

LAS PAREJAS DE HECHO

El aumento de los procedimientos dimanantes de las parejas de hecho va poniendo poco a poco de manifiesto la necesidad de contar con normas sustantivas y procesales para resolver estas controversias.

A falta de una regulación estatal, y visto el fracaso de los numerosos proyectos y proposiciones de ley que a nivel nacional se han presentado por todos los grupos parlamentarios, las comunidades autónomas con competencia y sin ella para regular estas situaciones se han apresurado a aprobar leyes reguladoras de las parejas de hecho, y como señala Zarraluqui, de una forma que pueda merecer el calificativo de más progresista que cualquiera otra anterior y sin pensar en la existencia de una norma de conflicto.

La primera comunidad en aprobar una ley de parejas de hecho fue Cataluña (Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja) y su diseño legislativo fue seguido por la comunidad aragonesa (Ley 6/1999, de 25 de marzo, relativa a las parejas estables no casadas) y la navarra (Ley 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables). En estas leyes se llega a ser pareja de hecho regulada por el simple transcurso del tiempo y, con independencia de lo que pacten los convivientes, se reconocen una serie de derechos imperativos en materia de prestaciones alimenticias y compensatorias. Posteriormente la Comunidad Valenciana aprobó una ley (Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho) con otra filosofía totalmente distinta, puesto que establece la obligatoriedad del registro para poder acogerse a los beneficios de la ley que, a excepción de los establecidos en materia de función pública y tributos locales, sólo surgirán entre los convivientes cuando lo pacten expresamente en la preceptiva escritura pública de constitución.

Sin embargo, esta regulación, como era de esperar, no ha solucionado el problema, sólo ha contribuido a establecer una categoría más dentro de las formas de convivencia. Así, a partir de ahora, dos personas que deseen convivir juntos pueden optar por una de las siguientes modalidades: contraer matrimonio, formalizar una pareja de hecho estable (solo

en territorios con regulación legal), o convivir con otra persona sin someterse a formalidad alguna. Dentro de esta categoría se incluirán aquellas situaciones de convivencia que no están incluidas en las dos primeras, es decir: a) Personas que conviven y tienen su domicilio en una comunidad sin ley de parejas de hecho. b) Personas que están separadas de hecho o judicialmente y conviven con otra persona que a su vez puede estar o no ligada por el vínculo matrimonial a otra persona. Como hemos podido apreciar, las personas casadas que aún no han obtenido el divorcio o la nulidad no pueden tener acceso a los beneficios de las leyes de parejas de hecho. c) Personas que, aun cuando puedan reunir los requisitos para ser consideradas como una pareja estable, no desean inscribirse en un registro, en el caso de Valencia, o no otorgar escritura pública en el caso de una pareja homosexual en Cataluña.

Las dos primeras formas de convivencia, es decir, matrimonio y unión de hecho regulada legalmente, generan derechos y obligaciones legales, y por tanto, cuando cesen en su convivencia, podrán reclamarse alimentos y pensiones compensatorias. La tercera de las opciones, al no contar con regulación legal, parece que no otorga a los convivientes derecho alguno; sin embargo es evidente que ello no es así, y a estas parejas tendremos que seguir aplicándoles toda la doctrina del Tribunal Supremo para solicitar las medidas que sean adecuadas a cada uno de los supuestos para reclamar la atribución del uso de la vivienda, una indemnización por el cese de convivencia o la liquidación de los bienes comunes.

No podemos caer en el error de clasificar a las parejas de hecho en legales e ilegales. Como señalaba la STS de 10 de marzo de 1998 *“La convivencia more uxorio, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está regulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es ajurídica, pero no anti-jurídica; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho”*.

Por lo que respecta a las cuestiones procesales, el panorama es desolador; a pesar de que la exposición de motivos de la LEC predicaba la simplificación de procedimientos y la finalización del peregrinaje judicial, la realidad es que por lo que respecta a las uniones de hecho sólo se ha diseñado un procedimiento especial cuando uno de los progenitores solicita la guarda y custodia del menor o la fijación de una pensión

alimenticia. Aunque es una cuestión de sentido común, se cuestiona si dentro de este procedimiento puede discutirse la fijación de un régimen de visitas o la atribución del uso de la vivienda familiar (el adverbio “exclusivamente” y la conjunción “o” que figura en el art. 748.4.º de la LEC parece que invitan a una interpretación restrictiva). Es evidente que siempre existe la posibilidad de plantear un procedimiento ordinario para discutir estas cuestiones y otras muchas que surgen tras el cese de convivencia de la pareja de hecho (indemnizaciones y liquidación de bienes comunes) pero va a obligar a estas personas a interponer varios procedimientos para dirimir todas las cuestiones, unos serán competencia de los juzgados de familia y otros de los juzgados de 1ª Instancia ordinarios, que pueden o no estar en el mismo partido judicial.

ÍNDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

— Las uniones de hecho ante los nuevos procesos civiles. <i>Antonio Alberto Pérez Ureña</i>	21
— La pensión compensatoria. Una visión de futuro. <i>Agustín Cañete Quesada</i>	45

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	83
I. Guarda y custodia compartida (S. de 15 de enero de 2001) ..	83
II. Acción de reclamación de paternidad no matrimonial (S. 26 de febrero de 2001)	88

	Página
TRIBUNAL SUPREMO	95
I. Filiación	95
1. Citación para la práctica de la prueba biológica (<i>S. de 18 de julio de 2000</i>)	95
2. Impugnación de la paternidad matrimonial (<i>S. de 21 de julio de 2000</i>)	98
3. Imposibilidad de practicarse la prueba biológica (<i>S. de 25 de julio de 2000</i>)	101
4. Reclamación de filiación paterna no matrimonial (<i>S. de 26 de septiembre de 2000</i>)	103
5. Impugnación de filiación paterna matrimonial fuera de plazo (<i>S. de 30 de septiembre de 2000</i>)	106
II. Regímenes económicos matrimoniales	109
1. Determinación del régimen económico	109
1.1. Régimen económico matrimonial de separación de bienes en base a la vecindad civil del esposo en el momento de contraer el matrimonio (<i>S. de 21 de septiembre de 2000</i>)	109
2. Gestión, administración y disposición de bienes gananciales	114
2.1. Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado a la esposa cuando se ejercen acciones personales contra el otro cónyuge (<i>S. de 6 de julio de 2000</i>)	114
2.2. Existencia de litisconsorcio pasivo necesario al no demandarse a ambos cónyuges (<i>S. de 10 de julio de 2000</i>) .	116
2.3. Embargo de bienes gananciales (<i>S. de 1 de septiembre de 2000</i>)	118
3. Liquidación de la sociedad de gananciales	121
3.1. Calificación de bienes (<i>S. de 29 de junio de 2000</i>) .	121
3.2. Calificación de deudas (<i>S. de 5 de julio de 2000</i>) .	125

	<u>Página</u>
3.3. Calificación privativa de bienes inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de la sociedad de gananciales (<i>S. de 18 de julio de 2000</i>)	127
3.4. Competencia de los Juzgados de Familia (<i>S. de 19 de septiembre de 2000</i>)	129
III. Menores	132
1. Derechos del menor (<i>S. de 19 de julio de 2000</i>)	132
IV. Sucesiones	134
1. Acción de rescisión por fraude de acreedores de una donación efectuada por los padres en favor de los hijos (<i>S. de 17 de julio de 2000</i>)	134
2. Pensión de viudedad (<i>S. de 28 de julio de 2000</i>)	136
3. Demanda interpuesta contra los herederos de los <i>causantes</i> (<i>S. de 9 de septiembre de 2000</i>)	141
V. Penal	143
1. Privación de la patria potestad en sentencia penal (<i>S. de 11 de septiembre de 2000</i>)	143
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	147
I. Separación matrimonial	147
1. Eficacia del convenio suscrito entre los cónyuges y no ratificado judicialmente en el que uno de ellos renunciaba a cualquier derecho que pudiera corresponderle en los bienes de su mujer y a que se practicara cualquier liquidación posterior, a cambio de no contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales ni a satisfacer pensión alguna a su esposa (<i>TSJ BALEARES, S. de 23 de junio de 2000</i>)	147

	Página
II. Fiscal	152
1. Está exenta de tributar por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales la adjudicación de bienes del esposo a favor de la esposa y en concepto de pensión compensatoria tras dictarse la sentencia de separación de un matrimonio que se regía por el régimen de separación de bienes (<i>TSJ CATALUÑA, S. de 17 de julio de 2000</i>)	152
2. A pesar de que figure como titular de una cuenta bancaria o de unas acciones uno sólo de los cónyuges, dado que el matrimonio se rige por el régimen de gananciales, al efectuar la declaración del IRPF cada cónyuge puede incluir en su declaración el 50% de dichos rendimientos (<i>TSJ EXTREMADURA, S. de 25 de octubre de 2000</i>)	155
III. Sanciones	158
1. Sanción impuesta por el Consejo de Colegios de la Comunidad de Madrid a una letrada por haber aportado en el procedimiento de divorcio documentos recibidos del letrado de la parte contraria durante las negociaciones previas a la interposición de la demanda contenciosa (<i>TSJ MADRID, S. de 8 de junio de 2000</i>)	158
AUDIENCIAS PROVINCIALES	163
I. Causas de separación, divorcio y nulidad	163
1. Para que concurra la causa de separación de una conducta vejatoria o injuriosa no es preciso que se den circunstancias objetivables, sino que quede acreditado que ha surgido una situación de temor ante el cumplimiento de veladas amenazas, que por su reiteración en el tiempo hayan producido una exclusión del afecto conyugal necesario para la convivencia matrimonial. <i>AP TENERIFE, Sec. 3.ª, S. de 23 de diciembre de 2000</i>	163
2. Aplicación de la legislación sustantiva española al procedimiento de divorcio de dos iraníes residentes en España, con exclusión de la ley nacional común al ser contraria al principio constitucional de igualdad. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 28 de septiembre de 2000</i>	164

	Página
3. Desestimación de la demanda de nulidad matrimonial al estar fundada la misma únicamente en presunciones, que la Audiencia Provincial considera que no son unívocas ni expresivas de una conducta dolosa de la demandada. <i>AP VALENCIA, Sec. 6.ª, S. de 28 de septiembre de 2000</i>	167
II. Guarda y custodia	170
1. Imposibilidad de atribuir la guarda y custodia compartida, ya que se trata de una medida excepcional que se concede exclusivamente cuando se dan unos determinados requisitos que no se reúnen en el presente caso, entre otros motivos, porque los padres viven en distintos países. <i>AP BALEARES, Sec. 5.ª, S. de 28 de septiembre de 2000</i>	170
2. Los perjuicios que un cambio de residencia podrían producir en los hijos de corta edad (dos años) no se consideran graves e irremediables, y por tanto, procede atribuir la guarda y custodia a la madre que decide fijar su residencia en otra ciudad distinta a la del padre. <i>AP JAÉN, Sec. 1.ª, S. de 29 de septiembre de 2000</i>	174
III. Régimen de visitas	176
1. Mantenimiento de las visitas en presencia de una trabajadora social atendidos los antecedentes médicos del progenitor y la relevante circunstancia de que no se presentara a la prueba psicológica acordada para determinar su situación psicológica actual. <i>AP VALENCIA, Sec. 6.ª, S. de 27 de septiembre de 2000</i>	176
2. Improcedencia de reducir el régimen de visitas, de imponer visitas tuteladas o de depósito del pasaporte por la circunstancia de que el padre del menor sea extranjero. <i>AP VIZCAYA, Sec. 1.ª, S. de 25 de noviembre de 2000</i>	177
3. Desestimación de la petición de la madre de no fijar régimen de visitas a favor de los abuelos paternos de la menor cuyo padre falleció. <i>AP JAÉN, S. de 30 de noviembre de 2000</i> .	178
IV. Vivienda familiar	180
1. Atribución del uso de la vivienda familiar al esposo, sin que sea obstáculo para ello que a la esposa se le atribuya la guarda y custodia del hijo menor, ya que éste, en unión de la madre, convive en el domicilio de los abuelos maternos, los cuales se ocupan de cuidarle cuando la madre trabaja. <i>AP ASTURIAS, Sec. 7.ª, S. de 7 de diciembre de 2000</i>	180

	<u>Página</u>
2. No existiendo hijos y estando en igualdad de condiciones ambos cónyuges, procede atribuir el uso de la vivienda habitual al cónyuge que suscribió el contrato de arrendamiento. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 19 de diciembre de 2000</i>	181
3. No puede confundirse la atribución del uso de la vivienda con la institución del usufructo. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 29 de diciembre de 2000</i>	183
V. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio	183
1. Doctrina general sobre los alimentos de los hijos mayores y menores de edad. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 22 de septiembre de 2000</i>	183
2. No existe incongruencia en la sentencia que fija una cantidad concreta en concepto de alimentos para hijos mayores de edad, cuando en la demanda se solicita un porcentaje sobre los ingresos del obligado al pago de los mismos. <i>AP VALLADOLID, Sec. 3.ª, S. de 10 de noviembre de 2000</i>	184
3. Extinción de la pensión alimenticia de la hija que accedió al mercado laboral en el año 1994, sin que el hecho de que ésta tenga a su cargo un hijo de corta edad determine que el alimentante tenga que seguir abonando la pensión, ya que esta obligación alimenticia recae sobre el padre del menor. <i>AP CIUDAD REAL, Sec. 2.ª, S. de 15 de diciembre de 2000</i>	186
VI. Pensión compensatoria	186
1. Pactada una pensión compensatoria temporal en el convenio regulador no puede el esposo solicitar su extinción antes de que transcurra dicho plazo por la circunstancia de que la esposa haya encontrado un trabajo remunerado. <i>AP ÁLAVA, Sec. 1.ª, S. de 27 de septiembre de 2000</i>	186
2. Extinción de la pensión compensatoria tras la homologación de una sentencia eclesiástica de nulidad matrimonial, puesto que siendo presupuesto para la concesión de la pensión la existencia de un matrimonio, si éste se declara nulo, no puede pervivir un pronunciamiento que se vincula exclusivamente a la separación o al divorcio, en definitiva, a la previa existencia de un matrimonio válido. <i>AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, S. de 5 de octubre de 2000</i>	188

	<u>Página</u>
3. En el divorcio no puede aumentarse la pensión compensatoria en base a que el esposo ha mejorado sus ingresos, ya que se trata de un aumento producido con posterioridad a la separación. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 2.ª, S. de 24 de octubre de 2000</i> .	190
VII. Cuestiones procesales	191
1. Validez y eficacia de la donación que el padre hizo a los hijos en el convenio regulador de la separación respecto a su cuota en la sociedad de gananciales concretada en el 50% de la vivienda familiar. <i>AP ASTURIAS, Sec. 6.ª, S. de 30 de octubre de 2000</i>	191
2. Posibilidad de que las litisexpensas se fijen en la sentencia matrimonial como reintegro de los gastos ocasionados. <i>AP ALICANTE, Sec. 7.ª, S. de 6 de noviembre de 2000</i>	193
3. Falta de legitimación activa del tutor, una vez que ha fallecido la persona sometida a tutela, para instar una procedimiento de homologación de la sentencia canónica de nulidad matrimonial. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 9 de noviembre de 2000</i>	194
4. Cuando se insta un procedimiento de modificación de medidas para suprimir la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad, éstos deben ser demandados en unión del progenitor con el que conviven. <i>AP ÁLAVA, Sec. 1.ª, S. de 7 de diciembre de 2000</i>	196
VIII. Ejecución de sentencias	198
1. La pensión establecida en la sentencia de separación produce sus efectos desde su firmeza, sin que pueda tener efectos retroactivos desde la fecha de interposición de la demanda. <i>AP NAVARRA, Sec. 1.ª, Auto de 12 de septiembre de 2000</i> ..	198
2. Restitución de la custodia a la madre que reside en Portugal, al no haber transcurrido un año desde que tuvo lugar la sustracción. <i>AP ORENSE, S. de 29 de septiembre de 2000</i>	199
3. Si no se estableció en la sentencia cláusula de revisión de la pensión compensatoria no procede adicionar el pronunciamiento en fase de ejecución de sentencia, siendo necesario plantear un procedimiento de modificación de medidas. <i>AP TOLEDO, Sec. 1.ª, Auto de 26 de octubre de 2000</i>	201

	<u>Página</u>
4. Imprudencia de acceder a la restitución del menor cuando ha transcurrido más de un año desde que se produjo el traslado a la retención ilícita y por otro lado ha quedado demostrado la integración de la menor en su nuevo medio. <i>AP HUESCA, Auto de 16 de noviembre de 2000</i>	202
5. Embargo del 50% de la devolución por el IRPF por deudas de uno de los cónyuges sin tener en cuenta los ingresos y gastos declarados por cada uno de ellos y sin que sea obstáculo para ello que se trate de un matrimonio que se rige por la separación de bienes, ya que ambos cónyuges optaron por hacer la declaración conjunta. <i>AP HUESCA, S. de 28 de diciembre de 2000</i>	204
IX. Regímenes económicos	205
1. Inclusión en el activo de la sociedad de las cantidades que la esposa extrajo de la c/c cuando se produjo la separación de hecho. <i>AP PALENCIA, S. de 26 de septiembre de 2000</i> ..	205
2. La atribución del uso de la vivienda familiar no puede valorarse como una carga que grave sobre el inmueble en el momento de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales. <i>AP ASTURIAS, Sec. 1.ª, S. de 10 de octubre de 2000</i> ...	206
3. Los salarios, pluses, incentivos y cualesquiera otras percepciones del esposo desde la fecha del abandono del domicilio familiar no pueden incluirse en el activo de la sociedad de gananciales. <i>AP ASTURIAS, Sec. 1.ª, S. de 23 de noviembre de 2000</i>	207
X. Filiación	208
1. Posibilidad de acumular las acciones de impugnación de paternidad y nulidad del matrimonio. <i>AP LA CORUÑA, Sec. 5.ª, S. de 21 de noviembre de 2000</i>	208
XI. Procedimientos de menores	210
1. Desestimación de la solicitud de cesación de acogimiento instada por los abuelos de los menores dada la problemática personal y familiar que rodea a los mismos. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 2.ª, Auto de 26 de septiembre de 2000</i>	210
2. Procedencia de la constitución de la tutela ordinaria de un menor declarado en desamparo, debiendo intervenir en la misma el Ministerio Fiscal, la entidad pública y los parientes más próximos del menor. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, Auto de 29 de septiembre de 2000</i>	211

	Página
3. Declaración de que los padres están incurso en causa de privación de la patria potestad cuando queda acreditado que en su momento colocaron al menor en una situación de falta de afecto y de abandono físico y material grave e importante que motivó la intervención de la Comisión Tutelar del Menor. <i>AP MADRID, Sec. 22.ª, S. de 31 de octubre de 2000</i>	213
XII. Uniones de hecho	214
1. Obligación del conviviente de hecho de abonar el préstamo hipotecario de la vivienda familiar donde habita la hija menor de edad cuya guarda y custodia se ha confiado al otro progenitor, sin que pueda otorgarse validez al pacto suscrito entre ellos, por el que se eximía a este de abonar el citado préstamo. <i>AP BALEARES, Sec. 4.ª, S. de 10 de octubre de 2000</i> ...	214
2. El hecho de haber acreditado que durante la convivencia de la unión de hecho suscribieron juntos dos contratos de préstamo no es suficiente para deducir la voluntad expresa o tácita de hacer comunes los bienes o ganancias obtenidas durante la supuesta unión de hecho. <i>AP TOLEDO, Sec. 1.ª, S. de 13 de octubre de 2000</i>	215
XIII. Temas penales	216
1. Las circunstancias económicas de la madre, con la que conviven los hijos, no afecta a la tipicidad de los hechos objeto de enjuiciamiento, referente a la obligación legal del acusado de satisfacer la pensión alimenticia de sus hijos. <i>AP MADRID, Sec. 16.ª, S. de 3 de octubre de 2000</i>	216
2. Absolución del delito de impago de pensiones al haberse acreditado la imposibilidad económica para abonar la pensión, siendo indiferente que dicho cambio de circunstancias haya sido desestimado en un procedimiento de modificación de medidas seguido en vía civil. <i>AP VIZCAYA, Sec. 4.ª, S. de 23 de octubre de 2000</i>	218
3. No procede condenar a la madre por un delito de desobediencia ante el incumplimiento del mandato contenido en la resolución civil relativo al derecho de visita, al concurrir la exigente de miedo insuperable motivado por la existencia de unos posibles abusos sexuales del padre respecto de los hijos comunes, menores de edad. <i>AP LAS PALMAS, Sec. 1.ª, S. de 26 de diciembre de 2000</i>	219

