el que no fue parte, incidente de ejecución de sentencia con apertura del período probatorio, en el que podrán debatirse no sólo la sustitución del embargo, sino otras cuestiones que puedan invocarse, incluso el carácter de la deuda si es que no viene calificada con anterioridad.
- D.^a Montserrat presenta escrito solicitando se dicte resolución: “a) Declarando nula y sin efecto alguno la escritura otorgada entre D. Tomás y D. Jesús con fecha 14 de marzo de 1984 ante el notario de Tafalla. b) Ordenando el levantamiento de los embargos realizados sobre los bienes de la sociedad conyugal de su mandante. c) Condenando en costas a D. Tomás y D. Jesús. Subsidiariamente, para el supuesto de que se desestimen las pretensiones anteriores, que se efectúen los siguientes pronunciamientos: a) Declarando que sólo los bienes de D. Jesús deben responder de la deuda

reconocida por él en la escritura de 14 de marzo de 1984. b) Ordenando la disolución y liquidación de la sociedad conyugal de D. Jesús y D.^ª Montserrat, dividiéndola en dos lotes, y adjudicando a cada uno de los esposos, estando comprendida en el que se adjudique la esposa la casa que constituye la vivienda habitual de la familia sita en P., calle G. con las compensaciones en metálico que procedieren. c) Ordenando sustituir en el embargo despachado en este pleito, los bienes conyugales por los que se adjudiquen a D. Jesús. d) Condenando en costas a las partes contrarias.”

- D. Tomás contestó a la demanda alegando que estamos ante una deuda de la sociedad de conquistas y no privativa del esposo, pero aun en el supuesto de que se tratase de una deuda privativa como afirma la contraparte, tampoco sería posible el ejercicio de la facultad de sustitución contemplada en el art. 85 del Fuero Nuevo por extemporánea, ya que el plazo legal que señala este artículo para el ejercicio de esta acción es el de los nueve días siguientes a la notificación del embargo y en el caso que nos ocupa, dicho embargo de bienes le fue notificado a D.^ª Montserrat el día 25 de noviembre de 1992 y ésta ha presentado la demanda incidental el día 21 de junio de 1995, es decir, 31 meses después de la notificación del embargo, sin que pueda ser de aplicación lo argumentado por la parte contraria de que dicho plazo no ha prescrito dada la continua actividad procesal de D.^ª Montserrat en defensa de los bienes de conquistas. Después de alegar los fundamentos de derecho que estimó pertinentes terminaba suplicando se dicte sentencia en virtud de la cual se acuerden desestimar íntegramente las peticiones de D.^ª Montserrat, esposa del condenado en los presentes autos, a D. Jesús, condenándole expresamente al pago de las costas causadas.
- El 1 de abril de 1998 el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Tafalla dictó sentencia, desestimando la demanda incidental interpuesta por D.^ª Montserrat, y ordena seguir adelante la ejecución de los bienes embargados. Cada parte pagará las costas causadas a su instancia.
- En grado de apelación, la Sección 1.^ª de la Audiencia Provincial de Navarra dictó sentencia el 31 de diciembre de 1999, desestimando el recurso interpuesto.
- D.^ª Montserrat interpuso recurso de casación ante el TSJ de Navarra que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La Audiencia Provincial no accede a declarar la nulidad de la meritada escritura de reconocimiento de deuda de 14-3-1984, “en primer lugar porque resulta discutible la le-

gitimación de la actora para formular dicha solicitud, dado que no es deudora solidaria en el reconocimiento de deuda”, y porque “tal cuestión no puede ventilarse en este pro-

cedimiento de ejecución, ya que introduce un elemento nuevo ajeno a la sentencia firme de 7-3-1992 que ahora se ejecuta”; y en lo que concierne al carácter de la deuda litigiosa, “no calificada con anterioridad”, la Audiencia Provincial dice lo siguiente: “no se trata de una deuda privativa del esposo, dado que su cónyuge, la ahora actora, conocía la explotación del negocio (engorde de cerdos), toda vez que los terrenos sobre los que estaba situada la nave en la que se ejercía la actividad, incluso también dicha nave, eran propiedad de la sociedad de conquistas. Así las cosas, conociendo la esposa la explotación del negocio y redundando éste en su beneficio, no cabe sino concluir que la misma conoció la compra de la mitad indivisa del negocio y el reconocimiento de deuda del que se deriva la reclamación efectuada por D. Tomás, ya que el mismo está relacionado con la explotación negocial que ella conocía y no exigía su consentimiento expreso, toda vez que no era más que una plasmación de la existencia de una deuda anterior derivada de la explotación, es decir del comercio; siendo la escritura de 14 de marzo de 1984 una instrumentalización de la deuda ya existente y no un acto nuevo”.

D.^a Montserrat sostiene que la deuda contraída por D. Jesús, objeto de la sentencia firme de 7-3-1992 que estamos ejecutando, ya ha sido calificada con anterioridad como privativa. Por ello, el primer motivo aduce que la resolución recurrida contradice la ejecutoria, e invoca al respecto el art. 1687.2 LEC, mientras que el segundo motivo, amparado en el art. 1692.4 LEC, alega la infracción del art. 1252 del Código Civil (CC), regulador de la presunción de cosa juzgada.

Uno y otro motivo son claramente improsperables. Es verdad, en primer término, que la sentencia de esta Sala de 12-6-1995 que puso fin a la aludida tercería de dominio zanjó la cuestión debatida remitiendo a la esposa al cauce del último párrafo de la ley 85 FN; y es asimismo verdad, y así lo expresamos en nuestra sentencia de 10-5-1997, “que la ley 85 FN exige como presupuesto ineludible la existencia de una obligación privati-

va” —en el ladillo de esta ley puede leerse “cargas privativas”—. Pero la remisión que hizo la Sala a la repetida ley 85 FN fue el corolario puramente formal a su decisión de proclamar la falta de legitimación del cónyuge no deudor para el ejercicio de la acción de tercería, sin que en ningún momento, por tanto, se calificase la deuda de la ejecutoria como privativa. Y con mayor énfasis expresamos esta idea en la sentencia de esta Sala de 10.5.1997: “ni la sentencia firme de este juicio de menor cuantía, ni la definitiva recaída en la reseñada tercería, ni tampoco el auto de la Audiencia que ahora nos ocupa se pronuncian sobre el carácter de la deuda de D. Jesús (privativa o de cargo y responsabilidad directa de la sociedad de conquistas), estando pues en este momento dicha obligación sin calificar”.

La sentencia recurrida, pues, ni contradice la ejecutoria —más bien, acata totalmente lo dicho en la sentencia de 10.5.1997—, ni vulnera la presunción de cosa juzgada, porque, insistimos, la deuda de D. Jesús estaba sin calificar hasta este momento.

En los motivos tercero y cuarto la recurrente viene a cuestionar frontalmente la realidad de la deuda contraída por D. Jesús, y así, el motivo tercero se apoya en el art. 1687.2 LEC, en tanto que el cuarto alega la infracción del art. 1218 CC.

La Sala no va a incurrir en el exceso de la parte recurrida, que ha tildado estos motivos de delirantes, pero sí va a juzgarlos de claramente temerarios. En efecto, y como bien ha subrayado el recurrido, no deja de sorprender que estos motivos, subsidiarios según la calificación de la recurrente, cuestionen la existencia de la deuda litigiosa cuando los anteriores motivos de la casación defendían que la deuda —real, por tanto— era privativa del esposo. Por otra parte, en este momento nos encontramos en el epílogo —esperamos— del juicio 176/1991, y en la ejecutoria de este juicio (sentencia de 7-3-1992) se declara la existencia de la deuda que ahora se discute, y se condena al interpelado D. Jesús a su pago. Por lo demás, también nos ha recordado la parte recurrida que D.^a Montse-

rrat, en su inicial pretensión, solicitó la sustitución de bienes que autoriza la repetida ley 85 FN, solicitud esta que presupone la incuestionable realidad de una deuda. Los motivos deben claudicar porque, en resumen, pretenden un nuevo juicio, a estas alturas, sobre la realidad de una deuda ya constatada en la ejecutoria.

Siguiendo el orden desplegado por la propia recurrente en el acto de la vista, debemos abordar ahora los motivos séptimo y octavo, que en síntesis pretenden una misma cosa: la declaración de nulidad de la escritura de reconocimiento de deuda de 14-3-1984; y mientras el séptimo motivo se basa en el art. 1687.2 LEC, el octavo lo hace en los arts. 1692.4 LEC y 5.4 LOPIJ, por infracción del art. 24 CE (justicia efectiva).

En lo que toca, en primer término, a la infracción de precepto constitucional nos remitimos a lo explicado más arriba: en este concreto punto, la recurrente cita del art. 24 CE sólo sirve como apoyo formal a la pretensión de fondo de D.^a Monserrat, la posibilidad de discutir aquí y ahora sobre la nulidad de aquella escritura de 14-3-1984.

Verdaderamente, casi podríamos calcar en este momento lo razonado con anterioridad en torno a los motivos tercero y cuarto de este recurso de casación, pues al fin y a la postre la esposa viene a cuestionar de nuevo la realidad de la deuda declarada en la ejecutoria. De otro lado, ya hemos dicho precedentemente que la sentencia firme que estamos ejecutando de 7-3-1992, siguiendo la tesis del actor, basó la condena de D. Jesús justamente en la escritura de reconocimiento de deuda de 14-3-1984, luego no será preciso acudir a prolijos razonamientos para hacer ver que no es posible discutir ahora sobre algo que constituye, cabalmente, “la ratio decidendi” de la ejecutoria. Por ello, la apelación a la justicia efectiva y a la economía procesal no constituye más que pura retórica, encontrándonos como nos encontramos ejecutando una sentencia que afirma lo que la recurrente quiere desconocer. Por lo tanto, será en otro juicio donde la mujer podrá aducir la simulación o fraude de los actos de su cónyuge generadores de la deuda que estamos ejecutando.

IV. DONACIONES ENTRE CÓNYUGES

1. *Estimación de la demanda en la que la esposa solicitaba la declaración de validez de la donación “propter nuptias”, al ser ineficaz la revocación efectuada posteriormente por el marido, ya que la Ley 76 del Fuero Nuevo de Navarra no fundamenta la eficacia de la donación “propter nuptias” en la efectiva convivencia de los cónyuges.*

TSJ de Navarra, Sentencia de 3 de octubre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Álvarez Caperochipi.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 24 de julio de 1986, D.^a M.^a Teresa y D. José Miguel otorgaron escritura pública en virtud de la cual D. José Miguel efectuaba a favor de su

mandante donación “propter nuptias” de la mitad indivisa del total del suelo y vuelo de una determinada finca. La efectividad de la donación quedó suspensivamente condicionada a la efectiva celebración del matrimonio. No obstante lo anterior, el donante se reservó el usufructo vitalicio del total del inmueble donado.

- Con fecha 3 de octubre de 1986, la demandante y el demandado contrajeron matrimonio civil en Pamplona, de modo que la donación realizada por D. José Miguel a favor de la D.^a M.^a Teresa se hizo plenamente efectiva.
- Posteriormente, el día 7 de septiembre de 1989, el demandado renunció en escritura pública a la reserva de usufructo vitalicio del inmueble donado.
- A pesar de ello, la relación matrimonial se fue deteriorando rápidamente hasta el punto que con fecha 17 de mayo de 1990 fue notificada a D.^a M.^a Teresa la escritura de revocación de la mencionada donación, por entender D. José Miguel que en su mandante concurría una causa de separación y por tanto, de revocación. Ante esta situación, D.^a M.^a Teresa optó por la inactividad, no sólo porque entendía que en ella no concurría la causa de separación aludida, sino porque ese mismo día recibió otra notificación notarial de D. José Miguel en la que le comunicaba que iba a instar la separación judicial.
- D. José Miguel instó demanda de nulidad matrimonial en la que recayó sentencia con fecha 21 de febrero de 1992, desestimando la pretensión del actor por no haber quedado acreditada la causa de nulidad invocada. Dicha sentencia fue recurrida primero en apelación y posteriormente en casación siendo ambos recursos desestimados.
- Mientras estaba pendiente la resolución del recurso de casación, la demandante envió al demandado una notificación notarial en la que le comunicaba su rechazo a la revocación de la donación por no concurrir en ella ninguna causa de revocación prevista en la ley. No obstante, hasta la fecha no ha obtenido ninguna respuesta.
- D.^a M.^a Teresa interpuso demanda de menor cuantía contra en la demanda de juicio de menor cuantía contra D. José Miguel solicitando se dicte sentencia declarando la plena validez y eficacia de la donación realizada por el demandado a favor de la actora, y en consecuencia se ordene la cancelación de cuantos asientos registrales contradigan la anterior declaración para así acomodar la realidad registral al contenido de la sentencia. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.
- El demandado compareció en autos y contestó la demanda oponiéndose a ella y solicitando su desestimación.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 6 de Pamplona dictó sentencia con fecha 29 de enero de 1999 estimando la demanda y declarando la validez y eficacia de la donación realizada por el demandado a favor de la actora contenida

en escritura pública otorgada el día 24 de julio de 1986 ante el notario Sr. Octavio de Toledo con el núm. 1630 de su Protocolo, debiendo los litigantes “estar al régimen de comunidad en mancomún establecido y demás pactos contenidos en dicha escritura, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros y de los que le correspondan al hijo del anterior matrimonio de D. José Miguel, así como de lo establecido en la Ley 164 de la Compilación”.

- En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Pamplona dictó sentencia el 21 de marzo de 2000 desestimando el recurso interpuesto por el demandado.
- D. José Miguel interpuso recurso de casación ante el TSJ de Navarra que fue desestimado por dicho tribunal, si bien estimó la petición en cuanto a la condena en costas.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Resulta incuestionado en el presente procedimiento, que el demandado D. José Miguel donó en escritura pública de 24-07-1986 a D.ª María Teresa, en régimen de Comunidad en Mancomún y según lo dispuesto en la Ley 377 de la Compilación Foral de Navarra, en contemplación del proyectado matrimonio de ambos y como donación “propter nuptias”, la mitad indivisa de la finca situada en el término municipal de Ariz (Navarra), y la obra nueva que en dicha escritura se declaraba, proveniente de la liquidación de la sociedad de conquistas integrada en su día por el demandado con su primera esposa, Sylvia, reservándose el donante el usufructo vitalicio, al que renunciaría en escritura posterior de 7 de septiembre de 1989. Del primer matrimonio del demandado nació un hijo varón, D. José Miguel, cuya guardia y custodia fue encomendada al padre en virtud de acuerdo de separación de los cónyuges formulado en la Sala de divorcios de Beauharnois, Quebec, Canadá. Constando en la inscripción registral de la finca donada, que fue adquirida constante el primer matrimonio del esposo con la citada Sylvia, y adjudicada al mismo en la sentencia de divorcio de 1 de septiembre de 1986, del juzgado de primera instancia número 3 de familia de Pamplona, aprobando el convenio re-

gulador ratificado en el juzgado de fecha 5 de abril de 1984.

Sostiene el recurrente que concurre la extinción del derecho de la demandante sobre los bienes donados por caducidad, lo que entiendo el recurrente sería encuadrable bien en el art. 1692.1 LEC al haberse enjuiciado sobre una acción inexistente y caducada, bien en el art. 1692.4 LEC por infracción de la Ley 34 del FNN. Argumentado que revocada la donación el 17-05-1990, en el momento de ejercitarse la demanda por la esposa se ha cumplido con creces el plazo de 4 años de la Ley 34 FNN, pues han transcurrido casi ocho años. Reiterándose también el grave incumplimiento por la esposa de su deber de convivir con el esposo al abandonar injustificadamente el hogar conyugal el 16-04-1990, y haber transcurrido el plazo de un mes sin interponer demanda de separación (art. 105 CC), lo que, afirma el recurrente, deja sin fundamento alguno su oposición a la revocación extrajudicial.

Sin embargo, por el principio de irrevocabilidad de las donaciones (Leyes 161, 118 FNN), la eficacia de la revocación no se funda en la voluntad unilateral del donante (revocación extrajudicial), sino en la constatación formal y pública de una causa de revo-

cación, lo que presupone ordinariamente el ejercicio de una acción judicial de revocación por el donante (véanse SSTs 2-11-1999, 28-07-1997, 6-02-1997, 27-02-1995). Ello está en consonancia también con la exigencia al donante de una prueba rigurosa de la causa de la revocación, dada la excepcionalidad de la misma, por el hecho de que el donatario es propietario pleno e incondicional de los bienes donados. En la jurisprudencia es muy excepcional encontrar supuestos de revocación extrajudicial de las donaciones, “obiter dicta” parece aceptarse en alguna ocasión su eficacia en los supuestos en que la causa de revocación sea objetivamente contrastable, como sucede en la supervivencia de hijos, o bien por la aceptación expresa del donatario de la revocación extrajudicial misma (STS de 22 de junio de 1989); pero se establece con carácter general en la jurisprudencia que la revocación no es unilateral, ni automática, sino que exige el ejercicio efectivo de una acción judicial revocatoria (SSTS de 8 de marzo de 1972, 6 de febrero de 1997); citándose reiteradamente por doctrina y jurisprudencia la RDGRN de 13 de febrero de 1923, que negó la cancelación de un asiento de propiedad en favor del donatario simplemente presentado en el registro el donante la acreditación del nacimiento de un hijo con posterioridad a la donación; presuponiendo, aun en este caso, el previo ejercicio de la revocación judicial de la donación.

En el caso de la donación “propter nuptias”, es claro que su revocación exige el ejercicio de una acción de revocación, sin que pueda entenderse revocada por la sola comunicación notarial del donante a la donataria, que ni siquiera imputa a la donataria una justa causa de revocación, pues únicamente alega el incumplimiento del deber formal de separarse judicialmente (art. 105 CC), lo que no está previsto como causa de revocación. Y dicho artículo no excluye que haya un abandono justificado, aunque posteriormente no se presente demanda judicial de separación. Podrá discutirse si el plazo

para el ejercicio de la acción de revocación y la prueba de una justa causa para la misma, es el plazo general de 4 años de las acciones rescisorias de la Ley 34 FNN (como para una revocación por incumplimiento de cargas entendió en derecho común la STS de 11-03-1988), o si ha de estarse a los plazos particulares de 5 años o de 1 año de los arts. 646 y 652 CC, aplicables por remisión de la Ley 162 FNN; podrá discutirse también si es un plazo de caducidad o de prescripción, como se define expresamente en la Ley 34; y si, en su caso, dicha prescripción se ha interrumpido válidamente con la comunicación notarial citada y el ejercicio de la acción por la donataria, pero en todo caso los plazos corren en contra del donante, no de la donataria; y ésta no ha consentido en ningún modo la existencia de causa de revocación, y se ha limitado al ejercicio de una acción declarativa de la ineficacia de la revocación extrajudicial efectuada por el donante.

La sentencia de primera instancia expresamente reserva los derechos de terceros y los que pudieran corresponder al hijo del anterior matrimonio del donante, sin duda porque discutiéndose exclusivamente en el procedimiento la eficacia de la revocación extrajudicial efectuada, ni ha sido debatido, ni hay datos suficientes en el procedimiento para poder determinar la eventual naturaleza de reservables de dichos bienes conforme a la Ley 274 FNN, ni la situación posesoria de los bienes donados tras la donación y posterior separación de los cónyuges, ni la constancia registral de la disposición o disposiciones posteriores, y no se ha pretendido la entrega efectiva de los bienes a la donataria, ni la división de la mitad de la finca donada, ni la partición y liquidación del régimen económico del matrimonio de los cónyuges, como parecería consecuente; por lo que la declaración de ineficacia de la revocación extrajudicial, y el rechazo de este tercer motivo de casación, no supone por sí misma la declaración de propiedad de la donataria sobre los bienes donados, cuya realidad, identidad, naturaleza, división y poder de disposición

del donante no han sido debatidos en las sentencias recurridas.

En otro orden de cosas, argumenta el recurrente que habiéndose admitido que la esposa demandante abandonó el hogar familiar, incumple gravemente el deber legal de convivencia impuesto en el art. 105 CC, y ello ha de ser fundamento suficiente de revocación de una donación, cuya causa fue la vida en común, y así expresamente se recogió en la escritura de donación, según se alegó en la vista oral.

A este respecto señala el TSJ de Navarra que la Ley 76 FNN no fundamenta la eficacia de la donación “propter nuptias” en la efectiva convivencia de los cónyuges, ni condiciona su virtualidad a la continuación de dicha convivencia, sino que dado el principio fundamental de irrevocabilidad de las donaciones (ley 161), que se formula también expresamente para las donaciones “propter nuptias” (ley 118), se exige de modo riguroso para su revocación la prueba de una causa de desheredación o de la imputabilidad de la causa de separación o divorcio. Lo que se justifica porque la donación “propter nuptias” como todas las donaciones es un acto lucrativo, que tiene en el ánimo de liberalidad su causa, y porque cumple una función familiar y sucesoria de asegurar al cónyuge más débil o necesitado frente a las necesidades derivadas de la eventual separación o disolución del matrimonio, precon-

tuyendo desde su origen el remedio para el posible fracaso de la vida en común, y construyendo además un deseable orden de igualdad económica entre los cónyuges durante el matrimonio, que la ley siempre ha favorecido como fundamento de los regímenes de comunidad. Interpretación jurisprudencial restrictiva a la revocación recogida en el derecho común en la aplicación del art. 1343 CC (SSTS de 5 de noviembre de 1993 y 1 de julio de 1994), cuyo tenor literal no es tan exigente en la imputabilidad como la ley 76 del FNN. Considerando incluso la STS de 27 de febrero de 1995 que la infidelidad de la esposa no es causa de revocación de una donación “propter nuptias” de los padres.

En el presente caso, ni la anterior sentencia de nulidad matrimonial, ni la de divorcio instadas por el demandado, imputan causa alguna a la esposa demandante de la crisis matrimonial sufrida por ambos, se encuentran en las sentencias dictadas referencias expresas a supuestos malos tratos o tratos vejatorios del esposo demandado, nunca se declararon probadas las graves acusaciones vertidas contra la esposa; y en todo caso la sentencia recurrida concluye “que sí existió justificación en el abandono del hogar por parte de D.^a M.^a Teresa, o al menos no queda en absoluto probada su falta de justificación”. Declaración de hecho que resulta firme en casación, y de la que se sigue necesariamente la desestimación del presente motivo.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. *El hecho de que se diga que se tuvieron que casar por presiones sociales del pueblo y de los padres de ambos es irrelevante a los efectos de declaración de nulidad del matrimonio, puesto que en modo alguno está acreditado qué tipo de presión sufrieron por parte de los padres, que ni siquiera han sido traídos al procedimiento a declarar, ni por parte del pueblo, no se describe en la demanda en qué consistieron las coacciones, presiones, etc.*

AP Navarra, Sec. 3.ª, Sentencia de 6 de abril de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Pérez.

El esposo interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía frente a su esposa interesando la nulidad del matrimonio canónico celebrado entre ambos el día 5 de julio de 1999, en sede del art. 73 n.º 1 del Código Civil en base a los siguientes hechos: “Que con anterioridad a la celebración del matrimonio ambos habían tenido un hijo que nació el 24 de septiembre de 1992. Que fue precisamente el nacimiento de este hijo así como las presiones sociales de sus padres, siendo jóvenes, tuvieron que soportar en el pueblo para adoptar de carácter matri-

monial a esa filiación, lo que conllevó el que se vieran forzados a contraer matrimonio sin una verdadera voluntad de celebrarlo por parte de la esposa demandada. Que pasados escasos diez días de la celebración del matrimonio la esposa reconoció al esposo que acudió a la celebración del matrimonio presionada por las circunstancias sociales que en el pueblo tuvo que soportar derivadas de la existencia de un hijo en común, pero que en realidad nunca tuvo una verdadera intención de contraer matrimonio ni de prestar consentimiento al mismo, esto último fun-

damentalmente porque ya antes de la celebración del matrimonio venía manteniendo una relación con otra persona que en la actualidad sigue manteniendo”.

El actor destaca la concurrencia de un defecto esencial en el acto de constitución del vínculo matrimonial ya que en la persona de la contrayente faltaba un verdadero consentimiento matrimonial preciso para la existencia del matrimonio por lo que ejercita la acción de nulidad basada en el art. 73.1 del Código Civil en relación con el art. 45 n.º 1 del mismo cuerpo legal.

La sentencia desestima la demanda por entender que en definitiva la esposa se vio obligada a contraer matrimonio ante el temor o presión de la reacción de otras personas más o menos allegadas al vivir en una localidad pequeña, lo que califica de temor reverencial, y lo relaciona con el n.º 5 del art. 75 del Código Civil por lo que sostiene que es inexistente la coacción alegada por el actor y por tanto en modo alguno está acreditada la falta de consentimiento.

Frente a la sentencia de instancia se alza la parte actora insistiendo de nuevo en la nulidad de matrimonio por falta del consentimiento en la esposa reproduciendo en el acto de la vista oral los mismos argumentos que se esgrimen en la demanda.

La petición de nulidad matrimonial interesada por la parte recurrente tiene como apoyo o punto de partida la consideración de esta figura como acto, contrato o negocio jurídico cuya esencia es una declaración de voluntad sujeta a determinados requisitos y que ha de expresarse en determinada forma. Como requisito esencial en todo negocio jurídico, el consentimiento constituye también un requisito imprescindible para la validez del matrimonio señalando al efecto el art. 45 del Código Civil que no hay matrimonio sin consentimiento y, en consecuencia, el art. 73 recoge como primera causa de nulidad la ausencia de consentimiento. No define el Código Civil qué se entiende por consentimiento matrimonial, si bien por las notas que caracterizan a aquel (derechos y

deberes en un plano de igualdad, arts. 66, 67 y 68 del Código Civil), hay que entender que cuando la voluntad no se dirige a la constitución de esa unión duradera entre personas hábiles, capaces con derechos y deberes recíprocos, falta el consentimiento matrimonial y por el matrimonio así viciado es nulo. Sería así de aplicación en materia del consentimiento matrimonial las normas que regulan en el Código Civil el consentimiento en los contratos (arts. 1263 y siguientes). Se incluirán pues para concluir en la causa primera del art. 73 todos aquellos supuestos en que falta el consentimiento matrimonial, bien porque uno de los contrayentes o ambos sean incapaces de emitir un consentimiento válido, bien porque acogidos los contrayentes a las formas externas de celebración, su propósito no es el de asumir los derechos y obligaciones que forman la esencia de la relación de matrimonio frente a las figuras de la separación matrimonial y el divorcio, que articulan remedios legales que podríamos calificar de ordinarios ante la crisis conyugal, y sobre la base de la validez del vínculo en su momento contraído, la declaración de nulidad de dicho nexo nupcial se ofrece con un carácter excepcional, pues supone la exclusión de los condicionantes, ya de capacidad subjetiva, ya formales, bien afectantes a la correcta formación y emisión del consentimiento matrimonial que, en definitiva, pueden determinar, con uno u otro alcance, la negación “ab initio” del negocio jurídico matrimonial, en hipótesis bien de inexistencia del mismo, o bien de nulidad absoluta o relativa, según el clásico esquema clasificatorio doctrinal, que sin embargo no encuentra el adecuado acomodo en el artículo 73 del Código Civil, que engloba, sin distinción aparente y bajo la rúbrica común de “nulidad”, todas las irregularidades concurrentes en la celebración del matrimonio; aunque es cierto que en los preceptos siguientes viene a establecerse un régimen divergente para algunos de los supuestos allí genéricamente contemplados, lo que implica una clara

aproximación hacia los referidos esquemas doctrinales.

Sin embargo, en cualquiera de las posibilidades que recoge el citado precepto, y por el carácter excepcional de la institución examinada, al negarse validez “a posteriori” a un contrato matrimonial aparente, ha de actuarse con especial cautela respecto de los datos fácticos y elementos probatorios ofrecidos a la consideración judicial, de tal modo que sólo cuando conste de manera inequívoca la concurrencia de condicionantes susceptibles de integrarse en las referidas previsiones legales, puede proclamarse la radical solución sanadora propugnada, que entra en colisión con el principio del favor matrimonial bastante más atenuado, como se apuntó, en las figuras de la separación o el divorcio.

Ello sentado, y entrando ya en una valoración crítico jurídica de cada una de las causas, con sus apoyos fácticos consiguientes, esgrimidas por el recurrente en el escrito rector del procedimiento, en cuanto premisas de su final petición anulatoria del vínculo conyugal, no puede alcanzarse el amparo judicial impetrado en la misma en cuanto sustentada en la causa 1.^a del artículo 73 del CC.

En efecto la misma contempla un típico supuesto de inexistencia del matrimonio, por ausencia total de consentimiento al respecto, lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene a extender a aquellos casos en que la declaración procede de una persona que no está en el pleno ejercicio de su razón, como ocurre en alguna de las enfermedades mentales (STS 18-9-1989). La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de julio de 1993 dice: “Que para que la intimidación definida en el ap. 2.^o art. 1267 CC pueda provocar los efectos previstos en el

art. 1265 del mismo cuerpo legal y conseguir la invalidación de lo convenido, es preciso 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 el perjuicio que hubiere de originar, influya sobre su ánimo induciéndole a emitir una declaración de voluntad no deseada y contraria a sus propios intereses, es decir, consiste en la amenaza racional y fundada de un mal grave, en atención a las circunstancias personales y ambientales que concurren en el sujeto intimidado, y no un temor leve, y que entre ella y el consentimiento otorgado medie un nexo edificante de causalidad”.

Bajo ningún concepto está acreditado la ausencia del consentimiento por parte de la esposa a la hora de contraer aquel matrimonio con el actor, ni tampoco existe prueba alguna que permita deducir que su consentimiento a la hora de contraer matrimonio estuviera viciado bien por el miedo o por alguna coacción.

El hecho de que se diga que se tuvieron que casar por presiones sociales del pueblo y de los padres de ambos es irrelevante puesto que en modo alguno está acreditado qué tipo de presión sufrieron por parte de los padres, que ni siquiera han sido traídos al procedimiento a declarar, ni por parte del pueblo, no se describe en la demanda en qué consistieron las coacciones, presiones, etc.

Además hay que tener en cuenta que el matrimonio ya se celebró una vez que nació el hijo común de ambos, lo que evidencia también que es inexistente presión alguna para contraer ese matrimonio.

2. *Decretada la separación, se presume que desde esa fecha ha cesado la convivencia, correspondiendo la carga de probar la convivencia al cónyuge que se opone al divorcio.*

AP Navarra, Sec. 3.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Aurelio Vila Dupla.

El único motivo del recurso de apelación, interpuesto contra la sentencia que decretó la disolución del matrimonio por divorcio, se fundamenta por la apelante en la infracción del art. 86 1 CC, alegando a tal fin que no se ha probado el cese de la convivencia conyugal. El recurso carece de fundamentación mínimamente atendible por dos razones. En primer lugar ha de tenerse en cuenta que declarada la separación judicial por sentencia de 5 de septiembre de 1996 del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Segovia,

desde dicha fecha se presume que ha cesado la convivencia, por lo que sobre el cónyuge que alega la reanudación de la misma recaía la carga de la prueba, carga ésta que la demandada, ahora apelante, ni ha logrado ni, siquiera, intentado. En segundo lugar porque en el pliego de posiciones confeccionado por su dirección letrada se reconoce que el apelado convive con otra persona (posición 5.ª), hecho ratificado por el informe obrante en autos.

II. PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, Y RÉGIMEN DE VISITAS

1. *Aun cuando la indemnización por fallecimiento del hijo en accidente de tráfico corresponde por mitad a ambos cónyuges, procede atribuir la íntegramente a la madre, teniendo en cuenta que era el único progenitor con el que convivía el menor y el padre se encontraba en ignorado paradero.*

AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 19 de febrero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio Buceta Miller.

Basta la mera lectura del escrito de demanda para deducir que lo que la actora pre-

tende es la indemnización total por el fallecimiento de su hijo, que la tabla I grupo 5.º

del baremo de la L. 30/1995 otorga a los padres con convivencia con la víctima, pareciendo desprenderse de la misma, no sólo que el fallecido convivía únicamente con la madre en el momento del accidente y fallecimiento derivado del mismo, sino además que no existe en el momento de ejercitar la acción otro progenitor que pudiera tener derecho a reclamar. Toda la argumentación de la demandada se basa en afirmar que cuando el fallecido tenga padre y madre y uno de ellos conviva y el otro no con el fallecido, cada uno tendrá derecho a la mitad de la indemnización, pretendiendo que esto es lo que ocurre en el caso presente, pues no existe prueba documental alguna que acredite la premoriencia del padre. Sin embargo, su argumento no puede ser atendido por dos razones: la primera, que correspondería a la demandada ante la pretensión de la actora de reclamar la totalidad de la indemnización, acreditar que por estar el padre vivo, sólo le correspondería la mitad, lo que no ha hecho, y en segundo lugar y lo que es más importante, porque en el caso de que el padre en efecto aún perviviera, lo que no consta en modo alguno, en cualquier caso su posibilidad de reclamar contra la demandada la cantidad que le correspondiera por la muerte de su hijo habría prescrito en el momento presente por el transcurso de más de un año desde la fecha del accidente (18 de septiembre de 1998) pues es evidente que no existe reclamación alguna por parte del padre supuestamente vivo, toda vez que en tal caso la compañía lo habría alegado inmediatamente para que ambos progenitores compartieran la indemnización y no prospe-

rara la reclamación de la madre por la totalidad.

Por tanto, aun siendo cierto como se pretende por el recurrente, que si perviven ambos progenitores, han de compartir la indemnización y también que en este caso no consta la premoriencia de uno de ellos, el efecto es idéntico a si constara la misma pues nadie podrá ya reclamar en este momento a la compañía ninguna cantidad más allá de la que se ventila en este procedimiento.

Se alega por último incongruencia de la sentencia de instancia diciendo que la parte demandante reclama sobre la base al supuesto de hecho «conviviendo ambos padres con la víctima», cuando es lo cierto que reclama aduciendo que el fallecido convivía con su madre, no haciendo mención alguna al padre.

Por otro lado, la congruencia o incongruencia lo que implica es que exista o no correlación entre lo pedido y lo concedido en sentencia. Así, tiene declarado el TS en S. de 12 de mayo de 1998, que la exigencia procesal de la congruencia no puede tener otra extensión que la derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, existiendo allí donde esos dos términos, fallo y pretensión procesal, no está sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicos de los escritos rectores del proceso, y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en las mismas (S. de 27 de noviembre de 1995 y las en ella citadas).

2. *Supresión de la pernocta con el padre hasta que éste acredite un grado de rehabilitación del alcoholismo duradero y estable.*

AP Teruel, Sentencia de 9 de enero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Ochoa Fernández.

Teniendo especialmente en cuenta las declaraciones de los niños, hijos de los litigantes, objeto de especial preocupación para esta Sala, como lo han sido para el Ministerio Fiscal y para el Juzgador de Instancia, hemos de entender y acoger, por el momento, la petición de la madre de que los niños no pernocten con su padre hasta que éste acredite, en forma, que ha alcanzado un grado de rehabilitación en su enfermedad suficientemente contrastado, duradero y estable; reduciéndose, en consecuencia, su derecho de visitar y estar con sus hijos a los períodos que fija el Sr. Juez “a quo”, pero sin pernoctar con él, de modo que los niños deberán

volver al domicilio materno en cuanto sea la hora en la que habitualmente cenan. Hemos de resaltar que esta medida restrictiva, que ahora se adopta, cesará cuando el padre lo desee; queda sujeto a una sola voluntad y conducta; de manera que si su propósito de rehabilitación es serio, firme y definitivo, ninguna preocupación debe tener, por cuanto en el instante que justifique —transcurrido un tiempo mínimo prudencial, para que tales signos se manifiesten natural y espontáneamente— que la reiterada recuperación se ha producido y es estable, esta restrictiva medida se eliminará.

3. *No fijación de un régimen de visitas cuando el progenitor está internado en un centro penitenciario.*

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de enero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Salvador Castañeda Bocanegra.

La representación del padre reclama para su representado el derecho fundamental que le asiste de recibir las visitas de sus hijos menores en el Centro Penitenciario Cáceres-II donde cumple condena. Se alega al efecto que esa relación con los hijos puede serle muy beneficiosa para su futura rehabi-

litación social, y además que las relaciones de su representado con los hijos hasta el momento han sido muy buenas. No podemos dar acogida al motivo de oposición invocado por cuanto que en las relaciones de padre e hijos, será principio preferente el interés del hijo sobre el de los padres, en cuanto a

las decisiones que puedan adoptarse en virtud del principio “favor fili”. En tal sentido convenimos con las argumentaciones explicitadas en la sentencia de instancia en su fundamento jurídico tercero así como las que se derivan del informe del Ministerio Fiscal expresivas, de una parte que ese régimen de visitas que se reclama favorece únicamente al padre y que no tienen eficacia alguna en la rehabilitación del mismo; de otra parte velando por el interés de los hijos menores la imposición de un determinado régimen de visitas en el referido centro penitenciario les puede ser muy perjudicial, aparte de que nuestra Ley y Reglamento Penitenciario prescriben otros medios para posibilitar la futura rehabilitación del penado. Es también de significar que la tesis mantenida por la representación del apelante, en cuanto a la permanencia de los menores en un centro penitenciario que se regula en la

Ley de Reglamento Penitenciario, se dan para supuestos totalmente distintos al caso que nos ocupa y especialmente para los hijos menores o de corta edad que necesiten el cuidado de la madre, sobre todo en la época de lactancia.

En consecuencia y a tenor a las argumentaciones esgrimidas, la situación actual del penado interno en un centro penitenciario no es la más propicia para el restablecimiento del referido régimen de visitas totalmente negativo para los hijos menores, sin perjuicio de que en el futuro, una vez que el padre goce del régimen de tercer grado que le posibilita los permisos y salidas del centro penitenciario, se pueda instar una modificación en tal sentido que sin duda en un régimen de completa libertad y sin los inconvenientes de la entrada de los hijos en centro penitenciario, serían muy favorables para revitalizar los lazos paterno-filiales.

4. *A pesar de que se haya dictado sentencia estimando la reclamación de paternidad no procede fijar un régimen de visitas restrictivo habida cuenta que las cartas intercambiadas entre ambos progenitores cuando su relación existía denotan interés del padre en estar y atender a la hija.*

AP Álava, Sec. 2.^a, Sentencia de 26 de enero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Ruiz Jiménez.

Se recurre la sentencia de primera instancia, no en cuanto reconoce la paternidad del demandante, extremo afirmado de contrario tanto en la contestación a la demanda como en la prueba de confesión. Se discrepa de aquella entendiendo excesivo el régimen de visitas acordado. Ha de tenerse en cuenta que Tania, la hija de quienes ahora litigan, nació el 19 de enero de 1998, es decir acaba de cumplir los tres años, y en contra de lo que afirma, las cartas intercambiadas entre ambos cuando su relación existía, denotan

interés del padre en estar y atender a la hija, extremo que se ratifica en el hecho mismo de interponer esta demanda. De otra parte los informes técnicos que aparecen realizados son conformes en una relación mantenida del padre con la hija y la edad de la misma, junto a la colaboración de ambos, necesaria para dar normalidad a las relaciones paternofiliales. Para ello, no sólo ha de ayudar el padre con un trato de cariño, en atención a la edad de la niña y la escasa relación mantenida hasta ahora, sino desde luego la madre,

facilitando el acercamiento, con naturalidad sobre todo de cara a la hija y sin reproches al menos a su presencia hacia el padre, de manera que esta ahora iniciada relación padre-

hija redunde en beneficio de la menor, a lo que cabe presumir que uno y otro progenitores mostraran el mayor interés, atendido el cariño que a la hija le profesan.

5. *Aumento del régimen de visitas a instancia del progenitor custodio, dada la necesidad de compartir ambos padres la responsabilidad del menor que se encuentra afectado por una enfermedad que exige una continua atención.*

AP Bilbao, Sec. 6.^a, Sentencia de 25 de abril de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Rodríguez Galarza.

El régimen de visitas pactado por ambos cónyuges en convenio regulador de fecha 12 de marzo de 1990, aprobado en sentencia de separación de 23 de mayo, excluía la pernocta del menor con el cónyuge no custodio, por motivos que no se especifican y de forma subsidiaria al que las partes convinieren. Ello no obstante y según informe clínico aportado como documento n.º 3 con el escrito de demanda cabe señalar que el menor nacido el 7 de marzo de 1984 ya presenta una descompensación psicótica a los 18 meses de edad con pérdida de capacidades verbales, ecolalias, inversión pronominal, movimientos estereotipados y tendencia al aislamiento, siendo diagnosticado a los 3 años de edad de psicosis infantil. Dicho informe de fecha 27 de febrero de 1998 concluye “si bien su evolución ha sufrido altibajos, en el momento actual se da un agravamiento de su estado, con incremento de la inquietud general, alucinaciones auditivas y cenestésicas, estereotipias motrices, episodios de llanto incoercible, ideas delirantes y terrores nocturnos difíciles de calmar. Se trata pues de un niño al que hay que atender y cuidar durante todo el día, y para el resto de su vida, por lo que van a ser necesarios muchos recursos y apoyos”. El contenido de dicho

informe clínico es ratificado en lo sustancial en el documento n.º 1 aportado con el escrito de contestación a la demanda y emitido por igual centro en fecha 5 de octubre de 1999, matizando “se trata pues de un niño al que hay que atender y cuidar durante todo el día y para el resto de su vida, responsabilidad que puede y debe ser compartida por ambos padres, para lo que va a ser necesario muchos recursos y apoyos”. Es precisamente esta responsabilidad compartida por ambos progenitores la que la madre invoca a través de un incremento del régimen de visitas que de forma tan restrictiva establece el convenio regulador.

Este Tribunal no comparte la conclusión del servicio de psicología forense que en informe de fecha 14 de enero de 2000 señala “teniendo en cuenta la baja motivación observada en el padre para asumir dicha demanda, sostenida con argumentos de tipo personal laboral y familiar, junto con la in experiencia en el trato prolongado con el menor y el desconocimiento de los diferentes ámbitos de ayuda en los que se encuentra su hijo hacen desaconsejar un aumento del régimen de visitas, ya que el manejo de situaciones de estrés manejadas inadecuada-

mente por el padre podría incidir negativamente en la estabilidad del menor”. Indefectiblemente con el esfuerzo exclusivo y personal de la madre titular de la guarda y custodia, la atención y educación del menor están garantizadas, pero ello no excluye la responsabilidad del padre en dicha asistencia amparado en un régimen de visitas tan restrictivo. No es solo que la madre con dicha atención exclusiva y excluyente al menor incapaz no pueda rehacer su vida e integrarse en el mercado laboral, sino que además dicho régimen de visitas a la postre excluye al padre de toda responsabilidad y atenta contra el principio general de velar por los hijos menores y prestarles alimentos y contra el derecho deber de continuar la relación paterno-filial (art. 94 CC). Dicho amparo y tutela de los hijos menores de edad y dicha prestación de alimentos, obligación inexcusable de todo progenitor, no se cumple con el abono de una pensión, singularmente en supuestos como el de autos en los que la discapacidad psíquica del menor exigen una atención y cuidado permanente y sin duda alguna una responsabilidad compartida por ambos progenitores. Se sale así al paso al argumento que el Juzgador a quo

expone en su auto de medidas provisionales como fundamento de la restricción “la baja motivación observada en el padre así como la inexperiencia en el trato prolongado con el menor y el desconocimiento de los diferentes ámbitos de ayuda en el que se encuentra el hijo, podría influir negativamente en la estabilidad del menor”, falta de motivación y desconocimiento que son de única y exclusiva responsabilidad del padre y que en interés del menor ha de resolver. Por tal motivo esta Sala incrementa el régimen de visitas establecido, cuyo contenido no constaba en autos y motivó la diligencia para mejor proveer en esta alzada, en los siguientes términos:

El padre tendrá al menor en su compañía fines de semana alternos desde las 10.00 horas del sábado hasta las 20.00 horas del domingo y la mitad de los períodos vacacionales del menor de Navidad y Semana Santa y 15 días de Verano en todo caso con pernocta según acuerdo de las partes y en su defecto a elegir, el padre los años pares y la madre los impares. Se acoge así parcialmente la demanda reconventional formulada en la instancia.

III. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Improcedencia de fijar como límite al derecho de uso de la vivienda la circunstancia de que la esposa venga a mejor fortuna.*

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 31 de enero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López-Carrasco Morales.