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1.	Filiación	223
1.1.	Cuando se practica una inscripción de nacimiento dentro de plazo no puede ocultarse la identidad de la madre. <i>R. de 17 de julio de 2000</i>	223
1.2.	Inscripción de la filiación paterna correspondiente al esposo —que se encuentra ingresado en prisión— al no haberse destruido la presunción legal. <i>R. de 30 de septiembre de 2000</i>	225
2.	Matrimonio	227
2.1.	Aunque inicialmente se denegó la inscripción del matrimonio, los hechos posteriores acreditan la existencia de consentimiento matrimonial y, por tanto, procede su inscripción. <i>R. de 25 de octubre de 2000</i>	227
2.2.	Una persona extranjera que obtuvo sentencia de divorcio en el extranjero tiene capacidad para contraer matrimonio en nuestro país, sin que sea preciso el trámite de exequátur en la sentencia de divorcio. <i>R. de 6 de noviembre de 2000</i> ..	228
2.3.	Se autoriza el matrimonio de persona incapacitada parcialmente en el ámbito patrimonial, pese a la oposición del padre titular de la patria potestad prorrogada, porque hay dictamen favorable del Médico Forense. <i>R. de 14 de noviembre de 2000</i>	230
2.4.	Concesión de la dispensa de edad para contraer matrimonio de una menor de edad y mayor de catorce años al existir justa causa. <i>R. de 28 de noviembre de 2000</i>	232
2.5.	El transexual, operado quirúrgicamente y que ha obtenido sentencia judicial de cambio de sexo, puede contraer matrimonio con persona de distinto sexo legal, aunque coincida el sexo biológico. <i>R. de 8 de enero de 2001</i>	233

	<u>Página</u>
3. Regímenes económico-matrimoniales	235
3.1. Procedencia de la anotación preventiva de embargo sobre bienes que se adjudicó la esposa en la liquidación de la sociedad de gananciales y dimanante de una deuda que tiene carácter ganancial. <i>R. de 6 de junio de 2000</i>	235

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

— Actuales criterios jurisprudenciales en materia de reconocimiento de las resoluciones matrimoniales extranjeras. <i>Sara Rodríguez Vellla</i>	241
---	-----

DERECHO CANÓNICO

— Repercusión de los trastornos alimentarios: Anorexia y bulimia, en la validez del consentimiento matrimonial. <i>Ángeles Liñán García e Inmaculada Marín Carmona</i>	279
--	-----

TRIBUNA ABIERTA

— La responsabilidad patrimonial de la Administración en los secuestros interparentales de menores	295
— Las parejas estables no casadas: la Ley Aragonesa 6/1999, de 26 de marzo	300

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Proposición no de ley en Comisión sobre medidas a impulsar a fin de promover el desarrollo de puntos de encuentro familiar . . . 327

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

- Publicaciones y Noticias 331

ESTUDIOS DOCTRINALES

LAS UNIONES DE HECHO ANTE LOS NUEVOS PROCESOS CIVILES

ANTONIO ALBERTO PÉREZ UREÑA
Abogado del Ilustre Colegio de Granada

SUMARIO

- I. PROCESOS QUE VERSEN EXCLUSIVAMENTE SOBRE GUARDA Y CUSTODIA DE HIJOS MENORES O SOBRE ALIMENTOS RECLAMADOS POR UN PROGENITOR CONTRA EL OTRO EN NOMBRE DE LOS HIJOS MENORES.**
 - A) *Ámbito de aplicación.*
 - B) *Jurisdicción y competencia judicial.*
 - 1. *Jurisdicción.*
 - 2. *Competencia.*
 - a) *Objetiva.*
 - b) *Territorial.*
 - C) *Medidas.*
 - D) *Procedimiento.*
 - E) *Procedimiento de mutuo acuerdo.*
-

II. PROCESOS PARA CUALQUIER OTRA CUESTIÓN SUSCITADA POR LAS UNIONES DE HECHO.

- A) Ámbito de aplicación.
- B) Competencia judicial.
 - 1. *Objetiva.*
 - 2. *Territorial.*
- C) Medidas cautelares.
- D) Procedimiento.
- E) Ruptura de la convivencia de mutuo acuerdo.

III. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA CONSULTADA.

El presente comentario pretende hacer unas reflexiones prácticas sobre los cauces procesales adecuados —y los problemas que plantean—, para ventilar los conflictos derivados de la ruptura de la convivencia de este tipo de uniones o parejas.

En primer lugar hemos de destacar cómo la **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil** (a partir de ahora LEC/2000), en vigor desde el 8 de enero de 2001 ⁽¹⁾, omite toda alusión a la realidad social que constituye las uniones de hecho ⁽²⁾. Desgraciadamente, entendemos que el legislador ha des-

(1) Hemos de tener en cuenta que, según su Disposición Transitoria segunda, en cuanto a los procesos de primera instancia, reza que “...*los procesos de declaración que se encontraren en primera instancia al tiempo de la entrada en vigor de la presente Ley se continuarán sustanciando, hasta que recaiga sentencia en dicha instancia, conforme a la legislación procesal anterior*”. También, en cuanto a los procesos de declaración que se hallen en segunda instancia, la Disposición Transitoria tercera de la Ley 1/2000 mantiene que “...*se sustanciará esa instancia con arreglo a la Ley anterior...*”, aplicándose, a partir de la sentencia, la Ley 1/2000.

(2) La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en vigor desde el 8 de enero de 2001, nos pone de manifiesto que lo anteriormente expuesto quiebra a estos importantes efectos, como pasaremos a ver.

aprovechado una gran oportunidad para plasmar en tan importante texto normativo este creciente fenómeno⁽³⁾. Esta ausencia de referencia contrasta con lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la nueva LEC, cuando en su apartado XIX dispone —en cuanto a los procesos matrimoniales— que “*la Ley establece los procesos especiales imprescindibles*”, y además, con la me-

La Disposición Derogatoria Única de la LEC/2000, a este respecto, dispone que:

“1. Se deroga la Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, con las excepciones siguientes:

1.^a (...) el Libro III, que quedará en vigor hasta la vigencia de la (...) Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, (...), excepción hecha de l(os) artículos 1880 a 1900, inclusive, que quedan derogados.

(...) En tanto no entre en vigor la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, las referencias al procedimiento contencioso precedente contenidas en el Libro III se entenderán hechas al juicio verbal.

2. Quedan también derogados los siguientes preceptos, leyes y disposiciones:

1.^a El apartado segundo del artículo 8 (...) y el artículo 135 del Código Civil.

10.^a Las disposiciones adicionales primera a novena de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio”.

(3) A nivel **autonómico**, en fin, son de sobra conocidas la Ley del Parlamento de Cataluña 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja (DOGC núm. 2687, de 23 julio); la Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas (BOE n.º 95/1999, de 21 de abril de 1999, pág. 14801); así, como la Ley del Parlamento foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, sobre igualdad jurídica de las parejas estables (BON del 7 de julio); y la neotérica legislación de la Comunidad valenciana, todas ellas, naturalmente, por cuestión de competencia, no regulan, ni pueden, cuestiones procesales.

A nivel **estatal** son numerosos los intentos por plasmarlo en un texto definitivo. Así, la Exposición de Motivos de la proposición de Ley para la igualdad jurídica de las parejas de hecho, presentada por el Parlamento de Navarra (*BOCG de 19 de julio de 2000, y rechazada su toma en consideración por el Pleno del Congreso en su Sesión celebrada el martes, de 3 de abril de 2001, Diario de Sesiones del 3 de abril*), proclama, a este respecto, que “*con esta proposición se pretende la equiparación al cónyuge de las personas que convivan en análoga relación de afectividad con independencia de su orientación sexual, considerándose pareja estable a la unión libre, política y notoria de dos personas independientemente de su orientación sexual, mayores de edad, sin vínculos de parentesco en primer y segundo grado de consanguinidad...*”. Este texto disponía eliminar 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, y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de protección social, económica y jurídica de la familia, adecuando la normativa a la realidad. Por ello, proclama, a este respecto, que: “*el artículo 39 de la Constitución española indica la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. En este artículo no existe referencia a un modelo de familia determinado ni predominante, lo que hace necesario una interpretación amplia de lo que debe entenderse por familia, consecuente con la realidad social actual y con el resto del articulado constitucional referido a la persona...*”.

didada de traer a la Ley procesal común, termina con una situación deplorable, lo que en ella debe estar, pero que hasta ahora se ha debido rastrear o incluso deducir de disposiciones superlativamente dispersas, oscuras y problemáticas.

Pues bien, esta omisión “legal” provoca que, en la práctica, con el nuevo texto normativo, nos hallemos con parecidas cuestiones a las que se suscitaban durante la vigencia de la LEC/1881, y ello como consecuencia de descartar la aplicación analógica, prevista en el art. 4 del CC, en materia procesal, en el que vienen específicamente regulados los procedimientos por los que deben tramitarse las distintas acciones que se deduzcan. Las disposiciones contenidas en el Capítulo IV, Título I del Libro IV de la LEC/2000 están previstas con relación a los procesos matrimoniales específicamente establecidos para deducir demandas de divorcio, nulidad o separación matrimonial, a fin de regular las condiciones y situación del matrimonio y sus hijos durante la tramitación de estos procedimientos.

A pesar de la anterior crítica al nuevo texto, no podemos por menos que elogiar la simplificación de procedimientos, que como sabemos en la vigencia de la anterior LEC/1881 se tornó, en la práctica, muy conflictiva, lo que provocaba criterios jurisprudenciales diversos, e incluso, contradictorios. Esto motivaba que intentemos analizar la cuestión procesal de una forma profunda y seria. Pues bien, para introducirnos en esta cuestión nos vamos a servir del *Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 27 de junio de 2000*, según el cual: “... la nueva LEC (...), contempla la posibilidad de que en las uniones de hecho se adopten medidas provisionales cuando lo discutido sea únicamente la guarda de los hijos o los alimentos (art. 748.4.^º) por lo que sólo será preciso acudir al juicio ordinario cuando se planteen otras como el uso de la vivienda familiar, naturaleza común o privativa o cualquier otro derecho económico del conviviente...”.

Igualmente, las proposiciones de Ley, sobre Medidas para la igualdad jurídica de las parejas de hecho, presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida (*BOCG de 8 de mayo de 2000*), así como la Igualdad jurídica para las parejas de hecho, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (*BOCG de 29 de mayo de 2000*) —todas ellas rechazadas en septiembre de 2000—, se pronuncian en idénticos términos a la proposición presentada por el Parlamento de Navarra. Las respectivas Exposiciones de Motivos de las proposiciones de Ley, sobre Medidas para la igualdad jurídica de las parejas de hecho, presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida (*BOCG de 8 de mayo de 2000*), así como la Igualdad jurídica para las parejas de hecho, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (*BOCG de 29 de mayo de 2000*) se pronuncian en idénticos términos a la proposición presentada por el Parlamento de Navarra.

Efectivamente, como reseña la anterior resolución, la LEC/2000 pone de relieve en esta materia una dualidad de procedimientos, a saber los siguientes:

I. PROCESOS QUE VERSEN EXCLUSIVAMENTE SOBRE GUARDA Y CUSTODIA DE HIJOS MENORES O SOBRE ALIMENTOS RECLAMADOS POR UN PROGENITOR CONTRA EL OTRO EN NOMBRE DE LOS HIJOS MENORES ⁽⁴⁾

A) **Ámbito de aplicación.**

A este respecto, el artículo 748 de la LEC/2000 dispone —textualmente— que: *“Las disposiciones del presente título serán aplicables a los siguientes procesos: (...) 4.º Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”*. Este precepto permite la adopción, de forma conjunta, o bien por separado de forma indistinta, de la decisión judicial sobre la guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos ⁽⁵⁾.

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de Modificación del Código Civil, en materia de Filiación, Patria Potestad y Régimen Económico del Matrimonio, estableció en su Disposición Transitoria Décima que: *“Mientras no se modifique*

⁽⁴⁾ Como afirma Enrique RAMOS CHAPARRO en “Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva LEC (glosa general)”, Actualidad Civil, núm. 10, 5 al 11 de marzo de 2001, pág. 371, “la referencia a los ‘menores’ de la rúbrica, acoge principalmente: 1.º El caso de los hijos sujetos a la patria potestad de un matrimonio que se disuelve, separa o anula (y aquí las medidas se refunden en el mismo pleito conyugal; 2.º Las controversias sobre el ejercicio de la patria potestad, aunque no exista crisis matrimonial y ni siquiera matrimonio de los progenitores; y 3.º La reclamación de alimentos para el hijo por uno de los progenitores en contra del otro”.

⁽⁵⁾ La Sentencia de la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, de 14 de marzo de 2000, dispone que, *“...en orden a la cuantificación de la contribución paterna a las necesidades de alimentación de ambos hijos, ha de tenerse en cuenta que los alimentos debidos a los hijos menores de edad no son los estrictos del art. 142 y ss. del CC, sino los acordes con las posibilidades y nivel económico de la familia, ya que con los mismos se trata, no de hacer frente a las necesidades indispensables de los citados sino de posibilitar, en la medida de lo posible, el mantenimiento del ‘status’ de que disfrutaban con anterioridad a la crisis de la pareja, bien que con la lógica minoración derivada del aumento de gastos que toda situación de crisis comporta, dado el doble núcleo familiar que normalmente se genera con la necesidad de hacer frente, entre otros, a un nuevo e importante gasto cual el de vivienda del miembro de la misma que sale de la familiar...”*.

la Ley de Enjuiciamiento civil, se aplicarán las normas de la Jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan: 2.ª Para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad y en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges cuando por su propia naturaleza exijan una resolución urgente. En el indicado procedimiento, los recursos se admitirán, en todo caso, en un solo efecto. Quedará siempre a salvo el ejercicio de las acciones correspondientes en la vía judicial ordinaria". Aunque la LEC/2000 no lo consigne expresamente, la disposición transitoria 10.ª de la Ley 11/1981, a nuestro entender, queda implícitamente derogada⁽⁶⁾, aunque ya para cierto sector doctrinal ésta se hallaba derogada implícitamente desde la Ley de reforma de 1984⁽⁷⁾.

(6) Esta posibilidad, aunque opinable doctrinalmente, es respaldada por Enrique RAMOS CHAPARRO (ob. cit., pág. 371), cuando afirma que *"aquí se percibe cierta contradicción con el mantenimiento en vigor de la citada disposición transitoria 10.ª de la Ley 11/1981, que se remite a la jurisdicción voluntaria. Tal vez la diferencia esté en el carácter urgente de estas últimas resoluciones, aunque también podría pensarse que hay derogación tácita (DD única. ap. 3 de la LEC), y que la mencionada remisión sólo se refiere ya a las autorizaciones judiciales, pero no a las controversias"*.

(7) Así, cabe recordar el Auto de la sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, de 10 de febrero de 1999, según la cual: *"...las medidas urgentes en los conflictos como el presente en el que se pretende un tratamiento global al conjunto de los problemas personales y patrimoniales suscitado con la crisis de la unión extramatrimonial no pueden encauzarse por el procedimiento de la DT 10.ª de la Ley 11/1981, pues su vigencia es muy dudosa, pues ya que limitando tal precepto su ámbito de aplicabilidad 'mientras no se modifique la LEC', y producida tal modificación por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, la disposición derogatoria de la misma, tras hacer una proclamación genérica respecto de cuantas disposiciones se opongan a la nueva Ley, mantiene vigentes los procedimientos especiales regulados en las Leyes 11/1981, de 13 de mayo y 30/1981, de 7 de julio..."*.

En cambio, la Sentencia de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 28 de noviembre de 1999, opuesta a la anterior tesis, entendió lo siguiente: *"...cuando se trata de adoptar decisiones y medidas sobre la guarda, custodia y alimentos de los hijos, la doctrina se inclina por aplicar la DT 10.ª de la Ley 11/1981, que se remite a las normas de la jurisdicción voluntaria 'para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad', en tanto no se dicte la sentencia definitiva"*. El Auto de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Baleares, de 27 de marzo de 2000, aplicando este precepto, dispone que *"...por lo tanto, en este tipo de procedimientos, si bien se llama por el Legislador a las normas reguladoras de la Jurisdicción voluntaria, sin embargo se parte ya inicialmente de la previsión de que exista controversia surgida en el ejercicio de la patria potestad, por lo que no es susceptible de aplicación al caso lo previsto en el artículo 1817 de la LEC para la Jurisdicción Voluntaria propiamente dicha, en la que se parte de la premisa contraria, de que no exista controversia. De este modo, el Legislador realiza un llamamiento a las normas de la jurisdicción voluntaria en el sentido de citación a comparecencia a ambas partes para que, con una rápida actividad probatoria, carente de solemnidades, y con audiencia de aquellas y del Ministerio Fiscal, se pueda dictar la resolución urgente que las circunstancias precisan, sin las dificultades y lentitud de un proceso de menor cuantía, al que remite el artículo 484 de la LEC"*.

Según afirma Josep M. MARTINELL⁽⁸⁾, *“la adopción de estas medidas, como objeto exclusivo del juicio, responde en principio a supuestos de filiación no matrimonial”*. Sigue afirmando este autor que: *“...aunque en la esfera de lo especulativo no cabe descartar la hipótesis de una solicitud de alimentos para el hijo de un matrimonio, menor de edad, al margen de las medidas provisionales o definitivas, o de modificación de las mismas, conexas con la separación, el divorcio o la nulidad, lo habitual en estos casos de matrimonio es que la adopción de esta medida (y nada digamos de la referida a la guarda y custodia) tenga lugar al socaire del juicio ‘matrimonial’, debido a que el matrimonio ha entrado en crisis. Por ello, el supuesto específico en que estamos, contemplado por la LEC, está concebido fundamentalmente, o debiera estarlo, para supuestos de filiación no matrimonial”*.

A este respecto, compartimos, plenamente, el criterio defendido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 2 de mayo de 2000⁽⁹⁾, según la cual *“...cuando se produce la ruptura de la convivencia more uxorio y existen hijos comunes se produce una problemática absolutamente similar a la de una crisis matrimonial por lo que a estos respecta, precisándose de regular tanto la titularidad y ejercicio de la patria potestad cuanto quien ostentará la guarda y custodia de los menores, el régimen de visitas sobre los mismos a favor del progenitor con quien no convivan, dónde han de residir y a quién debe atribuirse el uso de la vivienda familiar, la contribución a su alimentación y educación, etc.”*.

Por otro lado, y a pesar de la dicción literal del precepto, surge la cuestión relativa a cuál es el verdadero alcance de la expresión *“guarda y custodia”*, máxime si tenemos en cuenta que la misma va precedida del término *“exclusivamente”*.