Aun manteniendo el uso de la vivienda familiar a favor de la Sra. L., no está justificada la prohibición impuesta en la sentencia

apelada de dividir la vivienda familiar de Avda. Alfonso XIII, de Badalona hasta que la mujer venga a mejor fortuna, pues tal cau-

tela no cabe dentro de las comprendidas en el art. 91 del CC ya que en el presente caso carece de virtualidad y realismo el hecho de un supuesto desamparo y falta de medios en la esposa, y por otro lado la medida prohibitiva conculca el derecho del copropietario a pedir la división de la cosa común en cualquier momento expresada en el art. 400 del CC, reafirmado por el art. 76.3.º y 43 del Código de Familia de la Generalitat de Catalunya, disipando así la duda sobre la posibilidad de ejercer dentro del proceso matrimonial la “actio communi dividundo”, constituyendo el procedimiento citado la cobertura procesal del derecho al decir que cualquiera de los cónyuges puede ejercitar simultáneamente la acción de división de la cosa común con respecto a las que tengan en proindivisión y que la sentencia que lo declarase, puede cumplirse en trámite de ejecución de sentencia; Así lo viene reconociendo también el TS en solución armónica del derecho de todo copropietario de hacer cesar el estado antieconómico de la indivisión en cualquier momento, pero a la vez con respeto al derecho de uso de la vivienda familiar acordada, al decir las SS. de 22 de diciembre de 1992 y 14 de julio de 1994 del Alto Tribunal que cualquiera que sea el

efecto extensivo o permisivo con que debe viabilizarse sin obstáculos impositivos, la pretensión de dividir la copropiedad, la idea de que todo copropietario puede pedir en cualquier momento la división de la cosa común, ha de mantenerse, sin olvidar que este derecho divisorio que se ejercita, subsigue a la existencia de una situación jurídica perfectamente tutelada por una norma específica que ha acontecido a resultas de la separación personal de los cónyuges, y que como efecto un (sic) establece que la sentencia en la que se decreta la separación el juez asignó el uso de la vivienda familiar y los objetos de uso ordinario..., a un cónyuge; prescripción que cualquiera que sea la ulterior vicisitud de esa vivienda, habrá de quedar debidamente garantizada, so pena de vaciar de imperatividad ejecutoria lo así fijado judicialmente; Por tanto, y en aplicación de tan clara doctrina, se ha de revocar la sentencia con eliminación de la prohibición de vender impuesta bajo una condición difusa y de imprecisos contornos, como es la de venir a mejor fortuna la Sra. L., que la Sala no encuentra justificada a la realidad del caso y que infringe la Ley y doctrina jurisprudencial antes citada.

2. *Procedencia de la reclamación de cantidad efectuada por uno de los ex cónyuges al otro en concepto de pago de la mitad de las cuotas extraordinarias de la comunidad de propietarios y del IBI respecto de la vivienda que, tras la liquidación de la sociedad de gananciales, es propiedad de ambos.*

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 5 de marzo de 2001.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Elena Rodríguez-Vigil Rubio.

En cuanto a los gastos relativos a la vivienda hoy propiedad de ambos ex cónyuges por mitades e iguales partes, ha de ser parcialmente acogida la pretensión reclama-

toria deducida en la demanda en cuanto que, si bien procede la repercusión al demandado del 50% de los pagos cuyo reintegro se interesa por los conceptos de IBI y gastos ex-

traordinarios abonados a la comunidad de propietarios, dado que el art. 393 del CC establece la obligación de todo copropietario de contribuir a los gastos de conservación y demás cargas de la cosa común en proporción a su respectiva cuota, en este caso por mitad, siendo indudable que el IBI grava la propiedad y los gastos extraordinarios redundan en la revalorización o en todo caso conservación del inmueble en que se ubica la vivienda, no ocurre lo mismo con las cuotas ordinarias de comunidad al responder las mismas a una serie de servicios y suministros de que disfruta directamente en exclusiva la usuaria de la vivienda y que por ello ha de correr por entero a su cargo, al modo en el propio art. 20.4 de la LAU así lo establece para el arrendatario, en previsión

que por razón de analogía debe ser aplicable a este supuesto. De ahí que por este concreto concepto se fija el crédito de la actora frente al demandado en la cantidad de 56.022 pesetas, 50% del importe de la repercusión por obras realizadas en el inmueble según la certificación de la Administración de la Comunidad y 50.046 pesetas por igual porcentaje del IBI correspondiente a los años 1994 a 1999, ambos inclusive, según la certificación del Ayuntamiento de Valdés obrante al folio 92, esto es en total la cantidad de 106.058 pesetas, que sumada a la ya reconocida en la recurrida y a la adeudada en concepto de atrasos de pensiones alimenticias suponen que el demandado adeude a la actora un monto total de 4.461.847 pesetas.

IV. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *Atribuida la guarda y custodia al padre, no procede fijar pensión alimenticia a cargo de la madre al haber quedado acreditada la imposibilidad material de ésta para atender siquiera sus propias necesidades alimentarias.*

AP Álava, Sec. 1.^a, Sentencia de 17 de enero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Íñigo Madaria Azcoitia.

Se impugna la sentencia de instancia en el único punto que afecta a la pretensión de alimentos en favor del hijo, interesando un importe mensual de 40.000 pesetas, con cargo a la madre, alegando que la situación de desempleo de la madre no impide la fijación de la meritada pensión al existir la obligación de prestar alimentos aunque no conste los ingresos del obligado.

Debe desestimarse el recurso siendo procedente confirmar la sentencia de instancia, por cuanto acreditada la imposibilidad material de la demandada para atender siquiera sus propias necesidades alimentarias es improcedente fijar una pensión a su cargo y en favor del hijo, pues inmediatamente estaría incurso en causa de extinción de la obligación de dar alimentos como resulta del art.

152.2.º del Código Civil. Ello no supone que cese la obligación abstracta de prestar alimentos entre parientes, pues en caso de mejor fortuna sería procedente la reclamación. Debe tenerse asimismo en cuenta que los arts. 145, 146 y 147 del Código Civil contemplan siempre como variable a tener

en cuenta, para fijar los alimentos, el caudal del obligado, lo que necesariamente debe conducir, en su consecuencia extrema, a la inexigibilidad de alimentos cuando esa variable descubra la absoluta falta de capacidad económica del obligado.

2. *Habiéndose acreditado que el demandado, además de percibir una pensión, trabaja de forma más o menos clandestina, de ello se deduce una presunción de onerosidad cuya destrucción corresponde al propio demandado.*

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 17 de enero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Picazo Blasco.

La recurrente pretende la fijación o establecimiento de una pensión alimenticia a favor de los hijos comunes y con cargo al esposo, pensión que la Juzgadora de primer grado denegó bajo el argumento de que la misma no se establecía en el auto de medidas provisionales y que las circunstancias imperantes en el momento en que aquel se dictó no habían cambiado a la fecha de la sentencia de separación. Tal argumentación debe rechazarse. En primer término, la obligación de alimentos de los padres respecto de los hijos ha de considerarse como algo de carácter prioritario e indisponible, cupiendo en todo caso la suspensión de tal deber cuando las circunstancias del progenitor alimentante hagan materialmente imposible su cumplimiento, pero persistiendo la obligación en sí por ser inherente al ejercicio de la patria potestad. Pero es que, además, en el presente caso, tampoco resultan ciertos los argumentos plasmados en la Sentencia de instancia en el sentido de que no se hayan acreditado otros ingresos distintos a los exclusivamente confesados por el demandado y correspondientes a la expresada pensión

de invalidez. Antes al contrario, la prueba documental incorporada al escrito de demanda en conjunta apreciación con la prueba testifical en la que el testigo después de haber negado que el demandado hubiera participado en las obras llevadas a cabo por el testigo en el gremio de la construcción reconoció cierta actividad colaboradora del demandado al admitir que éste llevó gente a las obras con su furgoneta (f. 68), viene a revelar cómo en efecto, el demandado, desempeñó determinadas tareas en el gremio de la construcción de forma más o menos clandestina, deduciéndose de ello una presunción de onerosidad cuya destrucción hubiera correspondido al propio demandado. Sin embargo, la circunstancia de que el demandado haya tenido que abandonar el domicilio conyugal derivándose de ello la necesidad de buscarse un cobijo con el consiguiente gasto que ello acarrea ha de ser igualmente ponderada por la Sala a la hora de determinar el “quantum” de la pensión a satisfacer, que atendiendo también a la edad de los dos menores, de catorce y nueve años en la actualidad, hace razonable fijarla en la

suma conjunta para ambos de quince mil pesetas, que experimentará el correspondiente incremento del IPC en forma anual y que el esposo deberá entregar a la esposa dentro de

los cinco primeros días de cada mes ingresándola en la cuenta corriente que ésta designe. Por todo ello, el recurso debe prosperar en los indicados términos.

3. *El nacimiento de nuevos hijos constituye una alteración sustancial de las circunstancias a efectos de modificar la pensión alimenticia de los hijos del anterior matrimonio.*

AP Las Palmas, Sec. 4.^a, Sentencia de 29 de enero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Cobo Planas.

Interpuesto recurso por la representación procesal de D. Miguel Ángel contra la sentencia de instancia, el mismo combate esencialmente el mantenimiento de la cantidad fijada en concepto de alimentos en favor del hijo menor en la sentencia de divorcio, con las actualizaciones derivadas del incremento del IPC. En sentencia de divorcio se fijó en 70.000 ptas. mensuales la cantidad con la que el padre ha de contribuir en concepto de cargas matrimoniales, por lo que al día de la fecha por las sucesivas actualizaciones, la suma mensual que se viene satisfaciendo es la de 84.044 ptas.

Se alega por el recurrente como hecho esencial que determina el cambio de circunstancias por el que se pide la reducción de la cuantía que se acaba de señalar el establecimiento por su parte de una nueva familia y el nacimiento de una hija fruto de esta relación.

La sentencia de instancia considera, siguiendo una doctrina sentada por determinadas Audiencias Provinciales, que si el demandante ha asumido nuevas obligaciones económicas lo ha hecho voluntariamente y que ello no puede ir en detrimento y perjuicio de las obligaciones que antes tenía adquiridas y que deben prevalecer, como la pensión de alimentos de su hija.

Esta Sala, contrariamente a lo sostenido por la juez “a quo”, estima que, en términos generales, debe considerarse que el nacimiento de nuevos hijos del progenitor alimentante, en cuanto conlleva un notable e ineludible incremento de gastos y la consiguiente reducción de los medios económicos disponibles (art. 147 CC), constituye una alteración sustancial de las circunstancias con aptitud para justificar la modificación de la prestación judicialmente acordada en favor de los descendientes habidos del matrimonio que fue objeto de separación o disolución.

Sin embargo, en este tipo de situaciones, en las que pueden entrar en conflicto el derecho del progenitor a constituir una nueva familia tras la crisis conyugal, así como el principio de igualdad entre los hijos (art. 39 CE), con la necesidad de que cualquier medida económica o alteración en la misma que se adopte respecto a los hijos ha de ser en beneficio o interés de los mismos (art. 92 CC), sin que puedan verse perjudicados en sus derechos asistenciales derivados de la relación paterno-filial, como consecuencia de la ruptura conyugal habida entre sus progenitores, obliga a ponderar y conciliar en la medida de lo posible los intereses en juego, tomando en consideración, por un lado, el

carácter libre y voluntario, y por ello responsable, que reviste el aumento de las necesidades familiares, decidido y objeto de atención por parte del alimentante, y, por otro, la exigencia de que no se ponga en peligro la subsistencia y educación de los descendientes que tienen reconocido su derecho de alimentos. Para ello es preciso tener en cuenta dos datos esenciales:

1.º Que cualquier persona, no obstante haber tenido un fracaso matrimonial (o de relación personal), y aunque del mismo deriven obligaciones paterno-filiales, tiene el derecho de rehacer su vida y, si así lo desea, traer al mundo nuevos hijos. Y tal derecho no puede ni impedirse, y ni tan siquiera limitarse, por la existencia de anteriores hijos, del mismo modo que ningún tribunal tendría la osadía de limitar el número de hijos que una familia puede tener examinando para ello las posibilidades económicas de la misma y a una «adecuada» atención de esos hijos, proporcional a esos ingresos dinerarios. Pensemos, por ejemplo, en el caso de los propios D. Miguel Ángel y D.ª María Henar e imaginemos que no se han divorciado: ¿la existencia de una primera hija, con los derechos alimenticios adecuados a los ingresos de sus progenitores, habría impedido a éstos tener un nuevo hijo, o dos o tres o cuatro más? Evidentemente, no; y ello aunque con toda seguridad el nacimiento de nuevos hermanos habría de suponer a la primera hija una notable disminución de sus posibilidades en alimentación, ropa, estudios, entretenimientos, etc. Y es que, en muchas ocasiones, y con el argumento de ser la formación de una nueva familia y el nacimiento de nuevos hijos una decisión voluntaria de la persona y con la decisión de que ello no puede ir en perjuicio de las obligaciones que

antes tenía adquiridas y que deben prevalecer, como la pensión de alimentos de los hijos del primer matrimonio, parecen confundirse y se meten en el mismo cajón supuestos como, por ejemplo, la adquisición de una nueva casa o un nuevo coche con un derecho tan esencial como es formar una nueva familia y tener nuevos hijos.

2.º Partiendo de lo que se acaba de exponer, no cabe la más mínima duda de que teniendo una persona varios hijos, todos ellos tienen los mismos derechos de alimentación, vestido, educación, etc. El argumento de que un nuevo nacimiento no puede perjudicar los derechos adquiridos por el primero de los hijos carece de cualquier base jurídica y supone una flagrante discriminación para los hijos nacidos de la nueva relación.

En definitiva, el nacimiento de un nuevo hijo sí que supone un cambio sustancial de las circunstancias que faculta para reducir la cuantía que el demandante tenía que satisfacer en concepto de cargas familiares.

Pues bien, acreditado que los ingresos del padre son de 173.055 ptas. mensuales, en catorce pagas, esta Sala considera que la cantidad que aquél debe satisfacer en concepto de cargas familiares en relación con la hija habida en el primer matrimonio habrá de quedar reducida a 45.000 ptas. mensuales.

Por lo expuesto, procede estimar parcialmente el recurso y revocar la sentencia de instancia, en el sentido de fijar como cantidad que el padre debe satisfacer en concepto de cargas familiares en relación con la hija habida en el primer matrimonio la de 45.000 ptas. mensuales, sin hacer en esta alzada expreso pronunciamiento sobre costas, dada la naturaleza de los hechos controvertidos.

4. *Extinción de la pensión alimenticia por el solo hecho de encontrarse el hijo en disposición de trabajar, máxime con las óptimas condiciones de empleo que concurren en la actualidad.*

AP Lleida, Sec. 1.^a, Sentencia de 22 de febrero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Fernando Ariste López.

El apelante se alza contra la sentencia dictada en procedimiento de modificación de medidas de divorcio, solicitando la supresión de la pensión de alimentos establecida en favor del hijo, mayor de edad. La prueba documental practicada consistente en el informe de vida laboral de la TGSS demuestra que el hijo, que cuenta actualmente veinte años de edad, ha accedido al mercado laboral, aunque sin alcanzar continuidad, habiendo estado de alta en el régimen general tan sólo durante breves períodos de tiempo. No obstante, las óptimas condiciones de empleo que concurren en la actualidad en Lleida, a las que alude el Sr. Juez “a quo”, propician la posibilidad concreta del hijo de acceder a un puesto de tra-

bajo que le permita subvenir a sus necesidades, teniendo en cuenta su edad y que no consta que continúe en período de formación; lo que conlleva la extinción del derecho a percibir alimentos, ya que según el art. 152.3.^º del CC la obligación de dar alimentos cesa cuando el alimentista pueda ejercer un oficio, profesión o industria, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia; sin que sea precisa, por tanto, la efectividad del desarrollo de dicha actividad laboral, siendo suficiente con la posibilidad concreta al respecto del alimentista que se halla en disposición de trabajar, como es el caso. Por todo ello, procede la estimación del recurso de apelación interpuesto.

5. *A pesar de que en el convenio regulador se pactase que la pensión alimenticia se extinguiría automáticamente cuando cada uno de los hijos fuese alcanzando mayoría de edad, la falta de ingresos de la hija y sus mayores necesidades por estudios universitarios impiden que la pensión se extinga.*

AP Alicante, Sec. 4.^a, Sentencia de 22 de febrero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Federico Rodríguez Mira.

En el convenio regulador de la separación los cónyuges pactaron una pensión de alimentos a cargo del padre de 30.000 ptas.

mensuales para cada uno de los 3 hijos del matrimonio, y estableciendo que la misma se extinguiría automáticamente conforme

cada uno de aquellos alcanzase la mayoría de edad o se emancipase. Al haberse producido dicha circunstancia el día 20 de octubre de 1997 respecto de la hija Miriam, la madre ha deducido demanda incidental interesando que se modifique dicha estipulación del convenio en el sentido de que el padre continúe abonando la pensión de alimentos a su hija, por seguir estudiando y carecer de independencia económica, e igualmente contribuya a la mitad de los gastos extraordinarios de los tres hijos.

La sentencia de instancia rechazó dicha pretensión, considerando que no se había producido ninguna alteración sustancial de las circunstancias existentes cuando los esposos acordaron libremente establecer el límite temporal al pago de la pensión alimenticia o no imponer al demandado el abono de la mitad de los gastos extraordinarios; sin olvidar además que éste procedió a abrir una libreta de ahorros a su hija Miriam, donde le ha venido ingresando cantidades mensuales de 30.000 ptas. cubriendo con ello sus necesidades alimenticias.

Frente a este razonamiento, cabe señalar, por un lado, que la cláusula negocial discutida ha de ser interpretada lógicamente de acuerdo con el fin que está llamada a cumplir, de manera que sería absurdo amparar la renuncia de la hija, representada en aquel momento por sus padres, a percibir alimentos por el mero hecho de alcanzar la mayo-

ría de edad cuando sigue careciendo de independencia económica e incluso sus necesidades se han visto incrementadas por el hecho de cursar estudios universitarios en una localidad distinta de donde reside. De aceptarse una interpretación distinta se estaría, en definitiva, refrendando una situación contraria a lo que dispone el art. 93.2 del CC y por tanto al mandato constitucional del art. 39.3 de la Ley Fundamental. Pero es que además, la conducta inicial del padre de abrir una libreta de ahorros a su hija viene a reafirmar la obligación asumida por el mismo en este sentido, a pesar de haber alcanzado aquélla la mayoría de edad, aunque también deba señalarse la falta de continuidad en el abono de las 30.000 ptas. mensuales que realizó en un primer período, ya que la certificación expedida al efecto por Argentería en julio de 1999 da cuenta tan sólo de 4 ingresos en diciembre de 1997, enero, febrero y marzo de 1998, sin constancia de ningún otro en fechas posteriores. En consecuencia la Sala valora ajustada a derecho la pretensión de la actora, habida cuenta de que nuevas circunstancias surgidas en este momento —como son la falta de ingresos de la hija y sus mayores necesidades por estudios universitarios— han venido a alterar la situación contemplada en la fecha del convenio de separación y por ello debe acogerse la denuncia formulada por la recurrente y revocar en este particular la sentencia de instancia.

6. *Mantenimiento de la pensión en concepto de contribución a las cargas del matrimonio a pesar de haberse dictado una sentencia de divorcio.*

AP Burgos, Sec. 3.^a, Sentencia de 8 de marzo de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Francisco Sancho Fraile.

La sentencia de primera instancia declara la disolución del matrimonio por divorcio —pretensión principal sobre la que las par-

tes están conformes— y deja subsistentes las medidas adoptadas en la sentencia de separación, entre ellas, las de naturaleza eco-

nómica —pensión alimenticia a favor de la esposa de 30.000 ptas. y otras 30.000 ptas. a favor del hijo—.

La parte actora y apelante manifiesta su voluntad de seguir abonando la del hijo «por considerar que todavía la puede necesitar hasta que se consolide económicamente» —folio 4, correspondiente al escrito de demanda—.

La discrepancia existe respecto de la pensión alimenticia acordada a favor de la mujer. A este respecto conviene subrayar precisamente que la concesión de la pensión alimenticia lo fue, como expresa la sentencia de la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial, de 1 de abril de 1993, «como contribución del mismo al sostenimiento de las cargas del matrimonio». Es el concepto de contribución a las cargas del matrimonio el fundamento de la pensión alimenticia; concepto obligacional que no desaparece con la declaración de divorcio, conforme es-

tablece el art. 91 del CC para las sentencias de nulidad, separación o divorcio, que refiere la determinación sobre las cargas del matrimonio, cualquiera que sea el régimen económico del mismo. La contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio es más comprensiva que el estricto de alimentos, que se integraría en aquélla, pues alcanza al sostenimiento de la familia y atenciones de previsión usuales y acordes con las circunstancias de la familia —“ex” arts. 1362.1.º y 1368 del CC—.

Por consiguiente, el señalamiento de esta contribución para alimentos es pertinente, como adecuado el mantenimiento de la cantidad concedida. No es una contradicción que el matrimonio se haya disuelto, pues es la referencia respecto de las personas a quienes alcanza las obligaciones derivadas de aquél y la comunidad o la sociedad económica constituida por él, que se mantiene mientras no se acredite su liquidación y la ausencia de cargas familiares.

7. *Admisibilidad como gastos extraordinarios del 50% de la cantidad que se abone a una tercera persona que atienda al menor dada la enfermedad que el mismo padece.*

AP Bilbao, Sec. 6.ª, Sentencia de 25 de abril de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Rodríguez Galarza.

Según informe clínico aportado como documento n.º 3 con el escrito de demanda cabe señalar que el menor nacido el 7 de marzo de 1984 ya presenta una descompensación psicótica a los 18 meses de edad con pérdida de capacidades verbales, ecolalias, inversión pronominal, movimientos estereotipados y tendencia al aislamiento, siendo diagnosticado a los 3 años de edad de psicosis infantil. Dicho informe de fecha 27 de febrero de 1998 concluye “si bien su evo-

lución ha sufrido altibajos, en el momento actual se da un agravamiento de su estado, con incremento de la inquietud general, alucinaciones auditivas y cenestésicas, estereotipias motrices, episodios de llanto incoercible, ideas delirantes y terrores nocturnos difíciles de calmar. Se trata pues de un niño al que hay que atender y cuidar durante todo el día, y para el resto de su vida, por lo que van a ser necesarios muchos recursos y apoyos”. El contenido de dicho informe clínico es ra-

tificado en lo sustancial en el documento n.º 1 aportado con el escrito de contestación a la demanda y emitido por igual centro en fecha 5 de octubre de 1999, matizando “se trata pues de un niño al que hay que atender y cuidar durante todo el día y para el resto de su vida, responsabilidad que puede y debe ser compartida por ambos padres, para lo que va a ser necesario muchos recursos y apoyos”.

No procede fijar la cantidad de 50.000 ptas. con destino a una tercera persona que atienda al menor, sin perjuicio de que, caso de acreditar su contratación, la mitad del salario será abonado por el esposo en concepto de gasto extraordinario para la atención

del menor en los términos que el propio Juzgador “a quo” recoge. La edad de la esposa y la asistencia del menor a un centro de educación especial en horario de mañana con progresiva escolarización a tiempo total, permite el acceso a la esposa al mercado laboral, resultando que, con la percepción de ingresos por tal concepto podrá abonar junto a su esposo el importe acreditado del salario de un tercero que atienda al menor en su caso en horario laboral. No hemos de olvidar que además del importe de 40.000 ptas. que el Juzgador señala en concepto de pensión alimenticia a favor del hijo menor de edad, impone también al esposo el abono de la mitad de los gastos extraordinarios que la asistencia y educación del menor exija.

V. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *A pesar de que la esposa haya encontrado un trabajo, no procede extinguir la pensión compensatoria, habida cuenta de que no se ha acreditado que tal trabajo sea de carácter permanente.*

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de enero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Picazo Blasco.

El incidente de modificación de medidas en sentencia de separación suscitado en la instancia y promovido por el esposo hoy recurrente, tenía como exclusivo objeto el de instar la supresión de la pensión compensatoria otorgada a favor de su esposa en la sentencia de separación de 10 de septiembre de 1997 en cuantía de 25.000 ptas. mensuales, pensión que conforme se pretendía justificar en el FD.º 1.º de aquélla encontraba su origen en la situación de desequilibrio económico en que la esposa quedaba ya que frente a los ingresos percibidos por el esposo e in-

tegrados por la suma de 115.000 mensuales en concepto de pensión de jubilación y al hecho de habersele atribuido el uso y disfrute del domicilio que había sido conyugal por ser de su propiedad, la esposa solo contaba con una determinada ayuda del Instituto Foral de Bienestar Social en concepto de arrendamiento. Frente a tal situación, la esposa recurrida se encuentra en la actualidad dada de alta en el régimen especial de Empleados de Hogar por el cabeza de familia de la anciana a la que dedica sus servicios en concepto de cuidados y atención y por los

que percibe la suma de cien mil pesetas mensuales. La sentencia de instancia desestimó la pretensión de supresión de la pensión compensatoria que ahora se reproduce en base a que la mejora de la esposa experimentada a consecuencia de sus nuevos ingresos quedaba compensada a su vez por un aumento del caudal del esposo originado por no tener éste ya en su domicilio a la hija del matrimonio a la que sostenía económicamente, por haberse ésta independizado. Frente a lo así afirmado la recurrente se limitó a reproducir en su práctica integridad los argumentos esgrimidos en la demanda oponiendo la esposa este supuesto mejoramiento de las condiciones del esposo por la razón expuesta.

Dicho ello, el análisis de la naturaleza a la que responde la denominada pensión compensatoria o por desequilibrio se constituye como la clave del problema suscitado. Obviamente, no responde a los parámetros de la pensión por alimentos ya que la causa que la genera conforme expresa el art. 97 CC es la posible situación de desequilibrio que puede afectar a uno de los cónyuges como consecuencia de la separación o del divorcio o, más exactamente, del cese de la convivencia por efecto de dicha separación o divorcio. Partiendo de esta base, la jurisprudencia menor es conteste en el sentido de que para poder apreciar si realmente hay desequilibrio se ha de tomar como exclusiva referencia la situación económica del cónyuge supuestamente afectado al tiempo de producirse la ruptura de la convivencia para poder así contrastarla con la devenida posteriormente y poder calibrar de esta forma si existe diferencia económica entre una y otra y compensarla consecuentemente a través del mecanismo de la pensión, de tal suerte que transcurrido este momento ya no es posible obtener pensión compensatoria aunque en momentos posteriores a la cesación de la

convivencia conyugal se pueda producir un empeoramiento en la situación económica de un cónyuge respecto del otro (ver en tal sentido SAP Vitoria Sección 1.ª 249/1999, de 7 de julio, Rollo 207/1999).

Aplicando lo anterior al supuesto de autos hay que hacer abstracción de si el esposo y llamado a prestar la pensión a su cónyuge experimentó un mejoramiento de su situación económica con posterioridad a la separación por la indicada circunstancia de no tener ya que mantener a la hija del matrimonio. Ello es efectivamente irrelevante, siendo lo realmente trascendente, tal y como decíamos, la situación de los cónyuges al tiempo de la separación y deduciéndose de ella una clara situación de desequilibrio afectante a la esposa quien quedaba con escasos ingresos frente a la del esposo perceptor de pensión periódica y usufructuario del que había sido domicilio conyugal; así como también, la mejora experimentada posteriormente por la esposa, pues a diferencia de la situación inmediatamente posterior a la ruptura de la convivencia goza en la actualidad de unos ingresos estables al prestar sus servicios como cuidadora y encontrarse dada de alta en el Régimen Especial de Empleados de Hogar tal y como expresábamos, situación que indudablemente minoraría en forma evidente la descompensación inicial. De esta forma el recurso deberá ser substancialmente estimado por proceder a juicio de la Sala más que la supresión de la pensión conforme a lo suplicado en la demanda—ya que el actual empleo desempeñado por esposa tampoco es de carácter permanente—una minoración de la misma atendiendo a esta situación actual de la que goza la esposa de incorporación al mercado laboral y a su indudable y demostrada aptitud para acceder a nuevos empleos dentro de tal categoría laboral, quedando aquélla reducida a la suma de quince mil pesetas mensuales.

2. *No procede fijar limitación temporal a la pensión compensatoria.*

AP Granada, Sec. 3.^a, Sentencia de 29 de enero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Klaus Albiez Dohrmann.

Dado que es la esposa la que ha formulado el recurso de apelación, la cuestión puede girar exclusivamente, a pesar de la incomparencia de la dirección letrada de la parte apelante en esta vista, sobre el carácter temporal o no de la pensión compensatoria, después de que el Juzgador de instancia estime su petición formulada en reconvencción en cuanto a la cuantía de la pensión compensatoria, concediendo la cantidad solicitada por ella, en concreto 25.000 ptas., si bien por un período de 18 meses, tras la cual se extinguirá la pensión según la sentencia de instancia.

Esta Sala viene defendiendo reiteradamente, desde la S. de 4 de febrero de 1995, el carácter no temporal de la pensión compensatoria. Si bien es cierto que en la jurisprudencia menor hay discrepancia sobre esta cuestión (en contra del carácter temporal, a título de ejemplo, AP Navarra S. de 27 de noviembre de 1993, AP Ávila S. de 4 de abril de 1994, AP Salamanca S. de 22 de abril de 1994, AP Guipúzcoa S. de 18 de febrero de 1997, AP Barcelona S. de 3 de diciembre de 1996, AP Santander S. de 25 de septiembre de 1998; a favor, AP Murcia, S. de 5 de diciembre de 1996, AP Las Palmas S. de 19 de febrero de 1996, AP Girona S. de 16 de mayo de 1994, AP Albacete S. de 12 de julio de 1999 y AP Álava S. de 14 de julio de 1999), como también en la doctrina científica, existen razones jurídicas de peso para mantener el criterio de la no temporalidad de la pensión compensatoria: a) no está previsto expresamente en el CC que la pensión compensatoria se pueda limitar temporalmente; b) no es tampoco la ratio de

las normas que regulan la pensión compensatoria; c) la no temporalidad de la pensión no excluye que sea un derecho relativo, puesto que para su concesión y fijación de la cuantía se han de tener las circunstancias previstas en el art. 97 del CC; d) las circunstancias previstas en el art. 97 sirven para conceder la pensión compensatoria y fijar su cuantía, pero no para limitarla temporalmente; e) la no temporalidad no excluye la relatividad de este derecho, que se deduce, además, por ser un derecho que se puede modificar y se extingue cuando se alteran las circunstancias que han propiciado la concesión de la pensión compensatoria y su cuantía (art. 100 del CC); f) cabe la sustitución de la pensión compensatoria por una prestación única (art. 99 del CC); g) la limitación temporal de la pensión impide que, una vez concluido el plazo fijado, no se pueda conceder nuevamente una pensión aun siendo las circunstancias las mismas que sirvieron de base para conceder la pensión compensatoria; h) la limitación temporal puede dar lugar a situaciones de clara desprotección para el cónyuge cuya economía se ha empeorado como consecuencia de la separación judicial o del divorcio; i) cualquier fórmula de «reactualización» de la pensión compensatoria que se ha extinguido por haber expirado el plazo supone ir más allá de la ley; j) las cuantías que se conceden son casi siempre insuficientes para vivir dignamente por lo que el cónyuge desfavorecido económicamente, sobre todo cuando se es aún joven, se ve obligado a mejorar su situación lo que propiciará, en su caso, la modificación o la extinción de la pensión compensatoria.

3. *Extinción de la pensión compensatoria al haberse acreditado la convivencia de la beneficiaria de la misma con otra persona de su mismo sexo.*

AP Vizcaya, Sec. 6.ª, Sentencia de 16 de marzo de 2001.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Lucía Lamazares López.

La esposa se muestra disconforme únicamente con uno de los pronunciamientos contenidos en la sentencia dictada en la primera instancia, la decisión del juzgador “a quo” de declarar extinguida la contribución económica que desde el auto de medidas provisionales venía efectuando el esposo a favor de aquélla, al no poder subsistir como pensión compensatoria pues concurre la causa prevista en el tercer inciso del párrafo primero del art. 101 del CC (convivencia marital con otra persona); alegando la esposa que debe fijarse pensión compensatoria a su favor, y además en la cuantía que solicitaba, 40.000 ptas. mensuales, teniendo en cuenta que se da el requisito exigido por el art. 97 del CC, desequilibrio entre los cónyuges, y que la convivencia con D.ª Begoña E. es solo como una amiga muy especial, siendo la misma reciente, que aunque le ha dado una estabilidad emocional, no debe ésta confundirse con la estabilidad de una pareja a la que se refiere el citado art. 101.19 del CC cuando habla de convivencia marital.

El art. 101 del CC previene en su párrafo primero que el derecho a la pensión compensatoria se extingue «por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona», precepto que, en cuanto a la última causa, ha sido interpretado reiteradamente en el sentido de que la «convivencia marital», según la expresión que utiliza la norma, para extinguir o impedir el nacimiento del derecho a la pensión compensatoria, supone, necesariamente,

una cohabitación de carácter permanente y estable, que en la práctica venga a generar una posesión de estado familiar «de facto», es decir, una convivencia “more uxorio”, dado que la expresión utilizada por el Código no puede configurarse más que según el modelo matrimonial, que actúa como paradigma, lo que exige las notas de «habitualidad» y no la relación meramente episódica o circunstancial, pues la expresión convivencia no puede entenderse de otra forma, y esa «habitualidad», presupone la «estabilidad», como corolario lógico práctico inevitable, sin que por ello tenga que ser definitiva en el tiempo, como tampoco puede no serlo el matrimonio, ni proyectarse obligatoriamente hacia esta institución cuando la propia Ley ya lo contempla expresamente como causa de extinción. Se trata, en definitiva, de una relación a semejanza de la matrimonial, como con mejor criterio precisó la sentencia del TS de 10 de marzo de 1998.

Por lo que se refiere a la prueba, corresponde al deudor demostrar que se ha producido la convivencia marital mediante la utilización de toda suerte de pruebas, bien directas bien a través de las presunciones, tomando como base el dato incontestable de una relación más o menos continuada del acreedor de la pensión con ese tercero de la que se pueda deducir en un sentido puramente lógico que se ha producido el supuesto de hecho que genera la consecuencia extintiva. Probado este extremo, es decir, el de la convivencia, es perfectamente lícito y conforme a la naturaleza de las cosas dedu-

cir la existencia de una relación marital entre una y otra parte, si el acreedor no ha podido justificar ni explicar convenientemente el por qué de esa convivencia continuada y estable, de fácil prueba para él y de casi imposible acreditación para el contrario.

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

Argumenta el Letrado de la esposa que la estabilidad a que se refería esta última cuando respondió a dicha posición en la prueba

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

VI. CUESTIONES PROCESALES

1. *Nulidad de actuaciones cuando con posterioridad a la ratificación de la demanda de mutuo acuerdo el esposo efectúa una comparecencia revocando dicho consentimiento y a pesar de ello se dicta sentencia de separación.*

AP Bilbao, Sec. 2.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José M.ª Lidón Corbí.

Se alzan tanto el Ministerio Fiscal como el apelante contra la sentencia de instancia con la pretensión de que se acuerde nulidad de actuaciones por vulneración de normas esenciales del procedimiento que han causado indefensión, y que se retrotraiga el procedimiento al momento procesal anterior a la admisión a trámite de la demanda de separación de mutuo acuerdo.

Ambos recurrentes hacen descansar su pretensión sobre el dato inconcuso de que D. Ignacio, tras haber ratificado el día 3 de marzo de 2000 el Convenio Regulator suscrito con su cónyuge —requisito insoslayable para ser admitida a trámite la demanda de separación matrimonial presentada por ambos de consuno el día 2 de febrero de ese mismo año— y antes de que dicha admisión

a trámite se materializase, compareció nuevamente en el Juzgado el 27 de ese mismo mes a manifestar que: “por graves dificultades y conflictos a la hora de llevar a cabo el acuerdo en principio previsto muestra su deseo de no prestar el consentimiento y dejar sin efecto la ratificación verificada el pasado 3 de marzo.”

Señalan los recurrentes que pese a tal comparecencia, el Juzgador de Instancia admitió a trámite la demanda de separación de mutuo acuerdo para posteriormente, y pese a la oposición formulada por el Ministerio Fiscal —el personamiento y recurso de la parte se extravió y no fue hallado hasta fechas más tardías— dictar sentencia de separación acogiendo y ratificando dicho Convenio, vulnerando de esa forma las normas del procedimiento, dado que no existía tal ratificación, y produciendo una clara indefensión al esposo. El recurso va a ser acogido.

Como adecuadamente señala el Ministerio Fiscal en su escrito de fecha 29 de mayo de 2000 —que amplía y ratifica el de fecha 2 de ese mismo mes, manifestada expresamente por D. Ignacio en comparecencia de fecha 27 de mayo su voluntad inequívoca de no prestar conformidad, y de retirar la ratificación prestada inicialmente, carece absolutamente de sentido, y deviene imposible, el procedimiento previsto en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por faltar el presupuesto esencial del mismo que es, precisamente, el mutuo acuerdo.

En tal circunstancia —y con independencia de la opinión o valoración que pueda

merecerle la actuación de la parte hoy apelante— el Juzgador de Instancia no debió haber admitido a trámite en modo alguno la ya inoperante demanda de separación de común acuerdo y, o bien debió dar traslado a las partes a los efectos de que llegasen a un nuevo acuerdo, o bien debió transformar el procedimiento de separación matrimonial de común acuerdo en un procedimiento de separación matrimonial contenciosa de conformidad con los trámites previstos en la Disposición Adicional Sexta de esa misma Ley.

No habiéndolo hecho así, resulta indudable que ha vulnerado normas esenciales del procedimiento causando indefensión, como mínimo, a la parte hoy recurrente, pudiendo habérselo causado también a la hija común menor de edad según señala el Ministerio Fiscal, dando con ello lugar a la aplicación del n.º 3 del art. 238 de la LOPJ que señala que: “Los actos judiciales serán nulos de pleno derecho en los casos siguientes: 3.º) Cuando se prescinda total y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley o con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que efectivamente se haya producido indefensión”.

Procede, en consecuencia, acoger los recursos interpuestos tanto por el Ministerio Fiscal como por D. Ignacio, y declarar la nulidad de actuaciones, debiendo retrotraerse el procedimiento a la situación procesal anterior al Auto de fecha 3 de abril de 2000 de admisión a trámite de la demanda de separación de mutuo acuerdo.

2. *No puede acordarse la anotación preventiva de la demanda de separación en el Registro de la Propiedad con la finalidad de garantizar el pago de las responsabilidades económicas que se pronuncien en el proceso, ya que ésta no opera como un embargo preventivo ni está afecta al pago de las pensiones que se fijen.*

AP Tarragona, Sec. 1.^a, Auto de 20 de abril de 2001.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a del Pilar Aguilar Vallino.

La anotación preventiva de la demanda de separación en el Registro de la Propiedad viene prevista en el art. 102 CC y en la disp. adic. 9.^a de la L. 30/1981. La finalidad de tal medida cautelar es advertir a terceros de las consecuencias que la admisión de la demanda de separación puede tener respecto al bien inscrito, así como asegurar la efectividad de las modificaciones de la propiedad y derechos reales que puedan surgir a consecuencia de la ruptura matrimonial, o de otros derechos con cierta trascendencia de carácter real (como el uso del domicilio), habida cuenta que si bien en una demanda matrimonial no se ejercitan acciones de esa naturaleza, pueden existir pronunciamientos a consecuencia de la liquidación del patrimonio conyugal y reparto o compensaciones económicas que afecten a los derechos inscritos.

De ninguna manera esta anotación está prevista para garantizar el pago de las responsabilidades económicas que se pronuncien en el proceso porque no opera como un embargo preventivo ni afecta el inmueble al pago de las pensiones: la anotación de la demanda de separación no tiene como objetivo el aseguramiento de los bienes para el

pago de las responsabilidades económicas que se impongan, pues esta finalidad solo se puede conseguir a través de un embargo preventivo.

Conforme a lo expuesto, como quiera que la solicitud de anotación preventiva de esta demanda de separación justificó la medida en la necesidad de evitar el incumplimiento de las obligaciones de pago de las pensiones y de la compensación económica interesada por la esposa, no resultaba atendible tal petición porque éste no es el objetivo previsto para esta medida cautelar ni la finalidad pretendida se consigue mediante la anotación pues ello supondría concederle la virtualidad de un embargo preventivo o de una prohibición de disponer.

En consecuencia, son atendibles los motivos de impugnación de la medida cautelar alegados por el apelante considerando que es injustificada tanto por la finalidad que pretende, ajena a lo dispuesto en los arts. 42 LH y 139 RH en que se fundamenta, como por la falta de razonamiento al respecto en las resoluciones que la decretan, ya que prescinden de cualquier alusión sobre la razón de la medida cautelar y sobre el objetivo para el que se acuerda.

3. *El convenio, una vez suscrito y ratificado, vincula a los cónyuges y, procesalmente, determina la continuidad del procedimiento de mutuo acuerdo, dictándose sentencia sin más trámite, no siendo factible introducir incidente alguno para modificar lo convenido por los cónyuges en el ámbito de sus relaciones económicas porque uno de ellos muestre disconformidad con alguna cláusula o alegue cambio de circunstancias.*

AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2001.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª del Pilar Aguilar Vallino.

Las peticiones de separación o divorcio presentadas por los cónyuges de común acuerdo se tramitan por el procedimiento establecido en la D.A. Sexta de la L. 30/1981, de 7 de julio, en el que no se prevé trámite de contradicción o variación del convenio una vez que los cónyuges se hayan ratificado en su petición, excepto en lo relativo a hijos menores o incapacitados tal como se prevé en el ap. 6.º de dicha disposición.

El convenio, una vez suscrito y ratificado, vincula a los cónyuges y, procesalmente, determina la continuidad del procedimiento de mutuo acuerdo, dictándose sentencia sin más trámite, no siendo factible introducir incidente alguno para modificar lo convenido por los cónyuges en el ámbito de sus relaciones económicas porque uno de ellos muestre disconformidad con alguna cláusula o alegue cambio de circunstancias.

Los cónyuges están vinculados por lo acordado en el ámbito económico-patrimonial pues su voluntad de asumir sus pactos se ha manifestado en dos momentos: al suscribir el convenio y al ratificarlo en el trámite judicial. El procedimiento así admitido ha de continuar hasta sentencia sin más incidencias que las previstas en el ap. 6.º aludido. La solicitud de modificación de conve-

nio por variación de las circunstancias tenidas en consideración debe solventarse en un trámite posterior según disponen los aps. 8.º y 11.º de la D.A. Sexta.

En consecuencia, no resulta atendible la petición del apelante de nulidad de actuaciones para retrotraer el proceso al trámite anterior a sentencia a fin de practicar pruebas que acrediten las alegaciones que le impiden asumir la cláusula de contenido económico cuya posibilidad de cumplimiento cuestiona, porque, tal como explica la sentencia apelada, ello supondría introducir un trámite probatorio no previsto legalmente y no admisible por la vinculación a lo acordado.

La petición subsidiaria deducida en este recurso de no aprobar la cláusula cuestionada, suprimiendo del convenio la obligación asumida por el marido o suspendiéndola hasta que llegara a mejor fortuna, tampoco resulta atendible, porque habiendo sido suscrita, asumida y ratificada judicialmente, ninguna razón existe para que el juez prescinda de tal acuerdo al aprobar el convenio al no poder tomar en consideración el aludido cambio o detrimento de sus posibilidades económicas.

4. *Validez de la cláusula contenida en el convenio regulador del divorcio en la que los cónyuges pactaban que “al tiempo de la firma del convenio se encuentran al corriente del pago de cuantos alimentos se han devengado para los menores desde el proceso de separación”.*

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Alonso-Mañero Pardal.

En cuanto a la estipulación séptima 1 del Convenio, en la que se pone de manifiesto por los cónyuges que «al tiempo de la firma del convenio se encuentran al corriente del pago de cuantos alimentos se han devengado para los menores desde el proceso de separación», la argumentación del Ministerio Fiscal para fundamentar su recurso es ciertamente escueta, limitándose a indicar que queda fuera del objeto de la propuesta de convenio, al no ser cuestión objeto del proceso de divorcio, siendo además inejecutable. No comparte esta Sala la tesis del Ministerio Fiscal pues el convenio regulador debe regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio que se pretende y al respecto el contenido del art. 90 del CC es de mínimos, pues el párrafo primero del indicado precepto claramente establece que «El convenio regulador a que se refieren los arts. 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos...», con lo que nada impide que los cónyuges puedan incluir en su propuesta de convenio otros pactos, cláusulas, estipulaciones, recomendaciones o incluso simples admoniciones en la regulación de dichas consecuencias, viniendo obligado el juez a su aprobación, salvo que los mismos sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (así lo establece el párrafo segundo del indicado art. 90 del CC). En el presente caso parece evidente

que se encuentra inmersa dentro de la esfera del proceso de divorcio la declaración por las que ambos cónyuges ponen de manifiesto que en materia de alimentos de los hijos menores se encuentran completamente al día en los pagos, sin que nada tengan que reclamarse, pues precisamente el pago de dichos alimentos ha sido determinado en el proceso matrimonial de separación y tras la sentencia de divorcio pasará a formar parte de esta. Por otra parte, tampoco puede aceptarse el alegato de inejecutabilidad, y ello no solo porque en caso de reclamación de cantidades atrasadas adeudadas por alimentos podría invocarse la expresa declaración efectuada, sino porque además no puede vincularse una posible o presumible inejecutabilidad de un pronunciamiento judicial con el contenido de la parte dispositiva de una sentencia (son variados los ejemplos de resoluciones de mera declaración que no son directa e inmediatamente ejecutables), y como ya ha indicado esta Sala en sentencia de esta misma fecha, «con independencia de la obligación de cumplimiento de las resoluciones judiciales en sus propios términos (art. 112 de la Constitución Española) lo cierto es que en ocasiones como la presente ciertas declaraciones contenidas en el convenio no pretenden un fin de ejecución sino una declaración de determinadas situaciones que por diversos motivos las partes estiman procedentes...».

VII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

1. *Legitimación del progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad para instar la ejecución solicitando las pensiones alimenticias no abonadas.*

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 23 de enero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

A lo largo de las referidas actuaciones se viene suscitando por el hoy recurrente una problemática acerca de la legitimación activa en los procedimientos matrimoniales cuando se reclaman alimentos en pro de los hijos mayores de edad que, en dependencia económica de sus progenitores, conviven con alguno de ellos, en cuanto dicha posibilidad, en el ámbito sustantivo, viene expresamente habilitada por el párrafo segundo del artículo 93 del Código Civil, tras su reforma por Ley 11/1990, de 15 de octubre.