A este respecto, mientras Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI entiende aplicable este procedimiento no solo a los meros supuestos de guarda y custodia y prestación alimenticia, sino, en general, a todas las relaciones paterno-filiales, en cambio para Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ⁽¹⁰⁾ esta previsión legislativa se limita a las contiendas afectantes a los hijos comunes respecto a la custodia, alimentos y medidas cautelares; siendo así que cualquier otra cuestión relativa a los hijos —visitas, uso del domicilio...— deberá sustanciarse por el declarativo correspondiente (verbal u ordinario). Comparte esta última postura Luis ZA-

⁽⁸⁾ *Formularios de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Economist & Jurist. Barcelona, 2001, pág. 833.

⁽⁹⁾ SAP Palencia, de 2 de mayo de 2000. Ponente: Sr. Muñiz Delgado.

⁽¹⁰⁾ En las conclusiones publicadas del III Congreso de Derecho de Familia celebrado en Alicante en mayo de 2000.

RRALUQUI⁽¹¹⁾, para el que “*la inclusión en este número 4.º del art. 748 del adverbio ‘exclusivamente’ —que no aparece en ninguno de los otros objetos de los procesos incluidos en el ámbito de aplicación— refleja un claro propósito limitativo —imperativamente limitativo— en relación con los procesos de menores*”. Añade este autor que “*sólo la discusión sobre la guarda y custodia —término inexistente en el Código Civil en materia matrimonial— o los alimentos entre los progenitores, determina la aplicación de esta normativa procesal especial*”⁽¹²⁾.

Cabe una tercera posibilidad, cual es la defendida —a la que nos sumamos—, por Josep M. MARTINELL, para el que “*...una interpretación lógica de dicho concepto —guarda y custodia— puede incluir también otras medidas personales conexas, como son el régimen de visitas, vacacional, y de comunicación y estancia con el progenitor no custodio. En cambio, es más difícil de justificar la inclusión implícita de la atribución de uso de domicilio familiar, aunque sea por razón del menor...*”. Ahora bien, y como afirma este autor, de mantener esta postura nos hallamos ante una “*omisión legal sorprendente, que discrimina por la vía procesal el tratamiento jurídico de la filiación matrimonial con respecto a la no matrimonial, singularmente en aquellos casos en que la filiación no matrimonial es fruto de una convivencia more uxorio*”.

(11) *Los procesos matrimoniales (En la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, 2000, pág. 20.

(12) En este sentido, Ana-M.ª PÉREZ VALLEJO y M.ª Belén SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (en *El convenio regulador y los procesos matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Comares, Granada, 2001, págs. 289 y ss.), entienden que “sin embargo, la dicción literal del precepto no menciona otros aspectos importantes a tener en cuenta, como el régimen de visitas, uso de la vivienda familiar, y alimentos de hijos mayores cuando procedan. Para solucionar este escollo, y determinar el procedimiento a seguir en estos casos, habrá que esperar a la interpretación que los Tribunales hagan, una vez entre en vigor la nueva ley; no obstante, hay que tener en cuenta varias cuestiones: si interpretamos de forma extensiva el término “medidas cautelares que sean adecuadas en estos procesos”, el art. 727 regla 11.ª relativo a las medidas cautelares específicas, donde se señala que podrán acordarse “aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio” y conectamos ambos preceptos con el art. 158 del CC, en su redacción dada por la Ley 1/1996, cuando señala en su último párrafo que “todas estas medidas podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en su procedimiento de jurisdicción voluntaria; podemos entender que, el cauce a seguir, sería el señalado en el art. 770.6.ª que reenvía al trámite establecido en la Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio; o bien, también podría acudirse a las normas sobre jurisdicción voluntaria que, en tanto no se dicte la Ley que ha de regularla, siguen en vigor...”.

Esta postura ecléctica es defendida, al menos *obiter dicta*, por la Audiencia Provincial de Oviedo, en el meritado Auto⁽¹³⁾, al declarar, textualmente, que “...debe entenderse que el procedimiento seguido ha sido el correcto, pues se ventilaron en él únicamente la guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos de la menor (...) Debe significarse, además, que la nueva LEC, (...) contempla la posibilidad de que en las uniones de hecho se adopten medidas provisionales cuando lo discutido sea únicamente la guarda de los hijos o los alimentos (arts. 748.4.º), es decir lo aquí solicitado, por lo que sólo será preciso acudir al juicio ordinario cuando se planteen otras como el uso de la vivienda familiar; naturaleza común o privativa o cualquier otro derecho económico del conviviente...”. De igual forma, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de octubre de 1999, ha declarado que “...no constituye obstáculo alguno, la necesidad de resolver urgentemente cuestiones puntuales tales como alimentos o régimen de guarda, custodia y visitas, pues todas ellas tienen cumplida solución procesal al amparo de lo dispuesto en el art. 158 del CC...”.

Por lo que a nosotros respecta, y a pesar de entender esta última posibilidad como la más acertada, no podemos considerarla la más afortunada. De *lex ferenda* debería haberse previsto expresamente que todas las relaciones paterno-filiales se encauzarían por los trámites de este procedimiento especial. Luis ZARRALUQUI⁽¹⁴⁾ —que va más lejos en su apreciación— se ha pronunciado en los siguientes términos: “¿por qué si se discute la atribución del uso de la vivienda familiar o sobre cualquier materia relacionada con la patria potestad y su ejercicio o sobre el régimen de visitas y comunicaciones, por ejemplo, habría que aplicar las normas generales? Carece de sentido. La procedencia de incrementar los objetos de discusión entre los progenitores, referidos a sus hijos, que integren el concepto de ‘procesos de menores’, parece incuestionable”.

Como veremos a continuación, esta solución es la más correcta si queremos evitar, aparte de discriminaciones por razón de la filiación, llegar a absurdos procesales.

(13) Sección 4.ª, de 27 de junio de 2000. Ponente: Sr. Álvarez Sánchez.

(14) *Los procesos matrimoniales...*, op. cit., pág. 20. Tanto es así que este autor propone la modificación de la redacción de este precepto para pasar a tener el siguiente tenor: “5.º Los que versen sobre cuidado de hijos menores o incapacitados, ejercicio de la patria potestad o régimen de comunicaciones y estancias con los progenitores, alimentos o cualesquiera otras reclamaciones formuladas por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores o incapacitados”.

Ahora bien, tal y como está redactada la norma —insistimos, en nuestro entender inexplicable— suscitará numerosos problemas de aplicación, con lo que serán, una vez más, los Juzgados y Tribunales los que tengan la última palabra, en aras a evitar la discriminación de los hijos extramatrimoniales.

No cabe duda —como así lo ha puesto de manifiesto tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, a partir de su conocida sentencia del pleno de 14 de octubre de 1987, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo— de que, tras la entrada en vigor de la Constitución (29 de diciembre de 1978), se ha consagrado en el ámbito de las relaciones paterno-filiales el principio de igualdad o no discriminación por razón de la clase de nacimiento (filiación matrimonial, extramatrimonial o adoptiva). Principio que, tras la reforma llevada a cabo en esta materia por la Ley de 31 de mayo de 1981, ya consagraba a partir de su vigencia el art. 108 del Código Civil⁽¹⁵⁾.

En fin, entendemos que, ante la situación de crisis de una unión de hecho, deben los órganos jurisdiccionales pronunciarse sobre las consecuencias personales y patrimoniales derivadas de la ruptura de la convivencia acudiendo para una adecuada resolución a las normas reguladoras de los efectos de la ruptura matrimonial, aplicándolas por analogía, respecto de la guarda y custodia y alimentos de los hijos, derecho de visitas y atribución de la vivienda familiar, puesto que lo trascendente es la quiebra de la paz familiar, familia constituida por vínculo matrimonial o de hecho, ya que el concepto de familia es extrajurídico.

B) Jurisdicción y competencia judicial.

1. Jurisdicción.

Corresponde, como no podía ser de otra forma, a la civil (*art. 9.2 de la LOPJ*).

2. Competencia.

a) Objetiva.

La objetiva está atribuida, conforme dispone el artículo 85.1 de la LOPJ en relación con el 45 de la LEC/2000, a los Juzgados de Primera Instancia. Este precepto dispone, en cuanto a la competencia de los JPI, que: “*Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribui-*

⁽¹⁵⁾ Sentencia de la sección 6.ª de la AP de Oviedo, de 14 de marzo de 2000.

dos a otros tribunales. Conocerán, asimismo, dichos Juzgados de los asuntos, actos, cuestiones y recursos que les atribuye la Ley Orgánica del Poder Judicial". Ahora bien, el artículo 46 de la LEC/2000 dispone que: *"Los Juzgados de Primera Instancia a los que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la LOPJ, se les haya atribuido el conocimiento específico de determinados asuntos, extenderán su competencia, exclusivamente, a los procesos en que se ventilen aquellos, debiendo inhibirse a favor de los demás tribunales competentes, cuando el proceso verse sobre materias diferentes. Si se planteara cuestión por esta causa, se sustanciará como las cuestiones de competencia"*.

Como podemos apreciar, este nuevo precepto remite directamente a lo dispuesto en el artículo 98 de la LOPJ. La plasmación de lo anterior la hallamos en que en aquellos partidos judiciales donde haya Juzgado de Familia (creados en virtud del Real Decreto núm. 1322/1981, de 3 julio ⁽¹⁶⁾), éste tendrá la competencia exclusiva y restrictiva, únicamente en el supuesto de que existan hijos menores para las materias relativas a ellos.

Los Juzgados de Familia, cuya creación tuvo lugar mediante Real Decreto de 3 de julio de 1981, tienen atribuida una competencia objetiva perfectamente delimitada y restrictiva. Su potestad jurisdiccional, que es exclusiva y excluyente en las localidades donde funcionan, abarca las actuaciones previstas en los Títulos IV (arts. 42 a 107) y VIII (arts. 154 a 180) del Libro Primero del Código Civil y aquellas otras cuestiones que en materia de derecho de familia le sean atribuidas por ley. Por tanto la exclusividad es de proyección negativa en cuanto no puede comprender otras cuestiones que las explicitadas ⁽¹⁷⁾. El Real

(16) Esta disposición normativa no se ve afectada directamente por la entrada en vigor de la nueva LEC.

(17) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1993. En este sentido, también, vid. la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1994: *"Los Juzgados de Familia tienen una competencia objetiva perfectamente delimitada, pues es exclusiva en cuanto se les atribuye por disposición expresa legal el conocimiento de las cuestiones comprendidas en el título IV (artículos 154 a 180) del libro primero del Código Civil y aquellos otros que en materia de familia le sean otorgadas legalmente. Esta atribución competencial es de significado negativo, en cuanto no pueden conocer dichos Juzgados otras materias que las explicitadas"*. Sentencia de la sección 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, de 7 de octubre de 1999: *"La pretensión que se ha traído por la parte apelante a la alzada ha de ser rechazada, compartiendo el criterio y la decisión adoptada por el Juzgado; en efecto, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en la Disposición Final de la Ley 30/1981, de 11 de julio a cuyo tenor una vez creados los Juzgados de Familia, asumirán las funciones atribuidas en la presente ley a los de Primera Instancia. El Real Decreto 1322/1981 de 3 de julio señala que los Juzgados de Familia conocerán de forma exclusiva de las actuaciones judiciales previstas en los títulos 4 y 7 del Libro Primero del Código Civil, así como de aquellas otras cuestiones que en materia de familia le atribuyan las leyes."*

Decreto 1322/1981⁽¹⁸⁾ dispone: “Artículo 1.º (...) 2. Los nuevos Juzgados de Primera Instancia conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del Libro I del Código Civil, así como de aquellas otras cuestiones que, en materia de Derecho de familia, les sean atribuidas por las Leyes. Artículo 3.º La organización, régimen, composición, competencia territorial y funcionamiento de los nuevos órganos jurisdiccionales, así como del personal que ha de servirlos, se regirán por las disposiciones vigentes en la actualidad para los existentes de su misma naturaleza en las poblaciones donde se crean”.

De tal modo —concluía Eduardo HIJAS FERNÁNDEZ⁽¹⁹⁾— que en las localidades donde existía Juzgado de Familia, los convivientes con hijos menores se veían abocados al planteamiento de dos pleitos, ante órganos distintos, esto es, de un lado, las acciones que afectaban a los hijos sometidos a la patria potestad debían ventilarse ante el Juzgado de Familia, mientras que el resto de cuestiones (patrimoniales y personales entre los convivientes) se deducirían ante el Juzgado de Primera Instancia ordinario⁽²⁰⁾.

b) Territorial.

El artículo 769.3.º (Capítulo IV. “*De los procesos matrimoniales y de menores*”) de la LEC/2000, dispone que: “*En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados*

Sobre tal base legal, habiéndose resuelto la cuestión por un Juzgado de los de Familia de Madrid, sobre los efectos que se derivan de la ruptura de una unión de hecho, no es posible pronunciamiento alguno sobre las cargas que existan en esa unión, pues no son de aplicación los arts. 90 y concordantes del Código Civil y en razón de la falta de competencia del Juzgado de Familia para resolver y ejecutar lo que la parte pretende y tal cuestión sobre la competencia, de orden procesal y público, no puede ser modificada ni aun con la conformidad de las partes sobre el efecto concreto que se pretende regular derivado de la ruptura de la unión no matrimonial; a distinta solución, y para estimar la competencia, se hubiera llegado si el proceso se hubiera tramitado y resuelto en un Juzgado ordinario de primera instancia; por cuanto antecede, debe de ser desestimado el motivo de apelación relativo al pronunciamiento sobre cargas, y ello al margen de los pactos privados que en este punto puedan conseguir y llevar a cabo los interesados, pero al margen del presente procedimiento y de su ejecución.”

⁽¹⁸⁾ BOE núm. 162/1981, de 8 de julio de 1981, pág. 15577.

⁽¹⁹⁾ Esta opinión, aún emitida bajo la vigencia de la LEC/1981, puede ser válida tras la entrada en vigor de la LEC/2000.

⁽²⁰⁾ Como ya pusimos de relieve en su momento, en la práctica se pueden apreciar resoluciones dictadas por Juzgados de Familia que estiman la petición de uno de los convivientes de pensión compensatoria del art. 97 del CC.

por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del último domicilio común de los progenitores. En el caso de residir los progenitores en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante, el del domicilio del demandado o el de la residencia del menor”.

A este respecto, llama la atención cómo el legislador ha optado por el fuero del último domicilio de los progenitores y no por el del domicilio de los hijos menores. Este fuero será de aplicación tanto si objetivamente es competente el Juzgado de Familia como si lo es el Juzgado ordinario de primera Instancia en aquellos partidos donde aquél no exista. Este fuero es de carácter imperativo, es derecho necesario del que las partes no pueden disponer por la vía de la sumisión expresa o tácita.

C) Medidas.

Conforme al artículo 770.6.º de la LEC/2000, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación o divorcio, recogidas en los artículos 771 y ss. de la LEC/2000 ⁽²¹⁾.

D) Procedimiento.

Los trámites procesales adecuados son los correspondientes a los del Juicio Verbal, recogido, con carácter general, en los arts. 437 y ss. LEC/2000, con una serie de especialidades, lo que hace que lo denominemos “*juicio verbal especial de familia*”, y ello en virtud de lo dispuesto en el art. 753 de la LEC/2000, según el cual “*...los procesos a que se refiere este título se sustanciarán por los trámites del juicio verbal...*”, en relación al apartado 4.º del art. 748.

E) Procedimiento de mutuo acuerdo.

Entendemos que la LEC/2000, en términos generales, no permite que en estos supuestos se pueda acudir al procedimiento que específicamente contiene

⁽²¹⁾ La Disposición Derogatoria única de la LEC/2000 deroga los **artículos 1880 a 1900 de la LEC/1881** comprendidos dentro del Título IV “*Medidas provisionales en relación con las personas*” —derogados expresamente—, dejan de ser expedientes de jurisdicción voluntaria para ser regulados dentro de los procesos matrimoniales y de menores. Interesa destacar en este ámbito la derogación del apartado 4.º del art. 1880, referente a las “*Medidas provisionales en relación con los hijos de familia*”.

su artículo 777 para los supuestos de mutuo acuerdo⁽²²⁾. En los casos en que se pretenda la decisión judicial sobre esta materia, de mutuo acuerdo, estimamos que la demanda se debe plantear como si fuera contenciosa, y después en el acto de la vista del juicio verbal presentar un “convenio regulador” vía transaccional, tal y como lo permite el artículo 19 de la LEC/2000, a fin de que el mismo sea aprobado judicialmente⁽²³⁾.

II. PROCESOS PARA CUALQUIER OTRA CUESTIÓN SUSCITADA POR LAS UNIONES DE HECHO⁽²⁴⁾

Con carácter previo y general hemos de decir que, en nuestra opinión, la entrada en vigor de la LEC/2000, en esta sede, ha simplificado la cuestión respecto a lo que acontecía durante la vigencia de la LEC/1881⁽²⁵⁾.

(22) Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 28 de diciembre de 1999.

(23) En estos mismos términos se pronuncia Josep Martinell, en la obra citada, pág. 843.

(24) La derogación de las **disposiciones adicionales primera a novena de la Ley 30/1981, de 7 de julio**, es lógica si tenemos en cuenta que la LEC/2000, en su Libro IV, Título I, Capítulo IV, regula, de forma sistemática, los procesos matrimoniales y de menores. Adviértase que la disposición adicional décima no ha sido derogada. Los arts. 771 y 773 LEC/2000 contemplan las medidas previas y coetáneas. Procedimientos de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro (art. 777, apartado 1: “...se tramitarán por el procedimiento establecido en el presente artículo”—), para los contenciosos (art. 770 —trámite del juicio verbal con ciertas especialidades—), y la regla especial de competencia territorial (art. 769). El artículo 807 de la LEC/2000, en nuestra opinión, modifica, de forma implícita, el ámbito competencial de los Juzgados de Familia (Real Decreto 1332/1981), en cuanto al procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, desde el momento en que señala que: “*Será competente para conocer del procedimiento de liquidación el Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo o haya conocido del proceso de nulidad, separación o divorcio, o aquel ante el que se sigan o se hayan seguido las actuaciones sobre disolución del régimen económico matrimonial por alguna de las causas previstas en la legislación civil*”.

(25) Constandonos aquellas posturas doctrinales que defendían que al típico supuesto de convivencia de parejas no casadas, en vivienda común y con hijos, debe aplicarse, por razón de analogía, las mismas normas procesales que las establecidas para el matrimonio (Segovia López), no cabe duda de que en esta sede deberemos seguir los trámites procesales contenidos en las Disposiciones adicionales 5.^a (contencioso) y 6.^a (de mutuo acuerdo) de la Ley de 7 de junio de 1981; siendo esta tesis apoyada —en cierto grado—, por la doctrina de Audiencias, —*obiter dictum*— reconoce la viabilidad de la aplicación de la Disposición Adicional 5.^a de la Ley 30/1981. Por último, también cabía

A) **Ámbito de aplicación.**

Cualquier cuestión que suscite la ruptura de la convivencia *more uxorio*, y que exceda del estricto ámbito de la guarda y custodia y alimentos a favor de los hijos comunes menores, incluso en los supuestos de atribución judicial de la vivienda familiar, aunque sea a favor del hijo menor (según doctrina mayoritaria).

Es decir, aquí tienen cabida todas las pretensiones referentes a los convivientes —pensiones, indemnizaciones, liquidación de la comunidad económica...— que se ventilen de forma contenciosa.

Contrariamente a lo que estiman algunos autores, no hace falta un pronunciamiento judicial sobre la disolución del vínculo, puesto que éste no existe. Así, las Sentencias del TS de 30 de diciembre de 1994 y de la sección 1.^a de la AP de Toledo de 18 de mayo de 2000 ⁽²⁶⁾ disponen que “...*el examen analógico comparativo de las uniones de hecho y las matrimoniales no ofrecen unas considerables diferencias; así, mientras las primeras son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, las segundas no, lo que da lugar a que respecto de estas últimas surjan una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones, tal acontece por ejemplo con la creación del status iuris casado/a que tampoco es de aplicación a las uniones more uxorio; lo mismo acontece con los requisitos que la disolución de las matrimoniales requieren y no juegan para las de puro hecho...*”.

B) **Competencia judicial.**

1. *Objetiva.*

Serán de aplicación los fueros judiciales generales (arts. 85 LOPJ y 45 LEC/2000), de donde resulta que será competente el Juzgado de Primera Instancia. Compartimos plenamente la crítica que Altamira GONZALO VALGANÓN ⁽²⁷⁾ realiza al silencio que la nueva LEC guarda sobre esta materia. En

destacar la postura de Francisco-Javier de Frutos Virseda, para el que, en cualquier caso, resultan inaplicables, por analogía, a los supuestos de uniones de hecho los procedimientos previstos en ambas Disposiciones adicionales de la Ley de 7 de junio de 1981, sino que, junto con Eduardo Hijas Fernández, considera aplicable el juicio declarativo ordinario de menor cuantía contemplado en el art. 484 de la LEC. Con todo, y como reconoce el propio autor meritado, es práctica habitual en los Juzgados y Tribunales acudir a la vía de la D.A. 6.^a de la L. 30/1981.

⁽²⁶⁾ Ponente: Sr. Buceta Miller.

⁽²⁷⁾ *Los procesos matrimoniales...*, ob. cit., pág. 96.

concreto esta abogada destaca que una ley como esta con vocación de larga duración deja fuera de la competencia de los Juzgados de Familia el conocimiento de la resolución de las crisis en las uniones de hecho, homo o heterosexuales, cuando no existan hijos menores de edad, máxime —sigue destacando esta autora—, cuando algunas comunidades autónomas tienen ya aprobadas normas sustantivas reguladoras de los efectos personales y patrimoniales de dichas uniones.

Lo anterior, con carácter general, es correcto, pero hemos de destacar el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 14 de junio de 2000, por el que se atribuye el conocimiento de determinadas materias del CC a los Juzgados de Primera Instancia núms. 7 y 8 de Santa Cruz de Tenerife⁽²⁸⁾, cuyo artículo 1.^º atribuye con carácter exclusivo a los Juzgados de Primera Instancia núms. 7 y 8 de dicha ciudad el conocimiento de las materias comprendidas en los títulos IV, V, VI y VII del Libro I del CC, y título III del Libro IV del CC, así como de las cuestiones análogas derivadas de las uniones de hecho. Con esta medida, según el Preámbulo de dicho Acuerdo, no cabe duda de que de esta manera ambos Juzgados se aproximan de manera nítida a lo que el Libro Blanco de la Justicia denomina “Juzgados de estado civil”, por lo que desde esta perspectiva la especialización que se analiza ha de merecer un parecer favorable. Efectivamente, aun siendo esta medida un importante avance en esta materia, a fin de evitar la dualidad competencial tantas veces denunciada por la doctrina, qué duda cabe de que en el futuro próximo deberá ser sancionada legalmente con carácter general.

2. Territorial.

Dispone —como fuero general de las personas físicas—, el art. 50.1 de la LEC/2000, que: *“Salvo que la Ley disponga otra cosa, la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado y si no lo tuviere en el territorio nacional, será Juez competente el de su residencia en dicho territorio”*.

Por tanto, será competente el Juzgado del lugar del domicilio del demandado.

C) Medidas cautelares.

Ante la imposibilidad de la aplicación analógica, para estos supuestos, de las medidas previas o coetáneas previstas por el legislador específicamente para

(28) BOE de 29 de junio de 2000.

los supuestos de los procedimientos matrimoniales⁽²⁹⁾, o de menores, podría entenderse la posibilidad de solicitar medidas cautelares (art. 727.11.º, en relación con el 723.1.º LEC/2000), aunque recordemos que durante la vigencia de la LEC/1881, y ante la posibilidad de la aplicación de alguna medida cautelar innominada (art. 1428 LEC/1881), la mayoría de la doctrina científica se opuso

(29) Esta cuestión ya se suscitó con gran virulencia en la vigencia de la LEC/1881. La extensión o no de estas medidas a las uniones de hecho dependía de dichos preceptos, previstos expresamente para los supuestos de nulidad, separación o divorcio matrimoniales, y que son aplicables analógicamente a esta realidad social. Ciertamente el sector doctrinal (Luis Segovia López) entendía plenamente aplicable, por aplicación analógica, las previsiones de las medidas provisionales a las uniones de hecho. En cambio, para Eduardo Hijas Fernández su inaplicación no supone una discriminación del art. 24 de la Constitución. Miguel López-Muñoz estima que el art. 104 del CC prevé su aplicación únicamente en las causas conyugales. Aunque Esther Vilalta y Rosa Méndez (“Acciones sobre parejas de hecho”, pág. 22), entienden que “parece razonable que puedan adoptarse medidas de eficacia provisional análogas a las contempladas en el artículo 103.2 del CC”.

Por último interesa destacar la Sentencia de la sección 1.ª de la AP de Tarragona, de 28 de diciembre de 1999:

«Segundo.—La determinación y regulación de las consecuencias derivadas de la ruptura de una pareja de hecho no puede efectuarse a través de los procesos matrimoniales, como ya ha tenido ocasión de declarar la Jurisprudencia y se puso de manifiesto en este caso tramitándose la demanda a través del procedimiento ordinario común de Menor Cuantía. Por esta razón no son aplicables los trámites de medidas provisionales que sólo están previstos con relación a estos procesos especiales.

Las medidas provisionales reguladas en los arts. 1881 y 1886 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sólo están previstas con relación a los procesos matrimoniales específicamente establecidos para deducir demandas de divorcio, nulidad o separación matrimonial, a fin de regular las condiciones y situación del matrimonio y sus hijos durante la tramitación de estos procedimientos.

Sobre esta cuestión se pronunció el Tribunal Constitucional, S. 1.ª, Auto de 28 de noviembre de 1994 al considerar que no se infringe el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ni el derecho a la igualdad (art. 14 CE), así como tampoco lo establecido en el art. 39.2 CE, al denegar la tramitación del procedimiento de medidas previas o provisionales, previsto en los arts. 1104 C.C. y 1881 LEC, para la adopción de las medidas solicitadas reguladoras transitoriamente de la situación generada por la ruptura de una convivencia no matrimonial.

Tercero.—Conforme a lo expuesto, procede confirmar la sentencia apelada que mantenía la inviabilidad del procedimiento solicitado al no ser aplicable el trámite instado a la pretensión que, con carácter provisional, se deduce.

En este sentido, cuando se trata de adoptar decisiones y medidas sobre la guarda, custodia y alimentos de los hijos, la doctrina y Jurisprudencia se inclinan mayoritariamente por aplicar la disposición transitoria décima de la Ley 11/81 de 13 de mayo que se remite a las normas de la Jurisdicción voluntaria ‘para resolver las controversias surgidas en el ejercicio de la patria potestad’ en tanto no se dicte la sentencia definitiva.

Pero cuando se pretende otro tipo de medidas, como es el caso, sobre relaciones personales o patrimoniales referentes a pareja no casada, la ley procesal carece de previsión alguna para encauzar la posibilidad de adoptar una decisión de carácter provisional que deba regir durante la tramitación del proceso”.

a esta posibilidad. Así, entendía Eduardo PORRES ORTIZ DE URBINA⁽³⁰⁾, que ésta no se adapta, por sus características, a las exigencias de un conflicto convivencial, puesto que está pensada para garantizar el cumplimiento de obligaciones civiles ordinarias. Igualmente se manifestó Luis Segovia López, para el que dicha posibilidad no era adecuada⁽³¹⁾.

Como dispone la Sentencia de la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 19 de febrero de 2000⁽³²⁾: “... *ante la ausencia de una normativa procesal específica reguladora de los conflictos suscitados por las crisis de las parejas de hecho el mecanismo adecuado para solucionar los problemas es el que se ha seguido en el caso de autos acudiendo a los trámites de la jurisdicción voluntaria o, aplicando analógicamente la Disposición adicional 4.^a referida a las medidas provisionales...*”.

D) Procedimiento.

En la anterior legalidad se suscitó la cuestión referente a si en el proceso principal que ratifique o convalide las mismas no es admisible aplicar analógicamente la Disposición adicional 5.^a por cuanto si bien establece un procedimiento declarativo ordinario y contencioso para la resolución de las peticiones de nulidad, separación o divorcio matrimonial, dicho cauce solo es aplicable a los procesos matrimoniales, según su tenor literal, al tiempo que tampoco es posible el uso de la analogía al no existir laguna legal, requisito exigido por el art. 4.1 del Código Civil, toda vez que los litigios suscitados por los convivientes *more uxorio* pueden ventilarse acudiendo a las normas generales de la LEC, que en el caso como el presente remite al Juicio Declarativo de Menor Cuantía,

(30) “Las uniones extramatrimoniales”. Comunicación presentada en las Jornadas sobre Derecho de Familia organizadas por el Consejo General del Poder Judicial en abril de 1993. Publicado por el Consejo en Cuadernos de Derecho Judicial (núm. X de 1993).

(31) Ofrece este autor los siguientes argumentos: “En primer lugar, porque tales medidas requieren pruebas por escrito, en que aparezca con claridad la obligación de hacer o no hacer o de entregar cosas, que no encaja con las medidas citadas, que son de derecho familiar. Por otra parte, el citado art. 1428 exige fianza, que en estos casos de crisis de la pareja parece completamente inadecuada. Y por último, en las poblaciones con Juzgado de Familia, que debería conocer de estos juicios, y aplicar los mismos criterios (protección a los hijos y al interés familiar, aplicación de dictámenes periciales psicológicos, intervención del Ministerio Fiscal, revisión de las medidas en ejecución de sentencia...), es absurdo que a las parejas casadas se les apliquen las normas de las disposiciones adicionales de la Ley de 7 de junio de 1981 y sus normas procesales, complementarias y posteriores, y en cambio a las parejas no casadas se les aplique toda la solemnidad de proceso de menor cuantía y sus recursos...”.

(32) Ponente: Sr. Velázquez de Castro Puerta.

aplicable a demandas relativas al estado civil de las personas (art. 484.2), o a cualquier tipo de demanda para la que no se disponga otra cosa (art. 484.4) de ahí que el cauce procedimental elegido parece que ha sido inadecuado, sin perjuicio de que la parte pueda acudir al correcto.

Ahora, en la nueva LEC, estas cuestiones deberán sustanciarse —ante la omisión legislativa—, por los procedimientos generales, es decir, el declarativo que por la cuantía corresponda: verbal u ordinario, conforme lo dispuesto en el artículo 248 de la LEC/2000, que en su apartado 2.3.º dispone que *“las normas de determinación de la clase de juicio por razón de la cuantía sólo se aplicarán en defecto de norma por razón de la materia”*. El artículo 249.2 de la LEC/2000, a este respecto, dispone que *“se decidirán también en el juicio ordinario las demandas (...) cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo”*, siendo ratificado por el apartado 3.º del artículo 253 de la LEC/2000, según el cual *“cuando el actor no pueda determinar la cuantía ni siquiera en forma relativa, por carecer el objeto de interés económico, por no poderse calcular dicho interés conforme a ninguna de las reglas legales de determinación de la cuantía, o porque, aun existiendo regla de cálculo aplicable, no se pudiera determinar aquélla al momento de interponer la demanda, ésta se sustanciará conforme a los cauces del juicio ordinario”*.

A grandes rasgos, el desarrollo del Juicio Ordinario puede resumirse en lo siguiente. En la audiencia previa se intenta inicialmente un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso y, si tal acuerdo no se logra, se resuelven las posibles cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, se determinan con precisión las pretensiones de las partes y el ámbito de su controversia, se intenta nuevamente un acuerdo entre los litigantes y, en caso de no alcanzarse y de existir hechos controvertidos, se proponen y admiten las pruebas pertinentes. En el juicio, se practica la prueba y se formulan las conclusiones sobre ésta, finalizando con informes sobre los aspectos jurídicos, salvo que todas las partes prefieran informar por escrito o el tribunal lo estime oportuno. De todas las actuaciones públicas y orales, en ambas instancias, quedará constancia mediante los instrumentos oportunos de grabación y reproducción, sin perjuicio de las actas necesarias (Exposición de Motivos).

La regulación específica del *“juicio ordinario”* se halla en el Libro II (*“de los procesos declarativos”*), Título II (*“del juicio ordinario”*) de la nueva LEC y, más concretamente, en sus arts. 399 y ss.

La primera parte de este procedimiento recuerda al anterior declarativo ordinario de menor cuantía (arts. 680 y ss. de la LEC de 1881):

- Demanda (arts. 399-404).
- Contestación a la demanda y reconvención (arts. 405-409).

— Audiencia previa al juicio (arts. 414-429). Respecto a este trámite, entiende Faustino CORDÓN MORENO⁽³³⁾ que toma modelo de la comparecencia del juicio de menor cuantía de la LEC de 1881 (arts. 691 y ss.). El art. 429 regula la proposición y admisión de la prueba, así como el señalamiento del juicio.

En cambio, llegado este momento, el legislador introduce la que, en opinión de Faustino CORDÓN MORENO, es la gran novedad de esta modalidad procedimental, cual es la del Juicio, regulado en los arts. 431-433. La finalidad de éste no es otra que la de practicar las pruebas de declaración de las partes, testifical, informes orales y contradictorios de peritos, reconocimiento judicial en su caso y reproducción de palabras, imágenes y sonidos, formulando además las conclusiones sobre éstas.

El artículo 399 de la LEC/2000 dispone que el juicio principiará por demanda⁽³⁴⁾, y ello —como pone de manifiesto Juan DAMIÁN MORENO⁽³⁵⁾— porque este es el acto iniciador de la fase de alegaciones. La fase de alegaciones —sigue afirmando este autor— constituye uno de los períodos más decisivos del proceso civil en la medida en que la ley le reserva la importante función de determinar el objeto del proceso y en último extremo establecer los límites del poder decisorio del Juez.

En el escrito de demanda se consignarán los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida.

Junto a la designación del actor se hará mención del nombre y apellidos del procurador y del abogado, cuando intervengan.

⁽³³⁾ *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000, de 7 de enero*, Editorial Aranzadi, 2000, pág. 211.

⁽³⁴⁾ Señalan José-María PAZ RUBIO, Francisco-Javier ACHAERANDIO GUIJARRO, Asunción DE ANDRÉS HERRERO, Ángel-Vicente ILLESCAS RUS, Leopoldo PUENTE SEGURA y Celestino SALGADO CASERO (pág. 568), la semejanza terminológica y de contenido entre el apartado 1 y el párrafo primero del artículo 524 de la LEC/1881, a excepción de la referencia al art. 155. Procede destacar —siguen afirmando estos autores— *además de innecesaria, esta detallista descripción de todas y cada una de las menciones que debe reunir la demanda, puede llevar a interpretaciones desproporcionadas sobre la apreciación de demanda defectuosa o incluso, en trámite inicial de admisión en relación con la subsanación de requisitos formales.*

⁽³⁵⁾ Comentario al art. 399 de la LEC, en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, obra colectiva dirigida por Vicente Guilarte. Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, tomo II, pág. 2075.

Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, se formularán valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecieren convenientes para el derecho del litigante.

En los fundamentos de derecho, además de los que se refieran al asunto de fondo planteado, se incluirán, con la adecuada separación, las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda, así como sobre cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo.

En la petición, cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación. Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente.

E) Ruptura de la convivencia de mutuo acuerdo.

La cuestión de si las previsiones que la disposición adicional 6.^a de la Ley 30/1981 eran aplicables a las uniones de hecho hizo correr ríos de tinta entre la doctrina y jurisprudencia patrias; siendo resuelta —no de forma unánime, pero sí ampliamente mayoritaria—, en el sentido afirmativo.

La derogación de dicha disposición normativa, como consecuencia de la nueva redacción del artículo 777 de la LEC/2000, motiva parecidos interrogantes: ¿cabrá dicha aplicación analógica de dichas previsiones a estos supuestos de ruptura?

Como ya expusimos en los primeros apuntes del presente comentario, no somos partidarios de la analogía en las normas procesales, por lo tanto la solución ha de ser, en principio, negativa⁽³⁶⁾, puesto que no ha sido la intención del legislador dicha aplicación⁽³⁷⁾. Efectivamente, dichas previsiones están limitadas a las peticiones de separación o divorcio presentadas de mutuo acuerdo por

⁽³⁶⁾ Cfr., en este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 28 de diciembre de 1999.

⁽³⁷⁾ Frente a autoras como Esther Vilalta y Rosa M. Méndez (ob. cit., pág. 23), que se muestran favorables. En concreto éstas afirman que “la coherencia nos llevaría a abogar por la aplicación analógica del art. 777 LEC referido a la declaración de separación, divorcio o nulidad de mutuo acuerdo, aun a pesar del hoy por hoy lacónico tratamiento

ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. Los términos en que dicho precepto se expresa son inequívocos.

Ahora bien, en estos casos creemos que se puede presentar a la aprobación judicial un convenio regulador confeccionado de mutuo acuerdo por los convivientes, aprovechando la vía transaccional, según previenen el artículo 19.1 y 2 de la LEC/2000 y el 1809 LEC/1881 (D.D. Única.1.1 LEC/2000). Creemos que esta posibilidad, salvo mejor criterio, es la más fiable y ajustada a la nueva legalidad vigente.

III. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA CONSULTADA

Enrique RAMOS CHAPARRO: “Los procesos sobre capacidad y estado en la nueva LEC (glosa general)”, *Actualidad Civil*, núm. 10. 5 al 11 de marzo de 2001.

Josep-M. MARTINELL: *Formularios de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Economist & Jurist. Barcelona, 2001.

Eduardo HIJAS MARTÍNEZ:

— Conclusiones publicadas del III Congreso de Derecho de Familia celebrado en Alicante en julio de 2000.

— *Derecho de familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia de Madrid*. Lex Nova, Valladolid, 1999.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA: *Los procesos matrimoniales (en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil)*. Asociación Española de Abogados de Familia. Dykinson, 2000.

Miguel LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI: *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*. Colex, 2001. 4.^a edición.

Eduardo PORRES ORTIZ DE URBINA: “Las uniones extramatrimoniales”. Comunicación presentada en las Jornadas sobre Derecho de Familia organizadas por el Consejo General del Poder Judicial en abril de 1993. Publicado por el Consejo en Cuadernos de Derecho Judicial (núm. X de 1993).

Faustino CORDÓN MORENO: *Ley de Enjuiciamiento Civil. Ley 1/2000, de 7 enero*. Aranzadi, 2000.

doctrinal y jurisprudencial. A este argumento —siguen afirmando estas autoras—, se suma el hecho de que la falta de controversia entre los ex convivientes hace sumamente inadecuado un proceso contencioso; y en definitiva tampoco se ha aprobado la Ley de jurisdicción voluntaria que podría tal vez llenar este vacío procesal. Serán, pues los tribunales los encargados una vez más de adecuar el derecho a la realidad en sus decisiones judiciales...”.

Esther VILALTA y Rosa M.^a MÉNDEZ: *Las acciones sobre parejas de hecho*. Bosch, 2001.

Ana M.^a PÉREZ VALLEJO y M.^a Belén SAINZ-CANTERO CAPARRÓS: *El convenio regulador y los procesos matrimoniales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Comares, Granada, 2001.

VV.AA.: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, obra colectiva dirigida por Vicente Guilarte. Lex Nova. Valladolid, 2000.

VV.AA.: *Ley de Enjuiciamiento Civil. Comentada y con Jurisprudencia*. La Ley. Octubre, 2000.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: “Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho”. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid, 1998.

Luis ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA: “Uniones de hecho”. Cuadernos de familia. La Ley-Actualidad, 1998.