Al respecto, viene declarando esta Sala que no puede perderse de vista la perspectiva procesal en la que se enmarca la referida acción alimenticia, que no es otra que la correspondiente a la litis matrimonial de los progenitores o, en su caso, su derivada de modificación de medidas, que no admiten, en ningún caso, otras partes que los propios cónyuges, pues los efectos complementarios a adoptar en la sentencia, conforme a lo prevenido en los artículos 91 y siguientes del Código Civil, aunque afecten a los hijos, no legitiman a éstos para personarse en el procedimiento a fin de defender sus derechos de forma autónoma, o en relación litisconsorcial con sus progenitores, siendo éstos los únicos legitimados a tal fin, dado que las medidas complementarias están subordinadas al nuevo estado civil derivado de la disociación nupcial, del que son insepara-

bles, ejercitándose las acciones correspondientes, en especial la de carácter alimenticio, en virtud de la representación que por ley corresponde a madre y padre (artículo 154.2.º, en relación con el párrafo 1.º del artículo 93 CC), o bien, en su caso, por el apoderamiento voluntario que, a favor de cualquiera de ellos, hubieran otorgado los comunes descendientes mayores de edad o emancipados, bajo los condicionantes establecidos en el párrafo 2.º del artículo 93 citado; apoderamiento que inclusive podría ser tácito, en cuanto derivado de la permanencia voluntaria del hijo mayor en el seno convivencial de uno de aquéllos. En conclusión, en un procedimiento matrimonial la relación jurídico-procesal se constituye exclusivamente entre los cónyuges, aun cuando la adopción de alguna de las medidas reguladoras de sus efectos vayan proyectadas a favor de los hijos, fruto y consecuencia natural de la unión conyugal, cual el caso de las prestaciones alimenticias.

El Tribunal Supremo, en sentencia de 24 de abril de 2000, proclama que el precepto analizado no establece “norma alguna que modifique la legitimación para ejercitar las acciones de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, que se reconoce únicamente a los cónyuges (a salvo la legitimación que en determinados supuestos se reconoce al Ministerio Fiscal y a los terceros interesa-

dos para ejercitar la acción de nulidad), únicos que pueden promover esta clase de procesos, ejercitando aquellas acciones principales así como las accesorias relativas a los llamados efectos civiles, entre los cuales se encuentra la petición de alimentos para los hijos mayores por el progenitor con quien éstos convivan frente al otro en quien no se da esta situación de convivencia”. Añade dicha resolución que, en las familias monoparentales derivadas de la ruptura matrimonial, “las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores”; y sigue afirmándose que estas medidas referentes a los alimentos se fundamentan “no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores”.

En definitiva, en una interpretación amplia y flexible de lo que debió ser y no fue, por su defectuosa regulación, el artículo 93.2, la citada doctrina parece apuntar a su configuración más que como un derecho del hijo a ejercitar, en su nombre, por uno de sus procreadores, como un derecho propio de éste, en cuyo entorno convivencial se ha situado el común descendiente. Dicha idea se ofrece aún más clara en aquellas hipótesis, cual acaece en el supuesto examinado, en que el cónyuge que no tiene en su compañía a los hijos no satisface la prestación alimenticia sancionada, a su cargo, en la sentencia que puso fin a la litis matrimonial, pues ello obliga al otro progenitor a suplir tales desembolsos, a fin de cubrir unas perentorias necesidades de los hijos que, lógicamente, no admiten demora; y ante tal anticipo de recursos económicos, que al otro alimentante correspondía haber sufragado con la puntualidad requerida, por las expuestas inaplazables necesidades, el primero viene a cons-

tituirse en acreedor frente al segundo, en cuya hipótesis ya no cabe hablar del derecho derivado de la representación, legal o voluntaria, que ostenta respecto de los hijos, deviniendo, por el contrario, en un derecho propio, dado que tal anticipo de numerario, por lo omisiva conducta del obligado al pago, ha sido extraído de los recursos propios del progenitor con quien los hijos conviven, y en cuyo marco han de sufragarse, individualmente y en su conjunto, los gastos cotidianos de todos y cada uno de los integrantes del grupo familiar.

Dicha legitimación exclusiva del progenitor, en orden a la acción ejecutiva entablada, en todos y cada uno de los trámites de dicha fase procesal, ya había sido correctamente determinada por el Órgano “a quo” en su auto de 12 de mayo de 1999 que, respondiendo a una pretensión del hoy apelante, negó la necesidad de que los hijos se personaran en el procedimiento, estimando suficiente al respecto la autorización que los mismos habían realizado en favor de su madre. Y habiendo alcanzado definitiva firmeza dicho criterio resolutorio, por el abandono del recurso de apelación en principio formulado contra el expresado auto, se pretende ahora, y al hilo de la anotación en el Registro de la Propiedad del embargo trabado, reabrir, por vía indirecta, un debate definitivamente cerrado.

No puede olvidarse, de otro lado, que la anotación de embargo es una mera consecuencia de todas las antecedentes actuaciones procedimentales, en las que ya se habían establecido definitivamente los términos subjetivos de la contienda, sin posibilidad alguna de su modificación ulterior, por el mero hecho de alcanzar los hijos la mayoría de edad. En tal sentido, el artículo 166.3.^a del Reglamento Hipotecario previene que, si la anotación preventiva se hiciese a consecuencia de un mandamiento de embargo, o en cumplimiento de alguna ejecutoria, se expresará en aquélla, entre otras, las circunstancias del que haya obtenido la provi-

Y siendo así que, en el caso, la resolución judicial operó, como no podía ser de otro modo, en favor de la esposa ejecutante, no existen términos legales hábiles para hacer

figurar en el Registro datos subjetivos distintos de aquellos en los que se asienta la contienda litigiosa que ha desembocado en tal constancia registral.

2. *Abono de la pensión alimenticia desde la fecha de presentación de la demanda, ya que la falta de solicitud de medidas provisionales no puede perjudicar un derecho natural del hijo.*

AP Lugo, Sec. 2.^a, Auto de 16 de febrero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Edgar Amando Fernández Cloos.

El procedimiento concluyó con sentencia en la que se estableció, fundamento quinto, que el padre venía en la obligación de abonar 35.000 ptas. en concepto de alimentos para el hijo, sin que en tal resolución se señalara, de cierto, “dies a quo” desde el que se había de computar la obligación de abonar los alimentos.

Así en ejecución de sentencia se solicitó por la madre que el padre abonara por el concepto de alimentos el cómputo resultante de calcular la cantidad desde el día de interposición de la demanda. Como tal pretensión fue aceptada por el Juzgado en el auto ahora recurrido, es contra tal resolución contra la que se alza el presente recurso de apelación con el argumento de que en un procedimiento como el de derecho de familia estaba en mano de la esposa demandante el haber solicitado, en la correspondiente incidencia de medidas provisionales, la cantidad que considerase era procedente se estableciera por el concepto de alimentos que el padre había de abonar, provisionalmente, al hijo.

Cierto es que tal habría de ser el sistema procesal más adecuado para obtener, ya durante la sustanciación del procedimiento de

separación, la obligación de que el padre hiciera frente a sus obligaciones de alimentos para con su hijo pero, en todo caso, lo que consideramos perfectamente claro es que la obligación de alimento del padre para con su hijo es un derecho de éste y una obligación de aquél que, en ningún caso, se ha de ver limitada por algún tipo de insuficiencia advertida en la petición de la esposa en cuya guarda se encuentra el hijo.

En todo caso a la Sala le parece absolutamente convincente el argumento legal argüido por la apelada en el sentido de que el art. 93 CC realiza una remisión explícita, cierto es que referida a la obligación de alimentos respecto de hijos mayores pero que entendemos es perfectamente extensible al conjunto del señalado precepto. Y como la remisión lo es al art. 142 y ss., que es el título del Código referido a los alimentos entre parientes, vemos que la regulación que se hace en el art. 148 señala claramente que la obligación del alimentante tiene su nacimiento, en el caso de hijos menores, desde siempre pues es obvio que los precisan desde el nacimiento y que, no obstante eso, la obligación de abonarlos se computa desde la fecha de la demanda.

3. *El progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad tiene legitimación para reclamar las pensiones alimenticias no abonadas por el otro progenitor.*

AP Asturias, Sec. 6.^a, Sentencia de 5 de marzo de 2001.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Elena Rodríguez-Vigil Rubio.

No puede compartir esta Sala la tesis de la recurrida negando legitimación a la madre para reclamar los alimentos atrasados debidos a los hijos por el demandado —en cuantía nunca específicamente impugnada por el citado en este procedimiento—, y ello porque con absoluta reiteración, pese a reconocer que el tema no era pacífico en el ámbito doctrinal y judicial, nos hemos decantado por mantener que el art. 93.2 del CC concede legitimación sustantiva al progenitor con quien los hijos mayores de edad conviven para reclamar en nombre propio alimentos de los que son beneficiarios aquellos, tesis que ha sido refrendada por la STS, dictada en sede de recurso en interés de ley, de fecha 24 de abril de 2000, por lo que en la actualidad ninguna duda puede existir en orden a la existencia de tal legitimación “ad causam”.

Además de ello la procedencia de acoger en este caso la reclamación de atrasos por

alimentos deviene del propio contenido obligacional del convenio regulador entre las partes y de la vinculación que para las mismas deriva de lo dispuesto en el art. 1258 del CC si se tiene en cuenta que el citado convenio, según consolidada jurisprudencia del TS (cf. sentencias del Alto Tribunal de 21 de diciembre de 1998 y 22 de abril de 1997, entre otras) tiene una naturaleza jurídica esencialmente contractual, en cuanto es representativo de un negocio del derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de su separación o divorcio reconocida en la Ley 30/1981, de 7 julio, de ahí que al no haber sido instada su modificación por el demandado hasta la fecha y menos aún en relación con las fechas a que se contrae la liquidación de atrasos objeto de reclamación, proceda el acogimiento de esta partida dado que el citado nunca impugnó en su exacta cuantía la liquidación efectuada por la actora al respecto.

4. *La omisión de cualquier referencia a los gastos extraordinarios dentro del convenio regulador no puede interpretarse como una total exoneración del padre frente a estos gastos.*

AP Alicante, Sec. 4.^a, Sentencia de 22 de febrero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Federico Rodríguez Mira.

La misma conclusión debe extraerse respecto del abono por mitad de los gastos extraordinarios, puesto que la simple omisión de este extremo en el citado convenio no puede ser interpretada como una total exoneración del padre a contribuir a los mismos, cuando éste goza de una situación económica buena y no es lógico que sea la madre la única llamada a sufragar permanentemente

dichos gastos, los cuales por su carácter excepcional —que no exigiría imposición legal para su atención según declaró esta Sala en Sentencia de 19 de septiembre de 1994— han de ser objeto de reparto entre los obligados como consecuencia de los deberes paterno-filiales establecidos en el artículo 154 del CC.

VIII. REGÍMENES ECONÓMICOS

1. *Carácter ganancial del dormitorio al no haber acreditado el esposo la adquisición a título individual.*

AP Álava, Sec. 2.^a, Sentencia de 11 de enero de 2001.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Medrano Durán.

Después de más de veinte años de duración del matrimonio hasta que se produce el momento de separación judicial de los esposos resulta harto dificultoso que pueda acreditarse documentalmente (mediante factura) la adquisición del dormitorio conyugal, cuya atribución ganancial viene establecida por el juzgador “a quo” en base precisamente a la prueba de presunciones a que se refiere el art.º 1253 CC, porque ello forma parte

del actuar más general entre la gente común o una donación por razón del matrimonio, que con igual habitualidad suele documentarse. Y tampoco “a sensu contrario” se acredita una adquisición a título individual por parte del demandado. De otra parte, el dormitorio constituye un bien mueble de uso compartido, lo que abona a mayor conclusión, que su adquisición haya tenido carácter de igual coparticipación.

2. *Carácter ganancial de la devolución del IRPF habida cuenta que realizaron la declaración conjunta y que dicha cantidad la percibió el esposo cuando ya se encontraban separados.*

AP Álava, Sec. 2.^a, Sentencia de 11 de enero de 2001.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús María Medrano Durán.

En cuanto a la devolución de las declaraciones de las rentas de las personas físicas por la certificación de la Diputación se acredita el carácter de conjunta y que el demandado percibió la devolución resultante, tratando de justificar su consumo en gastos familiares (lo que no acredita), si a ello se añade que la devolución por la Hacienda tuvo que realizarse necesariamente, regla-

mentariamente a partir de la primavera del año siguiente, es decir, durante los meses de abril-mayo-junio del año 1999, cuando los litigantes se encontraban ya legalmente separados, resulta obvia la consideración valorativa del referido crédito, del que la esposa le resultó materialmente imposible beneficiarse o bien para sí o bien para la hija del matrimonio.

3. *Carácter ganancial de las acciones que se suscribieron por la sociedad de gananciales ejercitando un derecho de suscripción preferente en la ampliación de capital de la entidad mercantil de cuyo capital social era titular en un tercio, sin que sea obstáculo para tal conclusión que para su adquisición se aportase dinero privativo de uno de los cónyuges.*

AP Pontevedra, Sec. 1.ª, Sentencia de 12 de enero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Celso Montenegro Vieitez.

La controversia se centra en lo solicitado en el apartado A) punto 3.º del suplico de la demanda, es decir, la declaración de pertenencia a la sociedad de gananciales de las acciones 22 a 71 de la mercantil «Conservas C.». Con anterioridad al análisis del fondo del asunto resulta de interés reseñar lo siguiente: a) La mentada entidad mercantil fue constituida mediante escritura pública otorgada ante Notario el 26 de septiembre de 1973. En dicha escritura consta que D. José, en estado de casado con D.ª Carmen, suscribió las acciones 1 a 7 (ambas inclusive) por una cuantía de 700.000 ptas. (100.000 ptas. cada acción). La naturaleza ganancial de estas acciones no resulta controvertida al ser aceptada por ambas partes. b) Posteriormente, en fecha 11 de marzo de 1989, se otorga escritura pública de ampliación de capital y refundición total de estatutos. En dicho acto el demandado aportó, con el fin de adquirir las acciones 22 a 71 de la

ampliación, los viveros de su propiedad, que se valoraron cada uno en 2.500.000 ptas. (cincuenta acciones a 100.000 ptas. de valor nominal cada una). Cuando se produjo este evento los cónyuges seguían unidos por cuanto la separación matrimonial tuvo lugar por sentencia firme de 15 de mayo de 1993.

Nótese que cuando se produjeron los acontecimientos societarios citados continuaba en vigor la antigua LSA de 17 de julio de 1951.

Destacado lo anterior, debe resolverse la controversia relativa a la titularidad ganancial o privativa de las acciones 22 a 71, con las consiguientes consecuencias que ello tendrá en la división y adjudicación de los bienes. La Juzgadora de instancia, recurriendo a la doctrina de los actos propios, desestima la pretensión de ganancialidad de la actora señalando, literalmente, que «la demandante compareció y suscribió dicha

escritura (de ampliación de capital) sin que en ningún momento se negara a ello alegando su derecho de suscripción preferente, y sin impugnar posteriormente esta escritura, que se inscribió en el Registro Mercantil (...). Este Tribunal no comparte el anterior argumento por cuanto nos encontramos, como sostiene la actora, en un supuesto en el que la ganancialidad de las acciones litigiosas proviene, no obstante la aportación de bienes privativos en su adquisición, de la existencia de un derecho de suscripción preferente por virtud del cual la sociedad de gananciales, que era titular de un tercio del capital social de «Conservas C.» (acciones núms. 1 a 7), suscribe las acciones 22 a 71 (es decir, un tercio de la ampliación). Los arts. 39 y 92 de la LSA de 1951 atribuyen a los antiguos accionistas aquel derecho, en virtud del cual pueden adquirir, en la nueva emisión de acciones, un número de éstas proporcional al que posean. Por tanto, si bien se ha acreditado que la esposa compareció y suscribió la escritura de ampliación de capital, es lo cierto que tampoco renunció a los derechos que a su sociedad de gananciales le correspondían en la ampliación (así lo confiesa su esposo al absolver la posición sexta, folio 407). A ello se debe añadir que los socios, reunidos en Junta Universal el 11 de marzo de 1989, no excluyeron la aplicación del art. 92 de la LSA (cuestión cuya posibilidad estuvo sujeta a cierta polémica doctrinal), por lo que, teniendo en cuenta el silencio del Estatuto, se llega a la conclusión del reconocimiento a la sociedad de gananciales (como antiguo socio) de un derecho, como el de suscripción preferente, que constituye un principio legal.

Por otra parte, el art. 1352 del CC dispone: «Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. (...) Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes (...) se reembolsará el valor satisfecho». Interpretando este precepto “a sensu contrario” nos debe llevar a la misma conclusión, por lo que, en definitiva, debe de-

clararse el carácter ganancial de las acciones litigiosas, tal y como solicitó la demandante en el punto 3.º de la letra A) del suplico de su demanda.

De todo lo anterior resulta, obviamente, la existencia de un crédito en favor de D. José, frente a la sociedad de gananciales, por un total de 5.000.000 ptas. en que fue valorada su aportación no dineraria (los viveros flotantes) al efectuarse la ampliación de capital de la mercantil «Conservas C.» (art. 1364 CC). Respecto a la actualización de dicha cantidad, es de reseñar que, si bien no consta la existencia de pacto de pago de intereses dirigido a tal fin, la aceptación por la actora, en el punto 4.º de la letra A) del suplico de la demanda, de que dicha actualización se realice teniendo en cuenta el interés legal devengado por el principal de 5.000.000 ptas. desde el 11 de marzo de 1989 hasta el presente (se sobreentendiendo la liquidación), debe llevar a su estimación por la Sala y sin que sea aceptable el argumento, esgrimido por la parte demandada, de que el valor real actual de las acciones controvertidas superaría los 30.000.000 ptas., por cuanto dichos títulos fueron adquiridos por el consorcio a su riesgo y ventura.

Finalmente, por lo que se refiere a la división y adjudicación, la actora en el punto 3.º de la letra B) del suplico, último que guarda relación con la controversia suscitada, solicita que en orden a la atribución de las acciones, evaluadas que sean las mismas, se atribuyan las de una sociedad a D.ª Carmen y las de otra sociedad a D. José, previas las compensaciones entre cónyuges que dimanen de la valoración de las acciones. Partiendo de la aceptación por este Tribunal de lo establecido por la Juzgadora de instancia en el fundamento de derecho sexto de la sentencia apelada, solo cabe añadir que, siendo de aplicación en este supuesto el art. 1061 del CC (al que se remite el art. 1410 del mismo texto legal), debe procederse al reparto por mitad entre los cónyuges de las acciones de las entidades «Conservas C. P. Hermanos» y «Conservas C.», para lo cual deberán efectuarse los correspondientes lo-

tes. Como en el presente caso las acciones de la segunda de las mercantiles citadas constituyen un número impar (exactamente, cincuenta y siete acciones), se hace preciso

entregar a uno de los cónyuges un título más, debiendo fijarse, en consecuencia, la correspondiente compensación en favor del otro cónyuge.

4. *Improcedencia de interponer una tercería de dominio por la esposa cuando no se ha disuelto la sociedad de gananciales.*

AP Córdoba, Sec. 3.ª, Sentencia de 22 de enero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco de Paula Sánchez Zamorano.

En el presente litigio que ahora se examina por la Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto, se ejercita por la esposa, al amparo de los arts. 1532 y ss. de la derogada LEC y 1373 del CC, frente a su esposo y la Dirección Provincial de la TGSS en Córdoba, tercería de dominio, interesando el alzamiento del embargo sobre la vivienda, propiedad de la sociedad de gananciales, acordado en el expediente de apremio seguido contra el esposo por deudas contraídas por éste contra la Seguridad Social, solicitando que para ello el Juzgado declare el carácter privativo de la deuda. La sentencia de instancia estima la demanda al entender no efectuada la notificación del embargo en forma a la demandante y considerar privativa la deuda por contraerse la misma en situación de crisis matrimonial.

Pues bien, el recurso planteado por la TGSS ha de ser acogido. En efecto, y respecto de la primera cuestión suscitada, observando el expediente de apremio aportado como prueba a las actuaciones, se llega a la conclusión de que para cumplir los requisitos de audiencia al interesado, por el carácter ganancial del bien sujeto a embargo, se notificó debidamente y en forma la obligación y el indicado embargo a la indicada esposa, dirigiéndole el órgano administrativo

la debida comunicación, mediante correo certificado con acuse de recibo a su domicilio, si bien en el recibí aparece la firma de su suegra.

Respecto del tema de la vinculación de los bienes de la sociedad de gananciales, en este caso la vivienda conyugal como único bien, para responder de deudas contraídas en interés de la misma y del matrimonio, como son las derivadas de impagos a la Seguridad Social con motivo de la industria, trabajo o negocio, la sentencia de instancia lo que hace es desconocer toda la Jurisprudencia existente en torno a esta cuestión, quizás porque interpreta que al ser impagos ocurridos en situación de crisis matrimonial, no debe quedar vinculada la sociedad de gananciales. En este sentido, tiene dicho la Jurisprudencia que durante el matrimonio la situación de la mujer (o del cónyuge) respecto de los bienes gananciales es la de propietaria de los bienes en mano común o de tipo germánico, lo que no permite la división en cuotas ideales, característica de la comunidad de tipo romano que rige para el supuesto de copropiedad de los arts. 392 y ss. del CC; si no se ha disuelto o liquidado la sociedad conyugal, la propiedad de los bienes del matrimonio serán gananciales por cuanto es precisa dicha liquidación para sa-

ber qué cuota corresponde a cada cónyuge, no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante que no la legitima para entablar la tercería de dominio, ya que no tiene la cualidad de tercero, esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción, conjuntamente con la condición de propietario en exclusiva de los bienes en litigio (SS. de 29 de diciembre de 1987, 2 de junio de 1990, 4 de marzo de 1994 y 25 de febrero de

1997, entre otras). Desde esta perspectiva, la actora no es tercera a los efectos de la tercería entablada, por cuanto la deuda generada por la actividad del marido se contrajo constante la sociedad de gananciales y con anterioridad a su supuesta disolución, y ello con independencia de que el esposo abandonase el domicilio conyugal, o existiesen unos trámites de separación. La demanda debe, pues, desestimarse.

5. *La deuda contraída por uno sólo de los cónyuges constante la sociedad de gananciales se presume privativa, recayendo sobre el acreedor la carga de probar que la actuación individual del cónyuge deudor estaba incurso en alguno de los supuestos en que se prevé legalmente que deban responder los bienes gananciales.*

AP Madrid, Sec 10.^a, Sentencia de 17 de febrero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José González Olleros.

Estimó con acierto la Juzgadora de instancia parcialmente la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por el referido apelante contra los precitados codemandados, condenando solamente a D. José Luis G. por entender que la deuda reclamada fue contraída exclusivamente por él, por lo que sólo él deberá responder sin que deba hacerlo ni siquiera la sociedad de gananciales.

La Sala comparte plenamente los argumentos vertidos por la Juzgadora de instancia debiendo precisar ante las confusiones en que incurre el apelante que, a tenor de lo dispuesto en el art. 1257 CC, los contratos solamente producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, de forma que el hecho de que el contrato se haya celebrado en estado de casado no convierte al otro cónyuge que no contrató en parte del mismo y por ello le legitima pasivamente

para soportar cualquier reclamación dirigida contra el que contrató, pues el matrimonio no autoriza de por sí a uno de los cónyuges para actuar en nombre del otro ni le confiere su representación (art. 71 CC). Así lo viene reconociendo la jurisprudencia del TS cuando de acciones puramente personales derivadas de contratos, como es el caso de autos, se trata (SSTS 25 de enero de 90 y 12 de marzo de 1997).

Cuestión distinta es que la sociedad de gananciales deba responder de las obligaciones contractualmente asumidas por uno de los cónyuges, pues ciertamente de una parte conforme al art. 1362.4.º CC establece que serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge, y de otra, el art. 1365 también del CC hace responder a los bienes gananciales

ciales de las deudas contraídas por un cónyuge en el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes propios.

En este sentido, tal y como expuso con claridad la Sentencia de 13 de abril de 1998 de la Sec. 13.^a de esta Audiencia «En el seno de la sociedad de gananciales y a los efectos de la responsabilidad o vinculación patrimonial de los bienes de dicha sociedad o de los privativos de los cónyuges, es preciso distinguir: a) Obligaciones contraídas por ambos cónyuges en el ejercicio de la potestad compartida de gestión y administración; b) Obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en el ejercicio de los poderes individuales que sobre la sociedad de gananciales reconoce la ley; c) Obligaciones puramente personales contraídas por uno solo de los cónyuges de las que responde solamente el esposo deudor, con la posibilidad de que el otro utilice la facultad que le concede el art. 1373 CC», añadiendo que «ante el ejercicio por los acreedores de una acción frente a la sociedad conyugal o alguno de sus miembros habrá de precisarse cuál es el origen y naturaleza de la deuda (consorcial o privativa) a fin de concretar patrimonialmente la responsabilidad exigida. Mientras que la actuación conjunta del marido y la mujer legitima toda actuación en el sistema de cogestión y codisposición instaurado por la L 11/1981 (art. 1367 en relación con el art. 1375 CC), sólo en contadas ocasiones servirá la actuación individual para desencadenar la garantía (responsabilidad) del acervo común, rigiendo el principio general de considerar que el débito contraído por uno solo de los cónyuges tiene carácter privativo, en tanto que no pruebe el acreedor

que tal actuación queda subsumida en el ámbito de los arts. 1365 (ejercicio de la potestad doméstica), 1366 (objección extracontractual), y 1368 (sostenimiento, atención y educación de los hijos). En consecuencia, fuera de aquellos casos en que en el negocio jurídico intervienen los cónyuges, la deuda u obligación se presume privativa, debiendo acreditar el acreedor que la actuación individual del cónyuge deudor está respaldada por alguno de los preceptos legales relacionados que determine la validez de dicha actuación y provoque la responsabilidad directa de los bienes gananciales. En otro caso el cónyuge deudor puede ejercitar válidamente los derechos que le concede el art. 1373 CC, una vez se le haya notificado la afección del bien común, y que son: a) Pedir la sustitución de la traba constituida en los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal; b) Consentir la ejecución pero reputar que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal. En el primer caso produce efectos a terceros (acreedor), mientras que en el segundo el ejercicio de tal facultad sólo los produce en el ámbito interno de la sociedad conyugal».

A la luz de la doctrina expuesta, no habiendo además el actor hoy apelante probado en forma alguna que la actuación individual del codemandado D. José Luis lo fuera con alguno de los fines establecidos en los precitados arts. 1365, 1366 o 1368 CC, es claro que, como adelanta la Juzgadora de instancia, los bienes gananciales tampoco deben responder.

6. *Obligación del esposo de abonar la totalidad del préstamo hipotecario de la vivienda ganancial, aun cuando esté disuelta la sociedad, sin perjuicio del posterior derecho de reintegro, ya que es el único que obtiene ingresos.*

AP Vizcaya, Sec. 6.ª, Sentencia de 16 de marzo de 2001.

Ponente: Ilma. Sra D.ª María Lucía Lamazares López.

En cuanto a la pretensión expuesta por el esposo sobre el pago del préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal, debe, asimismo, ser rechazada. Hemos de partir de que tal vivienda tiene carácter ganancial. Pues bien, si de acuerdo con el art. 1344 CC, mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges que le serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla, lógicamente si ello es así será la masa ganancial la que soporte igualmente las cargas u obligaciones que surjan en este sentido, el art. 1362 CC dispone que serán a cargo de la sociedad ganancial los gastos que se originen, entre otras causas, por la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes, además de los arts. 1363 a 1373 CC al señalar una serie de obligaciones a cargo de tal sociedad y que

están en relación con las obligaciones surgidas en el ámbito de la administración y disposición de los bienes comunes de las obligaciones contraídas por ambos cónyuges e incluso en ocasiones por las deudas de uno solo de ellos. En el caso siendo el esposo el único que aportó ingresos durante el matrimonio, es decir, siendo el único que aportaba dinero a la masa ganancial, es circunstancia fáctica suficiente para estimar que el mismo deberá continuar abonando las cuotas del préstamo hipotecario, sin perjuicio claro está, de su derecho a reintegrarse de las abonadas tras la sentencia de separación en el momento de la liquidación del régimen económico, en el que aparecerán como una deuda que la sociedad tiene con este cónyuge y que por tanto será compensable en el momento de efectuar las correspondientes adjudicaciones.

7. *Responsabilidad de los bienes gananciales por una deuda contraída por el esposo constante la sociedad, siendo indiferente que posteriormente se otorgasen capitulaciones matrimoniales.*

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2001.

Ponente: D. José Ramón Navarro Miranda.

Se discute la condición de deuda ganancial y por tanto, de la que haya de responder la esposa demandada con los bienes de la

sociedad conyugal que le fueran adjudicadas a la misma, en base a lo dispuesto por los arts. 1333, 1362.4.ª y 1365.2.ª del CC,

partiendo de los siguientes antecedentes: por capitulaciones matrimoniales de fecha 10 de agosto de 1989, la actora y su esposo, ésta se adjudicó, tras pactarse la absoluta separación de bienes, entre otros, el inmueble litigioso, anteriormente de carácter ganancial; con fecha 7 de noviembre de 1989, el esposo firmó, como avalista solidario, una póliza de crédito para financiación de importaciones de hasta 15 millones de pesetas; dichas capitulaciones se inscribieron en el Registro de la Propiedad en el que aquél está inscrito en el año 1997. La sentencia de instancia, frente a la que se alza la recurrente, desestima la pretensión de que dicho inmueble no puede ser embargado por deudas o responsabilidades de su esposo y en concreto por la deuda contraída por incumplimiento de la póliza firmada con la demandada en fecha 7 de noviembre de 1989 a que se hace referencia en la demanda, por no afectar la modificación a los derechos de los acreedores.

Tal pronunciamiento de la sentencia de instancia ha de confirmarse por cuanto, por un lado, tal como señaló la sentencia del TS de 2 de julio de 1990, en la que se trataba de un aval prestado por el esposo, del que nace el débito, y la S. de 15 de marzo de 1991, «el esposo, en estos casos actúa en situación equiparable a la del comerciante, según el art. 6 del CCom., al que se presume otorgado el consentimiento del otro cónyuge para obligar a los bienes comunes, cuando se ejerza con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que debe prestarlo, en concordancia, con la finalidad, de buscar el necesario equilibrio ante los beneficios que para la sociedad de gananciales se derivan de tal actividad y los consecuentes riesgos y responsabilidades jurídicas que la actividad origina y produce, razones que subsisten, en el CC, vigente, con carácter general al disponer en el art. 1365 que los bienes gananciales respondan directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por su cónyuge, cuando según el núm. 2, éste las contraiga en el ejercicio de su profesión, arte u oficio», doctrina que reitera la S. de 6 de

junio de 1994 al declarar que «los bienes gananciales responden de las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges dado que los demandados ejercían actividades comerciales, y no consta que sus respectivas esposas se hayan opuesto en la forma legal negando expresamente su consentimiento para soportar las consecuencias de dicha actividad, por lo que a tenor de lo dispuesto en los arts. 6, 7, 11 y 12 CCom, en relación con el art. 1556.2.º CC, los bienes gananciales de los respectivos matrimonios responden directamente, en su caso, de las deudas contraídas por los esposos».

A ello ha de añadirse que, tal como establecen las SS. de 26 de junio de 1992, 26 de junio de 1992, 30 de septiembre de 1992, 9 de marzo de 1988, 3, 4, 18 de junio de 1991 y 9 de abril de 1995, y tratándose de bien inmueble el litigioso el controvertido, son de aplicación los arts. 1317 y 1333 del CC, ratificados y completados por el art. 77 de la Ley del Registro Civil, y habida cuenta de la doctrina que en los mismos se establece, tendente a proteger los derechos de terceros de buena fe que contratan desconociendo la existencia de la modificación operada en el régimen económico del matrimonio interviniente, declarar que modificación pactada solo puede perjudicar al tercero de buena fe desde la fecha de inscripción correspondiente en los registros públicos. Cualquiera otra interpretación conduciría al absurdo de permitir la posibilidad de que la cónyuge hiciera uso de sus pactos capitulares en el momento que más beneficioso fuera para sus intereses, olvidando los legítimos derechos de los terceros que con ellos contrataron (SS. de 5 de junio y 6 de diciembre de 1989, y 19 de febrero, 6 de marzo y 24 de abril de 1990)». En análoga línea, la S. de 20 de marzo de 1989 señala que en la sociedad de gananciales, la ley faculta para perseguir bienes que ostentaren tal naturaleza, aunque estén legalmente en poder y posesión de uno de los cónyuges como bienes privativos en virtud del cambio del régimen económico matrimonial, es decir, aunque registralmente estén a nombre de la esposa y

el deudor que los obligó fuera el esposo». Finalmente, ha de añadirse que la doctrina más autorizada se inclina con rotundidad a mantener que cuando la alteración capitular afecta a inmuebles, las indicaciones en el Registro Civil no otorgan a la alteración efectos para terceros mientras no se encuentran debidamente inscritas en el Registro de la Propiedad. En este sentido se muestra la más moderna jurisprudencia, pudiendo señalarse a estos efectos las SS. de 20 de marzo de 1989 y 6 de junio de 1994, estableciendo esta última que la validez de las capitulaciones depende de su constancia en escritura pública, de manera que tal requisito se erige en forma «ad solemnitatem» y no meramente en forma «ad probationem» y su eficacia y oponibilidad está en función de la inscripción en el RC, mas estas circunstancias no alteran el régimen de publicidad registral inmobiliario, con las garantías que a terceros ofrece el mismo, en consonancia con lo dispuesto por el art. 1333 CC, respecto de los inmuebles concretos afectados por

capitulaciones matrimoniales en cuanto a la toma de razón en el Registro de la Propiedad en la forma y con los efectos previstos en la LH, y, especialmente, en concordancia con lo establecido por el art. 75 RH, y no cabe que se confundan lo que son efectos “inter partes” de los de acuerdos de esta naturaleza, incluso de sus proyecciones en función de la inscripción en el Registro civil por lo que el cambio de régimen económico matrimonial representa, con lo que son derechos de terceros sobre bienes inmuebles concretos y determinados que constan en una relación ofrecida por las partes como tales bienes gananciales que se hacen, con toda sujeción a Derecho, depender, de cual sea su situación registral pública, que es, en definitiva, la cuestión que decide la sentencia impugnada.

Consecuentemente, habiendo accedido la modificación de régimen económico matrimonial al registro de la Propiedad con posterioridad a la contracción de la deuda, el recurso debe desestimarse.

IX. FILIACIÓN

1. *Al ser la hermana del presunto padre la única heredera, es necesario dirigir la demanda de reclamación de paternidad contra la misma, existiendo pues falta de litisconsorcio pasivo necesario.*

AP Asturias, Sec. 6.^a, Sentencia de 19 de enero de 2001.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Elena Rodríguez-Vigil Rubio.

Frente a la sentencia de primera instancia que estimó la acción de declaración de paternidad del actor respecto al hijo fallecido de la demandada, se alza el recurso de esta última cuyo primer motivo de impugnación reproduce la excepción de litisconsorcio pa-

sivo necesario sobre la que la recurrida no se pronunció pese a haber sido invocada en la contestación y a tener que haber sido ya resuelta en la propia comparecencia sanadora del art. 693 de la LEC precedente, según doctrina jurisprudencial consolidada, de la

que es claro ejemplo su sentencia de fecha 25 de junio de 1997, entre otras muchas.

Basa la recurrente esta excepción en el hecho de que las acciones de reclamación de filiación han de dirigirse frente a todas las personas a quienes afecte la acción y que no actúen en el proceso como parte actora, con cita de la STS de 23 de septiembre de 1996, cualidad que estima ostenta la hermana del presunto padre, quien además, por ser heredera de su padre, fallecido con posterioridad a su hermano, va a resultar afectada en sus derechos sucesorios pues de ser única y universal heredera de su difunto padre, que a su vez ostentaba tal cualidad junto con la demandada, en relación con su hijo de quien se pretende la declaración de paternidad, habrá de compartir tal herencia con el actor.

Con la presente excepción se plantea el problema de determinar el alcance de la legitimación pasiva en estas acciones de filiación, problema cuyo origen está en la ausencia de una regulación específica que si bien es una carencia prácticamente generalizada en derecho sustantivo, alcanza sin duda mayor complejidad cuando de acciones de filiación se trata si se tiene en cuenta que la sentencia que se dicte en esta sede, en cuanto afecta al estado civil de las personas, surte efecto de cosa juzgada material contra terceros (cfr. art. 1252.2 del CC y 222 de la L 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil).

Cuestión que en este caso se complica aún más si cabe al haber fallecido uno de los protagonistas de la relación paterno-filial objeto de debate, concretamente el padre frente al que se ejercita la acción de reconocimiento de filiación, dado que ello genera la posibilidad de ampliación del ámbito de los legitimados pasivamente, aun cuando en esta materia por razones obvias no pueda hacerse una interpretación extensiva sino estricta del término interesado.

Enfrentándose a este problema de la legitimación pasiva en las acciones de filiación el TS, partiendo de que el interés jurídicamente protegible es el que otorga legitimación, ha declarado en su S. de 19 de enero de

1990 que la misma había de reconocerse a todos aquellos que pudieran tener interés o bien afectación por la resolución que se dictara reconociendo la filiación, bien que matizando o concretando tal interés en una afectación de sus derechos hereditarios, y así, siguiendo esta interpretación estricta del término «interés» la sentencia del mismo Alto Tribunal de 17 de marzo de 1993, rechaza su concurrencia cuando el mismo es meramente indirecto o prejudicial.

Doctrina jurisprudencial la citada que está en sintonía con la regulación que de la legitimación activa efectúa el propio CC en sede de acciones de impugnación de la filiación no matrimonial cuando falta la posesión de estado, si se tiene en cuenta que el art. 140 la otorga a aquellos a quienes perjudique.

Pues bien, llegados a este punto sólo caben dos opciones en este caso, partiendo siempre del hecho de que el perjuicio invocado en apoyo de la legitimación ha de ser actual o de presente desde el momento en que el eventual o posible no es tal, o bien equiparar perjuicio a la titularidad de un derecho a cuya existencia o extensión se oponga la filiación controvertida, en cuyo caso no cabe duda la necesidad de demandar a la hermana del presunto padre fallecido, pues de acogerse la pretensión el actor concurriría con la citada a la sucesión de su padre, viéndose así obligada a compartir la herencia con el actor, o bien restringir tal legitimación exclusivamente a los herederos del presunto progenitor, como establece en la actualidad la vigente LEC en su art. 766.

Ahora bien, en este supuesto cualquiera de ambas soluciones lleva a idéntico resultado de la necesidad de dirigir la demanda contra la hermana del presunto progenitor pues al haber fallecido uno de los herederos del citado, el padre de ambos, la misma le sucedió en tales derechos.

Ello no obstante, en orden a los efectos que han de derivarse del acogimiento de esta excepción litisconsorcial, no pueden aceptarse los postulados por el recurrente de acogimiento de su recurso para dictar sen-

tencia interlocutoria con imposición de costas al actor, sino los de declarar la nulidad de actuaciones retrotrayendo las mismas al momento procesal previo a la citación para juicio, a fin de que se subsane ese defecto, mediante su citación al mismo para, si así lo estima procedente, conteste a la demanda, y previos los demás trámites proceda a dictarse nueva sentencia en primera instancia, teniendo en cuenta el principio de conservación de los actos procesales ya realizados de forma que, si la citada no se persona, sin

más trámite se acordará traer los autos a la vista para dictar sentencia. Todo ello en sintonía con la más reciente doctrina jurisprudencial (SSTS de 22 de julio de 1991, 1 de julio y 29 de diciembre, ambas de 1993, 31 de mayo de 1994, etc.) que, partiendo del carácter restrictivo con que ha de ser acogida esta doctrina del litisconsorcio, por las dilaciones de toda índole que genera ha venido proclamando la posibilidad de subsanar el mismo con la consiguiente convalidación de la litis defectuosamente trabada.

2. *La circunstancia de que en el convenio regulador se pactase que “a los efectos prevenidos en los arts. 115 y ss. del vigente CC, por ambos comparecientes se reconoce, de forma expresa en este acto, que la actual situación de embarazo de la esposa se remonta a una fecha anterior a la celebración del matrimonio, rechazándose la filiación de dicha criatura, respecto del marido”, no implica una renuncia a la paternidad.*

AP Pontevedra, Sec. 3.ª, Sentencia de 6 de marzo de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Juan Gutiérrez Rodríguez-Moldes.

Poco después de celebrado el matrimonio y antes del nacimiento de la niña, las desavenencias de los cónyuges originan su separación firmando ambos el Convenio de separación conyugal en el que exponen que de su matrimonio no existe hijo alguno y estipulan que «a los efectos prevenidos en los arts. 115 y ss. del vigente CC, por ambos comparecientes se reconoce, de forma expresa en este acto, que la actual situación de embarazo de la esposa se remonta a una fecha anterior a la celebración del matrimonio, rechazándose la filiación de dicha criatura, respecto del marido. Dicha manifestación se hace a los efectos prevenidos en el art. 117 “in fine” del CC, destruyendo con la misma la presunción de paternidad respecto del esposo. Ambas partes se obligan expre-

samente a formalizar dicha manifestación de forma auténtica, dentro de los seis meses posteriores al nacimiento del concebido, ratificándola en el momento que se procede a la separación judicial. Y así se hace porque la niña se inscribe sólo a nombre de la madre en el Registro Civil y Parroquial, el Convenio se ratifica a presencia judicial y se dicta la sentencia de separación con fecha 26 de marzo de 1991.

Los efectos de los anteriores hechos en relación con la expresa declaración de voluntad del demandante son sin duda la destrucción de la presunción de filiación de acuerdo con el art. 117 CC. Este precepto así lo permite y la redacción de la estipulación cuarta del Convenio lo expresa con to-

tal claridad, con la obvia consecuencia de que a pesar de darse todas las circunstancias exigidas por el art. 116 CC no es posible presumir la filiación.

Sin embargo no puede estimarse que los actos y declaraciones del demandante hayan supuesto su renuncia a la paternidad. Una cosa es la presunción legal y otra el derecho de paternidad y las acciones inherentes. En primer lugar es indudable que esas declaraciones se producen en el marco del conflicto de la separación matrimonial, con todos los condicionamientos que conlleva y así como vincula directamente a la separación no puede suceder lo mismo con la filiación, materia en la que ya resulta afectado el interés de un tercero. Pero sobre todo porque es característica del Derecho de Familia la limitación de la autonomía de la voluntad en los derechos que comprende, entre ellos sin duda el de paternidad, con subordinación al interés del grupo familiar y su concepción como una fusión de derecho y deber, con la consecuencia principal de que no es posible su renuncia.

En la más elemental doctrina se entiende que las acciones de filiación, como pertenecientes al grupo de las acciones sobre el estado civil son indisponibles, irrenunciables e imprescriptibles. Así resulta del art. 6.2 CC en cuanto puede perjudicar a un tercero como es la hija y del art. 1814 CC que le prohíbe la transacción sobre el estado civil de las personas. Castán cita la S. de 25 de junio de 1909 que declara irrenunciable el derecho de filiación y la de 24 de junio de 1931 que se refiere en general a la patria potestad y el régimen familiar. Por su parte el art. 132 CC declara imprescriptible la acción de reclamación de filiación matrimonial, de modo que al tiempo transcurrido no puede limitar su ejercicio.

Como conclusión de lo expuesto es posible el ejercicio de la acción y quedan abiertas todas las pruebas permitidas por el art. 127 CC. Aquellos hechos probados, con in-

dependencia de que no permiten ninguna presunción, son prueba de unas relaciones íntimas, que además se confirman por declaraciones testificales en este juicio, sin que en realidad tampoco se nieguen por la demandada. Lo que se deduce es la persistencia de una duda, que incluso se puede considerar razonable, sobre si el demandante es o no padre de la niña, duda que ha sufrido el actor por opuestas explicaciones antes del matrimonio y durante la separación y que la madre no ha desvelado. Se aprecian por tanto importantes indicios de prueba y justificada por el principio de veracidad se acordó la práctica de la prueba biológica, única que podía resolver de forma definitiva aquella incertidumbre. A pesar de los reiterados intentos en primera y segunda instancia, esta prueba no pudo practicarse a causa de la negativa de la madre, también reiterada. Esta negativa ha sido total, mantenida en todas las oportunidades y sin ninguna justificación. No se acepta que esa prueba pueda ser para la madre vejatoria ni degradante pues ni siquiera se razona. Con estos antecedentes, una reiterada doctrina jurisprudencial mantiene que esta negativa no se equipara a la “ficta confessio”, pero tal conducta o postura no resulta por completo irrelevante y se convierte en un intenso indicio cuando careció de justificación susceptible de ser apreciada y obedeció más bien a una actitud decidida de evitar por todos los medios que se llevase a cabo su práctica (entre otras muchas SS. de 10 de octubre de 1996, 11 de mayo de 1999 y 20 de junio de 2000 TS). Y la conclusión en ellas es que en conexión con el resto de los indicios relevantes de relaciones constituyen prueba suficiente de la paternidad de la niña.