Francisco-Javier DE FRUTOS VIRSEDA: “Uniones no matrimoniales. Procedimiento a seguir si existe acuerdo”. La Ley, 1996-4.

Luis SEGOVIA LÓPEZ: “Parejas no casadas”. La Ley, 1993-1961.

GRUPO DE ABOGADOS DE DERECHO DE FAMILIA: *Repertorio de sentencias de derecho de familia de la Audiencia Provincial de Granada*. Comares. Granada, 1999.

LA PENSIÓN COMPENSATORIA. UNA VISIÓN DE FUTURO

AGUSTÍN CAÑETE QUESADA

Abogado

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN: ANÁLISIS CRÍTICO.

II. FUNDAMENTO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

III. PRESUPUESTOS PARA SU CONCESIÓN.

1. La existencia de un contrato matrimonial que haya generado el consiguiente proyecto convivencial de futuro entre los esposos.
2. La existencia de un desequilibrio económico a la fecha de la ruptura convivencial, aplicando para su apreciación un doble agravio comparativo a nivel personal y temporal.
 - A) *Situaciones en que ambos cónyuges tengan una fuente de ingresos propia, de carácter similar o parecida.*
 - B) *Situaciones en que ambos cónyuges dependan de una fuente de ingresos común.*
 - C) *Situaciones de precariedad económica familiar.*
3. Existencia de un perjuicio o daño de carácter objetivo e injusto, que tiene su origen inmediato en la frustración del proyecto convivencial.
4. Existencia del marco de viabilidad, conveniencia y posibilidad preciso para hacer surgir el derecho a indemnizar por medio de la pensión, a tenor del resto de medidas que van a regir la crisis matrimonial en el futuro.

IV. NOTAS DELIMITADORAS DEL DERECHO A LA PENSIÓN.

1. Obligación legal derivada del fracaso del contrato matrimonial.
 2. Carácter circunstancial, relativo y condicional del derecho a la pensión compensatoria.
 3. La pensión compensatoria como un remedio positivizado judicialmente a través de una sentencia de separación o de divorcio.
 4. Derecho de incumplimiento criminalizado.
 5. Derecho rogado, transigible y renunciable.
-

I. INTRODUCCIÓN: ANÁLISIS CRÍTICO

La Ley de Divorcio de 1981 introdujo en nuestro sistema normativo la figura de la pensión compensatoria para los supuestos de separación o divorcio. La realidad social de aquella época que había estado marcada hasta ese momento por la indisolubilidad del vínculo matrimonial invadió el ánimo del legislador en un perenne esfuerzo por mantener el valor del matrimonio y de la familia tradicional a toda costa, incluso con posterioridad a la ruptura o disolución ya permitida institucionalmente, proclamando indirectamente y con la ayuda de una pronta interpretación jurisprudencial que se dejó notar, la solidaridad postmatrimonial o la eternidad del deber de socorro entre los cónyuges.

No dudo que en aquel contexto social y temporal la aparición de dicha figura, bajo ese prisma eminentemente proteccionista de la familia tradicional, fuese la más sensata de cara a evitar en la generalidad de los casos injustas situaciones, todo ello, a pesar del confusionismo que la propia figura inspiraba tras su regulación normativa que dejaba y deja un amplio margen para la discrecionalidad e, incluso, arbitrariedad judicial.

Ahora bien, el paso del tiempo, la aparición de nuevas formas de familia —protegidas también constitucionalmente—, la liberalización de la mujer y su acceso creciente al mundo laboral, la consolidación del divorcio con la consiguiente inestabilidad del matrimonio que se evidencia en nuestros días, el individualismo que desgraciadamente impera en nuestra frenética sociedad consumista y el olvido de aquellos viejos y tradicionales valores hacen que meditemos sobre la conveniencia de mantener o matizar, en este nuevo siglo, una consecuencia de la ruptura de parejas, como lo es, la denominada pensión compensatoria.

A mi juicio, dicha figura jurídica ha de mantenerse, pero su regulación debe ser matizada de forma escrupulosa, adaptándola a la realidad en que vivimos y dejando el menor resquicio de duda posible en su aplicación, modificación o extinción. La naturaleza jurídica de la figura debe ser perfilada, sin olvidar la previa existencia de desequilibrio económico como requisito objetivo de la misma y bajo la idea del resarcimiento de un daño objetivo (desvinculado de toda idea de culpabilidad), de carácter injusto (en el sentido de no poder ser resarcible o compensable por otras vías) y que sea factible y oportuno indemnizar tras un examen de las demás medidas que van a regir la crisis matrimonial en el futuro y, ello, en base al concreto entorno o contexto en el que queda la familia tras ruptura matrimonial; debiéndose desligar dicha pensión de tintes asistenciales o puramente compensatorios que han invadido hasta el momento gran parte de nuestra jurisprudencia menor y que hunden a la misma en un amplio margen de inseguridad jurídica.

Por último, a tenor de la realidad social en la que nos encontramos, debe ser desechada la idea de dicha pensión como “una suerte de seguro vitalicio” a favor del miembro económicamente más débil, debiendo imperar, como norma general, su temporalidad. También, a mi juicio, se debe romper con las consecuencias criminalizadas de su incumplimiento dado que ello nos sitúa, sin una explicación o justificación convincente o adecuada, en una posición muy cercana a la prisión por deudas proscrita por nuestro ordenamiento jurídico.

En todo caso, con reforma legal o sin ella, y aunque esté de más decirlo, las sentencias matrimoniales que constituyan tal obligación legal a favor de alguno de los cónyuges y en detrimento del otro deben estar suficientemente razonadas con respecto al momento en el que se acuerdan, requiriendo si se quiere “un plus de motivación” en orden a especificar las razones concretas que han llevado al Juez o a los cónyuges —por medio de convenio regulador que posteriormente se homologa o autoriza judicialmente— a decretar o pactar este tipo de pensión, circunstancia ésta que favorecerá una mayor seguridad jurídica y permitirá, con las debidas garantías, esgrimir el derecho o defenderse ante una eventual y posterior pretensión de modificación o extinción por alteración sustancial de las circunstancias o por cesación de la causa que motivó su aparición.

II. FUNDAMENTO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Las condiciones objetivas básicas que precisa el ordenamiento jurídico para que nazca el derecho a poder exigir el devengo de dicha pensión son la existencia del matrimonio y la concurrencia a la fecha de la ruptura matrimonial de una situación de desequilibrio, apreciada tanto en el plano subjetivo (posición de un cónyuge respecto de la del otro) como en el temporal (comparando la situación existente en el momento mismo de la ruptura convivencial con la que

presumiblemente sea la posición futura tras la separación o el divorcio). Dicho desequilibrio económico debe ser conjugado “ab initio” bajo ese doble agravio comparativo. Así pues, la existencia de dicho desequilibrio económico apreciado en ese doble plano se constituye, junto con la existencia del matrimonio, en “conditio iuris” imprescindible y necesaria para el reconocimiento y devengo de la llamada pensión compensatoria.

Acreditada dicha situación de desigualdad que además es capaz de provocar un desequilibrio económico en uno de los cónyuges respecto del otro, el mismo debe dar lugar a un perjuicio o daño cuya causa inmediata es la propia ruptura matrimonial, lo que quiere decir que, sin la frustración del proyecto común de vida que el matrimonio implica, el mismo no se hubiera producido. Debe existir esa relación causa-efecto entre el perjuicio y la ruptura matrimonial.

El perjuicio o daño al que me refiero es de carácter objetivo al ser su factor detonante la ruptura del proyecto convivencial, siendo intrascendente a tales efectos posibles notas culpabilísticas que son achacables a la ruptura en sí pero no a la creación del daño, ni justifican, en modo alguno, el devengo de la pensión que nace en nuestro ordenamiento jurídico a modo de solución o remedio para unas determinadas circunstancias de hecho, y no a modo de sanción, que pudiera ser impuesta al cónyuge “culpable”.

Además, dicho daño o perjuicio debe tener un carácter injusto en el sentido de no poder ser resarcible por otras vías; es en este particular supuesto donde la ley reacciona y concede al cónyuge que se crea perjudicado la posibilidad de solicitar del otro el devengo de una renta de carácter periódico, susceptible de actualización y garantía, que podrá ser incluso sustituida, mediante acuerdo de los cónyuges, por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo sobre determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.

Por último, dicha pensión compensatoria, necesariamente, debe ser reconocida judicialmente dentro del marco de posibilidad y conveniencia que el resto de medidas que van a regir la crisis matrimonial en el futuro aconsejen. Esta es una consecuencia de la falta de regulación autónoma de la pensión, habiendo querido el legislador configurarla dentro del marco de medidas definitivas a adoptar en las declaraciones principales de separación o de divorcio.

A mi juicio, la pensión compensatoria goza de un marcado carácter resarcitorio o indemnizatorio, nunca asistencial o alimenticio, de índole objetivo por cuanto su finalidad es corregir, en la medida de lo posible, el desequilibrio económico que la ruptura convivencial de los esposos produzca en relación con las respectivas posiciones en la que van a quedar los cónyuges tras la misma, siempre que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio y dicho desequilibrio objetivamente apreciado, añadido, tenga su causa

inmediata y única en el fracaso convivencial y no pueda resarcirse por otras vías, lo que provoca la aplicación de los principios de justicia o equidad.

Es cierto que la naturaleza puramente indemnizatoria de la pensión choca con la posibilidad de modificación a consecuencia de una alteración sustancial y posterior en la fortuna de uno y otro cónyuge que, en principio, debe ser ajena a la indemnización en su momento estipulada; o con la posibilidad de extinguir el derecho a la pensión si su perceptor contrae nuevo matrimonio o vive maritalmente con otra persona; o incluso con la falta de regulación de la temporalidad como causa de extinción de dicha pensión que, como todo daño objetivo resarcible, aunque sea sufragado a lo largo del tiempo por medio de una renta periódica, debe tener un principio y, lógicamente, un final. Ese carácter indemnizatorio tampoco coincide con la criminalización del impago —art. 227 del CP—, lo que nos llevaría a entender restaurada “la prisión por deudas” proscrita por nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora bien, todas las notas discordantes anteriormente referidas pueden tener una explicación lógica en la propia concepción de la pensión compensatoria como parte integrante de la regulación legal de las crisis matrimoniales, es decir, como una medida más a adoptar en los procesos de separación o de divorcio, medida ésta que no tiene una regulación o aplicación independiente o autónoma, sino que forma parte de un todo del cual no se puede desvincular. Responde así la pensión compensatoria, al igual que la propia separación judicial o el divorcio, a un remedio o solución más a adoptar dentro del ámbito que permitan el resto de medidas que van a regir las crisis matrimoniales, con la particularidad de ser una solución rogada y no de derecho necesario o de “ius cogens”.

Así pues, no toda descompensación existente entre los cónyuges tras la separación o el divorcio produce un derecho inmediato a la pensión regulada, sino que únicamente será indemnizable aquel acreditado desequilibrio capaz de producir en uno de los cónyuges un perjuicio de carácter objetivo e injusto que trae su causa inmediata en la propia ruptura matrimonial y que deberá ser resarcible, siempre y cuando el resto de medidas que van a regir la crisis matrimonial lo permitan o posibiliten.

La función de la pensión compensatoria no es la de igualar patrimonios o solventar estados de necesidad, ni tampoco es una consecuencia del principio de solidaridad conyugal que fenece con la disolución de vínculo matrimonial, al menos, en el plano de las relaciones horizontales entre cónyuges, subsistiendo únicamente dicha solidaridad y obligación legal con respecto a los hijos comunes.

La función de la pensión es la de indemnizar a uno de los cónyuges por la merma de ingresos desequilibrante para el mismo y consiguiente disminución del nivel de vida que el fracaso del proyecto común llamado matrimonio conlle-

va, pero todo ello solo en determinadas circunstancias configuradoras, en una relación causa-efecto, de un daño objetivamente resarcible, irrecuperable por otros medios y perfectamente evaluable. La determinación cuantitativa y temporal ha de establecerse conforme a las circunstancias concretas que concurran en el matrimonio en crisis y que, “ad exemplum”, cita el art. 97 del Código Civil de una manera abierta sin desdeñar la posible existencia de otras que puedan ayudar también a la concreción del derecho.

Para terminar, he de decir que soy consciente de la existencia de otras tendencias doctrinales que llevan a dotar a la pensión de un carácter asistencial o puramente compensatorio que, al menos en la norma jurídica, no se expresa de una forma clara o terminante, y que encuentran su fundamento en el llamado principio de solidaridad postconyugal que, por sí solo, justificaría el devengo de la pensión de cara a compensar la situación de hecho desigual que se crea, con carácter general, en las rupturas matrimoniales. Si diéramos relevancia a tales postulados puramente asistenciales o compensatorios, de forma y manera radical, nos encontraríamos con el choque frontal de normas jurídicas (arts. 143 y 144 del CC) o con resultados no queridos por el propio legislador y que atentaría a los principios de justicia o equidad.

La finalidad de la pensión es la de resarcir un daño objetivamente evaluable en situaciones de desequilibrio económico que se manifiestan a consecuencia del fracaso del proyecto convivencial y por circunstancias concretas que en pro del proyecto común y en renuncia de intereses particulares concurren en un solo cónyuge y que, siendo irrecuperables de hecho y de derecho, y por tanto injustas, deben ser indemnizadas por el cónyuge benefactor de cara a evitar situaciones de enriquecimiento injusto o desigualdad de oportunidades ante el nuevo hecho que supone hacer una vida independiente.

A mi juicio y dejando a salvo el deber del cónyuge de prestar alimentos a sus hijos (mayores o menores de edad), a su esposa (en los casos de separación judicial) o de contribuir al levantamiento de las cargas familiares en los supuestos en que éstas existan y sean exigibles a la pareja, no existe tal principio de solidaridad postconyugal una vez que se decreta la disolución del vínculo matrimonial. Si bien la separación hace desaparecer los deberes de convivencia y fidelidad, pero no los de socorro y ayuda mutua (arts. 67, 68 y 143 del CC), el divorcio rompe con todo lazo de unión entre los que antaño fueron esposos, sin que ningún deber de solidaridad, socorro o ayuda sea predicable de forma recíproca.

No está pues la razón de ser de la pensión en el mal llamado principio de solidaridad postconyugal, principio de naturaleza asistencial no acorde con el carácter eminentemente indemnizatorio de la pensión y que se torna más bien ético o moral que legal, dado que una vez declarado el divorcio de los cónyuges sería incongruente desde el punto de vista legal tal posicionamiento. Tampoco

obliga al devengo de la pensión un absurdo empecinamiento por mantener el nivel de vida que el matrimonio adquirió y que la propia ruptura matrimonial, consentida u obligada, se encarga de desestabilizar en la mayoría de los casos y que nos llevaría a sancionar al cónyuge que se encuentre en mejor situación económica y por el hecho mismo de sus desavenencias conyugales. Tampoco debe encontrar su fundamento la pensión en una pretendida igualación de la riqueza patrimonial entre los cónyuges dado que dichos aspectos deben venir regulados por el concreto régimen económico matrimonial al que los esposos se hubieran acogido y al cual deben someterse en coherencia con sus propios actos. El desequilibrio económico al que se refiere la norma funciona como condición de hecho necesaria para el devengo de la pensión, siendo un presupuesto más para el nacimiento del derecho. Así pues, habrá que desdeñar cualquier naturaleza puramente compensatoria que se predique de la pensión, dado que si bien el desequilibrio entre las posiciones de los cónyuges y en un momento temporal concreto es condición necesaria para el nacimiento y reconocimiento de la pensión, dicha circunstancia no es la única que debe concurrir y probarse, como anteriormente hemos expuesto.

La razón de ser de la pensión establecida en el art. 97 del CC debemos encontrarla en el principio de justicia o equidad que debe ser aplicado en orden a paliar un determinado perjuicio o daño de carácter injusto que tiene su origen inmediato en el fracaso del proyecto convivencial, no compensable por otras vías y que únicamente es apreciable en situaciones de desequilibrio económico por medio del agravio comparativo que resulte de las posiciones en las que quedan los cónyuges tras dicha ruptura y su panorámica de inminente futuro y que, por último y aun dándose las anteriores circunstancias, no es indemnizable en todos los casos o de forma incondicional, sino dentro del marco de conveniencia que el resto de medidas familiares aconsejen o posibiliten y bajo la expresa salvaguarda de intereses superiores como son los de los hijos (principio “bonum filii”), los cuales la sentencia matrimonial no puede olvidar y en todo caso ha de respetar. Existencia del matrimonio, del desequilibrio, del perjuicio objetivo e injusto y, por último, de la viabilidad o posibilidad de la pensión a tenor del contexto en el que queda la familia tras la regulación de su crisis, son notas que deben configurar el derecho a la pensión compensatoria.

El carácter puramente indemnizatorio de la pensión compensatoria se muestra de forma y manera tajante, dejando a salvo las distancias, claro está, en la Ley 10/1998, de 15 de julio, que sobre uniones estables de pareja ha sido aprobada y se encuentra actualmente en vigor en Cataluña. Dicha legislación prevé la posibilidad de solicitar una compensación económica, tanto para las uniones estables heterosexuales (arts. 13 y 16.3), como para las uniones estables homosexuales (arts. 31.1 y 32.3), y en caso de ruptura de la convivencia en vida, a aquel de los convivientes que sin retribución o con retribución insuficiente haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente y siempre

que dicha circunstancia haya generado una situación de desigualdad entre los patrimonios de los dos convivientes que implique un enriquecimiento injusto. Tal compensación económica tendrá que hacerse efectiva en el plazo máximo de tres años, incrementada en el interés legal a contar desde la fecha en que se haya reconocido. En principio tal compensación económica se pagará en metálico, salvo acuerdo de los convivientes en otro sentido o salvo que el juez, por causa justificada, autorice el pago con bienes del conviviente obligado.

Es evidente la discusión que a nivel doctrinal y jurisprudencial se produce en torno a la naturaleza jurídica de la llamada pensión compensatoria, lo que es prueba palpable de una inconcreta regulación legal que no es capaz de unificar a la doctrina y, dado que dicha discusión provoca resultados dispares, he de manifestarme contrario a las altas cotas de inseguridad jurídica que la figura suscita.

Fiel exponente de las variadas corrientes doctrinales existentes acerca de la naturaleza jurídica de la pensión establecida en el art. 97 del CC lo constituye el contenido de la brillante Sentencia de fecha 25 de octubre de 1991 dictada por la Sección Tercera de la A.P. de Córdoba (Ponente: Ilmo. Sr. Baena Ruiz) que establece, como premisa de arranque, que la determinación o delimitación de la concreta naturaleza jurídica de la pensión compensatoria rebasa el interés meramente doctrinal, jugando un papel fundamental en el terreno de la praxis, ya que según se profile dicha naturaleza jurídica se exigirán unos u otros presupuestos para poder declarar su procedencia, duración o cuantía. Dicha resolución judicial, tras hacer un breve análisis de las tres tendencias doctrinales existentes sobre la figura que comentamos (alimenticia o asistencial; compensatoria e indemnizatoria), se decanta por un cuarto posicionamiento, esgrimiendo la naturaleza híbrida de la llamada pensión por desequilibrio, no sin antes desechar su carácter asistencial o alimenticio, y argumentando para ello que las notas compensatorias o indemnizatorias no son excluyentes o antagónicas sino complementarias dado que, razona el Ponente, para la viabilidad de la pensión es preciso en primer lugar la existencia de una descompensación entre los cónyuges y, en segundo lugar, que el cónyuge en peor situación tenga derecho a un resarcimiento por el juego de las circunstancias que enumera el precepto en cuestión, pudiendo existir descompensación y derecho a resarcimiento, pero graduado en cero pesetas. La fundamentación de la resolución judicial es sumamente interesante.