Por todo lo expuesto no existe obstáculo sino prueba bastante para estimar la demanda de reclamación de filiación, con estimación del recurso y sin hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias, en atención a la especial naturaleza de este juicio.

X. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *No procede privar de la patria potestad a los padres en el presente supuesto en el que la Diputación Foral tras casi dos años de internamiento en el que no existieron problemas de interés (los padres realizaban las visitas), ante la falta de cumplimentación de un trámite, en un espacio de dos meses, y de forma sorpresiva para los padres a los que se les había dado nueva cita ya que la encargada estaba de vacaciones, acuerda el apartamiento total de la menor con sus padres.*

AP Vizcaya, Sec. 2.^a, Sentencia de 22 de enero de 2001.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Ana M.^a López Chocarro.

Como principio general hemos de partir de que la privación de este derecho se debe basar en un grave incumplimiento de los deberes tuitivos que comprende esta función, atendiendo en todo caso al bien e interés del menor, primando actualmente la interpretación jurisprudencial de que la privación de la patria potestad no se configura como una sanción por el incorrecto o inadecuado ejercicio de aquélla sino como un remedio a la situación de desamparo en que pueden, por tal motivo, encontrarse los menores no emancipados.

El marco legal aplicable se encuentra en los art. 154, 156, 170 y concordantes del CC, art. 2 y 11 de la Ley de protección judicial del Menor y art. 39 de la Constitución española. En el ámbito internacional cabe tener en cuenta el art. 3.1 y 9 de la Convención sobre los Derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1989. Siguiendo la doctrina expuesta por nuestro Tribunal Supremo la privación de la patria potestad debe asentarse en la inobservancia de los deberes de atención y cuidado siempre y cuando sean constantes, graves y peligrosos para el beneficia-

rio o hijo, y en tal sentido se pronuncian las STS de 18-10-1998, 18-10-1996.

La apreciación del incumplimiento grave y continuado de los deberes paterno filiales en detrimento del hijo debe evidenciarse a través de toda la prueba practicada en los autos, de manera que sea indudable la situación de un desamparo. En este caso como hechos indubitados constan los siguientes:

1. La menor, a los seis meses de edad y el día 19 de noviembre de 1996 fue llevada por su padre al Servicio de Infancia del Departamento de acción social por imposibilidad de prestarle la asistencia debida ante los problemas psíquicos que presentaba su madre y las obligaciones laborales del padre, no pudiendo contar con el auxilio de la familia más próxima, también inmersa en sus ocupaciones profesionales.

2. La Diputación Foral por medio de Orden Foral numero 8484/1996 asumió la guarda provisional en la Unidad de Acogida Social.

3. La Comisión Técnica de Valoración de Menores de la Diputación Foral en fecha de 30 de junio de 1998 decide, previo infor-

me técnico del Servicio de Infancia, Juventud, familia y mujer: asumir la tutela de la menor, promover el acogimiento familiar preadoptivo y la privación de la patria potestad con suspensión de las visitas de los padres de la menor dadas las características del acogimiento, dictándose a tal efecto las órdenes forales números 5397/1998 de asunción de la tutela, 5472/1998 acogimiento preadoptivo con suspensión de las visitas y 8341/1998 por la que se acuerda instar la privación de la patria potestad.

La decisión adoptada por la Diputación formal en orden a asumir la tutela de la menor previa declaración de desamparo y proceder en consecuencia al acogimiento y a solicitar la privación de la patria potestad se basa en que los padres no están en disposición de atender a la hija como así resulta de los informes y seguimiento del internamiento provisional de la niña, de los que cabe concluir:

1. Imposible cumplimiento de las obligaciones parentales, al padecer la madre de la menor una enfermedad mental que la incapacita para hacerse cargo de su hija.
2. Inadecuado cumplimiento de las obligaciones parentales por parte del padre al delegar el cuidado de la menor en la administración mostrando desinterés e incapacidad en la resolución de la problemática familiar.
3. Carencia de apoyo de la familia extensa.
4. Desinterés manifiesto y reiterado del padre a la integración de su hija en el hogar familiar.

Los padres, por su parte, niegan el desinterés del padre alegado de contrario manteniendo que sus ocupaciones laborales si bien le han impedido acudir al centro de acogida que tiene horario de atención al público por las mañanas no ha obstaculizado la comunicación telefónica, y aun admitiendo la enfermedad de la madre consideran que puede evolucionar positivamente no exis-

tiendo declaración judicial de incapacidad. Admiten que cuando procedieron al internamiento urgente de su hija no tenían apoyo de la familia, pero en el momento actual la situación ha cambiado y ahora cuentan con el auxilio de la hermana del padre y de su marido, constando en el informe de 29 de mayo de 1998, aportado por la actora, que la hermana de la madre, se ofreció ante los servicios de la Diputación para asumir el cuidado de la menor. Explican que sí estaban interesados en el servicio de ayuda de día que les fue ofrecido pues acudieron a la visita del 27 de abril de 1998 sin documentación porque nadie les indicó que tuvieran que llevarla; se les dio nueva cita a los quince días y no pudieron reunir toda la solicitada porque extravió el D.N.I. y la encargada estaba de vacaciones; se les volvió a dar nueva cita para el día 6 de julio y ese mismo día les informan que por Orden Foral de 3 de julio la Diputación ha asumido la tutela sobre su hija.

La sentencia de instancia con base al dictamen pericial acordado en autos de fecha 3 de junio del 99, que reitera las conclusiones del evacuado en el proceso sobre la tutela unos meses antes (autos 417/1998), y el parecer del Ministerio Fiscal, considera que se ha producido un incumplimiento de deberes por parte de los padres, ya por imposibilidad ya por indolencia, que es causa de privación de la patria potestad; el Juzgador considera que aunque puede existir el deseo de los padres de tener a la menor en su compañía, éste no fue activado oportunamente cuando se les ofreció por el Departamento de Acción Social la vuelta de la niña a casa con un S.A.D. Se mantiene que los padres han consentido que el internamiento de la niña durara más de dos años hasta el punto de que la menor presentaba síntomas de hospitalismo no valiendo ahora, tardíamente, que aparezcan parientes dispuestos a colaborar en el cuidado de la menor, actitud, dice, no puesta en evidencia oportunamente y que, aun siendo cierta, no eximiría a los padres de su postura de manifiesto incumplimiento de sus obligaciones paterno filiales, bien por

imposibilidad (referida a la madre) o por delegación irresponsable de deberes (respecto al padre).

Analizando el conjunto de toda la prueba articulada consistente mayormente en la documental aportada por la actora con la demanda relativa al expediente de la menor, el informe psicológico de 3 de junio de 1999, las declaraciones testificales y la confesión de la Diputación, esta Sala no puede sino llegar a una conclusión muy diferente de la expuesta por el Juzgador de Instancia.

La problemática familiar sometida a estudio es compleja y difícil, no obstante lo cual, debe analizarse con sumo cuidado y cautela para valorar si efectivamente los padres han mantenido una conducta de total despreocupación e indiferencia respecto del cuidado de su hija menor. No estamos en este juicio valorando la conveniencia de la guarda de la menor por sus padres ni por consiguiente el análisis del único y principal beneficio del menor, “favor filii” o “favor minoris”, sino si queda constatado la inobservancia contumaz, constante y reiterada por los padres de sus principales obligaciones. Téngase presente que la aplicación del art. 170 del CC, regulador de la privación de la patria potestad, debe interpretarse de forma restrictiva evitando interpretaciones extensivas y procurando limitar en lo posible los efectos negativos en el reconocimiento de los derechos afectados.

Hemos de partir del hecho admitido por todos de que el padre acudió en noviembre de 1996 al auxilio de la Diputación Foral para que atendiera a su hija menor ya que su situación familiar impedía el debido cuidado, demostrando precisamente un alto grado de responsabilidad como padre: el reconocimiento de sus dificultades y el acceso a la vía legal precisa para solventar tan grave situación.

En la Diligencia del Servicio de Infancia de fecha 2 de octubre de 1997 (folios 77 y 78 de la causa) se hace constar que la madre ha solicitado al Centro de Atención un incremento de visitas y que su hermana, refiere su deseo de atender a su sobrina, con la

intención de evitar que ésta sea dada en adopción.

Hasta al menos abril de 1998, los padres mantuvieron relación permanente con la menor, siendo continuas las visitas de la madre y existiendo al menos un régimen de estancia con los padres durante los fines de semana, así se deduce del Informe de asistencia social de fecha 24 de abril de 1998, folio 80 de las actuaciones.

Es evidente que ante los síntomas de hospitalismo que presentaba la menor la Diputación Foral reclamó del área de bienestar informe de evolución en el cual se propone la salida de la menor al hogar con un servicio de atención de día. A partir de aquí los padres reconocen que el día 27 de abril fueron citados y acudieron sin documentación, por lo que fueron citados otra vez en 15 días. Tal cita no se celebró y les volvieron a dar cita para el día 6 de julio, fecha en la que la Diputación había dictado sus órdenes forales de asunción de tutela, acogimiento preadoptivo con suspensión de visitas y de instar la privación de la patria potestad.

No consta en los autos ninguna de las citas que se les hicieron a los padres, salvo una de fecha anterior de 10 de febrero (folio 81), por lo que no podemos saber qué condiciones y documentación se les pidió y valorar así lo que exponen ambas partes. Lo que es cierto es que se tuvo que suspender la cita de mayo, por iniciativa de los padres que acudieron al Servicio y expusieron que no habían podido reunir toda la documentación, en donde se les dio nueva cita y se les informó de que la persona encargada estaba de vacaciones (así se relata por la asistente social en el informe de 29 de mayo de 1998, y lo admiten ambas partes). Desde julio de 1998, los padres no han vuelto a tener contacto alguno con su hija.

Hasta aquí las incidencias de la guarda de la menor desde que la Diputación Foral asumió sus cuidados, primero por causa de urgencia y después, previa declaración de situación legal de desamparo. Parece innegable que la actuación de la Diputación se compagina mal con los principios rectores

de nuestro Derecho de Familia, prescindiendo de los necesarios principios de asistencia y audiencia cuando está en juego la vida de una menor.

La Diputación Foral tras casi dos años de internamiento en el que no existieron problemas de interés salvo los derivados de los problemas personales de los padres decide, ante la falta de cumplimentación de un trámite, en un espacio de dos meses, si atendemos a la primera cita de 27 de abril y la resolución de la Comisión técnica de 30 de junio, y de forma sorpresiva para los padres a los que se les había dado nueva cita ya que la encargada estaba de vacaciones, el apartamiento total de la menor con sus padres, articulando de forma conjunta cuantas medidas están de su mano para tal fin: declaración de desamparo y tutela, solicitud judicial de la privación de la patria potestad y acogimiento preadoptivo con suspensión de las visitas. Olvida la situación de visitas normales durante casi dos años, olvida la presencia de la hermana de la madre, que manifiesta su deseo de asumir el cuidado de la niña en octubre de 1997, olvida asimismo la petición de la madre de mayores visitas, y, desde luego, desde el 30 de junio de 1998, después del informe del día anterior, rápidamente y sin conocimiento de los padres, a los que no ha oído por un problema burocrático, propone la adopción de toda la serie de medidas relatadas en beneficio de la menor.

Esta Sala no puede compartir la forma en que ha actuado la Diputación, por mucho interés o beneficio del menor que se pretenda pues, sin duda, se están lesionando dere-

chos fundamentales de los padres. No podemos dudar de las conclusiones e informes que confirman que la madre padece un trastorno esquizofrénico de tipo desorganizado, por el que se le ha reconocido administrativamente un porcentaje de minusvalía del 48,5 %; este trastorno aunque en origen presentaba un buen diagnóstico de mejoría parece haberse estacionado negativamente (informes de 28 de enero de 1996 y 1 de diciembre de 1997) y que el padre presenta serios problemas a la hora de resolver satisfactoriamente la situación familiar de su mujer e hija, adoptando en ocasiones actitudes ausentes. Pero tampoco podemos compartir que se vean privados de su derecho a la patria potestad porque no cumplimentaron en forma un requerimiento de la Diputación para acogerse al servicio de asistencia de día, deduciéndose de este fallo un total desamparo de los padres frente a las órdenes forales. A mayor abundamiento, de los hechos expuestos sucintamente se deduce que los padres han tratado de mantener contacto con la niña, no sólo cuando asumieron su propia incapacidad para cuidarla sino durante toda la fase de internamiento, de modo que cuesta trabajo entender acreditado ese incumplimiento grave, continuo de los deberes paternales a que anuda nuestro Tribunal Supremo, la privación de este derecho de patria potestad.

Por los razonamientos expuestos el Recurso se estima, se revoca la sentencia dictada por el Juzgado, y en consecuencia se declara que no ha lugar a la privación de la patria potestad de los padres sobre su hija.

2. Personas idóneas para el cargo de tutor cuando fallecen los padres.

AP Zaragoza, Sec. 4.^a, Auto de 19 de febrero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

Se solicita la constitución de la tutela y del nombramiento de tutor de las menores Verónica, nacida el día 10-3-1986, Violeta, el 2-12-1995, y Patricia, el 2-12-1995 cuya madre común, M.^a del Carmen, y el padre de las dos últimas, don Antonio, fallecieron en un accidente de tráfico ocurrido el día 18-3-1998. El padre de la mayor de las hijas carece de relación alguna con la menor, y ha mostrado su conformidad con la constitución de la tutela en comunicación dirigida al juzgado desde la cárcel de Ceuta donde se hallaba recluso (folio 135).

El expediente fue promovido por la tía materna de las menores, doña María Isabel, con el beneplácito de su marido, don Ángel T., solicitando para sí el nombramiento del cargo de tutor. A dicha petición se opusieron los abuelos paternos de las dos hijas menores, don Emiliano y doña Rafaela, ya que entiende que ellos son las personas idóneas para ejercer la tutela de dichas menores, sin perjuicio del mantenimiento de los lazos fraternales con Verónica, respecto de la que nada dicen en contra de la pretensión de su tía.

La Juzgadora de primer grado constituyó la tutela respecto a todas las menores y confirió el cargo de tutor a doña María Isabel, resolución contra la que se alzaron los abuelos paternos.

En primer lugar es de señalar que ni la vecindad civil aragonesa de las menores, ni la sobrevivencia del padre de Verónica, son obstáculo alguno para la constitución del organismo tutelar de ninguna de las menores.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, ningún impedimento supone el mecanismo de la autoridad familiar previsto en los arts. 9 Compilación de Derecho Civil de Aragón (CDCA) y 10 CDCA, pues la «autoridad familiar de otras personas» de que habla el último precepto es de carácter facultativo, ningún interesado ha promovido la designación de quién ha de ejercerla, ni provocado la constitución de la junta de parientes del modo previsto en el art. 20 CDCA, y es opinión común que la expresión «podrá» que emplea el art. 10 CDCA implica que

dicho mecanismo en modo alguno excluye de la constitución de la tutela cuando el cuidado y atención del menor la hace más aconsejable.

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, es preciso señalar que los recurrentes carecen de interés legítimo, y por tanto de legitimación para recurrir la designación de tutor para Verónica, pues ni están unidos a ella por lazos de parentesco, ni pretenden la designación para ellos.

En cualquier caso, parece adecuada la aplicación del art. 239.2 CC que lleva a cabo la juzgadora de primer grado al apreciar situación de desamparo en dicha menor pese a la pervivencia de su padre biológico. La única noticia que se tiene de él proviene de su estancia como interno en un centro penitenciario, cuando manifestó su conformidad con la designación de tutor que ahora se discute, sin que desde entonces se conozca su paradero, por lo que es clara situación apreciada por la juzgadora de primer grado, conforme a los parámetros establecidos en el art. 172.2 CC.

Dicho lo anterior, la cuestión a debatir queda centrada en determinar quién ha de ejercer la tutela sobre las dos hijas menores, pues nada se ha discutido de que la de la mayor corresponda a doña María Isabel.

En cuanto se refiere a la prelación que ha de observarse en el discernimiento del cargo de tutor, rige el art. 234 CC ante la falta de delación testamentaria, única que es objeto de regulación en la CDCA, y aunque dicho artículo establece un orden de llamamientos, tiene como norma de cierre en su párrafo último que «Excepcionalmente, el juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden establecido en el párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere. Se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida del tutor», por lo que nada impide el nombramiento que contiene la resolución recurrida en favor de una tía, pese a que tal grado de parentesco no sea contemplado «nominatum» en el artículo de mención.

Dadas las manifestaciones vertidas por la parte recurrente durante el acto de la vista sobre que no puede apreciarse la concurrencia de circunstancias excepcionales que permitan la alteración del orden legal de llamamientos, conviene señalar que para su aplicación no exige la concurrencia de otra circunstancia que la falta de correspondencia del orden legal con el interés del menor en un caso concreto.

En cualquier caso, no puede negarse que la trágica muerte de ambos progenitores en las circunstancias a que se ha hecho mención, la existencia de hermanos y medio hermanos, las diferencias de edad entre los pretendientes a la tutela y, finalmente, la notoria diferencia entre las localidades de residencia que corresponden según la designación que se haga, integran una situación que merece en su conjunto el calificativo que niegan los recurrentes.

Conforme a lo establecido en el art. 2 LO 1/1996, cuando se trate de decisiones que le afecten, primará el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir, principio que se reitera con carácter general en los arts. 92 CC, 103 CC, 156 CC y 159 CC; en el art. 172.4 CC para los supuestos de guarda y acogimiento; y ya específicamente para el nombramiento de tutor en el ya citado art. 234 CC; principio que se sanciona igualmente en los instrumentos internacionales suscritos por España cual ocurre con la Convención de Derechos del Niño de 20-11-1989.

Se trata pues de determinar cuál de los familiares que pretenden para sí el nombramiento es más conveniente para las menores, con independencia de los intereses de

aquéllos, y, obvio es, sin ninguna valoración peyorativa para quien no lo alcance; y menos en el presente caso, en el que ambas familias reúnen un nivel más que aceptable para desempeñar debidamente el cargo, como razona la juzgadora de primer grado. Se trata en definitiva de decidir en el caso concreto que nos ocupa qué es lo más beneficioso para las menores.

Desde esta perspectiva poco puede decirse en contra de la decisión adoptada por la juzgadora de primer grado. Así cabe señalar: Los mayores equipamientos que presente la localidad de residencia de los nombrados, según se deduce de los datos obrantes a los folios 210, 234, 267, 395, 398 y 403 de los autos, cuya sola lectura excusa cualquier comentario; La mayor adecuación de la edad de los nombrados para el cuidado de las menores, pues tienen ellos mismos hijas en edades parecidas a las pupilas que aseguran un entorno más propio para niñas de corta edad. El consejo de mantener unidas a las dos hijas menores con su medio hermana dado por todos cuantos especialistas han informado en los autos (folios 212 y 328 y ss.), en el mismo sentido que la admonición que contiene el art. 92 CC para el caso de decidir la potestad de guarda en los litigios matrimoniales. Finalmente, en la exploración acordada en esta alzada, todas las menores han manifestado de forma rotunda su deseo de permanecer unidas en la familia de su tía materna, en la que disfrutan además de la compañía de sus primos. En definitiva, no existe dato alguno que justifique la pretensión revocatoria que se contiene en el recurso formulado, por lo que el recurso debe ser rechazado.

XI. UNIONES DE HECHO

1. *Fijación de una pensión económica que compense el trabajo realizado por la conviviente, si bien con una limitación temporal de dos años.*

AP Albacete, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de febrero de 2001.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María del Carmen González Carrasco.

Por el demandado apelante recurre sentencia en los únicos puntos relativos a la fijación de una pensión por desequilibrio económico en favor de la que fue su conviviente de hecho durante más de trece años, así como a la consideración de bien común de la vivienda familiar, con la consiguiente liquidación de la comunidad existente sobre el mismo. La Sentencia de instancia entiende que las normas que regulan el régimen económico del matrimonio, así como las que determinan las medidas económicas a adoptar entre los cónyuges son aplicables por analogía a la convivencia “more uxorio” cuando ésta reúne los requisitos de estabilidad, externalidad y permanencia temporal, y que en todo caso, aunque esta aplicación analógica no se comparta, han de ser aplicables similares soluciones por la vía del principio jurídico que veda el enriquecimiento injusto (en cuanto a la pensión por desequilibrio) o por la existencia de un pacto expreso o tácito entre los cónyuges de crear una comunidad de bienes (en cuanto a la propiedad de la vivienda). Frente a estos razonamientos alega el recurrente la doctrina jurisprudencial que niega que dicha aplicación analógica en todo supuesto que no se refiera a las medidas a adoptar con respeto a los hijos habidos en común, la adquisición de la vivienda por sus propios medios y para sí, a pesar de la declaración ante el notario auto-

rizante de la escritura de estar casado con la demandante, así como el hecho de que en el momento del cese de la convivencia en 1997 no se solicitó pensión o cantidad por enriquecimiento injusto, por lo que no procede imponerla ahora. Antes de resolver el fondo del recurso del demandado se hace preciso aclarar que esta Sala comparte la línea jurisprudencial según la cual, las normas que regulan las medidas económicas a adoptar entre los cónyuges, así como las que disciplinan el régimen económico de los bienes adquiridos constante matrimonio no son, al menos en abstracto, aplicables por analogía a las situaciones de convivencia “more uxorio” en las que los cónyuges, evitando determinadas cargas y deberes matrimoniales, optan por un régimen carente de regulación en cuanto a los derechos dimanantes de su relación. Dicho esto, esta Sala es, sin embargo, partidaria de esa otra línea jurisprudencial que, atendiendo al caso concreto y a los propios actos de los convivientes, declaran aplicables las normas de Derecho patrimonial del Código civil a la situación existente entre los cónyuges.

La cuestión consiste entonces en determinar si de los propios actos del demandado durante la convivencia pudo derivarse la existencia de un crédito derivado de enriquecimiento injusto en favor de éste, o la

existencia de una comunidad de bienes o una situación societaria irregular que exija su liquidación actual.

El tema es claro en cuanto a la propiedad da la vivienda adquirida constante la convivencia, bajo declaración ante Notario de hacerlo en situación de comunidad con otra persona. Comunidad a la que el propio demandado, de forma inexacta o errónea, pero en todo caso muy significativa de su voluntad de poner en común lo adquirido, califica de matrimonial. Y adquisición que, según consta en la titularidad pasiva del préstamo contraído para hacer frente a la misma, obligó también al patrimonio presente y futuro de la demandante, quien por otra parte, contribuyó a su pago a través de su contribución en trabajo a la economía familiar. Por lo tanto, ha de confirmarse la sentencia recurrida en este punto.

Más dificultad entraña la cuestión de la concesión de una pensión por desequilibrio a la demandante. Es cierto que la desvinculación de la conviviente respecto del mundo laboral se debió en un primer momento al deseo del propio demandado, tal y como consta en su propia confesión. Y también lo es que, si dicha pensión se solicita casi un año y medio después de la ruptura de la convivencia, en la demanda de juicio ordinario de menor cuantía, ello fue debido, no sólo al estado de alcoholismo crónico en el que se encontraba la esposa en el momento de las medidas provisionalísimas instadas por el hoy demandado, sino también y principalmente, porque no son aquéllas el cauce adecuado para solicitar tal medida, como pone

de manifiesto el art. 106 CC, sino la sentencia firme de separación o divorcio, que en este caso, al no existir matrimonio previo, es la que pone fin al procedimiento de la cuantía que corresponda. Y en efecto, la regla que veda el enriquecimiento injusto permitiría entender que el demandado debe resarcir las desventajas que posteriormente han provocado a la demandante tal situación, en la medida en que la misma haya contribuido a enriquecerlo a él. Sin embargo, hay que tener en cuenta dos hechos que no han sido tenidos en cuenta por la sentencia de instancia: el Primero de ellos es que dicho enriquecimiento injusto ha sido ya tenido en cuenta parcialmente para determinar la adquisición en común de la vivienda familiar, puesto que, como se ha dicho, la misma pasó a formar parte del patrimonio personal de ambos cónyuges, habida cuenta de la contribución de la demandante a la satisfacción de su precio a través del ahorro familiar que supuso su trabajo en el hogar y el cuidado del hijo menor. El Segundo de los hechos que han de modular la decisión de instancia es el hecho de que el actual estado de salud y edad de la demandante no obstan a la búsqueda y consecución de un puesto de trabajo, una vez extinguida la relación que le impedía acceder al mundo laboral, por lo que parece más adecuada la limitación de la pensión concedida al espacio de dos años a contar desde la fecha de la sentencia de instancia, tiempo que se estima más que suficiente para que la demandante, que no trabajaba antes de la relación habida con el demandado, recupere el equilibrio patrimonial perdido durante los años de convivencia.

XII. TEMAS PENALES

1. *Condena a los padres por abandono de familia ante la situación de absentismo escolar que sufren los hijos, incluso para el padre que, como consecuencia de la separación, tiene otro domicilio.*

AP Palencia, Sentencia de 15 de enero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Gabriel Coullaut Ariño.

El padre, condenado como autor penalmente responsable de un delito de abandono de familia del art. 226.1 del CP, recurre en apelación la sentencia de Instancia denunciando en el único motivo de que consta su recurso error en la apreciación de las pruebas así como infracción del art. 10 del CP; sostiene el recurrente que en ningún momento, a diferencia de su mujer que también ha sido condenada, ha sido informado del absentismo escolar de su hija porque vive en otra localidad distinta y desconocía por ello tal circunstancia, ya que ni el Colegio ni su mujer le han comunicado este problema, alegación que debe ser rechazada; en efecto, resulta incierto que el recurrente, que por cierto no compareció al acto del Juicio Oral, viva en otra Localidad, ya que según consta en su declaración prestada en fase de instrucción ante el Juzgado tiene su domicilio en la misma localidad que su mujer e hija, y tiene con esta última, según dice, una buena relación viéndola prácticamente a diario por lo que no resulta aventurado concluir que tiene o debe tener conocimiento del absentismo escolar de su hija, con independencia de que el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad no descansa, como parece entender el recurrente, en que los terceros, es decir los Profesores, le informen de la conducta de su hija ya que los padres tienen la obligación con respecto de sus hijos menores de educarlos y procurarles una

formación integral (art. 154.1 del CC), lo que supone una conducta activa para el cumplimiento de tales deberes, sin que pueda por ello ampararse en que desconocen, o no quieren conocer, si sus hijos asisten regularmente al Centro Escolar; sostiene en segundo lugar el recurrente que según el art. 10 del CP los delitos o faltas exigen la comisión dolosa o imprudente y ninguno de los elementos del dolo, intelectual y volitivo, concurren en su caso porque ni conocía lo que estaba ocurriendo con su hija, ni quería que no asistiera al Centro Escolar, mas ocurre que el tipo penal del art. 226.1 es de los llamados de omisión pura o propia, es decir se comete por omitir o no cumplir aquellos deberes que inherentes a la patria potestad impone la Ley a los padres respecto de sus hijos menores, de tal suerte que no puede ampararse en el desconocimiento por falta de interés de la situación de absentismo escolar de su hija quien como el recurrente venía obligado por imperativo legal a promover la educación y formación integral de su hija, es decir a enterarse y conocer si su hija asistía regularmente al Centro Escolar; con independencia de que efectivamente el recurrente tuviera un cumplido conocimiento de la situación de su hija o por el contrario prefiriera desconocer o no enterarse de tal situación, lo que resulta difícil de creer en una pequeña Localidad como es Herrera de Pisuerga, en todo caso es lo cierto que de

forma voluntaria y consciente ha incumplido los deberes inherentes a la patria potestad, perjudicando con su conducta omisiva

la educación y formación de su hija, por lo que concurren los elementos del tipo penal previsto en el antes citado art. 226.1 del CP.

2. *Condena por malos tratos a la madre que causa un hematoma al hijo tratando de evitar que éste llamara a su padre por teléfono.*

AP Córdoba, Sec. 2.^a, Sentencia de 3 de febrero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

El recurso interpuesto por la madre, condenada como autora de una falta de maltrato, art. 617.2 CP, impugna tal pronunciamiento dado que no deben tomarse en cuenta las declaraciones de la menor en el acto del juicio, influenciada por su padre denunciante y que la conducta de aquella siempre estuvo encaminada a la corrección y educación de la suya afectada.

Ciertamente la valoración del testimonio de un menor presenta ciertas peculiaridades respecto de otro tipo de testimonios y los estudios psicológicos sobre la materia arrojan unas conclusiones y unos cánones y criterios de valoración que no pueden ser despreciados, pero, en principio, debe afirmarse sin paliativos que el testimonio del menor es plenamente valorable en los procesos, y en particular en el proceso penal tiene aptitud para destruir la presunción de inocencia (SSTS 31 de octubre de 1992, 5 de abril de 1994, 23 de marzo de 1997).

En el caso que nos ocupa la sentencia de instancia recoge en el fundamento jurídico primero el razonamiento que lleva a entender acreditada la denuncia corroborada por la exploración de la menor, razonamiento que debe entenderse lógico y acertado pues en relación a dicho testimonio en el proceso penal basta para apreciar la prueba con la estimación de la capacidad informativa del testigo o simples percepciones sensoriales.

El menor objeto de una agresión natural no da cuenta o informa con un lenguaje elaborado ni dependiente de un proceso mental de racionalización previa, sino que transmite literalmente hechos y esta información es o puede ser base para la fijación histórica de la ocurrencia del hecho, siendo, en cada caso concreto, facultad exclusiva del juzgador de instancia su valoración en base a la inmediación.

Acreditado, por tanto, el zarandeo de la menor por su madre y la causación de su hematoma, entiende la recurrente que esa conducta puede considerarse justificada dentro del derecho y deber de corrección que ostenta la madre en virtud del ejercicio de la patria potestad.

Por más que el desarrollo que efectúa la recurrente de su alegación podía llevar a un encaje de la eximente 7 art. 20 («cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un derecho...») su desestimación deviene necesaria.

En efecto, la necesidad del “ius corrigendi” puede provenir de la falta de otra alternativa o de la existencia de un riesgo que provenga de la persona o personas contra las que la fuerza se emplea. A tal fin se distingue una «necesidad en abstracto» del uso de la violencia (necesidad que se establece con un juicio “ex ante” según la experiencia que nos dice que en esta clase de supuestos se

hace preciso el recurso a la fuerza) cuya existencia es imprescindible para que pueda actuar la circunstancia, ya legitimando el acto, ya atenuándolo, y una «necesidad en concreto», valorable con un juicio “ex post”, es decir, determinando si en el caso específico la concreta fuerza empleada era la justamente utilizable, cuya concurrencia completa la justificación, mientras en su ausencia degrada la eximente a la atenuante de la del art. 21.

Por tanto, la discrepancia en exceso entre la necesidad en abstracto o mera necesidad y la concreta es lo que produce la falta de proporcionalidad que origina que la eximente obre como incompleta. Dicho de otro modo, si no hay necesidad en abstracto del empleo de la fuerza, decae toda la base de la exención completa e incompleta, y si falta la necesidad concreta, podrá aplicarse esta última. Por lo tanto, la necesidad de la violen-

cia en abstracto debe ser considerada como integrante de la esencia misma de la circunstancia que tratamos y en la aplicación concreta al derecho de corrección invocado que tienen los padres sobre los hijos menores no emancipados (art. 154 del CC). Ahora bien, la existencia del ánimo o voluntad de corregir, como elementos subjetivos de la causa de justificación, no puede faltar en ningún caso, por lo que si el derecho de corrección aparece necesario y adecuado, el exceso no sea muy grave, gravedad que ciertamente no puede predicarse en la conducta descrita en los hechos probados, pero como en la misma no puede estimarse concurrente “animus corrigendi” alguno, sino simplemente una actitud injustificada de tratar de evitar que la niña llamara por teléfono al padre, no puede hablarse del ejercicio de derecho de corrección ante una conducta de la menor que no era merecedora de reproche alguno.

3. *Absolución del delito de impago de pensiones cuando queda acreditada la incapacidad del acusado para hacer frente a las pensiones que se acordaron en el procedimiento matrimonial, ya que sólo dos meses después del dictado de la sentencia que le imponía la obligación de pago de las pensiones alimenticias a favor de sus hijos se erigió como demandante de empleo, sin que conste dado de alta en actividad remunerada alguna.*

AP Barcelona, Sec. 7.ª, Sentencia de 5 de febrero de 2001.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Concepción Sotorra Campodarve.

El delito de abandono de familia por impago de pensiones alimenticias decretadas mediante resolución judicial fue introducido en nuestro Ordenamiento Jurídico a través de la LO 3/1989 de 21 de junio, conformando el art. 487 bis de nuestro anterior Texto Punitivo, el cual, con ligeras modificaciones, ha venido a incorporarse al art. 227 del CP de 1995.

El bien jurídico protegido con tal regulación se califica doctrinalmente de pluriofensivo, al abarcar tres objetos distintos de protección (Mercedes Pérez Manzano: «El delito de impago de prestaciones económicas derivadas de separación, nulidad o divorcio»), como lo son la seguridad de los miembros de la familia, a través de la protección de los deberes de asistencia y solida-

ridad familiar que subsisten incluso tras la ruptura matrimonial, el derecho a la disolución de las relaciones matrimoniales, de forma indirecta, al depender en gran medida de la posibilidad de hacer efectivas las prestaciones económicas y, por último, si bien de forma tangencial, el interés del Estado en el respeto al principio de autoridad.

La conducta típica del mencionado precepto legal es de naturaleza omisiva, bastando para su consumación con el impago de la pensión judicialmente decretada durante el plazo de tiempo determinado por la ley, diferenciándose una doble modalidad comisiva según el referido impago se produzca de forma consecutiva o alterna (antes, más tres meses consecutivos o de seis alternativos; ahora, más de dos consecutivos o de cuatro alternos). En cualquier caso, la referida conducta típica abarca no sólo los incumplimientos íntegros de la pensión periódica, sino también los parciales, salvo que la cantidad impagada en relación con la totalidad de la pensión sea tan escasa que no resulte merecedora de sanción penal, de acuerdo con el principio de intervención mínima. Y la inclusión del incumplimiento parcial dentro de la conducta típica obedece a la propia voluntad del legislador, que sobre este particular no ofrece lugar a dudas al referirse al impago de la prestación económica judicialmente decretada, lo que supone que un pago por cantidad inferior y distinta de aquélla no se acoge al contenido de su propia definición.

La prestación económica ha de estar fijada en convenio homologado judicialmente o en resolución judicial, sin que el tipo penal exija que el beneficiario se encuentre en situación de necesidad, ni, de forma expresa, que el obligado al pago esté en situación económica que le permita cumplir con su obligación. Ello no obstante, resultan aquí de aplicación las normas generales sobre incapacidad de conducta típica o exigibilidad a través del estado de necesidad, de forma que si el obligado deviene insolvente, carecerá de capacidad individual para cometer

la conducta debida, razón por la que tal conducta devendría necesariamente impune; y si el obligado al pago empeora económicamente hasta el punto de no poder hacer frente a la pensión sin desatender su propia manutención, nos hallaríamos ante una situación de necesidad como causa legal de exculpación, si el cónyuge o excónyuge es el único beneficiario o bien ante una causa supralegal de igual objeto, materializada en el principio de inexigibilidad de otra conducta.

En cualquier caso, la capacidad económica suficiente para hacer frente a la pensión judicialmente decretada constituye un extremo que ha sido objeto de prueba ante el juez civil que determinó el importe de la mencionada pensión, atendiendo para ello a las fuentes de ingresos del obligado al pago, así como las cargas que pesan sobre el mismo. De esta forma, a la acusación le bastará para acreditar esa suficiente capacidad económica con la aportación al procedimiento penal de la resolución judicial en la que se decreta la referida obligación de igual modo, si el obligado al pago invoca en el procedimiento penal su incapacidad económica para hacer frente al mandato judicial, le corresponde a él la carga de la prueba sobre la modificación de sus circunstancias en cuanto a sus posibilidades económicas se refiere. En el presente caso, aunque para la recurrente esté claro que el apelado tiene que tener una fuente de ingresos para subsistir, es lo cierto que sólo dos meses después del dictado de la sentencia que le imponía la obligación de pago de las pensiones alimenticias a favor de sus hijos se erigió como demandante de empleo, sin que conste dado de alta en actividad remunerada alguna, ni por tanto que haya realizado desde entonces algún trabajo remunerado o se haya dedicado a cualquier tipo de ocupación que le reporte algún beneficio económico, admitiendo la propia recurrente que desconoce si su marido ha desempeñado alguna modalidad de trabajo remunerado desde aquel momento.

Esta realidad debe ponerse necesariamente en conexión con el segundo motivo de impugnación, referido al error en la apreciación de la prueba, denunciado por la recurrente como sufrido por el Juzgador a la hora de ponderar la capacidad económica del obligado al pago. Tal error, sin embargo, no puede predicarse de la resolución a la vista de la prueba aportada al proceso que acredita la ausencia de alta del acusado en la Seguridad Social, ya sea como dependiente o como autónomo, y ante la ausencia de cualquier medio probatorio que pueda acreditar, siquiera indiciariamente, que aquél goza de alguna fuente de ingresos que le permita hacer frente a su obligación.

De este modo, un detenido estudio de lo actuado en el Plenario bajo los principios de oralidad, inmediación, publicidad, contradicción e igualdad entre las partes, según se constata en el acta, así como de la documental de las actuaciones, evidencia que no pueden darse por probados sino los hechos consignados en el relato fáctico de la resolución recurrida, que aquí se da por reproducido.

En atención a lo expuesto, y al no ser los hechos descritos constitutivos del delito de abandono de familia por el que se formulaba acusación, procede la desestimación del recurso de apelación formulado contra la resolución impugnada, y la consecuente confirmación íntegra de su contenido por hallarse plenamente ajustado a Derecho.

4. *Condena por una falta de coacciones a la esposa que cambia la cerradura de la vivienda familiar impidiendo al marido el acceso a la misma.*

AP Cuenca, Sentencia de 15 de febrero de 2001.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Valentín López-Calderón Barreda.

La esposa recurre la sentencia por la que se la condenaba por una falta de coacciones, y ello por entender que a lo largo de todo lo actuado había quedado acreditado que el denunciante D. Antonio había abandonado en reiteradas ocasiones el domicilio conyugal, trasladándose a vivir durante esos períodos a casa de su madre, realizando por tanto voluntariamente un abandono del domicilio conyugal, habiendo además sido condenado el referido denunciado por sentencia judicial firme dictada por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Tarancón, por una falta de agresiones a su esposa, todo lo cual indujo a la misma a terminar con tales incidentes, mediante el cambio de la cerradura de su

domicilio, puesto que de no haber sido así se podría haber derivado un trágico desenlace para su persona, habiendo quedado igualmente acreditado, que el denunciante había faltado a la verdad en reiteradas ocasiones; declarando menos ingresos de los que percibía con la intención de no cumplir con sus obligaciones de sostenimiento del hogar familiar, existiendo asimismo un procedimiento penal contra el denunciado por delito de abandono de familia; entendiéndose por consiguiente que había sido quebrantado el principio de presunción de inocencia, al no haberse practicado la mas mínima prueba por parte del denunciante, pareciendo extraño que se condenase a una persona por un

acto de mera lógica y defensa de su domicilio y el de sus hijos, máxime cuando se habían probado agresiones por las que el denunciante había sido condenado, y no pareciendo por otra parte lógico que el cónyuge y padre se marchara del domicilio a casa de su madre haciendo dejación permanente de su presencia física y de sus obligaciones educativas, económicas y fundamentalmente alimenticias de su familia, y a la semana siguiente denunciara por el cambio de una cerradura que suponía la mínima autodefensa para una familia maltratada, no habiéndose por otra parte acreditado en el momento del juicio los hechos que motivaron la denuncia.

La infracción penal de coacciones protege la libertad de obrar y de autodeterminarse la persona humana, contra la ilícita compulsión, prevalimiento o constreñimiento ajeno, exigiéndose para que exista tal acción criminal, la concurrencia de los siguientes requisitos: Una acción antijurídica, y por tanto carente de legitimidad, concretada en el empleo de violencia por el sujeto activo, de naturaleza material “vis” física o intimidatoria con presión moral “vis” compulsiva o incluso violencias extrapersonales realizadas sobre las cosas como “vis in rebus”, que se refleja en los derechos del sujeto pasivo y que es equivalente a la violencia personal, como los supuestos de cambio de cerradura, cortes de suministro, colocación de cercas o vallas e incluso el precinto de interruptores y ascensores, habiendo entendido reiterado criterio jurisprudencial, que la cláusula de «sin estar legítimamente autorizado» ha de entenderse como una cláusula de remisión a la ausencia de causas de justificación, llegándose a considerar que se está pensando en la del ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de un deber (sentencia del TS de 4 de marzo de 1983). Un resultado consistente en que el compelido tenga de dejar de hacer lo que quiere realizar, o de efectuar lo que no quiere, debiendo de entenderse con relación a este requisito, que el delito de coacción no es una infracción de mera actividad, sino que se caracteriza por un resulta-

do material, porque el sujeto agente impone al sujeto paciente, un hacer u omitir que no desea, constreñiendo su voluntad y libertad que se doblegan, por lo que la consumación delictiva se genera, cuando el último se inhibe de hacer lo que quiere, o no pueda realizar lo que desea; Con relación al elemento subjetivo, el TS ha considerado tradicionalmente que el autor del delito de coacciones ha de actuar movido por la finalidad principal de coartar la libertad ajena, no basando con el conocer o querer que se impide o compele violentamente a otro, sino que ha de constituir la finalidad esencial, excluyéndose la comisión imprudente; Y finalmente, una relación de causalidad entre la acción compulsiva ilícita y el resultado generado por la misma.

De otra parte es de recordar, que la Sala Segunda de nuestro TS ha venido insistiendo en la necesidad de que sea el órgano jurisdiccional que preside el desarrollo de las pruebas, quien realice la valoración de las mismas, quedando reducidos los eventuales recursos a la revisión del proceso intelectual realizado, para examinar si existe un evidente error en la apreciación de las pruebas que sirvan para su formación, de ahí, entre otras razones, la exigencia de motivación realizada por el juez “a quo” que deberá resultar racional y no arbitraria.

A la vista de la doctrina anteriormente expuesta y en el supuesto que examinamos, si bien es cierto, tal y como se alega por la parte recurrente, que ha quedado acreditado que el denunciante fue condenado como autor de una falta de lesiones producidas a su esposa D.^a Alicia el día 15 de agosto de 1999, no obstante lo cual, al haber reconocido en el acto del juicio oral la referida denunciada, que efectivamente el día 2 de marzo de 2000 procedió a cambiar la cerradura de su domicilio, «para evitar que su marido llegara de forma imprevista y con sus amigos», hay que concluir que la Juzgadora de instancia, que fue quien pudo ver y escuchar a las partes y a la testigo en el acto del juicio, ha actuado en consecuencia al considerar que la conducta de la denunciada era constitutiva

de una falta de coacciones, y ello porque no existía una causa inminente de peligro o miedo grave que pudiera justificar la actuación de la misma, de acudir a vías de hecho totalmente proscritas en nuestro derecho penal, impidiendo el acceso a su marido al domicilio conyugal mediante el cambio de la cerradura del mismo, cuando perfectamente podría haber interesado la adopción de me-

didias provisionales de separación y solicitar le fuera designado un domicilio, en virtud de lo cual, al considerar que en la conducta de la denunciada concurren todos los requisitos legalmente exigidos para que se dé la falta de coacciones prevista y penada en el artículo 620.2 del CP, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar en todos sus extremos la resolución recurrida.

5. *Plazo de prescripción del delito de impago de pensiones y de la reclamación en concepto de responsabilidad civil.*

AP Valencia, Sec. 5.^a, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carolina Rius Alarco.

En cuanto a la alegación de prescripción que se efectúa en el cuerpo del escrito de recurso, diremos que no podrá prosperar. El plazo de prescripción comienza a contar, tanto en el caso de los delitos continuados como en el de los permanentes «desde el día en que se realizó la última infracción y desde que se eliminó la situación ilícita», tal y como concreta el art. 132.1.^º del CP. El plazo prescriptorio, como es lógico, no se inicia mientras se está cometiendo el delito, por lo que: es a partir del momento en que cesa dicha comisión, cuando comienza el cómputo de los plazos fijados en el art. 131.1.^º del mismo Código. En el caso de autos, el recurrente continuó su actuación delictiva, omisiva del pago de la pensión, hasta el momento mismo de la interposición de la denuncia, por lo que no sólo no se había completado el plazo de prescripción,

con respecto a actuación delictiva omisiva alguna constitutiva del delito de abandono de familia, sino que ni tan siquiera había empezado a correr dicho plazo. Tampoco puede estimarse la alegación del recurrente, referente a que «la acción para exigir el pago de pensiones alimenticias prescribe por el transcurso de los cinco años» y se ha producido, en la resolución impugnada, «una clara vulneración del art. 1966 del CC». En primer lugar, en este procedimiento no se ejercita «la acción para exigir el pago de pensiones alimenticias», cuestión ésta ya resuelta en el previo juicio de divorcio. Lo que se ejercita en este procedimiento, conjuntamente con la acción penal, es la acción civil “ex delicto”, cuyo plazo de prescripción es el genérico de las acciones personales, fijado en el art. 1964 del CC, de quince años.

6. *Absolución del delito de impago de pensiones cuando el acusado estaba en la creencia de que no debía abonar las pensiones tras la firma de dos acuerdos extrajudiciales suscritos entre los progenitores.*

AP Madrid, Sec. 2.^a, Sentencia de 6 de marzo de 2001.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Susana Polo García.

La representación procesal del esposo formula recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 3 de Móstoles, en base al error en la apreciación de la prueba, por la juez de instrucción, relativa al elemento subjetivo del delito por el que ha sido condenado, al no tenerse en cuenta los pactos a los que llegaron los cónyuges sobre el montante de la pensión alimenticia a satisfacer por el acusado.

El tipo objetivo del injusto se configura como omisión pura, al serlo la inactividad que en sí es el impago durante dos meses consecutivos o cuatro alternos de cualquier prestación económica establecida a favor del cónyuge o hijas por convenio judicialmente aprobado o por resolución judicial. Y el tipo subjetivo exige el dolo genérico comprensivo tanto del conocimiento de la resolución de la que la prestación trae causa, como de que está incumpliendo la misma.

Hay que tener en cuenta que la “ratio esendi” del precepto penal no se satisface sin más con el descubierto o la desatención de prestaciones económicas, que puede obedecer a razones ajenas a la órbita punitiva, sino que ello se debe a la voluntad contraria, reticente y contumaz al pago de quien puede verificarlo, dado que no se incrimina el mero o simple impago, pues la prisión por deudas se encuentra expresamente prohibida por el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, de 16 de diciembre de 1966, precepto que se integra en nuestro Ordenamiento Jurídico,

conforme a lo dispuesto en los arts. 10.2 y 96.1 de la CE.

Poniendo en relación todo lo dicho anteriormente con el supuesto analizado, no comparte este Tribunal el criterio mantenido por la juez de Instancia con respecto a los acuerdos extrajudiciales de las partes, que estima que en nada afectan a la existencia del delito. Cierto es, como se expone en la sentencia, que el derecho del hijo a percibir de sus progenitores la pensión alimenticia se halla sustraído a la disponibilidad de éstos y que, por tanto, los acuerdos que los padres pudieran realizar sobre esta materia carecen de validez, conclusión a la que llegamos tras el examen conjunto de los arts. 154, 151 y 166 del CC. Ahora bien, su ineficacia en el orden civil, lo que determinará que la deuda generada por el impago de la pensión a consecuencia del acuerdo sea plenamente exigible en el ámbito civil, no significa necesariamente, como se concluye en la sentencia recurrida, que tampoco deba producir efectos en el ámbito penal, en tanto que la ineficacia del pacto, ya que el acusado no nos consta que tenga formación jurídica, no es una cuestión cuyo conocimiento deba suponerse, de forma tal que pudo lógicamente creer que ese pacto excluía la obligación de pago impuesta en la sentencia. Por tanto, constituyendo un elemento normativo del tipo del art. 227 del CP la existencia de una obligación de pago y en una determinada cuantía por parte del sujeto activo, la existencia como en el presente caso de dos acuerdos extrajudiciales entre las partes de

fecha 27 de julio de 1994 y 20 de noviembre de 1998, que fijan como cuantía de la pensión alimenticia para los hijos del matrimonio en 50.000 ptas. y 25.000 ptas. respectivamente, coincidentes con los pagos realizados por el acusado, desde julio del 94 hasta febrero de 2000 (período de enjuiciamiento que recoge la Sentencia), todo ello nos sitúa por un lado, en el terreno del error, en cuanto que el pago parcial es fruto de la errónea creencia del acusado de que, en virtud de los citados acuerdos, no estaba obligado a satisfacer íntegramente la pensión alimenticia a favor de sus hijos fijada por

convenio aprobado judicialmente en fecha 21 de marzo de 1991 de 70.000 ptas., sino la pactada de 50.000 y 25.000 ptas., error que por recaer en uno de los elementos del tipo excluye la responsabilidad penal, toda vez que no admitiendo el delito su comisión imprudente es irrelevante la invencibilidad o no del error.

Por otro lado, no se evidencia tampoco el elemento subjetivo de una voluntad rebelde, contumaz e injustificada del acusado, como elemento subjetivo del tipo, de incumplimiento de la obligación económica para con su hijo, merecedora de reproche penal.

7. *El delito contemplado en el art. 227 del CP es un delito permanente, por cuyo motivo no es compatible con un delito continuado, a pesar de que se dejen de abonar más número de mensualidades de las establecidas en la ley, ya que, en realidad, cada vez que transcurren los períodos mínimos de tiempo establecidos en el art. 227 o en el anterior 487 bis existe un único ilícito penal con efectos permanentes en el tiempo.*

AP Valencia, Sec. 5.^a, Sentencia de 14 de marzo de 2001.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carolina Rius Alarco.

Distinta suerte, en este caso estimatoria, deberá correr la pretensión de la parte recurrente, de que se entienda indebidamente aplicado, en la sentencia impugnada, el art. 74 del CP, que contempla la figura de la continuidad delictiva. Este Tribunal es consciente de que, respecto de la posibilidad de la apreciación de la continuidad delictiva en el delito de abandono de familia, existen pronunciamientos contradictorios en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. Empero, esta Sala comparte la doctrina expuesta en las sentencias de la Secc. 23.^a de la AP Madrid, de fecha 24 de febrero de 1999, que declara que «En relación con el recurso del Ministerio Fiscal decir que el mismo

tampoco ha de prosperar pues según criterio que viene manteniendo esta Sala el delito de abandono de familia por impago de pensiones no es susceptible de cometerse en continuidad delictiva. En efecto, esta Sala, a partir de una sentencia, dictada en rollo de apelación 124/1998, de fecha 22 de mayo de 1998, ha venido considerando que el delito contemplado en el art. 227 del CP es un delito permanente, por cuyo motivo no compatible con un delito continuado, a pesar de que se dejen de abonar más número de mensualidades de las establecidas en la ley, ya que, en realidad cada vez que transcurren los períodos mínimos de tiempo establecidos en el art. 227 o en el anterior 487 bis,

existe un único ilícito penal con efectos permanentes en el tiempo y ello porque, como decíamos en S. de 23 de octubre de 1998, el delito de abandono de familia por impago de pensiones tiene la misma esencia que el delito de abandono de familia básico de manera que, si éste es permanente, no hay razón para dejar de considerar como tal a aquél, por la circunstancia de que esa modalidad de abandono se concrete en una variante tan concreta, como es la de dejar de pagar unas determinadas cantidades, pues este extremo, que, a efectos de crear con autonomía propia un tipo penal se ha tenido en cuenta, no es sino una muestra más de la falta de solidaridad a la que se llega cuando se incumplen esos deberes legales de asistencia, a los que, con carácter general, se refiere el art. 226, antecedente del art. 227 y al que se ha de acudir para dotar a ambos de una interpretación sistemática congruente. Además, desde otro punto de vista, considera este Tribunal que es incompatible la aplicación del art. 74 con el 227, como es incompatible la aplicación de aquél en relación con cualquier otro tipo delictivo que suponga una ofensa a bienes eminentemente personales, pues así lo dice expresamente el ap. 3 del referido art. 74 de manera que, si el delito de incumplimiento de prestaciones asistenciales se concibió como una nueva modalidad de abandono de familia y, desde luego, cuando se piensa en este tipo delictivo, se está pensando en infracciones contra bienes jurídicos que, aunque enmarcados en el ámbito de las relaciones familiares, son de marcado cariz personal (como es la seguridad de ciertos individuos del grupo familiar que pueden verse sometidos a los riesgos que derivan de la desatención por parte de quien por ley tiene obligación de prestarles atención) difícilmente podrá entenderse que al mismo quepa hacer extensiva una continuidad delictiva, a la vista de las restricciones que el propio art. 74 impone en su ap. 3.º cuando de infracciones a bienes jurídicos eminentemente personales se trate»; y también de la Secc. 23.ª de la AP Madrid, de fecha 8 de marzo de 2000, en la cual se esti-

ma en parte el recurso de apelación formulado por el condenado por un delito de abandono de familia por impago de pensiones, por declarar la Sala que éste es un delito permanente y no continuado, es decir, que cada vez que transcurren los períodos mínimos de tiempo establecidos en el art. 227 existe un único ilícito penal con efectos permanentes en el tiempo; razonándose, como ya se ha expuesto “supra”, que si el abandono de familia por impago de pensiones tiene la misma esencia que el básico, si éste es permanente, no hay razón para dejar de considerar como tal a aquél, por la circunstancia de que el mismo se concrete en dejar de pagar unas cantidades, pues no es sino una muestra de la falta de solidaridad a que se llega cuando se incumplen esos deberes legales de asistencia del art. 226, precepto este al que se ha de acudir para dotar a ambos citados de una interpretación sistemática congruente. Empero, en el presente supuesto ello no conlleva necesariamente la reducción de la pena impuesta al apelante en el fallo impugnado. Lógicamente, no puede darse una misma respuesta sancionadora a todos los casos de la comisión de un delito de abandono de familia, debiendo estarse, de cara a la determinación punitiva, a las concretas circunstancias del caso sometido a enjuiciamiento. Contrariamente a lo que alega la parte en el recurso, y tal y como se expresa en el art. 66.1.º del Código, en los supuestos, como el de autos, en que no concurren circunstancias, ni agravantes ni atenuantes, de la responsabilidad criminal, los jueces y Tribunales del orden jurisdiccional penal pueden recorrer la pena que lleve aparejada el delito, en toda su extensión, atendidas siempre las circunstancias del hecho. Y en el caso que ahora nos ocupa, la persistencia del acusado en su actuación omisiva, que le llevó a desatender total y absolutamente, y por un período de casi doce años, a sus hijos, menores de edad, pese a haber trabajado en tal período, le hace sobradamente merecedor de la imposición de la pena privativa de libertad que lleva aparejada el delito cometido, en su extensión máxima, por

cuanto que difícilmente puede concebirse un impago más absoluto y prolongado, esto es, de mayor gravedad y reprochabilidad, que el realizado por el recurrente.

XIII. OTRAS CUESTIONES

1. *A pesar de que el Código Civil únicamente contemple el acogimiento y guarda de menores, por analogía cabe extender esa regulación a los mayores de edad declarados incapaces.*

AP Vizcaya, Sec. 3.ª, Sentencia de 29 de enero de 2001.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ainoa Gutiérrez Barrenengoa.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, relativa a que en el presente caso procede la curatela y no la tutela, cabe únicamente señalar que el auto de primera instancia no establece la tutela de D. Juan Asensio I. R. a cargo de la Administración, sino una guarda administrativa al amparo del art. 172.2 del CC, a lo que no se opone que la situación del Sr. I. no sea la incapacidad total sino parcial, sin perjuicio de que dicha situación deba ser tenida en cuenta por la Diputación en el ejercicio de la guarda que se le encomienda. Procede, en consecuencia, su desestimación.

El segundo de los motivos de impugnación nos conduce directamente a la polémica cuestión relativa a quién es el sujeto protegido mediante la guarda administrativa prevista en el art. 172.2 del CC. En efecto, aunque el precepto se refiere exclusivamente a la asunción de la guarda de los «menores», debemos plantearnos si, además de éstos, son susceptibles de ser sometidos por la autoridad judicial a guarda administrativa los incapaces mayores de edad. En principio, la solución negativa, vendría determinada por la literalidad y la propia ubicación del precepto citado en el capítulo V, título

VII, libro I del CC, dedicado a la protección de los menores. Sin embargo, estos argumentos, no son suficientes para excluir del ámbito de protección de la guarda administrativa al incapacitado, lo cual supondría asumir la insuficiencia del sistema protector del incapaz.

Por un lado, tal conclusión desconocería la similitud entre la situación del menor y la que es propia del incapaz, en la que con acierto descansa la aplicación analógica que realiza el juzgador de instancia. Los incapaces, al igual que los menores, carecen de una capacidad natural para gobernarse lo que les hace susceptibles de necesitar la guarda de la Administración. En el caso de los incapaces, al igual que en el de los menores, puede ocurrir que los que tienen la potestad sobre ellos no puedan atenderlos, debiendo entrar en juego ante este supuesto de desasistencia moral o material los mecanismos de protección legalmente previstos, y entre ellos, la guarda administrativa, sin perjuicio de que ésta se desarrolle de acuerdo a las especificidades que resultan de la situación de incapacitación.

Por otro lado, rechazar la posible aplicación analógica del art. 172.2 del CC, priva-

ría de solución efectiva a casos como el presente en el que la madre del incapaz, no puede, dada su avanzada edad, su estado de salud, y la problemática que rodea a su hijo, hacer frente a los deberes que supone la prórroga de la patria potestad a su favor, sin que existan otros parientes con posibilidad o voluntad de asumir la potestad sobre el incapaz. Nos encontramos, por tanto, en el art. 172.2 del CC con una medida tuitiva aplicable por analogía a los incapaces, siempre que concurra la causa prevista en el precepto, esto es, que por circunstancias graves los padres o tutores no puedan cuidar de la persona sujeta a su potestad, lo cual sucede en el caso que nos ocupa dada la situación personal y familiar de D. Juan.

La alegación del apelante en el sentido de que el CC huye de las situaciones de tutela compartida ha de ser igualmente desestimada. Al margen de que el art. 236 del CC, prevea en determinados casos el reparto de las funciones inherentes a la tutela, debemos nuevamente recordar que el auto de primera instancia no recurre a la institución de la tutela, sino que, ante la acreditada imposibilidad de la madre de cuidar al incapaz establece con base en el art. 172.2 del CC, una

guarda administrativa del mismo, que se concreta en el presente caso, según establece el mismo auto, en la guarda de la persona del incapaz, la decisión sobre aspectos del gobierno de su persona, y especialmente los cuidados terapéuticos, y la administración ordinaria de su patrimonio, manteniendo la patria potestad prorrogada de la madre sobre su hijo, siendo ella su representante legal respecto de aquellas cuestiones de la administración de su patrimonio que, conforme al art. 166 del CC, requirieran autorización judicial.

Tampoco constituye obstáculo a la decisión adoptada en primera instancia la invocada carencia de medios materiales por la Diputación, ni que la solución a la situación de don Juan pueda venir de la mano del recurso a un internamiento, previsto en el artículo 211 del CC. Al contrario, una vez constituida judicialmente la guarda administrativa, el internamiento se presenta como una posibilidad que tiene la propia administración para ejercer la misma, siempre que ello fuera preciso atendiendo a las circunstancias de Don Juan, para procurar el cuidado y protección de la persona cuya guarda ostenta.

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. FILIACIÓN

1.1. *Si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial correspondiente, siendo indiferente que el presunto padre reconociese al menor en escritura pública y que el marido de la esposa hubiese fallecido.*

RESOLUCIÓN de 23 de enero de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don J., casado, y doña M., casada, solicitaron la inscripción de nacimiento fuera de plazo de su hijo.
- Ratificado el promotor, se requirió a la promotora para su ratificación, quien compareció ante el Juez Encargado del Registro Civil y manifestó que no ratificaba el escrito de solicitud de inscripción fuera de plazo, ya que su hijo no es hijo de su fallecido esposo, sino de su actual compañero D. J.S. El Juez Encargado, vista la comparecencia efectuada, remitió las actuaciones al Ministerio Fiscal, quien solicitó se aportaran los siguientes documentos: certificación de alumbramiento del Centro Maternal de J.; certificación negativa del Centro Maternal de J. acerca de no haber promovido la inscripción del nacimiento del menor y certificación de fallecimiento de J.; así mismo solicitó le fuera notificado la incoación del expediente a J.S.

- A los documentos solicitados se acompañó el acta de reconocimiento del menor realizada por don J.S. ante el Juez Encargado del Registro Civil de M., el 31 de enero de 1996, en la que se manifestó que de relaciones anteriores a su matrimonio con doña M., tiene un hijo, cuyo nacimiento no consta inscrito y es el que se pretende inscribir, que en este acto lo reconoce formal y solemnemente como hijo suyo. Doña M. declaró, en ese mismo acto, que consiente el reconocimiento efectuado.
- El Ministerio Fiscal, a los efectos de poder acreditar lo dispuesto en el art. 116 del Código Civil, solicitó fuera oída la madre del menor para que manifeste desde cuándo existe separación, legal o de hecho, entre ella y su esposo, y en el caso de que sea legal, fecha de la sentencia. Por comparecencia, doña M. manifestó que en el momento de nacer su hijo, existía separación de hecho, ya que aunque se había presentado demanda de separación legal, la misma no llegó a terminar por sentencia, ya que su marido falleció antes de producirse el hecho. Que dicha separación se produjo el día 7 de enero de 1991, cuando la compareciente se fue del domicilio conyugal, presentando la demanda de separación el día 7 de junio de 1992.
- El Ministerio Fiscal emitió informe por el que no se opone a la inscripción de nacimiento fuera de plazo solicitada, y en cuanto a la filiación paterna alego que no procedía atribuir la presunción de paternidad a don J., puesto que el nacimiento se produjo en febrero de 1993, siendo la separación de hecho de fecha 7 de enero de 1991 por lo que estimó atribuir la filiación paterna a D. J.S., quien efectuó el reconocimiento ante el Juez Encargado del Registro Civil.
- El 30 de octubre de 2000, el Juez Encargado dictó auto por el que dispuso aprobar el expediente en cuanto ha lugar en derecho y acordó practicar en la Sección 1.^a de ese Registro Civil, con los datos y circunstancias siguientes, y anotación en los índices en que debió producirse el asiento dentro de plazo, el nacimiento del menor como hijo de J. y de M.
- Doña M y D. J.S. interpusieron recurso ante la DGRN que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La cuestión básica que se discute en el presente expediente de inscripción fuera de plazo de nacimiento es la filiación que debe figurar en el asiento. A estos efectos hay que tener en cuenta que, si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la sepa-

ración de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial correspondiente, dada la fuerza probatoria (cfr. art. 113 CC) de la presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código civil, corroborada por la presunción de convivencia entre los cónyuges (cfr. art. 69 CC).

No tiene sentido guardar silencio sobre la paternidad del marido porque la filiación matrimonial es inescindible y queda determinada legalmente por la inscripción de nacimiento junto con la del matrimonio de la madre (cfr. arts. 115.1.º CC y 183 RRC). Por otra parte para inscribir la filiación matrimonial no es necesario que se compruebe además la posesión de estado de tal filiación, a pesar de lo que indicó en su momento la Circular de 2 de junio de 1981, que ha de estimarse superada en este punto por la redacción dada al artículo 314 del Reglamento del Registro Civil por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto. La razón estriba en que, como viene señalando la doctrina de este Centro a partir de la Resolución de 13 de mayo de 1987, la sola presunción de paternidad del marido es un medio de prueba sufi-

ciente de la filiación matrimonial presumida, conforme al artículo 113 del Código Civil y en las condiciones que precisa el precepto.

En este caso no hay otra prueba de la separación de hecho de los cónyuges sino la declaración de la madre, que se equivoca en cuanto a la fecha en que entabló la demanda de separación judicial. Además, el padre en vida solicitó expresamente la inscripción de la filiación matrimonial.

Determinada así la filiación matrimonial es evidente (cfr. art. 1134, II CC) que no es eficaz ni inscribible la filiación no matrimonial reconocida por la madre y por varón distinto del marido. Las alegaciones sobre la no paternidad de éste quedan reservadas a la vía judicial oportuna.

1.2. *Es inscribible el reconocimiento de la paternidad no matrimonial con consentimiento expreso de la madre y representante legal del menor de edad, por más que el Consulado de España en S. tenga sospechas de que se trata de una adopción encubierta.*

RESOLUCIÓN de 29 de enero de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escrito formulario presentado en el Consulado General de España en S. el 11 de agosto de 2000 don L., nacido en 1953, casado, español, solicitaba la inscripción de nacimiento de su hijo, nacido en S. el 16 de agosto de 1999, hijo del declarante y de A., nacida en 1979, soltera, dominicana. Adjuntaba al escrito: certificación dominicana de nacimiento del menor, acta del reconocimiento paterno del menor de fecha 2 de agosto de 2000, certificado del hospital donde nació el menor, copia del pasaporte del padre, y copia de la solicitud de la cédula de identidad de la madre.
- Con fecha 24 de agosto de 2000 se practicó la entrevista reservada a la madre del menor manifestando que su hijo nació el 16 de agosto de 1999 y su padre le reconoció un año después, que no sabe ni el lugar ni la fecha de nacimiento ni el teléfono ni el trabajo del padre del niño, sabe que viajó a su

país tres veces pero no sabe las fechas, que él esta casado con L., dominicana, en la actualidad de nacionalidad española por su matrimonio, que se llevan muy bien como hermanas, que no le importa que su marido haya tenido un hijo extramatrimonial, que vive en una casa que la esposa de él tiene en su país, vive con su hijo y su actual compañero R. y el padre también se aloja en la casa cuando va al país, que su esposa quiere mucho al niño y quieren traérselo a España y ella quiere saber si le dan el visado.

- El Encargado del Registro Civil Consular dictó acuerdo denegando la inscripción de nacimiento solicitada al existir dudas respecto de la paternidad del ciudadano español derivadas de la entrevista efectuada a la madre del menor, por lo que se trata de dar una apariencia jurídica a una situación en la que la realidad registral no se corresponde a la verdad biológica.
- D. L. interpuso recurso ante la DGRN alegando que es el padre del menor nacido de su relación con A., que se puede comprobar por los períodos en los que estuvo en la República Dominicana.
- En la tramitación del recurso el Canciller del Consulado en funciones de Ministerio Fiscal manifestó que se entiende que éste es un caso más de adopción encubierta ya que existen fundadas dudas respecto si D. J. es el padre biológico del menor, ya que la madre del niño desconoce datos esenciales de él a pesar de haber mantenido una relación como son, la edad, fecha y lugar de nacimiento, teléfono, trabajo, el tiempo que ha estado en el país; el padre reconoció al niño un año después de su nacimiento; a la madre en la entrevista lo que le interesaba es si le iban a dar el visado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Ha sobrevenido un reconocimiento voluntario de la paternidad no matrimonial de un español en una de las formas solemnes exigidas, como es la comparecencia ante el Encargado del Registro Civil (cfr. art. 120.1.º CC). A este reconocimiento de un menor de edad ha prestado su consentimiento la madre y representante legal del reconocido (cfr. art. 124.17 CC). Por lo tanto el re-

conocimiento es eficaz e inscribible, sin que puedan evitarlo las sospechas, no suficientemente fundadas, de que el autor del reconocimiento no es el padre biológico del menor.

La Dirección General acuerda, de conformidad con la propuesta reglamentaria, estimar el recurso y ordenar que se inscriba en el Registro Consular el nacimiento del hijo con la filiación no matrimonial solicitada.

1.3. *Inscripción de la filiación matrimonial presumida legalmente cuando en el expediente en el que se pretende inscribir una paternidad no matrimonial, no ha sido oído el esposo y las pruebas testificales no son suficientemente explícitas en cuando a la fecha de la separación de hecho.*

RESOLUCIÓN de 14 de febrero de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil, doña M., casada con don E. del que se encuentra separada de hecho desde hace 4 ó 5 años, solicitaba la inscripción de nacimiento de su hijo, fruto de su relación con don A. quien le reconoce como hijo suyo consintiendo expresamente en ese acto la compareciente.
- Remitido todo lo actuado al Ministerio Fiscal informó que procedía la inscripción con filiación materna acreditada.
- El Juez Encargado interesó que se notificase la incoación del expediente a don E. y manifestase si el hijo que trata de inscribir su esposa es o no hijo suyo; la notificación solicitada resultó infructuosa tras varios intentos. El Ministerio Fiscal interesó se inscribiera al menor como hijo matrimonial al no quedar destruida la presunción de paternidad.
- El Juez Encargado dictó auto con fecha 17 de julio de 2000 acordando la inscripción del menor, al estar la filiación determinada de conformidad con lo establecido en el art. 116 del CC, los apellidos se consignarán conforme dispone el art. 55 LRC y serán los de D. E. y D.^a M.
- D.^a M. interpuso recurso ante la DGRN que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Cuando se pretende inscribir por declaración dentro de plazo el nacimiento de un hijo no matrimonial de madre casada, el Encargado no debe tramitar un expediente innecesario, sino por las razones apuntadas en la Circular de 2 de junio de 1981 [apartado I, letra B)], hacer uso de las facultades que en

la calificación le confiere el artículo 28 de la Ley del Registro Civil y realizar en el plazo de diez días las comprobaciones oportunas, con audiencias si es posible, de los cónyuges o de sus herederos, a fin de cerciorarse de que el nacimiento ha ocurrido pasados trescientos días desde la separación legal o de

hecho de los cónyuges. Estas comprobaciones son necesarias a los efectos de demostrar que no entra en juego la presunción de paternidad del marido de la madre (cfr. art. 116 CC). El criterio de esa Circular se ha visto confirmado por el artículo 185 del Reglamento del Registro Civil, el cual en su última redacción recoge literalmente la declaración final 3.^a de la repetida Circular.

En el caso actual no ha podido ser oído el marido de la madre y las pruebas, únicamente testificales, de la separación de hecho no son lo suficientemente explícitas. Rige,

pues, la presunción de paternidad del marido, corroborada por la de convivencia entre los cónyuges (cfr. art. 69 CC), que tiene valor probatorio de la filiación presumida (cfr. art. 113 CC) y que no ha sido desvirtuada. Siempre quedará a salvo que por la vía judicial oportuna puedan los legitimados al efecto impugnar la filiación paterna inscrita.

Por lo demás, acreditada la filiación matrimonial, es ineficaz (cfr. art. 113.II CC) el reconocimiento contradictorio de la filiación no matrimonial otorgado por la madre y por varón distinto del marido.

1.4. *No es posible hacer constar la filiación no matrimonial si ésta no ha quedado determinada legalmente, no siendo suficiente con que en la partida de bautismo aparezca el nombre de la presunta madre.*

RESOLUCIÓN de 20 de febrero de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil, don A. solicitaba su inscripción de nacimiento fuera de plazo como nacido el 11 de agosto de 1940, hijo de M. y de B. a efectos identificadores de conformidad con lo establecido en el artículo 191 RRC. Adjuntaba al escrito: certificación literal de nacimiento y defunción de su madre, certificado de bautismo, certificación negativa de inscripción, copia del DNI y del pasaporte y certificado de nacionalidad española.
- Ratificado el promotor, el Ministerio Fiscal informó que en el expediente no consta la filiación paterna, como dice el promotor, pero tampoco la materna por lo que también a este extremo le será de aplicación lo dispuesto en el artículo 191 RRC.
- La Juez Encargada dictó auto con fecha 30 de noviembre de 2000 autorizando la inscripción de nacimiento fuera de plazo de A., hijo de M. y como nombre del padre B. a efectos identificadores, en el certificado de bautismo figura como hijo de M. y la coincidencia de los apellidos lleva a la conclu-

sión de que la persona que aparece como madre natural del promotor lo fue en la práctica.

- Notificado el auto al promotor y al Ministerio Fiscal, éste presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que no es posible inscribir la filiación materna interesada por el promotor, pues la referencia contenida en la partida de bautismo no implica la existencia de un reconocimiento voluntario formalizado en documento público, dado que desde la creación del Registro Civil en 1870, las partidas de nacimiento dejaron de tener el valor de documentos públicos. La DGRN estimó el recurso y denegó la inscripción de la filiación materna.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

En este expediente de inscripción fuera de plazo de un nacimiento, atendiendo fundamentalmente a la inexistencia de documento alguno que determine la filiación materna, el Ministerio Fiscal ha recurrido el auto del Juez Encargado, que inscribía esta filiación.

En efecto, después de la ley del Registro Civil de 1870 las partidas de bautismo no tienen valor de documento público y por tanto, tal y como tiene reiteradamente establecido este Centro Directivo no pueden servir de título a los efectos de determinar la filiación, aunque una vez investigada «la existencia e identidad del nacido» (art. 312.21 RRC), y «comprobada la existencia o identidad del no inscrito y realizadas las diligencias oportunas, se ordenará practicar la inscripción

con cuantas circunstancias hayan quedado acreditadas» (art. 316.I, RRC), entre ellas las que puedan resultar de la partida de bautismo.

De acuerdo con este criterio ha de concluirse que, en este caso en el que consta que el nacimiento del promotor, identificado en el expediente, no ha sido inscrito en el Registro Civil, tal nacimiento debe acceder al Registro, sin las menciones de identidad de la presunta madre, pues la filiación materna no está determinada legalmente, lo que obliga a inscribir el nacimiento sin constancia de la filiación y consignando para el nacido el nombre y apellidos —y nombres propios de padre y madre— que ha venido usando de hecho como menciones de identidad (cfr. arts. 191 y 213 RRC).

2. MATRIMONIO

2.1. *Procede inscribir el matrimonio celebrado en la República Dominicana al haber quedado acreditado que el mismo se produjo a los tres meses de la llegada del esposo a dicho país.*

RESOLUCIÓN DE 25 de enero de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por medio de escrito presentado en el Consulado General de España en Santo Domingo, don Ricardo, español nacido en 1966, solicitaba la inscripción de su matrimonio celebrado en Montecristi, República Dominicana, el 14 de febrero de 2000 con D.^a María del Carmen, dominicana nacida en 1971.
- Con fecha 2 de agosto de 2000 se practicó la audiencia reservada y por separado de conformidad con lo establecido en el art. 246 RRC a los contrayentes; D.^a M.^a del Carmen manifestó que se conocen desde diciembre de 1999 a través de una prima suya que vive en España, que su esposo ha viajado dos veces al país, que han convivido desde diciembre de 1999 primero con su madre y luego con una tía, no recuerda el domicilio de su esposo, ni el teléfono, ni la fecha de nacimiento y cree que nació en Madrid, que los fines del matrimonio son buenos y es importante estar casados y que no le da miedo casarse con una persona que conoce tan poco porque a su prima le ha ido bien, seguidamente se practicó la audiencia a D. Ricardo; manifestó que se conocieron en mayo de 1999 a través de una prima de su esposa, que ha viajado dos veces al país pero no se acuerda muy bien de las fechas, que han convivido en casa de una tía, no sabe la fecha de nacimiento de su esposa y cree que nació en Monticristi, que él trabaja en la plaza de toros, cree que la institución del matrimonio es algo grande y no le da miedo casarse con una persona que conoce tan poco que metería la mano en el fuego por ella, y cree que ella cuando venga a España no le va a dejar.
- Con fecha 29 de agosto de 2000 el Encargado del Registro Civil Consular de España dictó acuerdo denegando la inscripción de matrimonio solicitada

por falta de convivencia y desconocimiento mutuo, razones avaladas por las audiencias reservadas practicadas a los contrayentes de conformidad con lo establecido en el art. 246 RRC.

- D. Ricardo interpuso recurso gubernativo ante la DGRN que fue estimado, procediéndose en consecuencia a la inscripción del matrimonio.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

No sólo en el expediente previo para el matrimonio civil, a través del trámite de la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (art. 246 RRC), sino también cuando se intenta inscribir en el Registro Civil español un matrimonio ya celebrado en el extranjero mediante la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (art. 256.31 RRC), es deber del Encargado cerciorarse de la inexistencia de impedimentos u otros obstáculos que provoquen la nulidad del matrimonio. Especialmente para evitar la inscripción de los llamados matrimonios de complacencia en los que el verdadero propósito de las partes no es ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la situación del extranjero en relación con los requisitos de entrada y permanencia en España, el Encargado debe calificar, a través de las declaraciones complementarias oportunas que integran el título inscribible (cfr. art. 256 RRC), si ha habido verdadero consentimiento matrimonial en la celebración o si, por el contrario, se trata de un matrimonio simulado, nulo por la ausencia de dicho consentimiento matrimonial.

Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio hu-

mano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. art. 1253 CC).

En el caso actual los hechos comprobados por medio de esas declaraciones complementarias no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellas la existencia de simulación. En efecto, cualesquiera que hayan sido las incidencias previas y que justifiquen sobradamente las sospechas del Cónsul Encargado, está probado que los interesados mantienen una relación de convivencia que no se limita a escasos días habiéndose casado a los tres meses de la llegada de él a la República Dominicana y manteniendo esa relación actualmente en dicho país.

Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el “ius nubendi”, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9 de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar (aquí inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el “ius connubii”, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa». «Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».

2.2. *Se deniega su inscripción porque la interesada estaba casada anteriormente con otro varón, siendo indiferente que se dictase sentencia de divorcio en Suiza, ya que esta sentencia no obtuvo el preceptivo exequatur.*

RESOLUCIÓN de 19 de abril de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escrito presentado en el Registro Civil de O Grove, doña Manuela, solicitaba la inscripción de su matrimonio celebrado en Thalwil —Suiza— el día 13 de diciembre de 1989, con don Antonio, nacido en Segovia el 12 de noviembre de 1948, divorciado.
- Ratificada la promotora se remitió el expediente al Registro Civil Central. Con fecha 24 de febrero de 2000 el Juez Encargado del Registro Civil Central dictó acuerdo denegando lo solicitado de conformidad con lo establecido en el artículo 46.2 CC, porque no pueden contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial, norma imperativa a la que es aplicable el artículo 6.3 CC: «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho...». En el presente caso cuando la promotora contrajo el matrimonio que pretende inscribir estaba unida por un matrimonio anterior en vigor, que se disolvió por divorcio el 22 de abril de 1996, es decir, 7 años después de la celebración del matrimonio que ahora se pretende inscribir.
- Notificado el acuerdo a la promotora, ésta presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que si bien en su certificación literal del matrimonio anterior consta que se disolvió por divorcio con fecha 22 de abril de 1996, no es menos cierto que la recurrente había obtenido un anterior divorcio por sentencia dictada por el Juzgado de Distrito de Winterthur (Suiza) con fecha 20 de abril de 1979, que en 1995 al solicitar la inscripción de la sentencia le informaron que debía interponer demanda de divorcio que es la que consta en las actuaciones; se adjunta copia de la sentencia. La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

No puede inscribirse un matrimonio celebrado por españoles en el extranjero si uno de los contrayentes está ligado por un matrimonio anterior no disuelto. Esto es lo que ocurre en el presente caso porque cuando la interesada se casa en Suiza en 1989 estaba vigente para el Derecho español su primer matrimonio celebrado en España en 1974 el cual subsistió hasta que se obtuvo también en España la sentencia de divorcio que se pronunció en 1996.

Es cierto que la interesada alega en el recurso que su primer matrimonio ya estaba disuelto en Suiza por virtud de una sentencia de divorcio dictada en 1979, pero no es posible conceder eficacia en el ordenamiento español a la sentencia suiza de divorcio mientras no se obtenga el exequátur de la misma ante el Juez español competente (cfr. art. 107 CC y el Tratado bilateral entre España y la Confederación Suiza de 19 de noviembre de 1896).

3. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

3.1. *Admisibilidad de la dación en pago de bienes gananciales para cancelar unas deudas que el esposo tenía con un tercero, a pesar de que no existe presunción de ganancialidad de las deudas, habida cuenta que la esposa le había conferido poder al esposo para actos de disposición de bienes, siendo indiferente que dicho poder se confiriese con anterioridad a la reforma de 1981.*

RESOLUCIÓN de 11 de septiembre de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- En escritura pública de 4 de septiembre de 1986 don Juan reconoce adeudar a doña María de los Ángeles determinada cantidad por las ocasionales entregas de dinero que, en concepto de préstamo, había recibido aquél de ésta y en pago de la deuda, el primero, con el consentimiento de su esposa doña Elka, cede a la mencionada acreedora una tercera parte indivisa de cada una de las dos fincas descritas en la escritura. Dicho consentimiento se acredita mediante escritura pública de 30 de octubre de 1980, en la que doña Elka otorga que presta, concede y confiere a su esposo don Juan el consentimiento prevenido en el artículo 1413 del Código Civil para que «pueda realizar cualquier acto de disposición o gravamen, sobre bienes inmuebles o esta-

blecimientos mercantiles, que tengan o puedan tener el carácter de gananciales de su actual matrimonio, y en su consecuencia llevar a efecto los siguientes actos, cuya enumeración no tiene carácter exhaustivo sino simplemente enunciativo: Vender pura o condicionalmente, ceder, permutar, hipotecar y constituir cualquier clase de derechos reales sobre dichos bienes; comprometer y transigir; hacer segregaciones, agrupaciones, declaraciones de obra nueva y dividir horizontal y materialmente bienes inmuebles, rectificar linderos y cabidas, y cancelar cualesquiera garantías reales que se hayan constituido o que en adelante se constituyan sobre los referidos bienes inmuebles o establecimientos mercantiles».

- Presentada copia de la mencionada escritura de dación en pago de deuda, en unión de la escritura de consentimiento indicada, la Registradora de la Propiedad número 38 de Madrid, suspendió la inscripción solicitada por los siguientes defectos: 1. Por realizarse la dación como pago de una deuda del marido (según la escritura calificada) y no existir en nuestro Derecho una presunción de ganancialidad de las deudas (resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de septiembre, 28 de octubre, 6 y 12 de noviembre de 1987 y 5 de enero de 1988, entre otras); el marido ha realizado una transmisión a título gratuito de derechos de la mujer, acto para el que no se encuentra facultado. 2. Falta el consentimiento expreso de la mujer para la enajenación de la vivienda habitual, lo que no fue previsto en la escritura de consentimiento del año 1980. El carácter de vivienda habitual se desprende del historial registral del inmueble.
- D.^a María de los Ángeles interpuso recurso gubernativo que fue desestimado por el TSJ de Madrid.
- D.^a María de los Ángeles interpuso recurso ante la DGRN, que fue estimado revocando la calificación del Registrador y el auto del TSJ de Madrid.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL TSJ DE MADRID

1. Alegaciones de la recurrente.

Que las cantidades de dinero que doña María de los Ángeles entregó en numerosas ocasiones tenían como destinatario no únicamente el marido sino el matrimonio compuesto por su hermano y su esposa, con la finalidad de sufragar los gastos derivados del sostenimiento de la familia, lo que no se documentó debido a la confianza ganada en el seno familiar. Que, independientemente de que las deudas no eran privativas sino ga-

nanciales, nuestro Código Civil permite que cualquiera de los cónyuges pueda obligar bienes gananciales cuando realice actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia (artículo 1319 de dicho Código y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de mayo de 1986 y 28 de marzo y 15 de abril de 1983). Por ello, el derecho de D.^a Elka no se vería afectado, toda vez que tanto los bienes gananciales como los privativos de D. Juan estarían sujetos a la responsabilidad del mis-

mo por las deudas asumidas por éste, ya sean de tipo ganancial o privativo. Que, respecto del segundo de los defectos, debe estimarse suficiente el consentimiento prestado por la esposa mediante la referida escritura de 30 de octubre de 1980, y, además, según la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, el consentimiento requerido por los artículos 1322 y 1377 del Código Civil, para realizar actos de disposición sobre bienes de naturaleza ganancial, por lo mismo que no tienen prevista una forma determinada, puede ser prestado de forma tácita o expresa y con anterioridad o posterioridad al negocio dispositivo, pues los citados artículos no lo prohíben, como también puede ser inferido de las circunstancias concurrentes, sin necesidad por tanto de la conjunta intervención de ambos esposos en el contrato de que se trate. Además, la transgresión del deber de prestar los cónyuges su consentimiento mutuo no es oponible a terceros de buena fe, como es la recurrente. Que en pago de las deudas se adjudicaba la tercera parte indivisa no sólo la vivienda referida sino también de un solar cuya cesión en pago de aquéllas sí que fue inscrita a nombre de la recurrente el 10 de febrero de 1988, sin que el Registrador advirtiera entonces la existencia de defecto alguno.

2. Alegaciones de la Registradora de la Propiedad.

Que tras la reforma introducida en el Código Civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, no existe una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges (Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de septiembre de 1987, reiterada por otras posteriores). Que las deudas únicamente son gananciales, dando lugar a la responsabilidad directa de los bienes gananciales, en los casos taxativamente establecidos por el Código Civil (artículos 1365 a 1368). Que las afirmaciones de la recurrente sobre el destino de las cantidades entregadas carecen todas de prueba o justificación, por lo que no

puede aplicarse el artículo 1319 del Código Civil. Que, al ser la deuda privativa del esposo, de la misma responden los bienes privativos del cónyuge deudor y, sólo si estos bienes no son suficientes, la responsabilidad alcanzará a los bienes gananciales, como resulta del artículo 1373, párrafo primero, inciso final, del Código Civil, por lo que la dación por un solo cónyuge de un inmueble ganancial en pago de una deuda del mismo, cuando no se ha acreditado que sus bienes privativos sean insuficientes, infringe lo dispuesto en el artículo 1373 y, además, implica una transmisión a título gratuito de los derechos que el otro cónyuge ostenta sobre el inmueble cedido. Que para esta transmisión gratuita no puede reputarse suficiente el consentimiento prestado por la esposa en la escritura de 30 de octubre de 1980, pues aunque se facultaba al marido para realizar «cualquier acto de disposición o gravamen», la interpretación del mandato —a la que debe equipararse el acto de prestación y concesión de consentimiento— ha de ser restrictiva, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 20 de noviembre de 1900, 7 de julio de 1932, 19 de marzo de 1936). Que, respecto del segundo de los defectos expresados en la nota, al tener lugar la adjudicación cuestionada el 4 de septiembre de 1986, queda sometida, en cuanto acto de disposición, a la norma del artículo 1320 del Código Civil («tempus regit actum») y el consentimiento que dicho precepto exige no consta en la indicada escritura de 30 de octubre de 1980, puesto que en dicha fecha no regía aquella norma.

3. Alegaciones del Notario autorizante de la escritura.

Que no existe analogía entre el supuesto contemplado por la citada Resolución de 28 de octubre de 1987 (sociedad de gananciales disuelta y embargo por deudas que se consideran como de este carácter) y el supuesto de este recurso (la sociedad de gananciales si-

que vigente y en consecuencia las deudas se consideran que son a cargo de aquella, según los artículos 1364, 1365 y 1366 del Código Civil, corroborado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1980, 9 de julio de 1984 y 22 de octubre de 1990. Y el cónyuge ha prestado su consentimiento a los actos que realice su consorte de manera voluntaria). Que, por otra parte, la dación en pago es similar a la compraventa (Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1983), y entonces carecería de toda lógica que se pudiera vender por el cónyuge apoderado la finca y luego pagar las deudas, y sin embargo se le prohíba que dé en pago de las mismas directamente la finca o parte de finca que sería necesaria para liberar dicha responsabilidad deudora. Que, en cuanto al incumplimiento del artículo 1320 del Código

Civil, hay que recordar que, según la Resolución de 17 de diciembre de 1987, no es necesario que se haga manifestación expresa de que la vivienda es o no es habitual, sino que lo importante es que lo sea y se haya obtenido el consentimiento del cónyuge que podía resultar beneficiado por esta disposición; y, según las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1986 y 20 de febrero de 1988, dicho consentimiento puede ser expreso o tácito.

4. Resolución del Presidente del TSJ de Madrid.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia confirmó la nota de la Registradora por las mismas razones alegadas por ésta en su informe.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente mantuvo las alegaciones vertidas en el inicial escrito de recurso gubernativo.

2. Resolución de la DGRN.

En el supuesto fáctico del presente recurso, para el pago de determinadas deudas que una persona casada en régimen de gananciales reconoce tener (por haber recibido de otra ciertas cantidades en concepto de préstamo), cede al acreedor una tercera parte indivisa de determinada finca urbana. En la escritura de dación en pago, autorizada en 1986, se expresa que el cedente cuenta con el consentimiento de su esposa, según otra escritura otorgada en 1980, que se reseña, mediante la cual ésta presta a aquél el consentimiento prevenido en el artículo 1413 del Código Civil —en su redacción a la sazón vigente, anterior a la reforma de 13 de mayo de 1981— para que «pueda realizar cualquier acto de disposición o gravamen, sobre

bienes inmuebles...» y, en consecuencia, llevar a efecto una serie de actos que se enumeran con carácter simplemente enunciativo y entre los cuales no se incluyen los de disposición a título gratuito.

Según el primero de los defectos que invoca la Registradora de la Propiedad, al realizarse la dación en pago de una deuda del marido y no existir en nuestro Derecho una presunción de ganancialidad de las deudas, aquél ha realizado una transmisión a título gratuito de derechos de su esposa sin encontrarse facultado para ello.

Es cierto que, como ha mantenido este Centro Directivo (Resoluciones de 24 de septiembre, 28 de octubre, 6 y 12 de noviembre de 1987, 5 de enero y 18 de marzo de 1988, 3 y 4 de junio y 18 de julio de 1991), en nuestro Derecho no se presume que las deudas del cónyuge sean, además, deudas de la comunidad —«rectius», deudas de ambos cónyuges en cuanto cotitulares del patrimonio ganancial—; y que, según la Resolución de 6 de octubre de 1966, el mencionado artículo 1413 del Código Civil, en cuanto

autorizaba al marido para realizar actos de disposición sobre bienes inmuebles gananciales si contaba con el consentimiento de la mujer —o con autorización judicial supletoria—, no era aplicable a los actos efectuados a título gratuito, como se deducía de dicho precepto, que se refería únicamente a las enajenaciones a título oneroso, y de los supuestos excepcionales en que aparecía admitido, como eran los casos de los artículos 1343, 1409 y 1415. No obstante, el negocio calificado constituye una modalidad de pago de una deuda mediante la transmisión de una cuota dominical de un inmueble y aunque hubiera de estimarse que dicha deuda es, mientras no se pruebe otra cosa, privativa del marido —lo que ahora no se prejuzga—, no puede afirmarse que se trate de un acto por el que sale del patrimonio ganancial un bien sin contraprestación alguna a favor de este patrimonio, sino que dicho acto traslativo tiene su correspondencia en el crédito que contra el cónyuge cuya deuda se extingue —precisamente el mismo disponente— nace en favor de la sociedad de gananciales (cfr. artículo 1397.3.º del Código Civil).