De no admitirse tal tesis y abrazar la puramente compensatoria, llegaríamos a conclusiones de justicia ciega donde la simple celebración del matrimonio daría opción a los cónyuges a solicitar un derecho de nivelación de patrimonios, acaecida la separación o el divorcio, lo que indudablemente, y dado el carácter objetivo (y no culpabilístico) con que ha sido concebida tal pensión, provocaría un sinfín de uniones matrimoniales guiadas por el interés material del económicamente más débil.

Se debe distinguir entre la descompensación en las posiciones de los cónyuges al momento de la ruptura convivencial y la existencia de perjuicio o daño de carácter injusto capaz de ser resarcible por medio de la pensión; dado que si bien toda pensión compensatoria debe contar con la existencia de un desequilibrio previo (“conditio iuris”), no todo desequilibrio origina perjuicio o daño de carácter injusto y, por tanto, no toda situación de descompensación que pueda existir entre los cónyuges al momento de la ruptura es indemnizable o resarcible por medio de la pensión establecida en el art. 97 del CC. Incluso, puede ocurrir que, existiendo desequilibrio y perjuicio de carácter injusto, el mismo deba ser valorado en cero pesetas por así aconsejarlo el resto de medidas que deben establecerse, junto con la llamada pensión compensatoria, en una sentencia matrimonial (esto último es consecuencia de los criterios de viabilidad o posibilidad que predico en este trabajo).

Descartada resulta, desde mi punto de vista, la naturaleza asistencial de la pensión regulada en el art. 97 del CC dada su vinculación al concepto de perjuicio, siendo su condición jurídica la existencia del desequilibrio y su fundamento el dar solución adecuada a situaciones que atentan al principio de equidad o de justicia; mientras que la pensión alimenticia responde a criterios de necesidad, siendo su causa única e inmediata la indigencia o precariedad económica.

Existen algunas sentencias de diferentes Audiencias Provinciales que se posicionan acerca de la incompatibilidad de las pensiones alimenticias y compensatorias a favor de un cónyuge en sede de separación judicial (*Sentencias A.P. de Cádiz de 30 de junio de 1998, A.P. de Soria de 23 de octubre de 1997, A.P. de Coruña de 2 de noviembre de 1995*), argumentando, para ello, que en todo caso el devengo de la pensión compensatoria aglutina o integra los alimentos del cónyuge necesitado, dotando de un carácter asistencial a la pensión por desequilibrio que en ningún caso a mi juicio tiene y que tampoco se puede deducir de la circunstancia octava del art. 97 del Código Civil que debe ser aplicada para cuantificar o señalar el marco de posibilidad de la pensión compensatoria, no para fundamentar su concesión o reconocimiento.

Entiendo que no es correcta dicha fundamentación dado que pensión alimenticia y compensatoria responden a realidades distintas y a conceptos legales diferentes, no pudiendo confundirse so pena de desvirtuar la naturaleza jurídica de ambas figuras, lo que acarrearía, en la práctica y como de hecho viene ocurriendo, altas cotas de arbitrariedad e inseguridad jurídica. No es correcto argumentar que una pensión aglutina a la otra cuando, más bien, lo que se está queriendo decir es que a consecuencia del devengo de una pensión compensatoria puede ocurrir que no concurra el presupuesto esencial para el devengo de una pensión asistencial o de carácter alimenticio, como es el estado de necesidad o la indigencia.

En principio, la compatibilidad en el devengo de ambas pensiones a favor de un solo cónyuge y en una misma sentencia de separación judicial la creo perfectamente viable desde el punto de vista legal (*S.A.P. Gerona de 7 de noviembre de 1995*), siempre y cuando el grado de indigencia capaz de provocar el nacimiento del derecho a los alimentos a favor de un cónyuge sea posible captarlo y reconocerlo, a pesar de tener ese mismo cónyuge reconocido a su favor y, por otras causas, una pensión compensatoria. Si la cuantía de dicha pensión compensatoria rompe con el estado de indigencia o necesidad, es obvio que dicho cónyuge no tendrá derecho a ser alimentado por su consorte, pero no por el hecho de quedar aglutinado o embebido el derecho a los alimentos mediante el devengo de una pensión por desequilibrio, sino por no concurrir el estado de necesidad que requiere la prestación recíproca de alimentos entre cónyuges y que resulta aplicable en los casos de separación judicial a tenor de la falta de ruptura del vínculo matrimonial.

III. PRESUPUESTOS PARA SU CONCESIÓN

En orden a poder conceder la llamada pensión compensatoria, considero necesarios los siguientes presupuestos:

1. Existencia de un contrato matrimonial que ha generado el consiguiente proyecto convivencial de futuro entre los esposos.
2. Existencia de desequilibrio económico a la fecha de la ruptura de la convivencia, aplicando para su apreciación un doble agravio comparativo a nivel personal y temporal.
3. Existencia de perjuicio o daño de carácter objetivo e injusto que tiene su origen inmediato en la frustración del proyecto convivencial.
4. Existencia del marco de viabilidad, conveniencia y posibilidad del derecho a indemnizar por medio de la pensión, a tenor del resto de medidas que van a regir la crisis matrimonial en el futuro.

1. **La existencia de un contrato matrimonial que haya generado el consiguiente proyecto convivencial de futuro entre los esposos.**

Para poder solicitar el devengo de la pensión establecida en el art. 97 del Código Civil, requisito necesario y previo es *la existencia del matrimonio*. Lo anterior es así, puesto que dicha figura jurídica se pensó y reguló como medida legal de las rupturas matrimoniales, dotando a la misma de un carácter eminentemente rogado (lo que implica su renunciabilidad e imposibilidad de aprecia-

ción de oficio) y únicamente ponderable en los procesos matrimoniales de separación o divorcio. Dicho lo anterior, un respeto mínimo al principio de legalidad impide aplicar dicha norma a otro tipo de uniones que no sean las matrimoniales.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre este concreto particular y, sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda unión estable que de hecho exista entre un hombre y una mujer —como manifestación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)— y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de la unión matrimonial (art. 39 CE), no deja de ser cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio y que, al no serlo, no puede serle aplicada a aquélla —en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes— la normativa reguladora de éste, pues los que se unieron en tal forma, pudiendo haberse casado, lo hicieron precisamente, en la generalidad de los casos, para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma (*Sentencia T.S. de 21 de octubre de 1992*).

Dicho lo anterior, la pensión compensatoria regulada en el art. 97 del CC no puede ser predicable a las uniones no matrimoniales, ni tan siquiera por la vía analógica, máxime cuando se trata de una materia que no es de derecho necesario, habiendo sido creada y regulada únicamente para la institución matrimonial y que, en consecuencia, no puede proyectarse más allá de su estricto ámbito.

Lo anterior no quiere decir que por otras vías distintas de la especificada en el art. 97 del CC se pueda reconocer a las rupturas de las uniones no matrimoniales, mientras no exista una normativa expresa que las regule (dejando aparte las forales, en las que sí se regula), efectos de equivalente resultado que, en todo caso, deberán tener otro tipo de fundamentación o motivación jurídica —teoría del enriquecimiento injusto— y dependerán, en todo caso, del supuesto concreto que se plantee y sobre todo se pruebe ante los Tribunales.

Para terminar, a interesante conclusión se llega en la Sentencia de la A.P. de Palma de Mallorca, Sección 3.^a, de 25 de noviembre de 1996, según la cual los órganos judiciales, ante la crisis de las uniones de hecho, se han visto obligados a pronunciarse sobre las consecuencias personales y patrimoniales derivadas de la ruptura de la convivencia acudiendo, para su adecuada resolución y no sin vacilaciones e incluso contradicciones, a las normas reguladoras de los efectos de la disociación matrimonial, aplicándolas por analogía de conformidad con el art. 4.1 del CC, respecto de la guarda y custodia, alimentos de los hijos, derecho de visitas y atribución de la vivienda familiar, y con respecto a los efectos patrimoniales, aplicando los preceptos que regulan la sociedad de gananciales o

el enriquecimiento injusto, y para su liquidación los de la sociedad irregular mercantil.

Habrà que distinguir pues aquellas materias de derecho necesario (guarda y custodia, alimentos de los hijos, régimen de visitas, atribución del uso de la vivienda familiar), de aquellas otras materias que son de derecho dispositivo y que regulan las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, respecto de las cuales el T.S. ha declarado no serles de aplicación las normas del matrimonio (régimen económico matrimonial o pensión compensatoria), ni tan siquiera por analogía, debiéndose acudir, una vez acreditada la “affectio societatis”, a las normas que rigen la sociedad o la comunidad de bienes, y cuando se pruebe el incremento patrimonial de uno con el esfuerzo del otro, por la vía de la aplicación de la teoría del enriquecimiento injusto. (*Cfr. Sentencias del T.S. de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992; 22 de julio de 1993 y 27 de mayo, 11 de octubre y 24 de noviembre de 1994*).

Además de la existencia del matrimonio se hace también preciso para la concesión de la pensión compensatoria que los cónyuges hayan programado de una forma seria consolidar un proyecto convivencial de futuro, aunando a tal fin esfuerzos y expectativas legítimas.

No tendría ningún sentido la concesión de una pensión compensatoria por el simple hecho de contraer matrimonio, y se hace necesaria la existencia de un proyecto común que se pondrá de manifiesto en virtud de una convivencia marital durante el tiempo necesario para entender configurado un determinado status de vida (*Sentencias de la A.P. de Toledo de 8 de julio de 1997 y de la A.P. de Navarra de 30 de enero de 1995*), tiempo éste que no necesariamente ha de ser prolongado, puesto que de lo que se trata es de que exista tal proyecto en el que se impliquen de una manera seria ambos cónyuges y que tras su frustración puede originar un determinado perjuicio objetivo de carácter injusto que habrá que indemnizar, siempre y cuando el resto de medidas familiares lo aconsejen y permitan. La mayor o menor duración del matrimonio podrá ser tenida en cuenta, junto con otros factores, para la determinación de la cuantía o duración de la pensión. Así pues, sería factible reconocer el derecho a la pensión a pesar de una corta duración del matrimonio, aunque dicha circunstancia podría condicionar aspectos temporales y de cuantificación de la pensión. (*Ej.: la Sentencia de la A.P. de Orense de 18 de marzo de 1997 otorga una pensión compensatoria a favor de la esposa, de carácter temporal, y a pesar de que el matrimonio duró apenas cuatro meses*).

Cuando ese proyecto vital fracase y se produzca la efectiva ruptura de la convivencia marital será cuando podremos valorar si se ha producido o no un verdadero desequilibrio económico en las posiciones personales de los cónyuges y si dicha descompensación es capaz de provocar un perjuicio objetivo de carácter injusto e indemnizable por el juego de las circunstancias establecidas

en el art. 97 del CC o de otras posibles y dentro del marco de conveniencia que el resto de medidas definitivas que van a regir en el futuro el matrimonio en crisis posibiliten o permitan.

2. La existencia de un desequilibrio económico a la fecha de la ruptura convivencial, aplicando para su apreciación un doble agravio comparativo a nivel personal y temporal.

En la mayoría de los casos, el cese de la convivencia conyugal o el fracaso del proyecto convivencial da lugar a que un esposo sufra frente a la posición en la que quede el otro una situación de desventaja o empeoramiento que evidencian un desequilibrio o descompensación y que, de pervivir el matrimonio y sus expectativas, jamás se hubiera producido.

Ese es el supuesto del que parte la norma jurídica, y que tiene dos puntos de referencia obligada: el momento de la ruptura matrimonial y las posiciones personales en que quedan ambos cónyuges tras la misma. Habrá de efectuarse, pues, un doble agravio comparativo: *el primero*, comparando las situaciones económicas existentes durante el período inmediatamente anterior a la inestabilidad o ruptura convivencial con el que se genera tras dicho fracaso o crisis conyugal; *el segundo*, comparando las situaciones personales de ambos cónyuges referidas a dicho tiempo. En la mayoría de los casos, la ruptura matrimonial no afectará por igual a los esposos, quedando uno de ellos en cierta desventaja respecto del otro, lo que implica un empeoramiento con respecto a la situación vivida durante el período de estabilidad matrimonial.

Las situaciones temporales a comparar radican entre los momentos inmediatamente anteriores y posteriores a la ruptura de la convivencia, siendo intrascendentes, en orden a la detección de ese inicial desequilibrio económico requerido por la norma jurídica, las circunstancias de bonanza o pobreza vividas por los cónyuges antaño o las que se pudieran producir hasta la declaración judicial de la separación o divorcio.

No existen, pues, varios momentos para detectar el desequilibrio que requiere la norma jurídica, sino tan solo uno, el inmediatamente anterior y posterior a la ruptura de la convivencia o fracaso del proyecto convivencial. De lo anterior se hace eco nuestra jurisprudencia menor, que señala el cese de la convivencia conyugal como el momento apto para apreciar el desequilibrio económico al que se refiere la norma (*Sentencias de la A.P. de Málaga de 16 de junio de 1998 y 30 de enero de 1997; A.P. de Barcelona de 10 de marzo de 1998; A.P. de Alicante de 15 de mayo de 1997; A.P. de Badajoz de 2 de abril de 1996, y A.P. de Toledo de 7 de julio de 1995*), derivándose de lo anterior teorías relativas a la denegación de la pensión tras largos períodos de separación de hecho en los cuales los cónyuges han llevado vidas autónomas e independientes

sin recibir ayudas recíprocas (*Sentencias de la A.P. de Madrid 28 de mayo de 1992, 9 de julio de 1992, 15 de septiembre de 1992, 21 de enero de 1993 y 3 de julio de 1997; A.P. de Alicante de 4 de marzo de 1998; A.P. de Valladolid de 14 de julio de 1995; A.P. de León de 15 de enero de 1997; A.P. de Valencia de 2 de abril de 1996; A.P. de Pontevedra de 17 de noviembre de 1995; A.P. de Cantabria de 24 de septiembre de 1996; A.P. de Cuenca de 25 de marzo de 1996*) o cuando dicho derecho a la pensión fue expresamente renunciado o no fue instado, o siendo solicitado fue denegado, en un proceso de separación previo a la litis de divorcio, debiéndose extender en este último supuesto los efectos de la cosa juzgada al hecho mismo de la procedencia de la pensión compensatoria (*Sentencias de la A.P. de Las Palmas de 18 de febrero de 1998 y 8 de julio de 1996; A.P. de Alicante de 13 de junio de 1997 y 15 de mayo de 1997; A.P. de Málaga de 30 de enero de 1997; A.P. de León de 15 de enero de 1997, A.P. de Toledo de 7 de julio de 1995*).

No existen dos momentos para apreciar el presupuesto objetivo de desequilibrio económico al que se refiere la norma, debiéndose entender la referencia a la separación o al divorcio que se establece en el art. 97 del Código Civil en el sentido de que puede ser en dichos procedimientos judiciales, no necesariamente sucesivos en el tiempo, donde es factible apreciar la existencia del desequilibrio requerido, pero referido a un único momento: el del cese de la convivencia conyugal.

Por tanto no existirán dos posibilidades procedimentales en orden al reconocimiento del derecho a la pensión, sino tan solo una y en referencia al momento temporal anteriormente aludido. Si la pensión no fuera instada en un proceso de separación previo al de divorcio posterior, o si instada hubiera sido denegada en aquel cauce procedimental, o incluso si el mismo se hubiera sustanciado por los trámites del mutuo acuerdo y en el convenio regulador de la separación no se hubiera hecho referencia a la pensión compensatoria o se hubiera renunciado expresamente a la misma, en todos estos casos, no es posible, a mi juicio, plantear de nuevo la petición en un proceso posterior de divorcio.

Si el proceso de divorcio es directo, sin separación previa, será posible esgrimir tal derecho a la pensión, que se planteará por primera vez, aunque tendrá el “handicap” que se deduce de las propias causas de divorcio (art. 86 del CC), que giran, básicamente, en torno al cese de la convivencia conyugal durante determinados períodos de tiempo, circunstancia ésta que, como apuntábamos, puede ser también factor detonante para la denegación de la pensión.

Existen algunas sentencias que, a pesar del proceso de separación previo y la falta de pronunciamiento expreso sobre el hecho de la pensión compensatoria, conceden la misma en base a la pérdida del derecho a los alimentos que la propia disolución del vínculo conlleva. No puedo estar de acuerdo con este tipo

de resoluciones judiciales puesto que la pensión compensatoria, aparte de no tener carácter asistencial ni estar pensada para solventar estados de indigencia, debe ser solicitada y concedida en su tiempo, no afectando a la misma la pérdida de un derecho a los alimentos que pudiera estar reconocido en la sentencia de separación a favor de un cónyuge dado que, con independencia de la compatibilidad de pensiones en el proceso de separación previo y posibilidad de petición conjunta, la pérdida del derecho a exigir alimentación del cónyuge no es más que una consecuencia legal del divorcio (art. 143 del CC) que no es posible prorrogar con posterioridad a la disolución del vínculo matrimonial.

Anclados en un determinado momento susceptible de comparación (el inmediatamente anterior y posterior a la ruptura convivencial), la ley exige la acreditación de la existencia de un desequilibrio económico que debe apreciarse mediante un examen comparativo de las situaciones personales en que estaban y en que quedan ambos cónyuges en dichos momentos, no entrando, a mi juicio, en el supuesto de hecho que regula la norma jurídica las siguientes situaciones que, regularmente, nos podemos encontrar en la práctica:

A) Situaciones en que ambos cónyuges tengan una fuente de ingresos propia, de carácter similar o parecida.

Lo anterior indicaría la ausencia del dato objetivo del desequilibrio económico requerido por la norma jurídica, dado que la posible desigualdad que pudiera existir entre los ingresos generados por ambos cónyuges de una forma independiente no, necesariamente, es determinante del desequilibrio económico que predica la norma jurídica, circunstancia ésta que hace desechar la tesis meramente compensatoria o de igualación de la riqueza.

Por lo tanto, lo que la aplicación de la norma impone es una disparidad entre dichos ingresos de carácter desequilibrante, lo que debe ser capaz de provocar, en un siguiente paso valorativo, un determinado perjuicio o daño de carácter objetivo en uno de los cónyuges, que además debe ser injusto en el sentido de irrecuperable por otros medios, y que tiene su origen inmediato en la propia ruptura matrimonial. Dicho perjuicio es el que habrá de resarcir el cónyuge que quede en mejor situación por medio del devengo de la pensión que se impone al benefactor pero con la salvedad de que debe ser establecido dentro del marco de conveniencia que el resto de medidas definitivas a adoptar en toda sentencia de separación o divorcio permitan.

La pensión compensatoria no debe cumplir la función de igualar los ingresos o patrimonios de los cónyuges, por ello la norma requiere objetivamente la prueba de un desequilibrio económico, concepto éste más limitado que el de la mera desigualdad económica. La pensión tampoco debe tender a la contención del status o nivel de vida que existía vigente el matrimonio, situación ésta, por

otro lado, de difícil cumplimiento, si tenemos en cuenta el fraccionamiento de la riqueza que toda crisis matrimonial conlleva.

Las crisis matrimoniales y sus efectos generan lo que popularmente se denomina como un “mal negocio”, dado que los gastos tienden a crecer en número y se duplican, aunque solo sea por el simple hecho de entender que lo que antes se sufragaba en virtud de la denominada “economía familiar” ahora se debe soportar por duplicado mediante la existencia de dos economías independientes pertenecientes a cada uno de los cónyuges en particular.

B) Situaciones en que ambos cónyuges dependan de una fuente de ingresos común.