El segundo defecto expresado en la nota consiste en la falta de consentimiento expreso del cónyuge del cedente para la transmisión de la finca que, según consta en los asientos registrales, constituye la vivienda habitual de la familia. A juicio de la Registradora, el consentimiento expresado en la escritura de 30 de octubre de 1980 resulta insuficiente toda vez que se trata de un requisito establecido por una norma cuya entrada

en vigor es posterior a la de otorgamiento de dicha escritura.

El defecto no puede ser mantenido si se tiene en cuenta: a) Que en el momento de otorgamiento de la escritura de consentimiento debatida era necesario para disponer el marido de los derechos sobre bienes inmuebles gananciales y, por ende, también la vivienda habitual de la familia —no así de los que fueran privativos del disponente— que aquél contara con el consentimiento de su esposa (artículo 1413 del Código Civil, redactado por Ley de 24 de abril de 1958), por el cual sancionaba ésta la repercusión de la disposición en su propia esfera jurídica; y b) Que el hecho de que la norma del artículo 1320 del Código Civil, vigente al tiempo de otorgarse la escritura de transmisión, haya extendido la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges al supuesto en que la titularidad de la vivienda habitual fuera privativa de uno de ellos, no autoriza a pensar que queda ineficaz el consentimiento prestado por la esposa —sin que conste su revocación— para disponer de todos los bienes gananciales y, entre ellos, la vivienda habitual, máxime si se tiene en cuenta que, como declaró la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1971 —en relación con un poder concedido antes de la Ley de 24 de abril de 1958—, la modificación de un precepto legal no es motivo de extinción del apoderamiento o mandato —a los que debe equipararse el consentimiento «uxoris» debatido en el presente recurso—, el cual ciertamente sólo se acaba en los supuestos prevenidos en los artículos 102 y 1732 del Código Civil.

3.2. *Las simples manifestaciones del cónyuge de que el dinero para la compra procede de una donación, y que el dicho dinero es precisamente el recibido con anterioridad, no son suficientes para destruir registralmente la presunción de ganancialidad ya que la manifestación hecha bajo la fe del Notario no es prueba de la realidad de los actos a los que la manifestación se refiere.*

RESOLUCIÓN de 7 de diciembre de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 19 de mayo de 1997, mediante escritura pública, los cónyuges, D. Pedro y D.^a María del Perpetuo, donaron a su hijo D. Jaime treinta millones de pesetas, quien los aceptó.
- En escritura pública, el 22 de mayo del mismo año, la esposa de D. Jaime prestó a éste el consentimiento previsto en el artículo 1320 del Código Civil, para que su esposo pudiera subrogarse en el préstamo con garantía hipotecaria constituida a favor de la entidad “Caja B.”, sobre una vivienda unifamiliar adosada que su esposo va a adquirir.
- El 26 de mayo de 1997, en escritura pública, D. Jaime adquirió de F. una vivienda unifamiliar adosada sita en Madrid. En la cláusula cuarta del otorgamiento se dice: “Carácter de la adquisición.—El comprador, según manifiesta, adquiere la finca objeto de esta transmisión con carácter privativo, habiendo efectuado el pago del importe declarado como recibido por la sociedad vendedora, con el dinero procedente de la donación efectuada por sus padres.
- Presentadas copias de los documentos anteriormente mencionados en el Registro de la Propiedad de Madrid número 35, la escritura de compraventa fue calificada con carácter presuntivamente ganancial y se deniega la inscripción de la adquisición con carácter privativo, por no justificarse de manera indubitada que el dinero empleado en el pago del precio por D. Jaime tenga aquel carácter, conforme a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado reflejada en Resolución de 4 de mayo de 1978 y 28 de diciembre de 1988.
- El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación, que fue estimado por el TSJ de Madrid.
- El Registrador interpuso recurso ante la DGRN que fue estimando, revocándose el auto del TSJ de Madrid.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL TSJ DE MADRID

1. Alegaciones del Notario recurrente.

Que la doctrina de la Dirección General no es jurisprudencia, a diferencia de la del Tribunal Supremo. Que el señor Registrador tenía que haber expresado en qué precepto legal se apoya para denegar y no ampararse exclusivamente en una discutible doctrina de la Dirección General, que está dictada para supuestos completamente distintos del presente. Que las Resoluciones que cita el Registrador no sirven de base a la decisión de denegar la inscripción.

Que el artículo 95, número 2 del Reglamento Hipotecario dice que el carácter privativo del precio o contraprestación del bien adquirido deberá justificarse mediante prueba documental pública, pero no se exige que se haga la justificación de manera indubitada. Que se considera que lo expuesto en el Hecho I es suficiente para constatar la evidencia de haberse cumplido el precepto reglamentario al haberse justificado “mediante prueba documental pública que significa la escritura de donación”, que el dinero se ha recibido por donación del padre, y por lo tanto, tiene carácter privativo conforme a lo establecido en el artículo 1346.2 del Código Civil, que se ha recibido con un fin específico y que se ha destinado a este fin, sin que el escaso tiempo transcurrido entre una escritura y otra haga suponer que no se ha cumplido el requisito legal. Que el precepto citado no exige que la acreditación del carácter privativo del precio se haga mediante la fusión en un mismo acto de los dos existentes, donación y carácter privativo del dinero y pago con ese mismo dinero. Que la prueba indubitada podría dejar al criterio arbitrario del Registrador la inscripción o no, mientras que la existencia de un documento público es un hecho objetivo, amparado, además, en virtud de lo establecido en el artículo 1218 del Código Civil, por la fe pública.

Que el Registrador parece basarse para fundamentar su decisión en las Resoluciones de 4 de mayo de 1978 y 28 de diciembre de 1998. Las citadas Resoluciones que contemplan casos completamente distintos del presente y, en ningún momento asimilable al mismo, en ningún caso pueden servir para fundamentar tal decisión.

Que en la escritura en la que la esposa del adquirente presta el consentimiento a la compraventa, si bien lo hace sólo a los efectos del artículo 1320 del Código Civil—gravamen sobre vivienda habitual derivada de la subrogación de la hipoteca— hay un reconocimiento explícito de que la vivienda se adquiere exclusivamente por D. Jaime.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

Que uno de los criterios que nuestro derecho positivo civil utiliza para determinar el carácter privativo o ganancial de los bienes adquiridos durante el matrimonio constante la sociedad legal de gananciales, es el de la subrogación real, por virtud del cual son gananciales o privativos los bienes adquiridos por sustitución de otros que tuvieren aquel carácter. En el ámbito concreto de los bienes privativos hay que tener en cuenta lo que dice el artículo 1.346 del Código Civil, en su número 3. Que son dos modalidades de subrogación real las que recoge el precepto: De una parte, la adquisición a costa de otros bienes y, de otra, la adquisición a costa de otros bienes. Esta última modalidad es la que plantea mayores problemas de calificación porque se refiere a aquellos supuestos de adquisiciones en las que media precio, que genera la dificultad de probar el nexo de unión entre el dinero, cualquiera que sea su naturaleza y el efectivo pago del precio. Que la doctrina ha estudiado este supuesto con grandes prevenciones. La jurisprudencia del Tribunal Supremo en este tema está recogida en las Sentencias de 28 de noviembre de 1953, 26 de noviembre de 1958, 28 de octu-

bre de 1965 y 20 de noviembre de 1991. Que como recapitulación se puede afirmar, en base a la doctrina y la jurisprudencia, lo siguiente:

1.º Para que la subrogación real, en su modalidad de reemplazo, otorgue concluyentemente la cualidad de privativo a un bien se requiere probar de una manera indubitada y no meramente indiciaria, el nexo de unión entre el dinero privativo y el precio que se satisface.

2.º La simple declaración de cualquiera o ambos cónyuges no puede considerarse suficiente para atribuir a los bienes aquel carácter y, por lo tanto, no tiene eficacia para destruir la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil. Que relacionando las dos anteriores conclusiones de los hechos que motivan el recurso, se pueden sentar las siguientes afirmaciones:

A) La escritura de donación prueba que en el patrimonio del adquirente ha engrosado la cantidad donada, pero no prueba que esa cantidad sea la efectivamente empleada para satisfacer el precio de la adquisición, dado el carácter esencialmente fungible que tiene el numerario. El artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario no habla de dinero sino de precio o contraprestación, por lo que la escritura de donación deviene ineficaz, al menos de cara a la inscripción registral.

B) Que ni la escritura de compraventa ni la de donación, ni, mucho menos, la subsiguiente otorgada por la esposa del adquirente constituyen la prueba, exigida por la doctrina y la jurisprudencia, sobre el carácter presuntivo del precio satisfecho por la adquisición del bien que posibilite la inscripción en el Registro de la Propiedad con tal carácter. II. De orden registral.

Que la doctrina hipotecarista y las Resoluciones de 13 de septiembre de 1926, 9 de diciembre de 1943, 19 de junio de 1975, 4 de mayo de 1978 y 28 de diciembre de 1988,

entre otras, vienen a coincidir con la doctrina civil, si bien la apreciación de la privatividad de los bienes y su plasmación registral ofrece mayor complejidad, por las siguientes razones:

A) Los límites que la legislación hipotecaria impone al Registrador en el ámbito de la calificación y en el ámbito de la inscripción, en los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 90 a 96 del Reglamento Hipotecario.

B) La propia esencia de la función registral que despliega su actuación sobre derechos que no están en conflicto, lo que le impide ordenar pruebas complementarias que le llevarán al convencimiento de la privatividad simplemente declarada por las partes. En este punto hay que citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 1977. Que, o se acredita suficientemente ante el funcionario calificador el carácter privativo de la contraprestación, en cuyo caso se practica la inscripción con carácter privativo, o en caso contrario, la única forma que tiene de proceder el Registrador, dadas las limitaciones de su función calificadora, es la de denegar la inscripción en la forma solicitada y practicarla con carácter presuntivamente ganancial sin que ello impida al interesado acudir a los Tribunales para que, mediante la correspondiente sentencia se declare el carácter de la adquisición verificándose, entonces, la adecuada inscripción rectificadora.

Así lo recogió la Sentencia de 10 de diciembre de 1969, y no es otra cosa la que viene a establecer la Resolución de 28 de noviembre de 1988.

Que desde esta perspectiva y frente a los argumentos del Notario recurrente, se debe señalar la invocación que en la nota se hace de la citada Resolución y de la de 4 de mayo de 1978 es pertinente porque su doctrina es perfectamente aplicable al supuesto de hecho que motiva el recurso.

3. Resolución del TSJ de Madrid.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid revocó la nota del Registrador fundándose en que las declaraciones

que se hacen en las escrituras aportadas y las fechas y circunstancias concurrentes permiten llegar a la conclusión de que el dinero entregado como precio de la vivienda adquirida tenía carácter privativo.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Registrador recurrente.

El Registrador apeló el auto presidencial manteniéndose en las alegaciones contenidas en su informe.

2. Resolución de la DGRN.

Se debate en el presente recurso acerca de la posibilidad de inscribir como privativa una vivienda adquirida por persona casada bajo el régimen de sociedad de gananciales cuando concurren las siguientes circunstancias:

a) En la escritura de compraventa, después de manifestar que una parte del precio (seis millones de pesetas) se confiesa recibido con anterioridad, que otra (veinticuatro millones) se satisface en el momento del otorgamiento y que una última parte (diez millones) la retiene el comprador para hacer frente a crédito hipotecario que pesa sobre la finca, se dice textualmente: “El comprador, según manifiesta, adquiere la finca objeto de esta transmisión con carácter privativo, habiendo efectuado el pago del importe declarado como recibido por la sociedad vendedora, con el dinero procedente de la donación efectuada por sus padres (...) a su favor por importe de treinta millones, formalizada mediante escritura”.

b) Se aporta como documento complementario esta escritura de donación en la que textualmente se dice: “Los consortes (...) donan pura y simplemente a su hijo (...) la cantidad, en efectivo metálico, de treinta millones de pesetas (...). El donatario agradece y

acepta la donación formalizada a su favor por medio de este instrumento, recibiendo, por tanto, en este acto, la citada cantidad, que tiene como destino la compra de su vivienda habitual, sita en la calle Ronda C., número ..., de Madrid”.

c) Se aporta asimismo una escritura otorgada por la esposa del donatario posterior a la escritura de donación y anterior a la escritura de compraventa en la que ésta textualmente manifiesta que “presta el consentimiento previsto en el artículo 1320 del Código Civil a la hipoteca y futura, en su caso, enajenación de la vivienda unifamiliar (...), que va a adquirir su citado esposo (...) subrogándose en un crédito hipotecario”.

El Registrador inscribe con carácter presuntivamente ganancial y suspende la inscripción con carácter privativo por no justificarse “de manera indubitada” que el dinero empleado en el pago del precio por el adquirente tenga aquel carácter.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo el que las notas de calificación que suspendan o denieguen la práctica de los asientos solicitados han de expresar las causas o motivos en que tal suspensión o denegación se funde. Es cierto, como dice el recurrente, que el Registrador no ha expresado los preceptos en que se basa al suspender la inscripción, pero al citar dos Resoluciones que a su vez se fundan en normas aplicables al caso, al tener perfectamente claro recurrente y Registrador las normas aplicadas, limitándose pues la discusión a cómo han de interpretarse las mismas, y excluida por tanto la posibilidad de hallarse el recurrente en situación de indefensión, procede examinar

el fondo del recurso por razones de economía procesal.

El artículo 95 del Reglamento Hipotecario permite la inscripción con carácter privativo de bienes del cónyuge adquirente casado bajo el régimen de sociedad de gananciales siempre que el carácter privativo del precio o de la contraprestación del bien adquirido se justifique mediante prueba documental pública. En este caso, hay prueba documental pública de que el adquirente recibió por título de donación una cantidad de dinero igual a la luego satisfecha; hay igualmente prueba documental pública de que el adquirente manifestó en el momento de recibir el dinero su propósito de adquirir con él determinada vivienda y hay asimismo prueba documental pública de que en el momento de comprar, el adquirente manifestó estar haciéndolo con el dinero recibido en donación. Ahora bien, al margen de que, tratándose de vivienda habitual, como es el caso, y que, puesto que sólo una parte del precio se dice satisfecho con la cantidad donada, nunca podría ser inscrita toda la finca como privativa del adquirente (cfr. el segundo párrafo del artículo 1357 del Código Civil), el hecho de que el adquirente haya recibido con anterioridad una donación en metálico sólo prueba que un día existió en su patrimonio una cierta cantidad de dinero privativo, pero no

que sea precisamente ese dinero el que se está empleando ahora en la adquisición y las simples manifestaciones del donatario adquirente acerca de que se propone destinar la cantidad recibida a la adquisición de determinado bien y que el dinero entregado es precisamente el recibido con anterioridad en donación no son suficientes para destruir registralmente la presunción de ganancialidad (cfr. Resolución de 21 de mayo de 1998) ya que obviamente la manifestación hecha bajo la fe del Notario es prueba documental pública de la realidad de la manifestación en sí misma considerada y no de la realidad de los actos a los que la manifestación se refiere.

En nada altera la aplicación de esta doctrina el hecho de que se aporte, junto a las escrituras de compraventa y donación, una tercera en la que la esposa del adquirente, con posterioridad a la donación y antes de la compraventa, prestó “el consentimiento previsto en el artículo 1320 del Código Civil a la hipoteca y futura, en su caso, enajenación de la vivienda unifamiliar que va a adquirir su esposo subrogándose en un crédito hipotecario” pues tal manifestación podría, en su caso, servir para que el bien se inscribiera con carácter privativo por confesión del consorte, pero nunca, y es lo único que se discute (cfr. artículo 117 del Reglamento Hipotecario), con carácter privativo sin más.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**ALGUNOS PROBLEMAS DERIVADOS DEL ÁMBITO
DE APLICACIÓN PERSONAL DEL REGLAMENTO
1347/2000 RELATIVO A LA COMPETENCIA JUDICIAL,
RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES
JUDICIALES EN MATERIA MATRIMONIAL
Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL
SOBRE LOS HIJOS COMUNES**

ROCÍO CARO GÁNDARA

Universidad de Málaga

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.**
 - II. ÁMBITOS DE APLICACIÓN PERSONAL DE LOS CRITERIOS DE COMPETENCIA EN MATERIA MATRIMONIAL.**
 - III. CONTROL DE LA COMPETENCIA EN ORIGEN.**
 - IV. CONCLUSIONES.**
-

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor el 1 de marzo de 2001 del Reglamento (CE) n.º 1347/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000⁽¹⁾, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes ha constituido una de las primeras manifestaciones de la comunitarización del Derecho de familia, consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam⁽²⁾. A su vez, ha supuesto la *sustitución prematura* del Convenio de Bruselas, de 28 de mayo de 1998⁽³⁾, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial, entre todos los Estados miembros, salvo Dinamarca (art. 1.3), pues este país no ha participado en su adopción y, por tanto, ni le vincula ni le es aplicable⁽⁴⁾. El Reino Unido e Irlanda, de acuerdo con el art. 3 del Protocolo anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, relativo a la posición del Reino Unido y de Irlanda, han expresado su deseo de participar en la adopción y aplicación de este Reglamento (Considerando 24 de la Exposición de Motivos del Reglamento).

Su ámbito de aplicación material es limitado. Se aplica a los procedimientos civiles relativos al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, así como a los procedimientos civiles relativos a la responsabilidad parental sobre hijos comunes de los cónyuges que tengan lugar con ocasión de aquellas acciones (art. 1.1). Incluye sólo las «causas civiles», comprendidas tanto las acciones judiciales civiles como los procedimientos administrativos oficialmente reco-

(1) Art. 46.

(2) Concretamente los arts. 61, 65 y 67 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, versión consolidada *DOCE* C núm. 340, de 10 de noviembre de 1997.

(3) *DOCE* C núm. 221, de 16 de julio de 1998, pp. 1 y ss. e informe explicativo de la Profesora Alegría Borrás —que servirá también para interpretar el Reglamento—, pp. 27 y ss. Suponía, en cierto modo, la ampliación al ámbito del Derecho de la familia del conocido Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (texto consolidado *DOCE* C-27, de 26 de enero de 1998). Por ello ha sido llamado, desde que se comenzaron a elaborar los trabajos preparatorios del mismo, Convenio de “Bruselas II”. Sobre la génesis de este convenio, *vid.* B. STURLÈSE, «L’extension du système de la Convention de Bruxelles au droit de la famille», *Trav. com. fr. dr. int. pr.*, 1995-96, pp. 49 y ss.

(4) En base a los arts. 1 y 2 del Protocolo anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, relativo a la posición de Dinamarca (Considerando 25 de la Exposición de Motivos del Reglamento).

nocidos en un Estado miembro⁽⁵⁾, quedando excluidos los procedimientos de naturaleza religiosa⁽⁶⁾. Se limita, por tanto, a las acciones relativas al «vínculo matrimonial» o, más propiamente, a las que se han venido denominando tradicionalmente «crisis matrimoniales»⁽⁷⁾, pero circunscrito a los efectos sobre el vínculo. Así, son materias estrechamente conectadas con estos procedimientos las relativas a la culpa de los cónyuges, los efectos patrimoniales del matrimonio, los alimentos, etc., que, sin embargo, no pueden ser objeto de reconocimiento en base al Reglamento, al quedar excluidas de su ámbito de aplicación. Por lo que seguirán sometidas a las normas de Derecho internacional privado de fuente internacional o, en su defecto, interna —autónoma— de cada uno de los Estados miembros⁽⁸⁾. De todas las cuestiones conexas a estos procedimientos, el Reglamento sólo regula la responsabilidad parental sobre hijos comunes, que surja con ocasión de un procedimiento sobre la crisis del vínculo matrimonial⁽⁹⁾.

Siendo consciente de las diversas cuestiones que suscitan los aspectos hasta ahora apuntados —que serán objeto de tratamiento en sucesivas ocasiones—, quiero centrar esta primera aproximación al Reglamento en una cuestión que resulta fundamental abordar respecto de cualquier texto jurídico: su ámbito de aplicación personal y, más concretamente, en los litigios en materia matrimonial. Junto a éste, un segundo problema, que aparece en el Reglamento directamente relacionado con el primero, a saber: el control de oficio de la competencia por el juez al que se le somete la controversia.

(5) Como ocurre en Dinamarca y Finlandia. *Vid.* A. BORRÁS, *Informe...*, *op. cit.*, p. 35, punto 20.A).

(6) A. BORRÁS, *Informe...*, *op. cit.*, p. 35, punto 20.B). Lo que resulta relevante a la vista de las situaciones de inmigración “multiculturales” existentes en la actualidad en la Comunidad Europea.

(7) Que llamara también de forma gráfica Gaudemet-Tallon “désunion” (H. GAUDEMET-TALLON, «La désunion du couple en droit international privé», *Rec. des C.*, 1991, t. 226).

(8) A. BORRÁS, *Informe...*, *op. cit.*, pp. 35 y ss., puntos 21 y 22.

(9) La limitación a los hijos matrimoniales se ha justificado por el carácter dependiente de dichas cuestiones respecto de la demanda relativa a la crisis del vínculo matrimonial. Añadiéndose que, de no ser así, se podrían ver afectados los derechos fundamentales del padre o de la madre que viva en otro Estado miembro (A. BORRÁS, *Informe...*, *op. cit.*, p. 36, puntos 23, 24 y 25).

II. ÁMBITOS DE APLICACIÓN PERSONAL DE LOS CRITERIOS DE COMPETENCIA EN MATERIA MATRIMONIAL

Los foros o criterios de competencia en materia matrimonial se contienen en su art. 2 (sin perjuicio de los arts. 5 y 6). Se trata, en primer lugar, de una lista exhaustiva de foros de competencia, con carácter de “*numerus clausus*”⁽¹⁰⁾, frente a la que no cabe apreciación subjetiva del juez de la concurrencia de ninguna otra circunstancia que pueda variar el alcance de la misma, ampliándola (sumisión)⁽¹¹⁾ ni reduciéndola (“*forum non conveniens*”). Se explica por su naturaleza imperativa⁽¹²⁾ o indisponible⁽¹³⁾, lo que, en cierto modo, choca con el valor que se otorga en la actualidad a la autonomía de la voluntad en materia matrimonial en algunas normas de Derecho internacional privado autónomo, en alguna jurisprudencia⁽¹⁴⁾ y algunos sectores doctrinales⁽¹⁵⁾, incluso en el propio Reglamento respecto del reconocimiento de actas auténticas y transacciones judiciales, actos puramente recepticios de la voluntad de las partes⁽¹⁶⁾.

En segundo lugar, todos los foros del artículo segundo tienen carácter alternativo entre sí⁽¹⁷⁾. Todos están sustentados en la existencia de vínculos personales de las partes con el foro, con independencia de la posición procesal que

(10) A. BORRÁS, *Informe...*, *op. cit.*, p. 37, puntos 28 y ss.; M. VIRGÓS SORIANO/ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, 2000, p. 168.

(11) B. ANCEL & H. MUIR WATT, «La désunion européen: le Règlement dit “Bruxelles II”», *R.C.D.I.P.*, n.º 3, 2001, p. 420; H. GAUDEMET-TALLON, «Le Règlement n.º 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: “Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs”», *J.D.I.*, n.º 2, 2001, p. 396.

(12) H. GAUDEMET-TALLON, «Le Règlement...», *op. cit.*, p. 396.

(13) Como establece el *Informe Borrás*, son foros objetivos, no cabe autonomía de la voluntad de las partes (p. 37, punto 28), evitándose así el *turismo divorcista*; *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en A.-L. CALVO CARAVACA *et al.*, *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, 2000, p. 95.

(14) SAP Asturias, Sec. 5.ª de 12 de diciembre de 1994; Auto AP Madrid de 21 de febrero de 1997.

(15) Por lo que se refiere a las distintas posiciones de la doctrina española en relación a la aplicación del foro general de la sumisión (22.2 LOPJ) a este tipo de litigios, *vid.*, entre otros, PALAO MORENO, G., «La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural», *Actualidad Civil*, n.º 15, 2001, pp. 547 y ss.

(16) B. ANCEL & H. MUIR WATT, «La désunion...», *op. cit.*, pp. 420 y 437.

(17) A. BORRÁS, *Informe...*, *op. cit.*, p. 37, punto 29.

ocupen⁽¹⁸⁾. En el primer párrafo se establecen seis foros de competencia, todos basados en el criterio de la residencia —en algún caso completado con el de la nacionalidad—, siendo la residencia el foro protagonista del Reglamento. En el párrafo segundo se establece un séptimo criterio de competencia basado en la nacionalidad común de los esposos o bien en el «domicile», en el sentido que este último tiene en el R.U. e Irlanda. Evidentemente, para evitar las consecuencias negativas que pudieran derivarse de esta multiplicidad de foros de competencia, el Reglamento contempla el “correctivo” de la litispendencia⁽¹⁹⁾.

Por último, el hecho de que tengan carácter excluyente frente a cualquier otro criterio que no esté contenido en el Reglamento significa dos cosas distintas, dependiendo de los supuestos.

Primero, cuando se trate de un cónyuge demandado que sea nacional⁽²⁰⁾ o tenga su residencia habitual⁽²¹⁾ en el territorio de un Estado miembro, los tribunales de un Estado miembro sólo podrán conocer de esos supuestos en virtud de alguna de las reglas contenidas en el artículo 2 (5 y 6) con exclusión de cualquier otra (art. 7.2). Sin embargo, ni siquiera en estos casos estas llamadas competencias “exclusivas” tienen el mismo tratamiento que en el Convenio de Bruselas de 1968, porque no existe en el Reglamento un control de la competencia indirecta, pues no se establece como causa de denegación del reconocimiento la vulneración de las mismas⁽²²⁾. Lo que resulta criticable⁽²³⁾ porque se obliga al demandado a comparecer para impugnar la competencia también en estos casos, ya que si no lo hace y el juez incompetente desconoce la obligación impuesta por el art. 7 del Reglamento, no podrá remediarse en fase de reconocimiento.

(18) B. ANCEL & H. MUIR WATT, «La désunion...», *op. cit.*, p. 411.

(19) B. ANCEL & H. MUIR WATT, «La désunion...», *op. cit.*, pp. 428 y ss.

(20) En el R.U. e Irlanda se sustituye la conexión de nacionalidad por la de «domicile» a lo largo de todo el Reglamento y, por tanto, también en este precepto. Respecto a esta conexión, *vid.* A. BORRÁS, *Informe...*, *op. cit.*, p. 31, punto 34.

(21) En el *Informe Borrás*, que acompaña al Convenio de Bruselas en materia matrimonial se incluye un concepto de residencia habitual, que es el utilizado por el TJCE, en los términos siguientes: “significa el lugar en que la persona ha fijado, con carácter estable, el centro permanente o habitual de sus intereses que, a los fines de determinar dicha residencia, han de tenerse en cuenta todos los elementos de hecho constitutivos” (A. BORRÁS, *Informe...*, *op. cit.*, p. 38, punto 32).

(22) H. GAUDEMET-TALLON, «Le Règlement...», *op. cit.*, p. 395.

(23) B. ANCEL & H. MUIR WATT, «La désunion...», *op. cit.*, p. 415.

Segundo, existen otros supuestos, que son los contemplados en el artículo 8 y a los que el Reglamento llama «foros residuales». Cuando el cónyuge demandado no sea nacional ni tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, los foros de competencia del Reglamento no tendrán carácter exclusivo⁽²⁴⁾. En esos supuestos será posible la aplicación de los foros de competencia establecidos en las normas de Derecho internacional privado autónomo de cualquiera de los Estados parte **si y sólo si** el Reglamento no atribuye competencia a los tribunales de ningún Estado parte (art. 8.1), es decir, siempre en defecto de los criterios de los arts. 2, 5 y 6⁽²⁵⁾.

Por tanto, el Reglamento 1347/2000 no limita su ámbito de aplicación personal a demandados que presenten alguna conexión relevante con el territorio comunitario⁽²⁶⁾ —en su caso nacionales⁽²⁷⁾ o con R.H. en un Estado miembro—, lo que ocurre en esos supuestos es que el tribunal ante el que se someta la controversia tendrá que dejar de conocer si comprueba que el art. 2 no le atribuye competencia (art. 7). Es así como se desvela el segundo problema que me interesa comentar.

III. CONTROL DE LA COMPETENCIA EN ORIGEN

El art. 9 del Reglamento establece el control de oficio de la competencia⁽²⁸⁾ en los supuestos en los que el tribunal de un Estado parte hubiera de conocer a título principal de una acción para la que el Reglamento no le atribuyera competencia, si se la atribuye a otro Estado parte. El sentido de este control de oficio

(24) M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal...*, *op. cit.*, p. 168.

(25) *Vid.* A.P. ABARCA JUNCO, «Separación matrimonial y disolución del matrimonio», en E. PÉREZ VERA (dir.), *Derecho internacional privado*, UNED, vol. II, 2000, pp. 142 ss.; M. GÓMEZ JENE, «El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de nacionalidad», *La Ley*, 1 de junio de 2001.

(26) En contra F. GASCÓN INCHAUSTI, «Primera aproximación a los nuevos Reglamentos comunitarios en materia matrimonial, concursal y de notificaciones», *Tribunales de Justicia*, 2001-1, pp. 36 ss.; G. PALAO MORENO, «La separación...», *op. cit.*, pp. 550 y ss.

(27) Criterio de la nacionalidad que en el caso del R.U. e Irlanda se sustituye por el «domicile».

(28) Cuya explicación se encuentra, de nuevo, en el carácter indisponible de tales reglas de competencia imperativas; *vid.* H. GAUDEMET-TALLON, «Le Règlement...», *op. cit.*, p. 398.

se encuentra en la ausencia del foro de la sumisión tácita⁽²⁹⁾, de modo que, una vez comprobado que no sólo no es competente sino que lo es el tribunal de otro Estado parte, el juez se declarará de oficio incompetente.

Este precepto establece dos requisitos para que el tribunal se declare de oficio incompetente: en primer lugar, su falta de competencia según el texto del Reglamento; y en segundo lugar, y con base en el mismo, la competencia de los tribunales de otro Estado parte. ¿Estamos ante dos requisitos cumulativos? O formulado de otra manera: ¿Qué ocurre en los supuestos en que el Reglamento no atribuye competencia a ese ni a ningún otro tribunal de los demás Estados parte?⁽³⁰⁾

Para responder a esta cuestión hemos de distinguir dos supuestos claramente diferenciados en el Reglamento⁽³¹⁾. Primero: si el demandado no es nacional⁽³²⁾ ni tiene su residencia habitual en ningún Estado parte, y el art. 2 (5 y 6) del Reglamento no atribuye competencia a ningún tribunal, el juez anterior consultará sus normas autónomas de competencia judicial internacional (en España, arts. 22.2 y 22.3 LOPJ) para determinar si, a pesar de no considerarlo así el art. 2 del Reglamento, sería competente para conocer de la acción en materia matrimonial (art. 8.1 del Reglamento). Segundo: sin embargo, si el cónyuge demandado es nacional de un Estado parte o en el caso del Reino Unido o Irlanda tiene allí su «domicile»⁽³³⁾, aunque el Reglamento no atribuya competencia a los tribunales de ningún Estado parte, el juez no podrá consultar con carácter residual sus normas de competencia autónomas, porque se lo prohíbe el artículo 7 al establecer textualmente que en esos supuestos de demanda-

(29) M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 265.

(30) La doctrina, al menos la que he podido consultar, no se plantea esta cuestión y parece dar por sentado que si ese tribunal no es competente, lo serán los de otro Estado parte, vinculando el art. 7 al 9.

(31) No distinguen M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ (*Derecho procesal...*, *op. cit.*) para quienes “si esa competencia no corresponde a otro Estado miembro, el juez aplicará las reglas de su Derecho autónomo” (p. 265), afirmación que se contradice con la realizada en su p. 168 al considerar que “frente a los residentes en un Estado miembro o que tengan su ‘domicilio’ o nacionalidad en un Estado miembro (ex art. 2.2) sólo se puede invocar las reglas de competencia del Reglamento”.

(32) O, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tiene allí su «domicile».

(33) No incluimos la otra conexión utilizada en el art. 7, porque en ese caso siempre serían competentes los tribunales de, al menos, un Estado parte, los de la residencia habitual del demandado (art. 2.1, regla tercera del Reglamento).

do integrado⁽³⁴⁾ en territorio comunitario mediante el vínculo de la nacionalidad o de la residencia habitual, “**sólo** podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en virtud de los artículos 2 a 6”. La regla del art. 7 cumple así una función preventiva: evitar la aplicación de foros exorbitantes —que pudieran contenerse en los foros residuales— a los demandados protegidos por razón de su integración⁽³⁵⁾.

Un ejemplo nos ilustrará: cónyuge nacional francés con residencia habitual en Argel que es demandado por un nacional español con residencia en España inmediatamente anterior, inferior a seis meses. En ese supuesto el Reglamento no atribuye competencia a los tribunales españoles ni a los de ningún otro Estado parte y, sin embargo, el juez español tiene que declararse incompetente sin consultar sus normas autónomas de competencia judicial internacional —que, por cierto, le atribuirían competencia (art. 22.3 LOPJ) si no fuera aplicable el Reglamento—.

Por tanto, en estos últimos supuestos el tribunal deberá declararse de oficio incompetente, aunque no se trate de un supuesto contemplado en el art. 9 del Reglamento, pues el artículo 7 le obliga a ello⁽³⁶⁾. Esto es así, salvo que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) del demandante exija la apertura de un *foro de necesidad* en los casos en que ningún otro tribunal que presente una vinculación razonable se declare competente. Tampoco la LEC establece el cauce procesal para hacerlo, pues el art. 36.2 sólo obliga al juez español a declararse incompetente en supuestos de competencia exclusiva de otro Estado contemplada en un texto internacional o cuando el demandado no comparezca y el único criterio en que pudiera basar su competencia fuera la sumisión tácita.

IV. CONCLUSIONES

Se puede concluir, pues, a la vista de estas primeras aproximaciones al Reglamento 1347/2000, primero, que el ámbito de aplicación personal de sus reglas de competencia en materia matrimonial es distinto dependiendo del **grado de integración** del demandado en la CE. Cuando el demandado sea nacional (o tenga domicilio anglosajón) o tenga su residencia habitual en la CE, los

(34) Como lo llaman B. ANCEL & H. MUIR WATT («La désunion...», *op. cit.*, p. 419).

(35) GÓMEZ JENE, M., «El Reglamento...», *op. cit.*, p. 3.

(36) Conclusión que parece clara también a la vista del *Informe Borrás* sobre el Convenio de Bruselas en materia matrimonial, *vid. A. BORRÁS, Informe...*, *op. cit.*, p. 37, punto 28, donde señala textualmente que “el juez verá si es competente o no y, si no lo es, dejará de conocer del caso”.

tribunales comunitarios sólo podrán conocer en virtud de las reglas de competencia contenidas en el Reglamento. Si el demandado no presenta tal vinculación también podrán conocer los tribunales comunitarios, en defecto de los criterios de competencia contenidos en el Reglamento, en virtud de sus normas de competencia judicial internacional de fuente internacional o interna. Segundo, el juez tendrá que declararse de oficio incompetente en virtud del Reglamento en dos ocasiones: cuando compruebe que sus reglas no le atribuyen competencia y, en cambio, la atribuye a los tribunales de otro Estado parte (art. 9); y cuando, a pesar de que el Reglamento no atribuya competencia a los tribunales de ningún otro Estado parte, el demandado presente una vinculación personal relevante con la CE (ser nacional de un Estado parte o tener su domicilio en R.U. o Irlanda), porque en esos casos no cabrá aplicación residual de los criterios de competencia de fuente internacional o interna de los tribunales de los Estados parte (art. 7). Quedando siempre a salvo la posibilidad de abrir un *foro de necesidad*.

TRIBUNA ABIERTA

LA ADOPCIÓN ILEGAL Y LA COMPRAVENTA DE NIÑOS

Aránzazu Bartolomé Tutor.

Abogada.

A principios del mes de agosto del año 2001 saltó a los diarios la noticia de la venta de un bebé a una familia vizcaína. Aquélla trajo consigo que durante todo el mes se publicaran numerosas noticias sobre el tráfico de menores en nuestro país (Almería, Vizcaya, etc.). A modo de ejemplo:

“El viaje comenzó en Bolivia y terminó en un Juzgado de Gernika” (1); “Almería: Prostitutas embarazadas que venden a sus hijos (...) Resultado: un contacto se dedica a llevar niños en camión a Europa para entregárselos a los padres compradores (...) Las mafias le han ofrecido 200 niños de prostitutas embarazadas listos para ser vendidos nada más nacer” (2); “El matrimonio español que inscribió como hijo propio a un niño nacido en Misiones (noroeste argentino) puso al descubierto una red de venta de niños a matrimonios extranjeros” (3).

Para explicar estos hechos se han apuntado desde distintos estadios muy diversas causas. ¿Cuáles?

Por un lado, UNICEF alude, tanto a la situación económica poco desahogada o de precariedad de la familia biológica del menor con serias necesidades para mantener la prole; como a familias deseosas, con dinero suficiente y escasa paciencia, de adoptar un pequeño.

Por otro, la Jefa del Servicio de Adopciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, doña M.^ª Jesús Montaner (4), advierte que *“cada vez hay menos embarazos no deseados y más apoyo a las familias. Esto significa que cada vez llegan a los servicios de protección al menor de las Comunidades Autónomas menos bebés que puedan entrar en programas de acogimiento o adopción. Y una buena parte de las parejas especifican sus preferencias que los niños sean menores de 3 años y en otros países (fuera de España) hay más niños disponibles y de menor edad”*.

(1) *El Mundo*, 4 de agosto de 2001.

(2) *El Mundo*, 6 de agosto de 2001.

(3) *Diario de Huelva*, 7 de agosto de 2001.

(4) Declaraciones al diario *El Mundo*, 19 de agosto de 2001.

En este sentido, el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid, don Javier Urrea Portillo⁽⁵⁾, ha apuntado en distintos medios de comunicación que en España es difícil la adopción porque hay una gran demanda de menores de 7 años.

Zef Hendriks⁽⁶⁾ (Director ejecutivo de Werelkinder-Países Bajos) refiere que “a partir de los años 70 en los Países Bajos se produce un declive de las adopciones locales y una visión más internacional, facilitada por los medios de comunicación da a conocer la situación de los menores en otros países, produciéndose la adopción transnacional mediante intermediarios que se lucraban, sin intervención de las autoridades o asociaciones privadas tal y como hoy se concibe en el Convenio de La Haya de 1993”. “Fenómeno que aparece visiblemente en España a partir de los años 90⁽⁷⁾”.

Fenómeno que tiene, por ello, eco en los datos publicados: “200 parejas gallegas están a la espera de adopciones internacionales”⁽⁸⁾; “Lleida adopta en 6 meses a 21 niños extranjeros, el doble que el año pasado”⁽⁹⁾; “Se disparan un 53% las adopciones de niños extranjeros”⁽¹⁰⁾.

A lo dicho se une la larga duración de los cuantiosos trámites que los potenciales adoptantes han de cumplir. Así, en países como Bulgaria la tramitación puede quedar resuelta en un año. Sin embargo, en países como Colombia los trámites se prolongan hasta tres años, variando los gastos entre uno a dos millones de pesetas.

Desde el punto de vista de Derecho Convencional el elemento legal más representativo de la inquietud de la Comunidad internacional de los derechos de los menores se manifiesta en la **Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989** (ratificada por España y publicada en el BOE n.º 313, de 1 de diciembre de 1990). Más concretamente, su art. 21 fija los principios programáticos e informadores que las legislaciones internas han de tener en cuenta ante la adopción internacional.

(5) *El Mundo*, 6 de agosto de 2001.

(6) Zef Hendriks, *Infancia y Sociedad*, n.º 33. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. En José Ignacio Esquivias-Jaramillo (Fiscal del TSJ de Madrid), *Adopción Internacional*, Colex, Madrid, 1998.

(7) Salomé Androen Biosca. *Revista Hispanoamericana de Cultura*. En José Ignacio Esquivias-Jaramillo (Fiscal del TSJ de Madrid), *Adopción Internacional*, Colex, Madrid, 1998.

(8) *La Voz de Galicia*, 13 de agosto de 2001.

(9) *Diario Segre*, 14 de agosto de 2001.

(10) *La Razón*, 16 de agosto de 2001.

De estos Principios se desprende un claro énfasis en el superior interés de los menores adoptados. De los distintos párrafos de la Convención se deduce la necesidad de construir un armazón jurídico importante que evite cualquier irregularidad que *“pueda redundar en perjuicio de los menores, y, en especial, impedir operaciones que puedan constituir un verdadero comercio de niños”* (11). De ahí, que tanto en los Convenios internacionales como en las legislaciones nacionales se observa una clara vocación de evitar las adopciones clandestinas. Lo cual se pone de manifiesto en el art. 35 de esta Convención, en el que se fija que los Estados Partes de la misma han de tomar las medidas necesarias para impedir *“el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”*.

Este artículo tuvo un desarrollo posterior en el **Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional**, de 29 de mayo de 1993 (ratificado por España y publicado en el BOE de 1 de agosto de 1995), cuya Exposición de Motivos y art. 1.º b) reza textualmente *“Convenimos la necesidad de (...) prevenir la sustracción, venta o el tráfico de niños”*. Esta tramitación exhaustiva la justifica el Fiscal del TSJ de Madrid D. José Ignacio Esquivias Jaramillo (12), dado que *“como quiere que sea un hecho creciente y de innegable desarrollo con significación jurídica y social, las legislaciones tratan de cerrar el margen al abuso de los negocios innobles. La ausencia de control permitiría el odioso tráfico de niños (...) y una inadecuada selección de los adoptantes”*.

En relación con lo anterior, nuestro legislador ha introducido como novedad en el **Código Penal de 1995** un nuevo tipo penal, recogido en el art. 221, dentro del Título XII, “Delito contra las relaciones familiares”, como delito de entrega de menores mediando compensación económica, como un tipo cualificado de entrega de menores a terceros.

En lo que fue el Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal que se discutió en la Cámara Alta y en la Cámara Baja el texto inicial rezaba así:

“Art. 213: 1. Los que eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, entregaran a un hijo o descendiente a otra persona, mediante compensación económica, para establecer una relación análoga a la de filiación, serán castigados con las penas de prisión de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad por tiempo de cuatro a diez años.

(11) José Méndez Pérez, *La adopción*, Bosch, Barcelona, 2000 (pp. 229 y ss.).

(12) José Ignacio Esquivias Jaramillo, *La adopción internacional*, Colex, Madrid, 1988 (p. 14).

2. *Con la misma pena serán castigados la persona que lo recibiere y el intermediario.*

3. *Si los hechos se cometiesen utilizando guarderías, colegios u otros locales o establecimientos donde se recojan niños, se impondrá a los culpables la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las referidas actividades por el tiempo de dos a seis años y podrán acordar la clausura temporal o definitiva de los establecimientos. En la clausura temporal, el plazo no podrá exceder de cinco años.”*

Durante el debate parlamentario se presentaron dos enmiendas, una del Grupo Popular y otra técnica del Grupo Catalán. El Grupo Popular defendió en sus intervenciones, tanto en el Congreso como en el Senado⁽¹³⁾ (a través de su portavoz Parlamentario Barrios Curbelo) el aumento de la pena de dos a diez años para aquellos supuestos recogidos en el párrafo tercero. Mientras, el Grupo Catalán (a través de su interlocutor Alemany i Roca) proponía una redacción que tuviera en cuenta la intervención de otras personas y que abarcara cualquier tipo de relación o parentesco con respecto a los menores, ya que *“en algunos casos es muy difícil demostrar la contraprestación económica, pero, en cambio, no lo es la intervención de terceras personas, con o sin ánimo de lucro (sin las garantías que el ordenamiento jurídico establece al respecto)”*. En lo que se refiere a la primera enmienda ésta no obtuvo una votación favorable; sin embargo, y siguiendo el sentir de la segunda el texto fue modificado, siendo su redacción definitiva así: *“Los que, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco...”*⁽¹⁴⁾.

En pocas palabras, este delito de “adopción ilegal” supone una evasión de los trámites fijados; la entrega del menor a una tercera persona mediando una compensación económica (que no tiene por qué reducirse a un pago en efectivo, sino que puede perseguir otra finalidad económica: pago en especie, cancelación de una deuda, obtención de un trabajo, etc.)⁽¹⁵⁾, junto con la finalidad de establecer una relación análoga a la filiación y que a su vez sea traducida en términos jurídicos: con virtualidad jurídico-civil.

(13) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior, n.º 511, de 5 de junio de 1995, p. 15527.

D.S. Congreso de los Diputados. Pleno, n.º 159 de 28 de junio de 1995, p. 8405. D.S. Senado. Comisión de Justicia, n.º 223 de 10 de octubre de 1995, p. 1.

(14) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

(15) Antonio J. Pérez Martín, *Derecho de Familia. La nulidad Matrimonial Civil y Eclesiástica. Aspectos Penales del Derecho de Familia*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 556 y ss.