Esta es una situación muy particular (sobre todo cuando dicha fuente de ingresos no está sujeta a forma societaria alguna y por tanto se encuentra yerma de regulación acaecida la crisis matrimonial), puesto que en tales circunstancias no es posible hablar de desequilibrio económico y ello aunque tras la ruptura matrimonial dicha fuente de ingresos sea explotada y administrada provisionalmente de forma exclusiva por uno solo de los cónyuges, todo ello a tenor de un pacto expreso o tácito que pudiera existir entre los esposos o resolución judicial que a tal efecto pudiera adoptarse en el proceso matrimonial a falta de acuerdo, dada la inviabilidad de la norma general de coadministración o coexplotación acreditada la crisis matrimonial o los problemas conyugales (arts. 91, 103, 1375, 1388, 1389 y 1394 del CC).

Sea como fuere, la detentación de hecho o la atribución de dichas funciones de administración y explotación temporal de la fuente de ingresos común a uno de los cónyuges (normalmente hasta que se produzca la oportuna liquidación y reparto) no es capaz, en ningún caso, de generar el desequilibrio que exige la norma, sin perjuicio, claro está, de otro tipo de acciones que, en todo caso, podrán ser esgrimidas por el cónyuge no administrador: rendición de cuentas, liquidación de los bienes gananciales o concesión de alimentos a cargo de los bienes gananciales y a cuenta de su haber ganancial futuro (art. 1408 del CC).

En estos supuestos no puede fundamentarse la existencia del derecho a la pensión compensatoria por el simple hecho de una hipotética dificultad que pudiera concurrir en el cónyuge no administrador para acceder a la riqueza post-ganancial generada por la fuente de ingresos común tras la ruptura matrimonial y que, con independencia de su especial régimen regulatorio (la llamada sociedad post-ganancial), en ningún caso es dable imponer a la fuente de ingresos común con la carga de una pensión compensatoria que está pensada para ser exigida a un cónyuge respecto del otro y en base a la existencia de un desequilibrio económico que en estos casos y de forma palmaria no existe.

Pensar lo contrario provocaría situaciones de enriquecimiento injusto no permitidas por el derecho, dado que el cónyuge perceptor recibiría en concepto

de pensión compensatoria una determinada suma o cantidad a la cual no tiene derecho y, además, sin administrar ni explotar la fuente de ingresos común y para con posterioridad proceder al reparto igualitario de bienes vía liquidación. En estos casos la problemática es única y exclusivamente liquidatoria, debiéndose solventar las situaciones de necesidad que pudieran padecer los cónyuges durante la liquidación o el mantenimiento de la comunidad post-ganancial mediante soluciones provisionales como la que ofrece el art. 1408 del CC (Sentencia de la A.P. de Oviedo, Sección 5.ª, de 11 de febrero de 1992, o Sentencias de la A.P. de Córdoba, Sección 2.ª, de 27 de octubre de 1900) o la establecida bajo la rendición de cuentas y respecto de los frutos o rentas que sean capaces de originarse por los arts. 392 y ss. del CC.

C) *Situaciones de precariedad económica familiar.*

La pensión compensatoria, si bien está basada objetivamente en una inicial desigualdad económica entre los cónyuges, ésta última deberá tener el carácter de desequilibrante, no pudiendo existir desequilibrio en aquellas situaciones en las que la familia dependía a la fecha de producirse la ruptura matrimonial de una única fuente de ingresos nimia o escasa que apenas era capaz de solventar de manera regular la economía de la unidad familiar.

Acaecida la crisis, dicha situación, si se quiere, se agrava con carácter general y se hace a veces insostenible, dado que difícilmente se puede sobrevivir de forma independiente con lo que antaño apenas era capaz de cubrir las necesidades asistenciales de la unidad familiar.

Así pues, dejando a salvo el deber de los padres de alimentar, educar y velar por los hijos menores que es consecuencia directa de la filiación (arts. 110 y 111 del CC) y obligación ésta de contenido más amplio, en su aspecto material y de exigibilidad, que la mera prestación recíproca de alimentos que pudiera existir entre padres e hijos (art. 143 del CC), la posible existencia de desequilibrio económico entre los esposos se torna, en estos casos, difícil de sostener, máxime cuando ni tan siquiera sería viable la petición de alimentos de un cónyuge respecto del otro que a consecuencia del vínculo matrimonial (arts. 68 del CC) pudiera solicitarse, puesto que su eventual devengo afectaría a la propia subsistencia del cónyuge pagador (art. 152.21 del CC). En estados de precariedad económica, el reparto de la miseria entre los cónyuges no es factible por ningún concepto, ni por la vía del derecho a la pensión compensatoria, ni tampoco, como anteriormente hemos explicado, por la vía de un eventual derecho a alimentación que pudiera ser exigido por el cónyuge más necesitado, todo ello dejando a salvo el deber de cuidar, alimentar y educar que todo padre tiene frente a sus hijos menores de edad.

Descartados los tres supuestos o situaciones anteriormente comentadas, que no encajarían en el presupuesto de hecho requerido por la norma jurídica,

estoy en disposición de argumentar *que la pensión compensatoria ha sido creada y pensada para economías familiares de carácter medio o alto* que, sin depender de una fuente de riqueza común, sean capaces de generar situaciones de desequilibrio tras la ruptura de la convivencia matrimonial.

3. Existencia de un perjuicio o daño de carácter objetivo e injusto, que tiene su origen inmediato en la frustración del proyecto convivencial.

Partiendo de la base de que el desequilibrio económico no deja de ser más que un presupuesto de hecho requerido por la noma jurídica que no configura por sí solo el derecho a la pensión, hemos de argumentar que no todo desequilibrio o descompensación es indemnizable o resarcible por medio del reconocimiento de la llamada pensión compensatoria sino, únicamente, aquel que sea capaz de provocar un daño de carácter objetivo e injusto que tiene su origen inmediato en la frustración del proyecto convivencial.

Las circunstancias capaces de provocar dicho daño objetivo e injusto en esas situaciones acreditadas de desequilibrio económico de las que parte la norma vienen marcadas, esencialmente, por lo aportado por cada uno de los cónyuges, durante el matrimonio, al proyecto de vida común.

En cualquier proyecto serio y estable de convivencia, los miembros de la pareja matrimonial pierden en cierta forma su independencia o individualidad, aunando esfuerzos y sacrificios en pro de la comunidad familiar que crean y que, en principio, está pensada para perdurar en el tiempo (“y hasta que la muerte os separe”) siendo imprevisible en dichos momentos la sombra de un futuro fracaso o ruptura convivencial que ni tan siquiera se plantea.

A tal fin y bajo la confianza que otorga la perdurabilidad del vínculo, los cónyuges pueden renunciar a determinadas expectativas de futuro que en estado de soltería pudieran poseer (relaciones, trabajos, estudios, etc.), todo ello en pro del proyecto vital que crean que, en la mayoría de las ocasiones, culmina con el nacimiento de los hijos y la creación de una familia.

Igualmente, y aunque no exista tal renuncia en origen, el propio reparto de las tareas comunes de la familia o la asunción de roles impuestos por la concreta sociedad donde se vive puede dar lugar a la pérdida de dichas expectativas de desarrollo personal, intelectual o profesional en la persona de uno de los cónyuges.

Ese reparto de las tareas cotidianas de familia puede dar lugar a que un cónyuge se prive de un acceso íntegro al mundo laboral (piénsese en los trabajos a media jornada o la renuncia de empleos estables por temporales o precarios). En otras ocasiones, el hecho mismo del matrimonio puede ocasionar la

pérdida de un beneficio legal del cual se gozaba con anterioridad (piénsese en la pensión de viudedad o en la propia pensión compensatoria derivada de un fracaso matrimonial anterior, o en derechos hereditarios bajo la condición de permanecer solteros o viudos). También la existencia de un negocio privativo de uno de los cónyuges puede dar lugar a colaboraciones del otro, más o menos permanentes y gratuitas, efectuadas en provecho de la familia o del proyecto convivencial.

Todas las circunstancias relatadas anteriormente, así como muchas otras evidentemente posibles, son normales en el devenir de cualquier matrimonio en el tiempo y no van a tener trascendencia jurídica mientras el matrimonio y la convivencia perduren.

Ahora bien, una vez roto el proyecto convivencial que se crea con el matrimonio (bien por la separación, bien por el divorcio), dichas conductas personales consensuadas por los cónyuges en el pasado y que ya no tienen sentido de futuro, en situaciones de desequilibrio económico, pueden tener trascendencia jurídica por medio del devengo de la pensión dada su irrecuperabilidad o imposibilidad de resarcimiento por otras vías, nota reveladora de una situación eminentemente injusta que, en principio y si es posible a tenor del resto de circunstancias que van a regir la situación de crisis matrimonial en el futuro, habrá que reparar.

Entiendo que todas las circunstancias que he comentado anteriormente tienen un denominador común que es el que trata de reparar la norma: la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas que fueron rehusadas durante el matrimonio por el cónyuge perjudicado en favor del proyecto convivencial y que, una vez roto éste y acreditada una cierta descompensación en las posiciones económicas de los cónyuges, a tenor de su irrecuperabilidad por otros medios (lo que marca el carácter injusto), deben dar derecho a resarcimiento, siempre y cuando dicha indemnización pagadera normalmente a modo de renta periódica sea posible o adecuada establecerla a tenor del resto de medidas que van a regir la crisis matrimonial en la correspondiente sentencia de separación o divorcio (atribución de la guarda y custodia sobre los hijos, pensiones alimenticias, cargas del matrimonio, etc.).

Por otro lado, en orden a valorar otros aspectos de la pensión compensatoria, como son su cuantía e incluso su temporalidad (afortunadamente cada día más presente), deberán ser otros factores los que incidan en el ánimo ponderador del juzgador: la duración del matrimonio, la edad de los cónyuges, su estado de salud, las probabilidades de acceso al mundo laboral, las posibilidades económicas y necesidades de los cónyuges, el régimen económico que rige el matrimonio y, sobre todo, el contexto global en el que queda la familia tras la sentencia de separación o divorcio.

Todo lo anterior debe valorarse y ser ponderado por el juzgador, siendo aquí donde verdaderamente radica la especialidad de esta figura jurídica de extremada conflictividad en nuestros días, que se engloba dentro del Derecho de Familia y cuyo título configurador lo constituye la propia sentencia de separación o de divorcio. El legislador ha querido que el posible devengo de la pensión compensatoria se pondere, en este entorno de conflictividad familiar originado por la ruptura convivencial, no de una forma independiente y ajena al mismo, dotando al derecho a percibir la pensión de un carácter rogado, renunciabile, eminentemente relativo y que perdura en el tiempo —forma de pago— condicionado a situaciones en principio imprevisibles de futuro —causas de modificación o extinción—.

Entiendo, dejando a salvo y respetando otro tipo de criterios, que la finalidad de la norma no puede ser simplemente compensatoria, es decir, la de nivelar o igualar de forma indiscriminada la capacidad económica de los cónyuges en el momento de la ruptura convivencial o el intentar mantener sin más y a toda costa el status de vida que se gozaba durante el matrimonio y con carácter previo a la ruptura.

La norma debe partir de la existencia de un desequilibrio económico en el momento de la ruptura convivencial y en directa referencia a la situación anteriormente vivida en el matrimonio, “*conditio iuris*” de la misma; pero ello no quiere decir que todo desequilibrio deba ser corregido, nivelado o compensado, dado que atender a dicho postulado, por mucho principio de solidaridad post-conyugal que se esgrima, atentaría al libre desarrollo de la personalidad y dignidad de las personas.

Por otro lado, la nivelación de patrimonios entre los cónyuges en muchas ocasiones se consigue por otras vías legales como pudieran ser la efectiva liquidación de la sociedad legal de gananciales (art. 1344 del CC), la compensación económica que a favor de un cónyuge pudiera pactarse o, en su defecto, acordarse el Juez a la extinción del régimen de separación de bienes y que tiene como base el trabajo realizado para la casa (art. 1438 del CC) o el propio sistema del régimen de participación (art. 1411 del CC) y las consecuencias legales derivadas de su extinción (arts. 1427 y 1428 del CC). Así pues, la razón de ser de la pensión compensatoria prevista y regulada en el art. 97 del CC, como efecto legal a determinar en los procesos de separación o de divorcio, no puede concentrarse en una nivelación de patrimonios que la ley regula en otras esferas y que implicaría un beneficio injusto (posibilidad de doble reclamación) en el perceptor de la pensión. Aunque la ley parta de dicho desequilibrio económico, no es ésta, a mi juicio, la única nota que debe ponderarse en orden a determinar si existe o no derecho a pensión y en qué grado o cuantía. Es necesario probar la existencia de un perjuicio, de carácter objetivo e injusto, por derivar de la propia ruptura matrimonial desvinculada de toda idea de culpabilidad y por no

ser recuperable por otras vías; daño éste que habrá que evaluar conforme a las circunstancias contextuales del matrimonio en crisis y que será resarcible dentro del marco de posibilidad y conveniencia que el resto de medidas a adoptar en la sentencia matrimonial aconsejen.

Si examinamos “el trabajo para la casa y el cuidado de los hijos”, circunstancia que en situaciones de desequilibrio económico acreditadas a la ruptura convivencial es capaz de provocar un daño objetivo en un cónyuge respecto del otro, deberán hacerse las siguientes precisiones:

a) La pensión compensatoria no trata de valorar y resarcir dicho trabajo o esfuerzo no remunerado que, generalmente y a pesar de la liberalización de la mujer, viene siendo desarrollado por ésta última.

Dicho esfuerzo pasado que incluso puede tener notas de permanencia en el futuro inmediato que se crea tras la crisis matrimonial (por la propia atribución de las funciones de guarda y custodia) no deja de ser más que una contribución a un gasto familiar que se decide satisfacer personalmente por uno de los cónyuges, durante el matrimonio, en un reparto de tareas y sea cual fuere el régimen económico matrimonial al que estuviere adscrito el matrimonio (arts. 1362.11 y 1438 del CC) o, visto de otro modo, una consecuencia del deber de cuidar, alimentar y procurar una formación integral a los hijos que la propia filiación conlleva (arts. 110 y 111 del CC).

El hecho del trabajo personal realizado para la casa y el cuidado de los hijos por uno solo de los cónyuges y que ha generado un beneficio en el matrimonio (en cuanto la realización personal del mismo supone un ahorro), sí tiene una respuesta expresa en nuestro ordenamiento jurídico y a nivel puramente económico, que lo valora y establece unas normas de reparto y oportuno equilibrio y que, por tanto, no puede originar, por esta causa, la existencia de un perjuicio de carácter objetivo e injusto.

Si el régimen fuera el de gananciales, ambos cónyuges entran por mitad en el reparto del haber existente en la sociedad legal de gananciales con independencia de sus respectivas aportaciones dinerarias o en especie que durante la vigencia del mismo hayan podido rubricar (art. 1404 del CC), debiéndose tener en cuenta que durante la vigencia de la sociedad legal de gananciales se han hecho comunes las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges (art. 1344 del CC).

Si el régimen fuera el de separación de bienes, la ley prevé la posibilidad de fijar una compensación económica a favor del cónyuge que ha realizado personalmente dichas tareas durante la vigencia del matrimonio (art. 1438 del CC), compensación económica ésta que es perfectamente compatible con la pensión que regula el art. 97 del CC.

Sea cual fuera el régimen económico del matrimonio, una vez legalizada la ruptura matrimonial a través de la sentencia de separación o divorcio, dicho trabajo o esfuerzo personal que se pudiera seguir ejerciendo en pro de los hijos no deja de ser más que una consecuencia del deber de velar, alimentar y procurar una formación integral a los hijos (arts. 110 y 111 del CC) cuyo cumplimiento es vinculante para los padres y se ejerce a través de las medidas concretas que en todo proceso matrimonial necesariamente deben determinarse. Así pues, dicho deber para con los hijos se plasmará de una manera personal a través de la atribución de las funciones de guarda y custodia, o bien mediante la imposición en tales sentencias al cónyuge no guardador de la preceptiva pensión alimenticia que, en su caso, se acuerde en favor de los hijos (arts. 91 y 93 del CC), pensión ésta última que se detraerá, ahora, de unos ingresos que han dejado de ser comunes por efecto de la disolución del régimen económico de gananciales que la firmeza de toda sentencia de separación o divorcio conlleva (arts. 95 y 1392 del CC) y que pasan a ser propios del cónyuge pagador; o que seguirán siendo del cónyuge alimentista si el régimen era el de separación.

b) Dicho lo anterior, observamos que el perjuicio económico que pudiera originar en un cónyuge el hecho de la realización personal durante el matrimonio y tras la ruptura matrimonial de dichas tareas domésticas no radica en su propia realización, que tiene a nivel económico una respuesta concreta dependiendo de cual fuera el régimen matrimonial al que los cónyuges se hubieren acogido o que vienen impuestas tras la crisis matrimonial mediante la adopción de las correspondientes medidas que en favor de los hijos se pudieran adoptar.

El perjuicio o daño al que me refiero tiene que ver con la “pérdida de expectativas” o con la “desigualdad de oportunidades” que el hecho mismo de la realización personal de dichas tareas durante el matrimonio y tras la crisis matrimonial puede provocar en uno de los cónyuges, daño éste que únicamente se pone en evidencia tras el fracaso del proyecto común que supone el matrimonio y que es de carácter objetivo, en el sentido de que en su determinación no entran en juego criterios culpabilísticos, e injusto por ser irrecuperable por otras vías.

Dicho perjuicio se hace patente, tras la ruptura matrimonial, y en la medida en que tales circunstancias afectan al desarrollo personal, intelectual o profesional de una persona que en pro de la familia y del proyecto común se dejó aparcado o que en virtud de las medidas que van a regir la crisis matrimonial se encuentra imposibilitado o coartado en cierta manera.

Dicho perjuicio entiendo que será indemnizable, una vez acreditado el inicial desequilibrio económico del que parte la norma como presupuesto de hecho, y en la medida en que lo permitan y evalúen otra serie de circunstancias contextuales existentes en el matrimonio en crisis (duración del matrimonio, edad, estado de salud, probabilidades de acceso a un empleo, necesidades y

medios económicos de los cónyuges), así como las concretas y futuras medidas definitivas que, junto a la pensión compensatoria, han de regir el matrimonio en el futuro.

Al no valorarse un daño real y concreto, sino circunstancial, ello explica buena parte de las notas delimitadoras del derecho a la pensión compensatoria. Se trata de un derecho relativo y no absoluto, sino condicional, en el sentido de que depende del mantenimiento de un determinado contexto circunstancial que se evidencia a la fecha de la ruptura matrimonial, siendo posible una eventual modificación en el futuro e, incluso, su extinción.

4. Existencia del marco de viabilidad, conveniencia y posibilidad preciso para hacer surgir el derecho a indemnizar por medio de la pensión, a tenor del resto de medidas que van a regir la crisis matrimonial en el futuro.

Como último requisito que debe concurrir para el devengo de la pensión compensatoria, estimo que ésta debe ser posible, adecuada o conveniente en relación al resto de medidas que han de dictarse, de forma y manera necesaria, en toda sentencia de separación o divorcio.

Se trata de conjugar un sistema de intereses y derechos, unos más protegibles que otros, cuyo reconocimiento y graduación deben ser capaces de coexistir necesariamente en el futuro que se regula por medio de la sentencia matrimonial.

La idea de la pensión como remedio resarcitorio relativo cobra aquí gran significación. Hemos analizado hasta este punto y de cara a conceder la pensión la existencia de un proyecto convivencial en el matrimonio; la concurrencia de un desequilibrio económico entre los cónyuges apreciable al momento de la ruptura y con relación a su situación anterior; la existencia de determinadas circunstancias que por la pérdida de derechos o expectativas que suponen para un cónyuge en relación al otro evidencian la existencia de un perjuicio o daño de carácter objetivo e injusto y que traen su origen inmediato en el matrimonio y su ruptura, así como de otras que son susceptibles de graduar o cuantificar tal derecho a ser resarcido, pero todo lo anterior quedaría incompleto si no estimamos que además dicha pensión debe ser posible y adecuada o conveniente a tenor del resto de medidas que van a regir la crisis matrimonial en el futuro y que tienen su concreta regulación necesaria en toda sentencia de separación o de divorcio.