Por su parte, los comentaristas del Código Penal⁽¹⁶⁾ justifican esta previsión como “una respuesta penal a quienes hacen del desamparo infantil una fuente de enriquecimiento, y representa algo más que una conveniencia”, a lo que añaden que “sin embargo, la definición de soluciones civiles, por más que resulten indispensables en orden a fijar los efectos jurídicos de actuaciones contra legem, no agotan las variadas consecuencias lesivas que aquellas conductas pueden acarrear. De ahí la justificación de un tratamiento penal de las mismas. La actualización de esa respuesta penal había sido ya reclamada por autores que ponían de manifiesto las insuficiencias del régimen previgente. El desarrollo y extensión de imprevistas fórmulas de acogimiento, la multiplicación de conflictos bélicos que convertían a la población infantil desamparada en atractivo campo especulativo para la superación de obstáculos garantistas y, en fin, la consecuente consolidación de un mercado paralelo, sujeto a especiales reglas, que, lejos de mirar al interés del menor, sólo contemplaba la ganancia económica de sus promotores”.

En definitiva “**todos tratamos de impedir el delito contranatura de disponer de la vida y destino de los recién nacidos de forma onerosa casi siempre**”⁽¹⁷⁾.

No obstante a lo prevenido tanto en el Derecho Convencional como en la ley penal, no podemos olvidar el aforismo jurídico *mater semper certa est*, dato que queda recogido en el parte médico en el que se identifica al recién nacido y es documento necesario para su posterior inscripción en el Registro Civil. Por lo que una de las fórmulas de descubrir una adopción ilegal sería cuando los “padres” intentaran inscribir al menor como hijo suyo. Es más, se declaró inconstitucional el art. 167 del Reglamento del Registro Civil que permitía a la madre ocultar la maternidad, al no descubrir su identidad en el parte médico de asistencia al parto. A ello se une el sentir de la Ley 5/1996 de Garantías de los Derechos de la Infancia y Adolescencia, en cuyo art. 11 se reconoce el derecho del niño a ser identificado en el momento de su nacimiento mediante un DNI infantil. Claro desarrollo de los arts. 39 y 29 de la Constitución Española y Código Civil, respectivamente, y las directrices fijadas por los arts. 7 y 8 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1990.

Por todo ello, una falsificación de documento público puede llevar a eludir estos trámites tal y como se ha puesto de manifiesto en la prensa: “*Tras el parto*

(16) Varios autores, *Código Penal de 1995. Comentarios y jurisprudencia*, Comares, Granada, 1998 (p. 1147).

(17) III Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Ponencia del Doctor D. Antonio Garrido. Lesteche, 24 de octubre de 1994.

y previo pago, el médico que asiste el parto inscribe a la comadrona como madre en los documentos oficiales” (18). Si bien otro camino sería la inscripción del “padre” junto con la madre biológica como hijo no matrimonial, para en un momento posterior “legitimarlo” en una adopción matrimonial: “el matrimonio, imputado por un presunto delito de suplantación de paternidad había intentado inscribir como hija propia a un bebé marroquí, argumentando que era el fruto de una relación extramatrimonial del hombre con una chica que estuvo trabajando en el domicilio familiar para ayudar a la mujer que se encontraba enferma” (19).

Ante este panorama descrito sería necesario, pues, una vigilancia especial y medios suficientes para el seguimiento de este fenómeno hoy en el candelero, así como facilitar los trámites de la adopción legal, si no queremos que la compraventa de niños se convierta en una lacra más de esta sociedad que, en materia de lucro, no se detiene ni ante la mirada triste de un niño.

LA PATERNIDAD Y LA MATERNIDAD TRAS EL DIVORCIO

José Luis Sariego.

Abogado.

Beatriz Morgado Camacho.

*Departamento Psicología Evolutiva y de la Educación,
Universidad de Sevilla.*

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas la familia española ha ido sufriendo una serie de cambios de distinta índole. Si comparamos la familia española de hace veinte años y la de ahora podemos observar cómo se diferencia tanto en la estructura como en la dinámica de relaciones y los roles que desempeñan quienes forman parte de ella.

Si atendemos a los cambios estructurales, podemos observar cómo se han diversificado enormemente los distintos tipos de familias: existen menos hoga-

(18) *El Mundo*, 5 de agosto de 2001.

(19) *El País-Andalucía*, 12 de septiembre de 2001.

res de familia extensa y polinucleares, mientras que se han incrementado las uniones no matrimoniales y las familias monoparentales, de un solo progenitor, al tiempo que han aparecido las familias “reconstituidas”, procedentes de uniones anteriores.

En cuanto a los cambios en la dinámica familiar, es evidente que el creciente y sostenido acceso y permanencia de las mujeres al empleo remunerado, así como el cambio ideológico en que éste se ha asentado, está ocasionando cambios progresivos en los roles que hombres y mujeres desempeñan dentro de la familia, que evolucionan hacia una mayor implicación de ambos, tanto en su sostén económico como en las tareas domésticas y de cuidado de niños y niñas (Alberdi, 1999; Flaquer, 1998).

Todos estos cambios nos han llevado por un lado, a reconstruir las características de la institución familiar, si bien antes era el hombre quien se responsabilizaba del sustento familiar, ahora es ésta una responsabilidad compartida con la mujer. La causa de este cambio podemos ubicarla, como se señala en el párrafo anterior, en el hecho social que se ha dado en nuestra cultura recientemente: la incorporación de la mujer al trabajo y por otro, a un replanteamiento de los roles tradicionales o que hasta ahora han venido desempeñando quienes integran la familia. La incorporación de la mujer al trabajo ha supuesto que el hombre juegue un papel más activo en las tareas domésticas así como en las de cuidado y educación de los hijos e hijas.

Sin embargo, aunque este proceso de transformación familiar es un hecho evidente y constatado por todos los estudiosos del tema, el proceso de adaptación de las instituciones sociales no siempre va en paralelo (González y Morgado, 2000). Así, en una mirada a la administración de Justicia podemos encontrar cómo todavía parece primar en ella el mito de que es la mujer la que únicamente dispone de capacidades innatas para criar y educar a sus hijos e hijas, otorgando en su mayoría la custodia a mujeres incluso en aquellos casos en los que el padre juega un papel activo en el proceso de crianza de sus hijos e hijas antes y después de la separación o el divorcio.

Si atendemos a los datos aportados por el Consejo General del Poder Judicial, referentes a las separaciones o divorcios en la década de los noventa, se da un paso de 59.463 expedientes de separación o divorcio en 1990, a 92.909 expedientes en 1998, lo que nos lleva a un incremento medio anual del 5,81% (González, 1999).

En España, la mayoría de los hogares monoparentales tras la separación o el divorcio de los progenitores está encabezado por una mujer (62,5 %) según la explotación de la EPA del último trimestre de 1998 realizada por González, 2000. Este dato puede llevar a interpretaciones diferentes y una de ellas podría acercarse a que todavía persiste la idea de mantener los roles tradicionalmente atribuidos a los progenitores, donde a la mujer le corresponde seguir desempe-

ñando el rol de cuidadora y educadora de sus hijos e hijas y al hombre responsabilizarse de la manutención de la familia.

La influencia que nuestra cultura nos ha transmitido en cuanto al prototipo familiar “correcto” hace que todavía nos sintamos débiles para afrontar los distintos tipos de familias que actualmente caracterizan la institución familiar de nuestra sociedad. No es raro por ello encontrarnos con padres que desearían obtener la custodia de sus hijos e hijas tras la disolución del núcleo familiar biparental por la separación o el divorcio con su pareja, y que persiste en ellos la idea de que sus hijos e hijas se beneficiarán más con su madre y de que no tiene tiempo para el cuidado de sus hijos e hijas a causa de su trabajo (Hetherington & Stanley-Hagan, 1995). Como antes se hacía referencia los roles de los distintos miembros de la familia está evolucionando hacia una responsabilidad compartida del cuidado, la educación y la manutención de los hijos. El hecho de que hasta ahora se haya atribuido en mayor porcentaje la custodia a las madres hace que la paternidad esté en crisis, sobre todo en los casos en los que el padre jugaba un papel activo en el proceso de crianza y educación de sus hijos e hijas antes de la separación. Es por ello que tanto los profesionales de la psicología, quienes realizan los peritajes, junto con la administración de Justicia, han de plantearse el reto de abordar la crisis de la paternidad como consecuencia del divorcio de cara al siglo XXI.

Características económicas de los hogares monoparentales.

Si hacemos un recorrido por las características que presentan los hogares monoparentales en cuanto al nivel de ingresos, podemos encontrar que existen diferencias entre aquellos que están encabezados por un hombre y los que lo están por una mujer. Según González (1999), cabría esperar que madres solas y padres solos tuvieran unas tasas de actividad parecidas, dadas sus similares responsabilidades familiares; sin embargo los padres solos aventajan en 15 puntos a las madres solas en lo que a tasas de actividad se refiere. Estos datos nos dan muestras de que las madres solas parten de una situación diferente a la de los padres solos. Resultados parecidos encontraba la autora en el conjunto de la Unión Europea donde existe una diferencia que ronda entre 15-16 puntos entre las tasas de actividad de las madres solas y las de los padres solos. Esto nos indica que todavía el hombre juega con ventaja a la hora de acceder al empleo, lo que nos permite adelantar que los ingresos de los hogares monoparentales encabezados por un hombre tienen mayor probabilidad de recibir cantidades superiores de ingresos con respecto a los hogares monoparentales encabezados por mujeres. Cuando existen problemas económicos en la familia, se genera una fuente de estrés que influye en el estado emocional del progenitor custodio, del que a su vez depende en gran medida el estado emocional de los hijos e hijas (Cantón, Cortés y Justicia, 2000). Teniendo en cuenta el hecho cada vez más frecuente de la feminización de la pobreza, la política familiar debería

recoger un programa de ayudas enfocado a las familias monoparentales, en su mayoría encabezadas por una mujer, donde una de las medidas fuera barajar con seriedad la posibilidad de establecer custodias compartidas. La custodia compartida no solo beneficia la disponibilidad de recursos a los que pueden acceder los niños y niñas tras la separación de sus padres, sino que también favorece que los niños y niñas sientan que ambos progenitores están implicados en su crianza y educación, lo que les genera un mayor nivel de bienestar general, pues también disminuye el estrés y la sobrecarga de responsabilidades de las madres que afrontan solas la maternidad.

Aspectos jurídicos del problema.

La Ley del Divorcio en España fue un gran revulsivo contra el poder masculino y el patriarcado. Por fin una mujer en plena igualdad jurídica podía plantear una separación de su marido, sin el consentimiento de este, y en libertad.

Pero esta ley no ha sido suficiente. Es relevante el papel que jueces y magistrados, y fiscales, han tenido en la aplicación de esta ley.

Es curioso el hecho de que la mayoría de jueces, fiscales y abogados sean ahora mujeres porque, claro está, esta rama del derecho es una rama infravalorada. ¿Cómo vamos a defender ante nuestros colegas hombres que una separación, o unas medidas provisionales son mas difíciles de afrontar que un embargo preventivo o un juicio monitorio? Cualquier jurista hoy puede llevar un caso de familia, porque todo el mundo sabe lo que es una familia y cada uno/a tiene su propia manera de entender las relaciones familiares, sus conflictos y la forma de resolverlos, pero llevar un caso de Suspensión de Pagos de una empresa no todo el mundo puede.

Creo que el mayor reto que tenemos los/as juristas ante el futuro es la falta de preparación (educación) de jueces, fiscales, abogados, etc., que participamos desde la administración de Justicia para resolver problemas familiares, y uno de los mayores problemas estriba en que solo conocemos soluciones jurídicas para resolver estos conflictos que no son jurídicos exclusivamente.

La ley nos dice que la custodia será otorgada al cónyuge más preparado, pero ¿y si los dos no están preparados? A las madres se les supone por naturaleza preparadas para cualquier cosa. Seguimos machacando a las madres con responsabilidades, aumentando las que tenían antes del divorcio.

Si se observan las leyes de divorcio de toda Europa, incluida la nuestra, la figura del padre ha desaparecido, y se emplean las palabras: progenitor, custodio o no custodio. Si cogemos las casi 1.300.000 Sentencias de separación y divorcio que se han dictado en nuestro país, desde la entrada en vigor de la Ley del Divorcio (7 de julio de 1981), el concepto de padre como persona adulta responsable desaparece, y la de madre se sigue poniendo como la única figura con responsabilidades.

Normalmente se dice: “se otorga a la Sra. Tal o a la madre la custodia de sus hijos tal y cual”. “El Sr. Tal podrá estar con sus hijos”. Pocas veces se pone **el padre**, se pone el nombre del padre o el progenitor no custodio. Esto es, el padre se convierte en otra cosa, pero no un padre al que se pueda exigir que cumpla con todas sus facultades y obligaciones parentales. En nuestro país se calcula que la figura paterna en el 65 % de los casos de divorcio ha desaparecido de la vida cotidiana y sentimental de nuestros niños y niñas (Sariego, 2000). Este dato debe hacer reflexionar a los profesionales de quienes depende la atribución de la custodia de los hijos e hijas y a quienes se preocupan por el adecuado desarrollo de éstos. Debemos dar la misma oportunidad a un padre y a una madre para que puedan seguir ejerciendo como tales tras su separación.

He visto en los últimos veinte años que el divorcio es uno de los mecanismos más feroces que ha creado la democracia para hacer desaparecer la figura del poder masculino de nuestras familias.

He visto hombres que, en el seno de su matrimonio, lucharon por la igualdad dentro de su pareja, solidarios con las denuncias de desigualdades de género, que al llegar al divorcio veían que todo era mentira. Proliferan por toda Europa y cada vez con mayor fuerza asociaciones de padres separados que luchan por una verdadera corresponsabilidad parental tras el divorcio.

Es tanta la injusticia que se reparte en los Juzgados de Familia que los propios jueces, abogados, etc., recelan de este tipo de asociaciones, porque son asociaciones que aparentemente no tienen apoyo de ninguna institución, y es que defender la figura del padre no es correcto, desde que en 1981 se decidió hacerlos desaparecer de la ley. Se sigue suponiendo que la parte más débil es la mujer, y que a ellas hay que proteger, pero olvidamos que el interés de los niños y niñas está por encima de otros intereses, y sin embargo de un plumazo, en las resoluciones judiciales quitamos a estos niños y niñas a un progenitor de sus vidas, casi siempre, al padre. ¿Cuál es entonces el interés del menor?

En unas Jornadas de Derecho de Familia organizadas por la AEAF en Sevilla, pregunté a una Jueza de Madrid si llamaba a los niños para exploración en caso de mutuo acuerdo, y me contestó que sí, que en los convenios normales (custodia monoparental) no los llamaba, pero en los Convenios extraños (custodias compartidas) sí los llamaba. O sea que lo normal para un niño o una niña es que lo separen de uno de sus progenitores, pero si estos convenían una custodia compartida, donde los niños y niñas podrían seguir viendo a sus dos progenitores con más frecuencia y normalidad, esto era anormal. La verdad es que es preocupante que veamos como normal que un niño o una niña deje de ver a uno de sus progenitores, y lo convirtamos en un visitador de fines de semanas alternos.

Los hombres que más aparecen en los medios suelen ser los agresores, maltratadores, golpeadores, que se separan o divorcian, y hay una tendencia

social a asimilar a estos hombres con aquellos que fueron padres, quisieron serlo, y fueron responsables mientras duró su matrimonio o relación de pareja.

En cambio, basta buscar en nuestro trabajo diario a una mujer que se separa que se le cuestione su preparación para ser madre. Lo son, están preparadas y punto.

¿Cómo se explica que a los padres se les pida que compartan todo lo referente a los cuidados del hijo y de su educación, a semejanza de la madre, y tras el divorcio se les trate como ineptos, incapaces, personas inútiles para educar, y solo sirvan para pagar y visitar a sus hijos?

El problema es que se consideraba la familia patriarcal como algo que habría que hacer desaparecer. Pero se ha confundido patriarcado o paternalismo excesivo con **paternidad**, y nuestra sociedad está sufriendo sus consecuencias, y pronto veremos cómo los niveles de violencia post-separación irán aumentando en vez de disminuyendo. Veremos cómo los adolescentes que vieron cómo su padre fue tratado como un paria de la sociedad, quitándole cualquier tipo de *autoritas* sobre los hijos que con él no vivían, aprenderán y aprenden que ellos pueden hacer lo mismo con su madre. Cada vez más, madres separadas con hijos son agredidas por sus hijos varones. Cada vez más, más madres separadas con hijos entran a vivir bajo el umbral de la pobreza, porque el padre, al ser tratado como un paria social, se introduce en la autodestrucción (dejan sus trabajos, dejan de pagar las pensiones, de visitar a sus hijos, etc.).

Veamos cómo los hombres que no están cerca de un divorcio (propio o de algún amigo o familiar) reaccionan: “Es que es función de las madres el criar a los hijos”. “Cumple con tu pago mensual”. “Es que los hombres no estamos preparados para sacar hijos adelante”. Etc. Desconfiamos de las opiniones de nuestros amigos o familiares masculinos separados. Son sospechosos de algo, quizás de ser hombres que quieren compartir la paternidad, por encima de los arquetipos sociales.

Veamos ahora a las mujeres que están cerca del divorcio cómo reaccionan. He llegado a escuchar risas en un foro cuando se intentaba hablar de las ideas de un grupo de hombres separados de sus hijos. He visto hostilidad hacia ellos, por culpa del patriarcado y la lucha feminista. Han identificado a padres separados con hombres machistas. Pero no, sus parejas no eran machistas, hasta que nos separemos, entonces verás, cuando le quitemos a los niños, la casa, el sueldo, incluso las fotos de cuando era pequeño, verás cómo era un machista de los de antes, de los de siempre.

Creo que dejo clara mi postura en esta exposición, que la resumo en que creo que jueces, fiscales, juristas, etc., todos y todas los que estamos involucrados en administrar justicia en el ámbito de las familias, debemos ir tomando conciencia que no debemos permitir que sigan creciendo niños y niñas sin padre en nuestro país, salvo los casos donde la ley permite restringir el contacto, y que

debemos dar una oportunidad a los futuros ciudadanos y ciudadanas de este país para que crezcan con padre y madre, y se establezca como un derecho igualitario entre todos y todas, que es nuestro deber como padres, nuestro deber como madres, compartir las tareas de educar y cuidar a nuestros hijos e hijas, incluso tras la ruptura de la pareja. Así, nuestros niños y niñas aprenderán desde la niñez que pese a que papá y mamá no pueden vivir juntos, ambos eran iguales a la hora de acariciarme, o a la hora de ponerse serio para ir a la cama, etc.

Creo que debemos aprender de la experiencia de los suecos, cuando descubrieron que la monoparentalidad femenina tras el divorcio no solo es un fenómeno que agrava la desigualdad de género, sino que es un problema social grave, para niños que crecen sin padre, y para mujeres a las que condenamos a seguir dependiendo de los hombres y del dinero que estos les pagan o no.

Así Suecia fue la primera en introducir en su ley del divorcio la palabra coparentalidad, para definir las facultades y funciones (que padres y madres viven como derechos y obligaciones) de ambos progenitores tras el divorcio. Esto ha hecho que la familia vuelva a ser lo que era, un lugar donde alguien encuentra ayuda, comprensión, cariño y esperanza para el futuro.

Creo que deberíamos plantearnos seriamente en estudiar y profundizar sobre qué significa aquello del interés del menor. No he encontrado sentencia alguna en que detrás de la definición interés del hijo no haya una referencia, patente o subliminal, al papel tradicional de la madre competente *por naturaleza*.

Según una encuesta realizada en un país vecino a jueces y magistrados, se llegó a la conclusión de que estos opinaban casi al 95% que las madres son más madres que los padres, y que les repugnaba la idea de separar a una madre de sus hijos. De lo que no se daban cuenta estos magistrados es de que en aplicación de la ley (interés del menor, progenitor más adecuado, etc.) se separaba al hijo de su padre, y no pasa nada.

He conocido a muchos hombres que tras un divorcio se convirtieron en defensores de los derechos de las mujeres más que antes, ¿y por qué? Porque cuando acudieron al Juzgado para separarse o divorciarse sintieron cómo se habían sentido las mujeres durante siglos, no escuchadas, puestas en tela de juicio, bajo sospecha, etc.

Conocí a una Jueza, que le dijo a un cliente que por qué en vez de haberse comportado como un hombre, se había dedicado a ser una niñera, y por ello (por no comportarse como un hombre, lo que se espera de él), no le daría la custodia de los pequeños.

Yo creo que el problema es que no estamos educados más que en la incompreensión y en los prejuicios, cuando de antemano, incluso a un cliente mío, yo llego a justificar que es una locura pedir la custodia de sus hijos, cuando un juez

ni siquiera sopesa la posibilidad de dar la custodia a un padre. Solo en casos muy atípicos que confirman la regla esto ocurre.

No estamos administrando justicia en los juzgados de familia, estamos sepultando las igualdades de oportunidades, estamos afianzando el papel secundario de la madre frente al padre, a un alto coste, el de los niños y niñas que aprenden que las cosas no pueden ser de otra forma.

Vamos a ver qué dicen los estudios que se han hecho sobre el tema:

En Estados Unidos de América un estudio realizado en 1980 por la socióloga Beth Ehrenreich denominado *El Corazón de los Hombres: El sueño americano y la fuga del padre comprometido*, llega a la conclusión de que el rechazo hacia darle responsabilidades a los padres tras el divorcio explica por sí mismo la alta proporción de padres que desaparecen de la vida de sus hijos tras el divorcio.

Así, en Francia, un estudio realizado en 1990 por Daniel Bertaux y Catherine Delcroix establece que la responsabilidad recae en primer lugar sobre las conductas maternas excluyentes las cuales solo pueden desarrollarse debido a que existe un consenso social cual es que en la actualidad todas las instituciones están de acuerdo en confiar los hijos a las madres. Así, la responsabilidad se desplaza desde los individuos hasta un modelo cultural colectivo que lleva a hacer más frágil la relación paterna.

Los padres divorciados saben que deben pagar, e incluso que si no pagan pueden ir a cárcel. ¿Por qué lo hacen entonces?

El estudio realizado en Francia demuestra que estos padres dejan de vivir la paternidad como algo real, y la convierten en algo imaginario. La única obra de valor de su vida, a la que no tienen acceso libre. Otros entierran a sus hijos en vida.

En los servicios de personas sin hogar de Francia el mayor número de personas que pasan por ellos son padres divorciados, con problemas de posdivorcio. Al igual ocurre con el estudio realizado en Finlandia sobre los Nuevos Parias Sociales, realizado por el Ministerio de Asuntos Sociales Finlandés, donde se trasluce la gran preocupación que existe en dicho país ante la aparición de una nueva figura social (y problema social), el nuevo paria social es un hombre de 40-45 años, que ha perdido todo tras el divorcio, y sobre todo su autoestima.

En los países del Este europeo, entre el 60 y el 80% de los padres divorciados no pagan sus pensiones, y en USA el porcentaje llega en algunos estados al 90%. ¿Por qué ocurre esto?

En todos lados los padres dejan de serlo porque no solo pierden su estatus, sino que realmente pierden a sus hijos, y cuando solo les quedan los hijos para seguir creyendo que lo que hacen es velar por el futuro de unos hijos que ya o le odian, o no les quieren ver, les importa poco todo lo demás.

En una encuesta realizada por Cáritas en Madrid entre indigentes, se descubrió que casi el 60% de los hombres tenían hijos que desconocían su situación, y casi el 95% de estos hombres habían llegado a esta situación tras el divorcio.

En un estudio realizado por la Comunidad Europea en 1989 sobre las familias europeas, se reunieron una serie de especialistas que trabajaron sobre las familias europeas, y en este estudio la belga María Teresa Meulders dijo que se observa un curioso vuelco de las relaciones de fuerza tras el divorcio a favor de la madre en perjuicio del padre, de modo que de él resultan nuevas discriminaciones por razones de sexo, las cuales repercuten directamente en los hijos, y en la forma de educarse y de desarrollarse.

En Suecia tras la ley de 1984 se optó por legalizar la custodia compartida y conjunta, incluso dentro de las uniones de hecho. Gracias a estas leyes nórdicas, en Francia se aprobó la ley Malhuret en 1987 que permite legalizar las custodias conjuntas en las parejas de hecho.

Tenemos que cambiar las cosas, en primer lugar la ley, y salir de ese conformismo establecido en torno a ideas feministas poco reflexivas.

Creo que debemos presentar aquí una de las reflexiones que introduce la ley de California en su exposición de motivos cuando habla sobre custodias conjuntas, cuando dice que la idea consiste en que un progenitor que pide la custodia conjunta y acepta tolerar al otro en una organización de este tipo tiene menos propensión a la agresión física o verbal y a los procedimientos contenciosos y es, en realidad, un litigante menos eficaz que no envenenará el conflicto.

La Ley californiana establece que los jueces, cuando deban decidir sobre una custodia monoparental, deberán elegir a aquel progenitor que esté más dispuesto a conceder derechos de visitas y contactos continuos al otro, y no teniendo en cuenta en ningún caso su sexo, profesión, disponibilidad, etc.

Si un progenitor pide la custodia conjunta y el otro la monoparental, los jueces deben otorgar la custodia conjunta, primero para favorecer al progenitor más colaborador y cooperador y segundo, porque es lo mejor para los hijos.

Una vez aprobada esta ley de custodia conjunta, ha hecho que el número de divorcios consensuados se eleve en los tres últimos años un 85% cada año, lo que hace que en California, los procesos contenciosos hayan disminuido y solo representen el 8% de los casos. También he de indicar que en California es obligatorio el proceso de mediación extrajudicial y previo al juzgado, que también ha ayudado a que disminuya la conflictividad, máxime cuando hay una ley que favorece la custodia conjunta y desaparece un elemento de discusión que enmaraña la fase de negociación.

En Francia, se está estudiando en la actualidad el aprobar una Ley de Divorcio donde se recupere la figura paterna, y por ende, establecer la custodia biparental como solución a muchos problemas creados por las custodias monoparentales tradicionales.

II. CONCLUSIÓN

Creemos que por todo lo expuesto, las autoridades de quienes depende legislar (legisladores) sobre la materia y decidir (jueces) en la resolución de conflictos de rupturas de parejas, deberían reflexionar sobre los grandes aspectos negativos a los que da lugar el considerar la custodia monoparental como única respuesta al divorcio, y puedan considerar que la custodia compartida puede llegar a ser la solución que llevamos años buscando a tantos y tantos problemas en los que se ven incursos nuestros niños y niñas tras el divorcio de sus padres.

Evitaríamos impagos de pensiones, problemas con las visitas, pobreza de las madres cuando afrontan la maternidad en solitario, la violencia familiar post-divorcio, etc.

Creemos que es importante tomar en cuenta lo que otros países han hecho y copiar aquello que es bueno para nuestros niños y niñas.

III. BIBLIOGRAFÍA

Alberdi, I. (1999), *La nueva familia española*, Madrid, Taurus.

Cantón, D. J., Cortés, M. R. y Justicia, M. D. (2000), *Conflictos matrimoniales, divorcio y desarrollo de los hijos*, Ed. Pirámide, Madrid.

Cáritas Diocesana Madrid, *Informe sobre pobreza en C.A. Madrid 2000*.

Flaquer, L. (1998), *El destino de la familia*, Barcelona, Ariel.

González, M. y Morgado, B. (2000), *Diversidad familiar y escuela*. Comunicación presentada en el II Congreso Internacional de Atención a la Diversidad. Murcia, 24-26 de febrero.

Hetherington, E.M., "Divorce: A Child's Perspective", *American Psychologist*, 1979, 34, 851.

Hetherington, E. M. & Stanley-Hagan, M.M. (1995), "Parenting in divorced and remarried families". En M.H. Borstein (comp.), *Handbook of Parenting*, Vol. 3.

Parke, R.D., *El Papel del Padre*, Ed. Morata, 1986.

Sariego, J. L., "La figura del padre tras el divorcio". Artículo en prensa, 2000.

Sullerot, E., *Quels Peres? Quels fils?*, Ed. Fayard, 1992.

CRÓNICA LEGISLATIVA

LEY 4/2001, DE 31 DE MAYO, REGULADORA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN GALICIA

TÍTULO PRELIMINAR

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.º Objeto de la Ley.—1.

La presente Ley tiene por objeto la regulación de la institución de mediación familiar en Galicia, como método de intentar solucionar los conflictos que puedan surgir en supuestos de ruptura matrimonial o de pareja.

2. La mediación familiar que regula la presente Ley podrá utilizarse tanto con carácter previo a la iniciación de procedimientos judiciales como para hallar salida a procedimientos judiciales en curso, a fin de obtener soluciones a las causas determinantes de los conflictos matrimoniales o de pareja.

Art. 2.º Concepto de mediación.—

Por mediación familiar se entenderá, a los efectos de la presente Ley, la intervención de los profesionales especializados requeridos voluntariamente y aceptados en todo caso por las partes en condición de mediador. Éstos serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares que actuarán en funciones de cooperación y auxilio a aquellas personas que tienen o han tenido una relación familiar, para ofrecerles una solución pactada a su problemática matrimonial o de pareja.

Art. 3. Finalidad de la mediación.—

1. La intervención en los conflictos objeto de la mediación familiar tendrá como finalidad el asesoramiento, la orientación y la consecución de un acuerdo mutuo o la aproximación de las posiciones de las partes en conflicto en orden a regular, de común

acuerdo, los efectos de la separación, divorcio o nulidad de su matrimonio, o bien la ruptura de su unión, así como en conflictos de convivencia en beneficio de la totalidad de los miembros de la unidad familiar.

2. Con esa finalidad principal, las personas mediadoras orientarán su actividad a aproximar los criterios de cada parte en conflicto, en orden a obtener acuerdos principalmente sobre las relaciones paterno-materno-filiales, la custodia y los alimentos previa ruptura matrimonial o de pareja.

Art. 4.º Formas de iniciación.—Podrán promover la mediación familiar:

1. Las personas unidas por vínculo matrimonial, a los efectos de:

a) Buscar soluciones a las situaciones de conflicto que puedan plantearse entre ellas en cualquier momento anterior a la incoación de un proceso judicial sobre su situación de crisis familiar, mediante ofrecimiento de propuestas de solución que eviten llegar a la ruptura del vínculo o que sirvan para solucionar el conflicto en la vía judicial.

b) Buscar salida pactada a los conflictos planteados en los procesos judiciales de separación, divorcio o nulidad que se encuentren en trámite, bien mediante la aceptación de común acuerdo del convenio regulador de la separación o del divorcio propuesto, o bien para la instrumentación de los medios adecuados que posibiliten el mejor cumplimiento y ejecución de las sentencias dictadas en dichos procesos, con arreglo a lo pactado previamente entre las partes.

2. Aquellas personas que, habiendo formado una unión estable de pareja, entren en una situación de crisis de convivencia y acepten la intervención de una tercera persona mediadora que les ofrezca apoyo para encontrar soluciones pactadas, en particular con respecto a sus relaciones paterno-materno-filiales.

3. La autoridad judicial podrá proponer a las partes, conforme a lo previsto en la legislación civil y procesal, la mediación durante el desarrollo de los procesos de separación, divorcio o nulidad o en cualesquiera otros supuestos de ruptura de la convivencia de pareja.

Art. 5.º La figura del mediador.—En cada actuación de mediación intervendrá una persona que esté inscrita en el Registro de Mediadores. A estos efectos, dichas personas deberán reunir los requisitos de experiencia profesional y formación específica que se establezcan reglamentariamente, pero en todo caso serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares.

Art. 6.º Ámbito.—1. Las cuestiones que podrán someterse a una actuación de mediación familiar serán todas aquellas, derivadas de las relaciones personales o paterno-materno-filiales, de cuya disposición puedan hacer las partes y sean susceptibles de ser cuestionadas judicialmente.

2. Las actuaciones de mediación familiar podrán alcanzar a la totalidad de las relaciones personales y paterno-materno-filiales o circunscribirse a una mediación parcial, limitándose en cuanto a las relaciones personales a las cuestiones económico-patrimoniales y en cuanto a las paterno-materno-filiales a los aspectos del ejercicio de la potestad, la custodia o el régimen de visita de los hijos.

3. Esas actuaciones deberán estar presididas por su orientación preferente a la preservación del interés superior y bienestar de los hijos, habida cuenta el respeto al principio de que ambos progenitores mantienen obligaciones comunes respecto a criarles y

asegarles, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida necesarias para su desarrollo integral.

4. La Consejería competente en materia de familia adoptará las medidas apropiadas para ayudar a los padres a dar efectividad al derecho referido en el apartado anterior, prestándoles, cuando sea necesario, asistencia y programas de apoyo.

TÍTULO PRIMERO

ORDENACIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

CAPÍTULO PRIMERO

Características de la Institución de Mediación Familiar

Art. 7.º Características de la institución.—1. La mediación es una institución basada en la autonomía de la voluntad, en la medida en que son las partes en conflicto quienes tienen que demandar, por libre iniciativa de las mismas, la actuación de una persona mediadora, pudiendo, una vez iniciada la actuación mediadora, manifestar en cualquier momento el desistimiento a la mediación requerida.

2. La actividad mediadora tendrá por objeto la prestación de una función de auxilio o apoyo a la negociación entre las partes, concretándose, en su caso, en la facultad de la persona mediadora de proponer soluciones, a aceptar o no libremente por los sujetos en conflicto. La persona mediadora, al amparo de esa habilitación, podrá también declarar la finalización anticipada de sus funciones conciliadoras, ante la imposibilidad de llegar a una solución pactada del conflicto, en los términos del [artículo 15 de la presente Ley](#).

3. La mediación podrá promoverse y concertarse antes de la iniciación de las actuaciones judiciales o durante el desarrollo de las mismas, con conocimiento del Juez en este último supuesto.

4. En todo caso, la mediación familiar habrá de ajustarse en su desarrollo a las disposiciones contenidas en la presente Ley.

Art. 8.º Principios informadores.—1.

Las actuaciones derivadas del procedimiento de mediación estarán presididas por los principios de voluntariedad y rogación, desarrollándose conforme a los principios de antiformalismo, flexibilidad, inmediatez, confidencialidad y secreto.

2. El procedimiento de mediación habrá de desarrollarse conforme a los postulados de imparcialidad y neutralidad de la persona mediadora, debiendo quedar garantizado que ésta respetará los puntos de vista de las partes y preservará su igualdad en la negociación, absteniéndose asimismo de promover actuaciones que comprometan su necesaria neutralidad.

3. En todo caso, deberá quedar garantizado que las decisiones que se adopten mantendrán el respeto a los intereses superiores y bienestar de los niños y las niñas.

Art. 9.º Gratuidad de la prestación.—1.

La prestación del servicio de mediación será gratuita para todas aquellas personas que reúnan, o puedan reunir, la condición de beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita, que, en base a los criterios establecidos en la [Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita](#), determinará la Consejería competente en materia de familia. En otro caso, el importe del servicio habrá de ser abonado por los interesados, con arreglo a las tarifas establecidas en la legislación vigente.

2. Cuando el beneficio interese a uno solo de los miembros de la pareja, el otro no tendrá que abonar más que la mitad del coste de la actividad de mediación.

3. El beneficio de la mediación gratuita no podrá ser nuevamente reconocido por la Consejería competente en materia de familia hasta haber transcurrido al menos un año cuando las partes en conflicto, a quienes hubiese sido concedido, impidieran el desarrollo de la función de la persona mediadora o fueran las causantes de la imposibilidad de adopción del acuerdo propuesto, salvo que se aprecien circunstancias especiales que aconsejen lo contrario.

Art. 10. Colaboración de las partes.—

Durante el desarrollo de la mediación familiar, las partes tendrán que mantener su compromiso de respeto a las actuaciones promovidas por la persona mediadora, manteniendo una posición de colaboración y apoyo permanente a sus funciones.

Art. 11. Deber de secreto y confidencialidad.—1.

Con arreglo a lo establecido en el [artículo 8.1](#) toda información obtenida en el transcurso de la mediación estará afectada por el deber de secreto y por su carácter confidencial, estando en consecuencia tanto las partes como la persona mediadora obligadas a mantener reserva sobre el desarrollo del procedimiento negociador.

2. Se exceptúan de lo dispuesto en el apartado anterior los siguientes casos:

a) La información relativa a un procedimiento de mediación en curso requerida por el Juez.

b) Toda información requerida por el Ministerio Fiscal en el ejercicio de sus funciones.

c) La consulta de los datos personalizados para fines estadísticos.

3. Cuando en el transcurso de la mediación surgieran indicios de comportamientos que supongan una amenaza para la vida o integridad física o psíquica de alguna de las personas afectadas por la mediación, los mismos se pondrán inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal.

CAPÍTULO II

Desarrollo de las actuaciones de mediación

Art. 12. Iniciación del proceso.—1.

La mediación podrá iniciarse a petición de ambos cónyuges o de común acuerdo de la pareja, o a instancia de una de las partes con la aceptación posterior de la otra, bien actúen a iniciativa propia o bien a propuesta de la autoridad judicial.

2. La persona mediadora, en todo caso, será designada de común acuerdo por las

partes de entre las inscritas en el Registro a que hacen referencia los [artículos 5 y 18](#). Si no fuera así, tendrán que aceptar la persona habilitada y designada como mediadora por la Consejería competente en materia de familia para el desarrollo de esas funciones.

3. En caso de que la persona mediadora sea designada por la consellería competente en materia de familia, por parte de ésta se le notificará el nombramiento a la persona designada.

4. Reglamentariamente se establecerán las causas de abstención y recusación.

Art. 13. Desarrollo del proceso.—1. La actuación mediadora se iniciará a través de una primera reunión, en la cual las partes expondrán los motivos que les llevan a hacer uso del servicio.

Posteriormente la persona mediadora expondrá el programa de actuaciones para su consideración.

2. Previa exposición de la persona mediadora, las partes manifestarán, o no, la conformidad con sus propuestas.

La disconformidad de las partes con las mismas podrá dar lugar a la aplicación de lo dispuesto en el [artículo 15 de la presente Ley](#).

3. En cualquier momento del proceso, las partes podrán manifestar su desacuerdo con la persona mediadora por ellas designada de común acuerdo, rechazando su intervención. En este supuesto podrán convenir la designación de una nueva persona mediadora o, en otro caso, aceptarán a la persona designada por la Consejería competente en materia de familia, en los términos previstos en el [artículo 12.2 de la presente Ley](#).

4. De cada una de las sesiones se elaborará un informe, haciendo mención del lugar y fecha de su celebración y de las circunstancias en que ha discurrido la misma, con indicación particular de las incidencias surgidas en su desarrollo.

Art. 14. Duración del proceso.—1. El tiempo de duración de la mediación será el que sea necesario en atención al número y

a la complejidad de las cuestiones conflictivas planteadas por las partes. En cualquier caso, no excederá de tres meses, a contar desde la fecha de la reunión inicial, salvo que se proponga y justifique por las partes en conflicto y la persona mediadora la necesidad de una prórroga de este plazo, la cual no podrá exceder de otros tres meses.

2. En el transcurso de la actuación mediadora, la persona mediadora podrá solicitar toda la ayuda y asesoramiento que precise de la Consejería competente en materia de familia para el mejor desarrollo de su actividad.

Art. 15. Formas de terminación.—1. Si mediara acuerdo voluntario entre las partes sobre el objeto de la mediación se dará por concluida la misma y se levantará un acta sobre el desarrollo de las actuaciones y los términos del acuerdo alcanzado.

2. La mediación también podrá terminar con una propuesta de la persona mediadora aceptada por las partes en el acta. Esta aceptación de las partes podrá ser total o parcial, consignándose así en dicha acta.

3. En caso de que fuera imposible llegar a un consenso sobre el objeto de la mediación, se hará constar la causa o causas y se dará por finalizada la actividad mediadora en cualquier momento de su transcurso, con la firma, asimismo, del acta por las partes.

Art. 16. Deber de comunicación.—1. Las personas mediadoras, una vez levantadas las actas finales y firmadas por ellas y las partes, deberán comunicar a la Consejería competente en materia de familia los datos de cada mediación a efectos estadísticos, respetándose en todo caso la confidencialidad y el anonimato de los usuarios del servicio.

2. A petición de la autoridad judicial la Consejería competente en materia de familia pondrá en su conocimiento el objeto de la mediación, las actuaciones promovidas por la persona mediadora y el acuerdo final alcanzado, en su caso, por las partes, expre-

sando su contenido, o la imposibilidad de llegar al mismo.

Art. 17. Seguimiento, control y evaluación de la mediación familiar.—La Consejería competente en materia de familia, a través de la unidad orgánica que se determine reglamentariamente, ejercerá en materia de mediación familiar las siguientes funciones:

- a) Realizar el estudio y promoción de las técnicas de mediación familiar, delimitando, en su caso, normas de buena práctica que habrán de ser seguidas por las personas mediadoras.
- b) Mantener las relaciones oportunas con la autoridad judicial en orden a potenciar e instrumentar las actividades de mediación familiar.
- c) Facilitar el acceso a esta institución como medida de apoyo a la familia en las situaciones de conflicto.
- d) Designar a la persona mediadora cuando no lo hagan las partes.
- e) Ofrecer apoyo y asesoramiento a los mediadores cuando éstos lo precisen para el mejor desarrollo de su actividad.
- f) Evaluar los procesos de mediación y resolver las cuestiones que se planteen en los mismos.
- g) Homologar la formación y calificación de los mediadores familiares.
- h) Coordinar, controlar y gestionar el Registro de Mediadores Familiares.
- i) Elaborar los informes que sean requeridos y elevar las propuestas que se estimen necesarias en orden a mejorar la implantación y potenciación del servicio de mediación.
- j) Divulgar cumplidamente la institución de la mediación familiar.

Art. 18. Registro de Mediadores.—1. La Consejería competente en materia de familia dispondrá de un Registro de Mediadores, en el que se inscribirán las personas que reúnan los requisitos de capacidad y aptitud

para el desempeño de esta función, en los términos expresados en el [artículo 5](#).

2. Su organización y funcionamiento se concretará reglamentariamente.

TÍTULO II

RÉGIMEN SANCIONADOR

Art. 19. Potestad sancionadora.—El incumplimiento de los deberes que incumben a las personas mediadoras según la presente ley, en cuanto supongan actuaciones u omisiones constitutivas de infracción, conllevará las sanciones que correspondan en cada caso, previa instrucción de un expediente contradictorio.

Art. 20. Infracciones.—Sin perjuicio de que sean constitutivas de delito, las infracciones cometidas por los mediadores familiares en el ejercicio de su función podrán ser muy graves, graves o leves.

Art. 21. Infracciones muy graves.—Son infracciones muy graves:

- a) Toda actuación que suponga una discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento, vecindad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social de las partes sometidas a mediación.
- b) El abandono de la función mediadora sin causa justificada siempre que comporte un grave perjuicio para los menores implicados en el proceso.
- c) El incumplimiento del deber de confidencialidad de acuerdo con la regulación del [artículo 11 de la presente Ley](#), salvo en el supuesto de peligro para la integridad física o psíquica de alguna de las personas implicadas en la mediación, con arreglo a lo establecido en el [apartado 3 del mencionado artículo](#).
- d) El incumplimiento del deber de neutralidad regulado en el [artículo 8.2 de la presente Ley](#).
- e) La adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a las partes sometidas a mediación.

f) Haber sido sancionado por la comisión de tres faltas graves en un período de un año.

Art. 22. Infracciones graves.—Son infracciones graves:

a) El abandono de la función mediadora sin causa justificada.

b) La negativa a proporcionar la información sobre un procedimiento de mediación en curso cuando la misma sea requerida por la autoridad judicial o el Ministerio Fiscal.

c) La intervención en un proceso de mediación cuando se dé alguna de las causas de abstención reglamentariamente señaladas.

d) La grave falta de consideración con las partes sometidas a mediación.

e) Haber sido sancionado por la comisión de tres faltas leves en un período de un año.

Art. 23. Infracciones leves.—Son infracciones leves:

a) El abandono de la función mediadora, aun con causa justificada, sin haberlo comunicado con la antelación suficiente para que la Consejería competente en materia de familia pueda disponer su sustitución.

b) La negativa a proporcionar los datos personalizados a la Consejería competente en materia de familia para fines exclusivamente estadísticos.

c) El incumplimiento del deber de redacción de los informes y del acta de las sesiones.

d) La dilación del proceso por causa imputable en exclusiva a la propia persona que actúa de mediadora.

e) El cobro por la actividad mediadora en aquellos supuestos en que las partes tengan reconocida la gratuidad de la misma o bien estén en situación de que pueda serles reconocida.

f) El incumplimiento de los deberes y las obligaciones de la persona mediadora, siempre que no deban ser calificadas como infracción muy grave o grave.

Art. 24. Sanciones.—Por razón de las infracciones a que hace referencia la presente Ley, podrán imponerse las siguientes sanciones:

a) Baja definitiva en el Registro de mediadores en los supuestos a), b) y e) del artículo 21.

Suspensión temporal para poder actuar como persona mediadora por un período de seis meses y un día a un año en los supuestos c), d) y f) del artículo 21.

b) Suspensión temporal para poder actuar como persona mediadora de un día a seis meses por las infracciones graves del artículo 22.

c) Amonestación por escrito, que se consignará en el expediente registral, en los supuestos de las infracciones leves del artículo 23.

Art. 25. Procedimiento sancionador.—La imposición de las sanciones administrativas reguladas en el presente título se realizará conforme a los principios y previa instrucción del oportuno expediente establecido en el título IX de la Ley 30/1992, de 26 de enero, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y demás disposiciones que sean de aplicación.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.—Se faculta a la Junta de Galicia para dictar las disposiciones que sean necesarias para el desarrollo reglamentario de la presente Ley.

Segunda.—La presente Ley entrará en vigor a los nueve meses de su publicación en el *Diario Oficial de Galicia*.

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

TÍTULO: CON LA VENIA Y SIN ELLA. ANÉCDOTAS, PESQUISAS Y CASOS DE ABOGADOS

Autor: Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga.

Abogado.

Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

La Esfera, Madrid, 2001.

Llevar más de cuarenta años ejerciendo la profesión de abogado y continuar ejerciéndola en la actualidad, y además con entusiasmo, concede un status especial que es alcanzado por muy pocos. Nuestro querido amigo y maestro Luis Zarraluqui es uno de ellos y en este libro ha querido compartir con nosotros sus experiencias acumuladas durante todos estos años.

No trata de hacer un ensayo jurídico, sino de desdramatizar este “mundo” de los tribunales y de los abogados, a través de una brillante recopilación de juicios reales, anécdotas y curiosidades que le han sucedido a él y a otros compañeros. Logra realizar un análisis sagaz y completo de la curiosa tipología de personajes que puebla este “territorio” (jueces, funcionarios, abogados variopintos, y sus no menos extravagantes clientes); de los equívocos, cómicos y a veces no tanto, que provocan el desconocimiento de la ley y los malentendidos que se derivan de ellos, donde el lenguaje críptico de sus protagonistas no es precisamente una ayuda; de la amplia casuística que descubre la naturaleza humana en zapatillas, en sus aspectos más elevados y miserables, con situaciones sorprendentes y casos extremos que pueden presentársele a cualquiera en los pasillos del juzgado.

La lectura del libro ayudará a muchos abogados jóvenes a sobrevivir en este difícil escenario si siguen el decálogo de consejos que en él se incluyen y a los integrantes de los tribunales a tener otra visión de las cosas.

TÍTULO: LA PENSIÓN COMPENSATORIA DE LA SEPARACIÓN CONYUGAL Y EL DIVORCIO.

*Autor: Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga
Abogado
Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.
Lex Nova, Valladolid, octubre 2001.*

Con el presente libro inicia la editorial Lex Nova la publicación de una colección de monografías de derecho de familia que servirán de complemento a la obra “Derecho de Familia”. Para este primer número se cuenta con la inestimable colaboración de D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga que a su vez será el director de las mismas. El tema elegido, “La pensión compensatoria” no puede ser mas atractivo, ya que sin duda, constituye una de las cuestiones básicas a las que se enfrentan los profesionales del derecho cuando hay que resolver jurídicamente la crisis matrimonial.

Después de unos breves apuntes de derecho comparado y de la elaboración parlamentaria de la institución, en el capítulo I se aborda el origen del derecho a recibir la pensión, su fundamento, analizando las teorías de la solidaridad post-conyugal, el enriquecimiento injusto, la responsabilidad por daños, el fundamento indemnizatorio y otros principios y consideraciones a tener en cuenta.

El tema segundo trata de la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria, sus características y los presupuestos de la concesión. La cuantificación, la actualización, la sustitución y la modificación de la pensión son cuestiones que se estudian en el tema tercero. La transmisión *inter vivos* y *mortis causa* de la pensión son la base del tema cuarto, dedicándose el tema quinto a las causas de extinción de la misma.

Para finalizar, en el tema sexto se abordan las cuestiones relacionadas con el cumplimiento de la obligación, entre otras, las medidas de aseguramiento y el pago de la pensión (exigibilidad, forma, lugar y tiempo de cumplimiento y el cumplimiento forzoso).

TÍTULO: EL DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

Autores: Obra colectiva de Eusibio Aparicio Auñón, Fernando Crespo Allué, Vicente Guilarte Gutierrez, Cristina Guilarte Martín-Calero y Javier Pérez Martín.

Lex Nova, Valladolid, noviembre, 2001.

La presente obra incorpora, desde una perspectiva unitaria, el tratamiento procesal de todos aquellos temas que cabe encajar en los consolidados conceptos de Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones.

En el primero de tales grandes apartados se incluye el análisis de todos los procesos relativos a la capacidad de las personas, filiación —tanto paternidad como maternidad— y, con especial relieve, los procedimientos matrimoniales, donde se estudia tanto la separación como el divorcio y sus medidas periféricas.

Capítulo específico merece el tratamiento de los regímenes económico-matrimoniales en la nueva Ley procesal con una doble vertiente constituida, en primer lugar, por la instauración de un específico proceso para la liquidación de tales regímenes y, en segundo, un tanto aisladamente ubicado en la ley, por los medios y alternativas para acceder al embargo de los bienes consorciales.

En el segundo apartado de la obra —el Derecho de Sucesiones— se analiza la división de la herencia y su largo discurrir, que se diversifica en tres grandes capítulos destinados, el primero de ellos, al específico proceso divisorio y, los dos siguientes, a la intervención y administración del caudal hereditario.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

MADRID

Los próximos 8 y 9 de marzo de 2002 se celebrará en la Sala Fénix (Edificio Allianz), Paseo de la Castellana, 33 de Madrid el IX Encuentro de la Asociación Española de Abogados de Familia sobre el tema **“Dos años después. Aspectos dudosos de la Ley de Enjuiciamiento Civil relacionados con los procesos de familia: soluciones e interpretaciones”**.

La apertura correrá a cargo del Excmo. Sr. D. Carlos Carnicer, abogado del Ilustre Colegio de Zaragoza.

Primera ponencia: *“Las medidas en los pleitos matrimoniales contenciosos”*. Ponente: D.^ª María José Varela Portela, abogada del Ilustre Colegio de Barcelona. Presidente de Mesa: D. Domingo Medina Riera, abogado del Ilustre Colegio de Baleares.

Segunda ponencia: *“Los medios de prueba y la práctica de prueba”*. Ponente: D. Jaime Sanz-Diez de Ulzurún Escoriaza, abogado del Ilustre Colegio de Madrid. Presidente de Mesa: D.^ª Mercedes Caso Señal, magistrada, Barcelona.

Tercera ponencia: *“La ejecución de las resoluciones”*. Ponente: D. Antonio Javier Pérez Martín, magistrado, Juzgado de 1.^ª Instancia n.º 7 de Córdoba. Presidente de Mesa: D.^ª Mercedes Pigem Palmés, abogada del Ilustre Colegio de Barcelona.

Cuarta ponencia: *“Los recursos”*. Ponente: D. José Antonio Seijas Quintana, magistrado, Presidente de la Audiencia Provincial de Asturias. Presidente de Mesa: D.^ª Angela Cerrillos Valledor, abogada del Ilustre Colegio de Madrid.

Después se celebrará un foro abierto dirigido por D. Jorge Marfil Gómez, Vocal, Director de la revista “Abogados de Familia”, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid y D. Francisco Vega Sala, Vicepresidente de la Asociación, Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona.

Las jornadas serán clausuradas por el Sr. D. Luis Martí Mingarro, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y por el Excmo. Sr. D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

Información e inscripciones: Enfoque XXI: tel. 93 201 61 60. Móvil 610 254528.

DATOS DE INTERES

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.
1981	14,4	14,0	15,6	15,6	15,4	13,7
1982	14,5	14,8	13,6	14,0	15,1	16,1
1983	13,6	13,3	12,8	12,9	11,8	11,3
1984	12,1	11,9	12,2	11,2	11,3	11,4

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA

Año	Ene.	Feb.	Mar.	Abr.	May.	Jun.
1985	9,4	9,7	9,5	10,2	9,9	8,9
1986	9,3	9,0	8,6	7,8	7,8	8,9
1987	6,0	6,0	6,3	6,3	5,8	4,9
1988	4,5	4,3	4,5	3,9	4,0	4,4
1989	6,4	6,2	6,1	6,7	6,9	7,1
1990	6,7	7,3	7,0	7,0	6,8	6,5
1991	6,7	5,9	5,9	5,9	6,2	6,2
1992	6,0	6,8	6,9	6,5	6,5	6,2
1993	4,7	4,0	4,0	4,6	4,6	4,9
1994	5,0	5,0	5,0	4,9	4,9	4,7
1995	4,4	4,8	5,2	5,2	5,1	5,1
1996	3,9	3,7	3,4	3,5	3,8	3,6
1997	2,9	2,5	2,2	1,7	1,5	1,6
1998	2,0	1,8	1,8	2,0	2,0	2,1
1999	1,5	1,8	2,2	2,4	2,2	2,2
2000	2,9	3,0	2,9	3,0	3,1	3,4
2001	3,7	3,8	3,9	4,0	4,2	4,2

Año	Jul.	Ago.	Sep.	Oct.	Nov.	Dic.
1981	14,3	14,4	14,1	14,4	14,3	14,4
1982	15,3	14,7	14,0	13,8	13,2	14,0
1983	10,3	11,0	11,8	12,2	13,0	12,2
1984	12,7	12,0	11,4	10,5	10,0	9,0
1985	7,9	7,3	8,3	8,2	8,5	8,2
1986	9,4	9,5	9,5	9,3	8,2	8,3
1987	4,9	4,6	4,4	4,7	4,7	4,6
1988	4,7	5,8	5,7	5,2	5,4	5,8
1989	7,4	6,6	6,8	7,1	7,3	6,9
1990	6,3	6,5	6,5	7,0	6,7	6,5
1991	6,1	6,0	5,7	5,5	5,7	5,5
1992	5,2	5,8	5,8	5,2	5,1	5,3
1993	4,9	4,6	4,3	4,6	4,7	4,9
1994	4,8	4,8	4,5	4,4	4,4	4,3
1995	4,7	4,3	4,4	4,3	4,4	4,3
1996	3,7	3,7	3,6	3,5	3,2	3,2
1997	1,6	1,8	2,0	1,9	2,0	2,0
1998	2,2	2,1	1,6	1,7	1,4	1,4
1999	2,2	2,4	2,5	2,5	2,7	2,9
2000	3,6	3,6	3,7	4,0	4,1	4,0
2001	3,9	3,7	3,4	3,0	2,7	2,7

**Tabla estadística de pensiones alimenticias
(cuando un sólo progenitor obtiene ingresos)**

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos
721,21	163,72	237,39	261,95
781,32	177,36	257,17	283,77
841,42	191,00	276,95	305,60
901,52	204,64	296,73	327,43
961,62	218,29	316,52	349,26
1.021,72	231,93	336,30	371,09
1.081,82	245,57	356,08	392,92
1.141,92	259,22	375,86	414,75
1.202,02	272,86	395,65	436,58
1.262,13	286,50	415,43	458,40
1.322,23	300,15	435,21	480,23
1.382,33	313,79	454,99	502,06
1.442,43	327,43	474,78	523,89
1.502,53	341,07	494,56	545,72
1.562,63	354,72	514,34	567,55
1.622,73	368,36	534,12	589,38
1.682,83	382,00	553,90	611,21
1.742,94	395,65	573,69	633,03
1.803,04	409,29	593,47	654,86
1.863,14	422,93	613,25	676,69
1.923,24	436,58	633,03	698,52
1.983,34	450,22	652,82	720,35
2.043,44	463,86	672,60	742,18
2.103,54	477,50	692,38	764,01
2.163,64	491,15	712,16	785,84
2.223,74	504,79	731,95	807,66
2.283,85	518,43	751,73	829,49
2.343,95	532,08	771,51	851,32
2.404,05	545,72	791,29	873,15
2.464,15	559,36	811,07	894,98
2.524,25	573,00	830,86	916,81
2.584,35	586,65	850,64	938,64
2.644,45	600,29	870,42	960,47
2.704,55	613,93	890,20	982,29
2.764,66	627,58	909,99	1.004,12
2.824,76	641,22	929,77	1.025,95

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos
2.884,86	654,86	949,55	1.047,78
2.944,96	668,51	969,33	1.069,61
3.005,06	682,15	989,12	1.091,44
3.065,16	695,79	1.008,90	1.113,27
3.125,26	709,43	1.028,68	1.135,10
3.185,36	723,08	1.048,46	1.156,92
3.245,47	736,72	1.068,24	1.178,75
3.305,57	750,36	1.088,03	1.200,58
3.365,67	764,01	1.107,81	1.222,41
3.425,77	777,65	1.127,59	1.244,24
3.485,87	791,29	1.147,37	1.266,07

**Tabla estadística de pensiones alimenticias
(cuando existe un sólo hijo y ambos progenitores perciben ingresos)**

Ingresos del progenitor custodio	Ingresos del progenitor no custodio							
	721,21	781,32	841,42	901,52	961,62	1.021,72	1.081,82	1.141,92
480,81	152,80	166,44	180,09	193,73	207,37	221,02	234,66	248,30
540,91	151,44	165,08	178,72	192,37	206,01	219,65	233,29	246,94
601,01	150,07	163,72	177,36	191,00	204,64	218,29	231,93	245,57
661,11	148,71	162,35	175,99	189,64	203,28	216,92	230,57	244,21
721,21	147,34	160,99	174,63	188,27	201,92	215,56	229,20	242,84
781,32	145,98	159,62	173,27	186,91	200,55	214,19	227,84	241,48
841,42	144,62	158,26	171,90	185,54	199,19	212,83	226,47	240,12
901,52	143,25	156,89	170,54	184,18	197,82	211,47	225,11	238,75
961,62	141,89	155,53	169,17	182,82	196,46	210,10	223,74	237,39
1.021,72	140,52	154,17	167,81	181,45	195,09	208,74	222,38	236,02
1.081,82	139,16	152,80	166,44	180,09	193,73	207,37	221,02	234,66
1.141,92	137,79	151,44	165,08	178,72	192,37	206,01	219,65	233,29
1.202,02	136,43	150,07	163,72	177,36	191,00	204,64	218,29	231,93
1.262,13	135,07	148,71	162,35	175,99	189,64	203,28	216,92	230,57
1.322,23	133,70	147,34	160,99	174,63	188,27	201,92	215,56	229,20
1.382,33	132,34	145,98	159,62	173,27	186,91	200,55	214,19	227,84
1.442,43	130,97	144,62	158,26	171,90	185,54	199,19	212,83	226,47
1.502,53	129,61	143,25	156,89	170,54	184,18	197,82	211,47	225,11
1.562,63	128,24	141,89	155,53	169,17	182,82	196,46	210,10	223,74
1.622,73	126,88	140,52	154,17	167,81	181,45	195,09	208,74	222,38
1.682,83	125,52	139,16	152,80	166,44	180,09	193,73	207,37	221,02
1.742,94	124,15	137,79	151,44	165,08	178,72	192,37	206,01	219,65
1.803,04	122,79	136,43	150,07	163,72	177,36	191,00	204,64	218,29

Ingresos del progenitor custodio	Ingresos del progenitor no custodio							
	721,21	781,32	841,42	901,52	961,62	1.021,72	1.081,82	1.141,92
1.863,14	121,42	135,07	148,71	162,35	175,99	189,64	203,28	216,92
1.923,24	120,06	133,70	147,34	160,99	174,63	188,27	201,92	215,56
1.983,34	118,69	132,34	145,98	159,62	173,27	186,91	200,55	214,19
2.043,44	117,33	130,97	144,62	158,26	171,90	185,54	199,19	212,83
2.103,54	115,97	129,61	143,25	156,89	170,54	184,18	197,82	211,47
2.163,64	114,60	128,24	141,89	155,53	169,17	182,82	196,46	210,10
2.223,74	113,24	126,88	140,52	154,17	167,81	181,45	195,09	208,74
2.283,85	111,87	125,52	139,16	152,80	166,44	180,09	193,73	207,37
2.343,95	110,51	124,15	137,79	151,44	165,08	178,72	192,37	206,01
2.404,05	109,14	122,79	136,43	150,07	163,72	177,36	191,00	204,64
2.464,15	107,78	121,42	135,07	148,71	162,35	175,99	189,64	203,28
	721,21	781,32	841,42	901,52	961,62	1.021,72	1.081,82	1.141,92

NOTA: Los valores están calculados en euros y deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos y por 1,6 si hay tres hijos.

Ingresos del progenitor custodio	Ingresos del progenitor no custodio							
	1.202,02	1.262,13	1.322,23	1.382,33	1.442,43	1.502,53	1.562,63	1.622,73
480,81	261,95	275,59	289,23	302,87	316,52	330,16	343,80	357,45
540,91	260,58	274,22	287,87	301,51	315,15	328,80	342,44	356,08
601,01	259,22	272,86	286,50	300,15	313,79	327,43	341,07	354,72
661,11	257,85	271,50	285,14	298,78	312,42	326,07	339,71	353,35
721,21	256,49	270,13	283,77	297,42	311,06	324,70	338,35	351,99
781,32	255,12	268,77	282,41	296,05	309,70	323,34	336,98	350,62
841,42	253,76	267,40	281,05	294,69	308,33	321,97	335,62	349,26
901,52	252,40	266,04	279,68	293,32	306,97	320,61	334,25	347,90
961,62	251,03	264,67	278,32	291,96	305,60	319,25	332,89	346,53
1.021,72	249,67	263,31	276,95	290,60	304,24	317,88	331,52	345,17
1.081,82	248,30	261,95	275,59	289,23	302,87	316,52	330,16	343,80
1.141,92	246,94	260,58	274,22	287,87	301,51	315,15	328,80	342,44
1.202,02	245,57	259,22	272,86	286,50	300,15	313,79	327,43	341,07
1.262,13	244,21	257,85	271,50	285,14	298,78	312,42	326,07	339,71
1.322,23	242,84	256,49	270,13	283,77	297,42	311,06	324,70	338,35
1.382,33	241,48	255,12	268,77	282,41	296,05	309,70	323,34	336,98
1.442,43	240,12	253,76	267,40	281,05	294,69	308,33	321,97	335,62
1.502,53	238,75	252,40	266,04	279,68	293,32	306,97	320,61	334,25
1.562,63	237,39	251,03	264,67	278,32	291,96	305,60	319,25	332,89
1.622,73	236,02	249,67	263,31	276,95	290,60	304,24	317,88	331,52
1.682,83	234,66	248,30	261,95	275,59	289,23	302,87	316,52	330,16
1.742,94	233,29	246,94	260,58	274,22	287,87	301,51	315,15	328,80
1.803,04	231,93	245,57	259,22	272,86	286,50	300,15	313,79	327,43
1.863,14	230,57	244,21	257,85	271,50	285,14	298,78	312,42	326,07

REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA

Ingresos del progenitor custodio	Ingresos del progenitor no custodio							
	1.202,02	1.262,13	1.322,23	1.382,33	1.442,43	1.502,53	1.562,63	1.622,73
1.923,24	229,20	242,84	256,49	270,13	283,77	297,42	311,06	324,70
1.983,34	227,84	241,48	255,12	268,77	282,41	296,05	309,70	323,34
2.043,44	226,47	240,12	253,76	267,40	281,05	294,69	308,33	321,97
2.103,54	225,11	238,75	252,40	266,04	279,68	293,32	306,97	320,61
2.163,64	223,74	237,39	251,03	264,67	278,32	291,96	305,60	319,25
2.223,74	222,38	236,02	249,67	263,31	276,95	290,60	304,24	317,88
2.283,85	221,02	234,66	248,30	261,95	275,59	289,23	302,87	316,52
2.343,95	219,65	233,29	246,94	260,58	274,22	287,87	301,51	315,15
2.404,05	218,29	231,93	245,57	259,22	272,86	286,50	300,15	313,79
2.464,15	216,92	230,57	244,21	257,85	271,50	285,14	298,78	312,42
	1.202,02	1.262,13	1.322,23	1.382,33	1.442,43	1.502,53	1.562,63	1.622,73

NOTA: Los valores están calculados en euros y deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos y por 1,6 si hay tres hijos.

Ingresos del progenitor custodio	Ingresos del progenitor no custodio							
	1.682,83	1.742,94	1.803,04	1.863,14	1.923,24	1.983,34	2.043,44	
480,81	371,09	384,73	398,37	412,02	425,66	439,30	452,95	
540,91	369,72	383,37	397,01	410,65	424,30	437,94	451,58	
601,01	368,36	382,00	395,65	409,29	422,93	436,58	450,22	
661,11	367,00	380,64	394,28	407,92	421,57	435,21	448,85	
721,21	365,63	379,27	392,92	406,56	420,20	433,85	447,49	
781,32	364,27	377,91	391,55	405,20	418,84	432,48	446,13	
841,42	362,90	376,55	390,19	403,83	417,48	431,12	444,76	
901,52	361,54	375,18	388,82	402,47	416,11	429,75	443,40	
961,62	360,17	373,82	387,46	401,10	414,75	428,39	442,03	
1.021,72	358,81	372,45	386,10	399,74	413,38	427,03	440,67	
1.081,82	357,45	371,09	384,73	398,37	412,02	425,66	439,30	
1.141,92	356,08	369,72	383,37	397,01	410,65	424,30	437,94	
1.202,02	354,72	368,36	382,00	395,65	409,29	422,93	436,58	
1.262,13	353,35	367,00	380,64	394,28	407,92	421,57	435,21	
1.322,23	351,99	365,63	379,27	392,92	406,56	420,20	433,85	
1.382,33	350,62	364,27	377,91	391,55	405,20	418,84	432,48	
1.442,43	349,26	362,90	376,55	390,19	403,83	417,48	431,12	
1.502,53	347,90	361,54	375,18	388,82	402,47	416,11	429,75	
1.562,63	346,53	360,17	373,82	387,46	401,10	414,75	428,39	
1.622,73	345,17	358,81	372,45	386,10	399,74	413,38	427,03	
1.682,83	343,80	357,45	371,09	384,73	398,37	412,02	425,66	
1.742,94	342,44	356,08	369,72	383,37	397,01	410,65	424,30	
1.803,04	341,07	354,72	368,36	382,00	395,65	409,29	422,93	
1.863,14	339,71	353,35	367,00	380,64	394,28	407,92	421,57	
1.923,24	338,35	351,99	365,63	379,27	392,92	406,56	420,20	
1.983,34	336,98	350,62	364,27	377,91	391,55	405,20	418,84	
2.043,44	335,62	349,26	362,90	376,55	390,19	403,83	417,48	

Ingresos del progenitor custodio	Ingresos del progenitor no custodio						
	1.682,83	1.742,94	1.803,04	1.863,14	1.923,24	1.983,34	2.043,44
2.103,54	334,25	347,90	361,54	375,18	388,82	402,47	416,11
2.163,64	332,89	346,53	360,17	373,82	387,46	401,10	414,75
2.223,74	331,52	345,17	358,81	372,45	386,10	399,74	413,38
2.283,85	330,16	343,80	357,45	371,09	384,73	398,37	412,02
2.343,95	328,80	342,44	356,08	369,72	383,37	397,01	410,65
2.404,05	327,43	341,07	354,72	368,36	382,00	395,65	409,29
2.464,15	326,07	339,71	353,35	367,00	380,64	394,28	407,92
	1.682,83	1.742,94	1.803,04	1.863,14	1.923,24	1.983,34	2.043,44

NOTA: Los valores están calculados en euros y deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos y por 1,6 si hay tres hijos.

AVANCES JURISPRUDENCIALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Posibilidad de concesión de la indemnización prevista en la Disposición adicional decimoctava de la Ley 4/1990, de 28 de junio (por razón de la prisión sufrida en la guerra civil) a favor de la conviviente, habida cuenta que el periodo convivencia se desarrolló antes de que entrara en vigor la Constitución y por consiguiente no pudieron contraer matrimonio civil, al menos sin manifestación en contra de la creencia religiosa, circunstancia que resultaría incompatible con el derecho reconocido en el art. 16 de la CE. (*TC, Sala 2.ª, S. de 17 de septiembre de 2001*).

TRIBUNAL SUPREMO

1. Acciones de filiación

- El Tribunal Constitucional, tiene establecida la obligación de someterse a las pruebas biológicas, cuando han sido ordenadas dentro del proceso razonadamente por la autoridad judicial, por prevalecer el interés social y orden público que subyace en las declaraciones de paternidad. La circunstancia de que no se advirtiere a la madre de las consecuencias de la negativa a la práctica de la prueba no convierte a la misma en justificada. Es indiferente que el actor no reprodujese la solicitud de práctica de la prueba en segunda instancia, al haberse estimado su demanda en 1.ª Instancia. (*TS, Sala 1.ª, S. 24 de enero 2001*).
- No procede declarar la nulidad de lo actuado por la circunstancia de que no se hayan notificado algunas actuaciones al Ministerio Fiscal, ya que la mera omisión de su participación en algunas actuaciones de la primera instancia fue subsanada en la alzada cuando expresamente se solicitó la subsanación de todo lo actuado y de acuerdo con el principio de conser-

vación de los actos procesales derivada de la propia doctrina y de la misma Ley Orgánica del Poder Judicial (*TS, Sala 1.ª, S. de 12 de febrero de 2001*).

- La falta de fijación de una determinada cantidad en concepto de alimentos no impide que el tribunal pueda fijarla siempre que se disponga de los datos necesarios sobre la capacidad económica del obligado al pago, no existiendo por tanto incongruencia en la sentencia. (*TS, Sala 1.ª, S. de 13 de febrero de 2001*).
- Estimación de la demanda de impugnación de la paternidad instada por el esposo después de haber transcurridos más de veinte años del nacimiento, ya que encontrándose los cónyuges separados, el esposo no tuvo conocimiento de la inscripción en el Registro Civil del nacimiento hasta fechas recientes, interponiendo la demanda dentro del plazo legal. (*TS, Sala 1.ª, S. de 23 de marzo de 2001*).
- Desestimación de la demanda de impugnación de paternidad al no haber acreditado el actor el requisito mencionado a estos efectos en el art. 141 CC, esto es, que hubiese incurrido en un vicio de la voluntad al otorgar la paternidad que ahora impugna. (*TS, Sala 1.ª, S. de 26 de marzo de 2001*).

2. Regímenes económico-matrimoniales

- Rescisión del contrato de arrendamiento concertado por la esposa, sin consentimiento del esposo, del cual se encontraba separado de hecho. (*TS, Sala 1.ª, S. de 28 de febrero de 2001*).
- Declaración de nulidad de las donaciones efectuadas por la esposa a favor de sus hijos y que tenían por objeto bienes gananciales, ya que era necesario el consentimiento del esposo, sin que el mismo pudiese presumirse por la existencia de un poder conferido por este a favor de la esposa para realizar actos a título oneroso. (*TS, Sala 1.ª, S. de 6 de marzo de 2001*).
- Estimación de la tercería de dominio interpuesta por la esposa al haberse embargado un inmueble de su propiedad después de modificado el régimen económico matrimonial, siendo indiferente que la misma no se hubiese inscrito en el Registro de la Propiedad antes de la anotación de embargo, ya que cuando se contrajo la deuda ya estaba liquidada la sociedad de gananciales y no se ha acreditado la existencia de fraude. (*TS, Sala 1.ª, S. de 15 de enero de 2001*).
- Desestimación de la demanda de tercería de dominio interpuesta por la esposa ya que durante el matrimonio el consorcio no da nacimiento a

una forma de copropiedad de las contempladas en los arts. 392 y ss. CC, al faltar por completo el concepto de parte. (TS, Sala 1.^ª, S. de 8 de febrero de 2001).

- Nulidad de la donación efectuada por los cónyuges a un tercero al haberse realizado en fraude de acreedores, siendo indiferente que los mismos se reservasen el usufructo. Responsabilidad de los bienes gananciales al no constar que la esposa haya manifestado oposición al ejercicio del comercio por su cónyuge, por lo que no puede excluirse por este motivo los bienes objeto de donación del cobro de las deudas de sus acreedores, al resultar irrelevante a estos efectos la falta de conocimiento “a fondo” por aquélla de la marcha de negocio. (TS, Sala 1.^ª, S. de 7 de marzo de 2001).
- Carácter ganancial del negocio de asesoría laboral, ya que no cabe confundir el negocio con la condición profesional de una persona, y obviamente debe ser considerados gananciales los rendimientos de todo tipo que por el trabajo se obtengan durante la vigencia de tal sociedad de gananciales. (TS, Sala 1.^ª, S. de 26 de marzo de 2001).
- Adquirido un inmueble por uno de los convivientes con los fondos provenientes de una cuenta bancaria de la que es único titular, la carga de la prueba de que los fondos de dicha cuenta provenían de aportaciones de ambos convivientes recae sobre el conviviente no titular. No habiéndose acreditado esta circunstancia habrá que estar al contenido de la escritura pública de compraventa y, por tanto, el inmueble pertenece única y exclusivamente a uno de los convivientes. La cuantía de los pagos que realizó el otro, después de fallecimiento de aquel, podrán reclamarse a sus herederos de conformidad con lo establecido en el art. 1158 del CC. (TS, Sala 1.^ª, S. de 22 de enero de 2001).
- Existencia de un principio general de derecho que se manifiesta en la necesidad jurídica de compensar económicamente al conviviente en peor situación económica, con causa en la ruptura de la convivencia, en la cuantía prudencial que atendidas las circunstancias el juez señale, al menos para facilitar y ayudar el tránsito a la nueva situación de hecho creada. Al haber dispuesto de la vivienda familiar el conviviente que era titular de la misma, a pesar del requerimiento judicial que prohibía tal disposición, procede condenarle a que abone a la otra conviviente el importe equivalente a dos anualidades de alquiler de una vivienda adecuadas a las necesidades de la familia. Legitimación del progenitor para reclamar los alimentos del hijo mayor de edad que convive con él. (TS, Sala 1.^ª, S. de 27 de marzo de 2001).

3. Guarda y Custodia

- Atribución temporal de la guarda y custodia a los abuelos maternos de la menor sin perjuicio de que la madre siga ostentando el resto de las funciones de la patria potestad, habida cuenta que ésta, por la atención que presta a su nuevo compañero sentimental, no puede atender adecuadamente a la menor. (TS, Sala 1.ª, S. de 29 de mayo de 2001).

4. Alimentos

- Las hijas, graduadas universitariamente, con plena capacidad física y mental y que superan los treinta años de edad no se encuentran, hoy por hoy, y dentro de una sociedad moderna y de oportunidades, en una situación que se pueda definir de necesidad, que les pueda hacer acreedores a una prestación alimentaria; lo contrario sería favorecer una situación pasiva de lucha por la vida, que podría llegar a suponer un parasitismo social. (TS, Sala 1.ª, S. de 1 de marzo de 2001).

5. Eficacia civil de resoluciones eclesiásticas

- Concesión de eficacia civil a la sentencia de nulidad eclesiástica sin que sea obstáculo para ello que el solicitante de la misma haya obtenido previamente sentencia de divorcio e incluso haya contraído nuevo matrimonio civil (TS, Sala 1.ª, S. de 5 de marzo de 2001).
- Concesión de eficacia civil a la sentencia eclesiástica de nulidad matrimonial que apreció la causa de incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del mismo, ya que dicha causa es lícita en España, tal y como muestra su acogimiento en el art. 73.1 CC, que comprende el consentimiento inválido por causa de incapacidad impeditiva para asumir el contenido que le es esencial. (TS, Sala 1.ª, S. de 8 de marzo de 2001).

6. Responsabilidad civil

- Competencia de la jurisdicción civil para conocer de la acción de responsabilidad civil extracontractual por el fallecimiento de un menor en el patio de un Colegio Público. No es necesario demandar a la Compañía Aseguradora, ya que la solidaridad de los obligados impide la apreciación del litisconsorcio, en aplicación del art. 1144 del CC. (TS, Sala 1.ª, S. de 7 de marzo de 2001).

7. Sucesiones

- La omisión del hijo extramatrimonial en el testamento sólo puede calificarse como una preterición no intencional y por tanto debe incluirse

junto con hijos matrimoniales en la herencia, correspondiéndole los mismos derechos. (TS, Sala 1.ª, S. de 23 de enero de 2001).

- Existe simulación en la donación de fincas a los hijos, tras una emancipación, con prohibición de disponer, ya que no se efectuó por la liberalidad a que se refiere el art. 1274 del CC, pues los cónyuges deudores únicamente estaban tratando de poner los bienes objeto de la misma fuera del alcance de las reclamaciones de sus acreedores. (TS, Sala 1.ª, S. de 27 de febrero de 2001).

8. Penal

- El procesado no actuó dolosamente y con ánimo malicioso de abandonar sus deberes familiares cuando incurrió en ciertas irregularidades al pagar la pensión debida, que consistieron en el retraso de su abono o en su parcial cumplimiento, cuyo alcance cuantitativo no consta, impidiendo así la debida valoración de su conducta a los efectos de apreciar el tipo penal del artículo 227.1 del Código Penal. (TS, Sala 2.ª, S. de 13 de febrero de 2001).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

1. Causas de separación, divorcio y nulidad

- No procede decretar el divorcio, ya que el periodo de cese de convivencia debe concurrir en la fecha de presentación de la demanda. (AP MADRID, Sec. 24, S. de 10 de mayo de 2001).
- En los supuestos en que ambas partes interesen la separación matrimonial es de aplicación al caso el art 81 2.º,1 del CC, sin necesidad de incidir en la valoración de conductas o causas generadas de la ruptura de la unión matrimonial y ello sin perjuicio de haberse de sustituir el convenio regulador prevenido en dicho precepto por las medidas que el Juez adopte. (AP MADRID, Sec. 24, S. de 7 de junio de 2001).

2. Patria potestad

- Privación de la patria potestad al padre que durante los últimos cuatro años ha hecho dejación de sus deberes sin haber pasado pensión alimenticia alguna ni haber tenido contacto alguno con la menor. (AP MADRID, Sec. 22, S. de 25 de mayo de 2001).

- Procede privar de la patria potestad al padre que prácticamente desde la sentencia de separación no ha satisfecho la pensión ni ha prestado asistencia afectiva al hijo intentando mantener algún tipo de contacto con él. (*AP ALICANTE, Sec. 4, S. de 5 de julio de 2001*).
- No es causa para privar de la patria potestad al padre que no haya abonado la pensión alimenticia cuando consta que durante este tiempo no ha tenido actividad laboral. (*AP MADRID, Sec. 22, S. de 22 de mayo de 2001*).

3. Guarda y custodia

- Ante la igualdad en las condiciones objetivas de ambos progenitores, se atribuye la guarda y custodia del hijo común al padre por su mayor actitud dialogante y conciliadora. (*AP LLEIDA, Sec. 1, S. de 4 de julio de 2001*).

4. Régimen de visitas.

- No se considera que dada la edad del menor —2 años— se encuentre aun preparado para pernoctar fuera del domicilio materno. (*AP CACE-RES, Sec. 2, S. de 25 de junio de 2001*).
- Suspensión temporal del derecho de visitas ante la clara negativa del hijo a relacionarse con el padre. (*AP MADRID, Sec. 24, A. de 14 de junio de 2001*).
- Régimen de visitas restrictivo y en presencia de personas cuando le padre padece problemas psíquicos. (*AP MADRID, Sec. 22, S. de 22 de junio de 2001*).
- Concesión de un amplio régimen de visitas a la madre consistente en fines de semana alternos, mitad de vacaciones escolares y todas las tardes de la semana, desde la salida del colegio hasta las 20'30 horas, exceptuando lógicamente tanto los viernes que coincidan con los fines de semana que el menor tenga que pasar con su padre así como los períodos vacacionales que a éste le correspondan. (*AP LLEIDA, Sec. 1, S. de 4 de julio de 2001*).

5. Vivienda familiar

- Extinción del derecho de uso de la vivienda concedido a los hijos mayores de edad, aunque no conste que en la actualidad ejerzan empleos regulares, ya que con independencia de la posibilidad de que realicen

actividades retribuidas de otro tipo, tampoco se encuentran cursando estudios, debiendo entenderse que ya han accedido al mercado laboral, no pudiendo afirmarse por tanto que el interés de aquéllos sea el más necesitado de protección. (*AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 13 de junio de 2001*).

- No habiéndose atribuido el uso de la vivienda a ninguno de los cónyuges, y estando uno de ellos ocupando dicho inmueble, procede requerirle para que haga entrega al otro de una copia de las llaves del mismo. (*AP MADRID, Sec. 24, A. de 21 de mayo de 2001*).
- Abono del préstamo hipotecario por el esposo, sin perjuicio de la real y efectiva repercusión que ello comporte en fase de liquidación de la sociedad legal de gananciales. (*AP MADRID, Sec. 22, S. de 29 de mayo de 2001*).
- Gastos de la vivienda que deben correr a cargo del usuario de la misma. (*AP MADRID, Sec. 22, S. de 20 de junio de 2001*).
- Supuesto especial de atribución del uso compartido de la vivienda a ambos cónyuges. (*AP MADRID, Sec. 22, S. de 12 de junio de 2001*).
- 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, S. de 1 de septiembre de 2001*).

6. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio

- El progenitor custodio debe contribuir a los alimentos de los hijos con su aportación dineraria, pues su obligación no se agota con la convivencia cotidiana con sus hijos al disponer de recursos económicos. (*AP MADRID, Sec. 24, S. de 7 de junio de 2001*).
- No fijación de pensión alimenticia entre cónyuges en el procedimiento de separación o divorcio. (*AP MADRID, Sec. 24, S. de 31 de mayo de 2001*).
- No procede fijar pensión alimenticia de los hijos mayores de edad si la madre en el suplico de la demanda se limitó a solicitar el divorcio. (*AP MADRID, Sec. 24, S. de 28 de junio de 2001*).
- Insuficiencias de las declaraciones de renta presentadas al erario público para fundamentar una rebaja de la pensión alimenticia, dado el escaso

valor probatorio de las mismas respecto a quien desempeña una profesión liberal, de muy difícil control externo en cuanto a sus ingresos, siendo aquellas meras manifestaciones unilaterales sin contraste objetivo serio. (*AP MADRID, Sec. 22, S. de 26 de junio de 2001*).

7. Pensión compensatoria

- No fijación de pensión compensatoria cuando la esposa se adjudicó un patrimonio por valor de 160 millones en la liquidación de la sociedad de gananciales que se practicó con anterioridad a la presentación de la demanda de separación. (*AP MADRID, Sec. 24, S. de 11 de mayo de 2001*).
- Admisibilidad de la limitación temporal de la pensión compensatoria. (*AP NAVARRA, Sec. 3, S. de 22 de junio de 2001*).
- No procede fijar en un procedimiento de modificación de medidas una limitación temporal de la pensión compensatoria pactada en el convenio regulador. (*AP MADRID, Sec. 22, S. de 25 de mayo de 2001*).
- La liquidación de la sociedad de gananciales no supone una alteración de fortuna que dé lugar a una rebaja de la cuantía de la pensión compensatoria de la esposa. (*AP MADRID, Sec. 22, S. de 10 de julio de 2001*).
- Extinción de la pensión compensatoria con base en la prueba de detectives con un seguimiento de un mes de duración y del que se desprende que el tercero va al domicilio de la beneficiaria de la pensión con habitualidad, haciéndolo en horas propias de la finalización de su jornada laboral, permaneciendo en tal vivienda, o saliendo de la misma al inicio del día y de su jornada laboral; constata también que el observado se cambia de ropa en tal domicilio y que realiza en él labores más bien propias de quien reside en una casa, y no va a ella meramente de visita. (*AP BILBAO, Sec. 1, S. de 12 de julio de 2001*).
- Fijada por los cónyuges una pensión compensatoria en el convenio de separación de 27.823.500 pesetas cantidad que se abonaría en unos plazos pactados, no procede en el procedimiento de divorcio modificar dicho pacto y aumentar la cuantía de la pensión. (*AP MADRID, Sec. 24, S. de 15 de junio de 2001*).
- 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, S. de 4 de septiembre de 2001*).

8. Cuestiones procesales

- Desestimación de la demanda de modificación de medidas al no haber acreditado el actor cual era la situación económica existente en el momen-

to en que se dictó la sentencia de separación cuyas medidas ahora se pretenden alterar. (AP NAVARRA, Sec. 3.^ª, S. de 20 de septiembre de 2001).

9. Ejecución de sentencias

- No procede deducir de la pensión alimenticia los gastos de gasolina que el padre tenga para desplazarse a la ciudad donde residen los hijos. (AP MADRID, Sec. 24, A. de 4 de mayo de 2001).
- Aunque los hijos estén con el padre un mes en el período de vacaciones, la pensión de ese mes debe entregársela a la madre. (AP MADRID, Sec. 24, A. de 4 de mayo de 2001).
- El material escolar y libros debe ser cubierto con la pensión alimenticia ordinaria que abona el padre. (AP MADRID, Sec. 24, S. de 4 de junio de 2001).
- Contra el auto que resuelve la oposición a la acción ejecutiva cabe interponer recurso de apelación. (AP MADRID, Sec. 22, A. de 29 de mayo de 2001).
- Actualización de la pensión compensatoria aplicando los IPC anuales desde la fecha en que se fijó y procedencia de la reclamación de atrasos por actualización, con el límite de la prescripción de los últimos cinco años. (AP LLEIDA, Sec. 1, A. de 4 de julio de 2001).
- Procedencia de la reclamación al padre del 50 % de los gastos de estancia del hijo mayor de edad en una universidad privada de otra ciudad distinta, atendiendo al nivel cultural de ambos cónyuges y su capacidad económica, y a lo pactado por los cónyuges en el convenio en cuanto a la consideración de gastos extraordinario. (AP CASTELLÓN, Sec. 3, A. de 11 de julio de 2001).

10. Regímenes económico-matrimoniales

- Carácter privativo de la indemnización percibida por el esposo al cesar su relación laboral, ya que se trata de un bien patrimonial inherente a la persona que se ha percibido en sustitución del salario futuro. No obstante, los frutos de tal indemnización producidos constante el matrimonio tienen carácter ganancial. (AP CASTELLÓN, Sec. 2, S. de 7 de julio de 2001).

11. Filiación

- Desestimación de la acción de impugnación de paternidad matrimonial al haberse interpuesto la acción después de haber transcurrido el plazo de un año desde la inscripción del nacimiento del hijo en el Registro Civil. (AP CÁDIZ, Sec. 2, S. de 23 de marzo de 2001).

12. Procedimientos de menores

- No procede la adopción de un mayor de edad cuando durante su minoría de edad y aún después, alcanzada la mayoría, alternó la convivencia entre los adoptantes y los padres biológicos. (*AP MADRID, Sec. 24, A. de 21 de junio de 2001*).

13. Temas penales

- Inexistencia de ilícito penal en la conducta de unos de los cónyuges que saca dinero de la cuenta común con la finalidad de garantizar su existencia para el trámite de liquidación de la sociedad de gananciales. (*AP MÁLAGA, Sec. 1, S. de 4 de abril de 2001*).
- No basta con alegar que no se puede pagar la pensión por desequilibrio, sino que hay que acreditar que existe realmente una imposibilidad de hacerlo por falta de medios económicos. La posesión o la propiedad de un vehículo que se valora en esta cantidad, es ya un signo de que se tienen medios suficientes para mantenerlo, comprar gasolina, cambiar el aceite, el cambio de ruedas y comprar combustible, etc. Se supone que el acusado se alimenta, viste y tiene un techo donde dormir, en modo alguno ha acreditado qué cantidad de dinero se gasta en comer, vestir y en alojamiento. Tampoco ha acreditado de qué vive, si percibe algún ingreso, y esto es una cuestión que a él única y exclusivamente le competía acreditar. (*AP NAVARRA, Sec. 3, S. de 11 de junio de 2001*).
- Condena por delito de coacciones al ex esposo que reprocha pública y privadamente la nueva relación sentimental de su ex esposa, a la vez que le dirige frases y expresiones degradantes por lo que esta se ve impedida de desarrollar su vida con normalidad. (*AP NAVARRA, Sec. 1, S. de 31 de julio de 2001*).

DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. Filiación

- Es inscribible el reconocimiento de la paternidad no matrimonial de un menor de edad declarado en desamparo, cuando ha prestado su consentimiento el organismo público que había asumido la tutela y representación del mismo. (*R. de 3 de mayo de 2001*).
- No es inscribible la adopción simple guatemalteca. (*R. de 19 de mayo de 2001*).

- Al trasladar la inscripción de adopción según el mecanismo de la Instrucción de 15 de febrero de 1999 no es posible cambiar el lugar legal del nacimiento que reflejaba la primera inscripción. (*R. de 21 de mayo de 2001*).

2. Matrimonio

- Inscripción de un matrimonio celebrado por poderes entre un español y una cubana, al haber quedado acreditado la existencia de un noviazgo previo mantenido regularmente por vía epistolar y telefónica. (*R. de 12 de mayo de 2001*).
- No es inscribible el último matrimonio poligámico de un marroquí que ha adquirido después la nacionalidad española. (*R. de 14 de mayo de 2001*).
- Imposibilidad de inscribir en el Registro español el divorcio de un español con una rusa ya que al tratarse de una simple resolución administrativa, necesita la obtención del exequátur. (*R. de 14 de mayo de 2001*).
- No es válido el matrimonio celebrado en el Consulado de Marruecos en España si uno de los contrayentes es español. (*R. de 28 de mayo de 2001*).

3. Regímenes económico-matrimoniales

- La confesión judicial prestada en el el procedimiento de medidas provisionales no es suficiente para modificar la calificación ganancial que de una finca aparece en el Registro, denegándose la anotación marginal del testimonio del acta de la prueba de confesión judicial. (*R. de 9 de enero de 2001*).

4. Sucesiones

- Imposibilidad de inscribir una escritura de protocolización de partición judicial por falta de la previa disolución de la sociedad de gananciales de los cónyuges y de la liquidación de la herencia de la esposa, ya que tal inscripción no es posible en virtud del principio de tracto sucesivo que impide que pueda inscribirse a favor de los herederos de un cónyuge, y por la sola escritura de partición de la herencia de éste, una finca que aparece inscrita a favor de los consortes, con carácter ganancial. (*R. de 15 de enero de 2001*).