La posibilidad y conveniencia de la pensión compensatoria en relación con el resto de medidas definitivas que se dictan en toda sentencia de separación o de divorcio deberá ser el último dato que habrá de valorar el juzgador, todo ello

en orden a no echar por tierra todo el esfuerzo ponderador realizado hasta ese momento.

Con lo anterior quiero decir que habrá supuestos en los que en puridad uno de los cónyuges se ha ganado el derecho a ser perceptor respecto del otro de este tipo de pensión, atendiendo a los presupuestos anteriormente señalados, pero es factible también que el devengo de la pensión no sea posible o conveniente porque ello afectaría a las propias necesidades del cónyuge pagador o a las del resto de los miembros que componen la unidad familiar, cuyos intereses son de mayor rango que los propios y personales de los cónyuges (ej. hijos menores). Deberá, pues, examinarse el grado de posibilidad o conveniencia de la pensión en relación con el resto de medidas que van a regir en las situaciones de crisis matrimonial (guarda y custodia de los hijos, régimen de visitas, alimentación, cargas familiares, uso de la vivienda familiar) y en orden a no destruir ese peculiar y complejo entramado de remedios post-matrimoniales derivados de toda separación o divorcio.

En prueba de lo anterior cabe señalar que la propia autonomía de la voluntad de los cónyuges en aras al reconocimiento de la pensión compensatoria se encuentra condicionada a la homologación judicial y que ésta puede no concederse por el juzgador, con devolución a las partes de lo convenido, si el pacto fuese dañoso para los hijos (principio “bonum filii”) o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (principio de orden público familiar).

También resulta sugerente que el devengo provisional de este tipo de pensiones no tenga concreta regulación en nuestra legislación familiar (art. 103 del CC), precisamente porque, únicamente al final del proceso matrimonial y cuando se tenga claro cuáles van a ser definitivamente las medidas a adoptar en la separación o divorcio, podrá valorarse dicha posibilidad o conveniencia que predico respecto a la pensión compensatoria. No cabe pues, en el Auto de medidas provisionales o provisionalísimas, hacer ningún pronunciamiento respecto a la pensión regulada en el art. 97 del CC.

Explica también este último presupuesto la forma general de pago y su régimen de modificación. El legislador ha optado por resarcir ese perjuicio objetivo por medio de una renta de periodicidad mensual actualizable que se dilata en el tiempo y no, salvo acuerdo expreso de los cónyuges —sometido claro está a homologación judicial—, a través de un capital en dinero, solución ésta que sería más acorde con el concepto de indemnización.

Lo anterior es así, puesto que las medidas que adopta el juez o convienen los cónyuges en cualquier proceso de separación o divorcio no son estáticas, sino dinámicas, susceptibles de variación o cambio, si se alteran sustancialmente las circunstancias que llevaron en su día al juez o a las partes a concretarlas. La pensión compensatoria puede ser un remedio resarcitorio, posible y conveniente, en el momento de la ruptura matrimonial, pero las circunstancias pueden

variar y lo que ayer fue una solución apta y ponderada que fue trasladada a una sentencia matrimonial, hoy puede no servir o ser perjudicial. La regulación familiar trata de dar soluciones o remedios a las crisis matrimoniales y no imponer criterios absolutos o inalterables, mucho menos culpabilísticos.

La pensión compensatoria debe entenderse como parte integrante de ese mosaico de medidas que regulan las crisis de familia y no de forma independiente o ajena al mismo. Si la intención del legislador hubiera sido otra, sin duda alguna que su regulación no se encuadraría dentro del Capítulo IX (“De los efectos comunes a la separación, nulidad o divorcio”), Título IV (Del matrimonio) de nuestro CC, como tampoco sería necesario que su título configurador lo constituyese de forma exclusiva y excluyente la propia sentencia de separación o de divorcio. La modificabilidad de la pensión es consecuencia del carácter siempre relativo de ese derecho especial a ser resarcido y que va a depender no solo del hecho de que aquella pérdida de derechos o expectativas que hacían mella en el desequilibrio económico se palien o remedien, sino también de que dicha solución apta antaño siga siendo hábil o útil en la actualidad dentro del marco de posibilidad y conveniencia que el resto de medidas familiares vayan permitiendo con el paso del tiempo.

IV. NOTAS DELIMITADORAS DEL DERECHO A LA PENSIÓN

Podríamos definir la pensión compensatoria como: aquella obligación legal derivada del fracaso del contrato matrimonial y que con carácter circunstancial, condicional o relativo se nos muestra como un remedio rogado, renunciable y positivizado judicialmente a través de una sentencia de separación o de divorcio, de incumplimiento criminalizado y cuyo objeto consiste, generalmente, en el derecho que se hace nacer a favor de un cónyuge y a cargo del otro al percibo de una renta actualizable de periodicidad mensual en aquellos supuestos en que al momento de dictar sentencia y en directa referencia al tiempo de la ruptura convivencial, se acredite la existencia de un desequilibrio económico entre las posiciones personales de los cónyuges capaz de generar un perjuicio de índole objetiva y de carácter injusto, que se evidencia por la pérdida de ciertos derechos económicos o expectativas de futuro inherentes a la idea de comunidad que todo matrimonio conlleva, irrecuperables fuera del proyecto convivencial, situación ésta insubsanable por otras vías que pudieran estar previstas en nuestro ordenamiento jurídico, daño éste que deberá ser graduado conforme a otro tipo de circunstancias existenciales concurrentes en el matrimonio en crisis y bajo un escrupuloso respeto al contexto de posibilidad y conveniencia que el resto de medidas matrimoniales provean.

Tal definición configura a la pensión compensatoria como una obligación legal derivada del fracaso matrimonial, de carácter relativo, circunstancial y

condicional, y que nace como un remedio positivizado judicialmente, de incumplimiento criminalizado y, en todo caso, rogado, renunciable y transigible.

Así pues, notas delimitadoras del derecho a la pensión pudieran ser las siguientes:

1. Obligación legal derivada del fracaso del contrato matrimonial.

Debemos configurar la pensión compensatoria como una obligación de carácter legal (arts. 1089 y 1090 del CC) en el sentido de que es la propia legalidad la que establece dicho contenido obligacional como consecuencia o efecto posible e inherente al fracaso matrimonial.

El Código Civil, tras regular la institución del matrimonio y en virtud de la reforma operada por la Ley 30/1981, ha dotado al incumplimiento del contrato matrimonial de un efecto característico o particular, consistente en la posibilidad recíproca de exigirse ambas partes contrayentes el devengo de dicha pensión, todo ello, siempre y cuando concurren todas las demás circunstancias que junto a la existencia del matrimonio y su ruptura se establecen legalmente para su concesión y que parten de situaciones acreditadas de desequilibrio económico “inter partes”.

Así pues, la obligación que conlleva la llamada pensión compensatoria es una obligación que nace de la propia Ley en el sentido de que es ésta la que dota de un posible efecto al fracaso del contrato matrimonial que toda sentencia de separación o de divorcio comporta. Sin dicha declaración principal no puede nacer ni exigirse tal obligación entre los cónyuges, puesto que la ley no ha regulado la pensión compensatoria de una forma independiente o autónoma sino como una medida derivada de la propia declaración judicial de separación o divorcio.

Incluso, el principio de autonomía de la voluntad de las partes no es bastante por sí solo para crear tal obligación dado que la misma requiere la existencia de un título configurador de naturaleza judicial y, en todo caso, cualquier acuerdo en dicho sentido que pudieran consensuar ambos cónyuges deberá pasar por un control de legalidad (ratificación) y tener el oportuno refrendo o aprobación judicial que podrá denegarse si el pacto afectare al interés de los hijos (principio “bonum filii”) o fuera gravemente perjudicial para uno de los cónyuges (art. 90 del CC).

Lo anterior quiere decir que la posibilidad de pacto en dicho sentido, que no se descarta por nuestro ordenamiento jurídico —arts. 90 y 97.11 del CC—, está en todo caso supeditada a la viabilidad de la acción principal de separación o de divorcio entablada por alguno o ambos de los cónyuges, al escrupuloso respeto de la propia figura jurídica no exenta de alegación y prueba (art. 97 del

CC) y al interés supremo de los hijos que, en todo caso, debe primar por encima del derecho al devengo de este tipo de pensión entre los cónyuges.

El acuerdo de los cónyuges en dicho sentido se regula por la ley como una circunstancia más a tener en cuenta en orden a un adecuado y preceptivo reconocimiento judicial, no como una fuente capaz de hacer nacer, por sí sola, la obligación establecida en el art. 97 del CC. Lo anterior quiere decir que un posible acuerdo de los cónyuges en este sentido no es capaz de desvirtuar la figura jurídica de la pensión que en todo caso se debe a su propia esencia, contenido y presupuestos legales, sin los cuales es incapaz de ser trascendente y producir efectos en la esfera jurídica, al menos bajo dicha nomenclatura y concepto. Es la ley y no las partes las que regulan la pensión en todos sus extremos.

2. Carácter circunstancial, relativo y condicional del derecho a la pensión compensatoria.

La obligación legal anteriormente señalada no comporta un correlativo derecho de carácter absoluto, sino que el derecho al devengo de la pensión es de carácter circunstancial o relativo en el sentido de que su reconocimiento depende del total de circunstancias personales, laborales, sociales y familiares que conforman el contexto o entorno del matrimonio en crisis y, no exclusivamente, de la existencia del matrimonio y la prueba del desequilibrio económico que requiere la norma jurídica. Tales circunstancias contextuales existentes durante el matrimonio y/o tras la crisis matrimonial deben evidenciar la existencia de un perjuicio de carácter objetivo, en cuanto desvinculado de toda idea de culpabilidad, que tiene su origen inmediato en la propia ruptura matrimonial y que es de carácter injusto en cuanto no existe forma de resarcirlo sino a través del devengo de la referida pensión.

Por último, la pensión compensatoria se encuentra indefectiblemente unida al resto de medidas definitivas que van a regir la crisis matrimonial con las cuales para un eventual reconocimiento ha de coexistir dentro del marco de conveniencia y posibilidad que estas últimas permitan. No es posible un estudio separado o autónomo de dicha figura jurídica dado que su reconocimiento, posterior modificación o extinción dependen de dichas circunstancias contextuales a las que anteriormente me he referido. Nos encontramos, pues, ante un derecho de carácter condicional en el sentido de que el mismo, tras su inicial reconocimiento judicial, puede ser modificado o extinguido en base a las circunstancias expresamente señaladas en la ley (arts. 100 y 101 del CC).

Es aquí donde radica una de las características especiales del derecho a la pensión compensatoria dado que el mismo, a pesar de su naturaleza indemnizatoria o resarcitoria, no muere o se agota en el reconocimiento judicial, al menos

en su modalidad de pago a través de una renta de carácter periódico, sino que dicho derecho tiende a pervivir en la medida en que aquellas circunstancias contextuales del matrimonio lo permitan o persistan, hasta el punto de que cualquier variación sustancial o desaparición de las mismas podrá dar lugar a su modificación o extinción.

El reconocimiento judicial de la pensión valorará en un determinado momento el perjuicio o daño objetivo e injusto que se intenta resarcir, no siendo factible una valoración superior en un momento posterior pero sí su eventual modificación a la baja o su hipotética extinción. Lo anterior no es más que una consecuencia del carácter circunstancial y relativo del derecho a la pensión, lo que genera en cierta forma inseguridad y que, únicamente, es posible evitar, “a priori” y por las partes afectadas, a través del sistema de sustitución que convencionalmente se establece en el art. 99 del Código Civil.

El carácter condicional del derecho a la pensión compensatoria es uno de los aspectos más polémicos de la figura jurídica que comentamos en la medida en que dicha característica es capaz de generar altas cotas de inseguridad para el justiciable. El derecho a la pensión compensatoria, en la mayoría de las ocasiones, no se agota con el dictado de una resolución judicial firme y definitiva que lo reconozca en tal sentido, siendo muy habitual el desencadenamiento (incontrolado muchas de las veces) de un sinnúmero de procesos judiciales posteriores al de su reconocimiento y encaminados fundamentalmente a su modificación o extinción, bien mediante el proceso de divorcio posterior al de separación en que se haya reconocido el derecho a la pensión, bien mediante la utilización del llamado incidente de modificación de medidas.

Téngase en cuenta que las medidas inherentes a las declaraciones principales de separación o de divorcio tienen un denominador común en su concepción como pronunciamientos de tracto sucesivo pensados para durar en el tiempo, y que no se agotan, en principio, en su virtual reconocimiento.

Para solventar, en cierta forma, el alto grado de conflictividad y la correlativa inseguridad que el carácter condicional y relativo de la pensión acarrea en la práctica, la jurisprudencia última se decanta por establecer, salvo casos excepcionales y como regla general, la temporalidad de la pensión compensatoria. Ahora bien, el dotar de un límite temporal a la pensión compensatoria, si bien permite a las partes implicadas tener “a priori” una idea más clara del alcance efectivo de la obligación reconocida judicialmente, desechándose de esta forma la idea de la pensión como una suerte de seguro vitalicio, no soluciona por completo el problema, ni tampoco dicha tendencia es capaz de disminuir el alto grado de conflictividad que se genera en torno a este aspecto, dado que lo anterior no empuja el que durante el período de vigencia establecido judicialmente el cónyuge pagador intente variar a la baja o extinguir la obligación impuesta a su cargo en la resolución judicial.

Existe una solución legal, aunque de escasa raigambre práctica, prevista en el art. 99 del Código Civil y que es capaz de acabar definitivamente con cualquier tipo de conflictividad en torno a dicho aspecto, todo ello en la medida en que dicho precepto se interprete. El Código Civil permite a los cónyuges sustituir la pensión compensatoria a través de la constitución de una renta vitalicia o de un derecho real de usufructo sobre determinados bienes a favor del perceptor o mediante la entrega al mismo de un determinado capital en bienes o en dinero. Esta solución acentúa el carácter resarcitorio o indemnizatorio del derecho a la pensión y, en principio, es capaz de agotar “en cualquier momento” (es decir, a la fecha de su reconocimiento o en un momento posterior) el verdadero alcance y efectividad del derecho. No obstante lo anterior, dicha solución legal tan solo es factible para el caso de acuerdo o convenio de los cónyuges en tal sentido, limitándose su virtualidad práctica al no poder ser impuesta dicha opción de sustitución por el órgano judicial. Así pues, dicha solución, aun siendo capaz de evitar los problemas derivados del carácter condicional de la pensión compensatoria, tiene una trascendencia práctica muy pobre dado su escaso acogimiento práctico.

Además, la ley silencia el hecho de si la existencia de una posible causa de modificación o extinción posterior a la fecha de reconocimiento del derecho que ha sido sustituido voluntariamente por las partes afectadas (arts. 100 y 101 del CC) tiene o no trascendencia jurídica con respecto al convenio de sustitución; o si éste, por el contrario, agota todo el margen de discusión sobre la figura jurídica que comento y con independencia de sucesos futuros que, en sí, serían capaces de modificar o extinguir el derecho.

3. La pensión compensatoria como un remedio positivizado judicialmente a través de una sentencia de separación o de divorcio.

La pensión compensatoria, al ser un derecho de carácter circunstancial y siempre condicionado a un hipotético cambio de las circunstancias que motivaron su aparición, se nos configura legalmente bajo la idea de ser un remedio hábil para un determinado momento y situación y que se articula con miras de futuro para las llamadas crisis matrimoniales.

La anterior idea se completa con el carácter objetivo del perjuicio que se intenta resarcir por medio de la pensión, desvinculado de toda idea de culpabilidad que el devenir del fracaso matrimonial pudiera hacer concurrir en uno solo de los cónyuges (cuestión ésta, por otro lado, difícil de valorar) y que tiene su origen inmediato en la propia ruptura del proyecto convivencial. Es la ruptura del proyecto común que supone el matrimonio, con todo el complejo marco de situaciones personales y económicas que el mismo comporta, el que, en situaciones objetivas de desequilibrio económico, puede dar lugar a la aparición del

daño indemnizable que tiende con una mayor o menor intensidad a perdurar en el tiempo y que dado su carácter injusto, por ser irrecuperable por otras vías (ej.: liquidación y adjudicación de los bienes gananciales, posibilidad prevista en el art. 1438 del CC), debe ser resarcido, todo ello dentro del marco de conveniencia y posibilidad que el resto de medidas familiares aconsejen.

La pensión compensatoria responde a dicha finalidad, pero no es capaz de agotarla o culminarla en un único momento (el de su reconocimiento judicial), sino que su virtualidad práctica cobra sentido a lo largo del paso del tiempo, siempre y cuando se mantengan todas aquellas circunstancias que determinaron su concesión.

Se trata de un remedio particular previsto por el ordenamiento jurídico para un supuesto concreto, pero que no debe ser interpretado o aplicado de forma autónoma o independiente, sino como parte integrante de un complejo entramado de medidas que convergen en toda crisis matrimonial y del cual no se puede desvincular, ni tampoco confundir: relaciones paterno-filiales —arts. 92 y 94 del CC—; protección de la vivienda familiar y ajuar doméstico en interés de los hijos o del cónyuge más débil —art. 96 del CC—; protección de los hijos a nivel asistencial —art. 93 del CC—; protección asistencial de los cónyuges en sede de separación judicial —arts. 67, 68, 142 y ss. del CC—; o incluso tras el divorcio y en sede de liquidación de bienes gananciales —art. 1408 del CC—; pronunciamientos acerca de las llamadas cargas matrimoniales —arts. 91, 1318, 1362, 1438 del CC—; o sobre la liquidación de los bienes gananciales —arts. 90.d), 91 y 1392 a 1410 del CC—.

La idea de conjunto de soluciones generada por nuestra actual regulación legal para el afrontamiento de las llamadas crisis matrimoniales no se puede perder, ni desvirtuar, siendo necesario delimitar conceptos, imperando a veces unos intereses sobre otros, lo que nos ha de proporcionar el adecuado marco de conveniencia y posibilidad en relación al caso concreto.

4. Derecho de incumplimiento criminalizado.

Este es uno de los aspectos más controvertidos de la llamada pensión compensatoria y que deviene del contenido ofrecido por el art. 227.1 de nuestro CP: “El que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica en favor de su cónyuge o sus hijos, establecida en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuesto de separación legal, divorcio, declaración de nulidad de matrimonio, proceso de filiación o proceso matrimonial en favor de sus hijos, será castigado con la pena de arresto de ocho a veinte fines de semana”.

Teniendo en cuenta que la pensión compensatoria tiene un marcado carácter indemnizatorio (que no asistencial), el configurar penalmente su incumpli-

miento en base a un delito de omisión (“el que dejare de pagar”) hace que pueda cuestionarse incluso la constitucionalidad de la norma jurídica en base al art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966) que dispone que nadie podrá ser encarcelado por el mero hecho de incumplir una obligación contractual.

A mi juicio, ninguna diferencia puede existir entre la deuda derivada del impago de la llamada pensión compensatoria establecida a favor de un cónyuge y la deuda que en base a cualquier otro título puede generarse a favor de un tercero; no existe pues razón alguna para criminalizar el incumplimiento de la primera (salvo la presión social o una deficiente conceptualización de la naturaleza de la figura jurídica), que no está dotada de tintes asistenciales, ni afecta a los hijos, y que únicamente trata de compensar en el terreno puramente económico el desequilibrio que pudiera existir, en un plano horizontal, entre los esposos.

A mayor abundamiento, dicha pensión ni es obligada para el juez familiar, y requiere petición expresa y oportuna de parte, ni es materia de “ius cogens”, y se encamina en su regulación e interpretación a una figura propia del derecho privado puro, desvinculada completamente de todo carácter público o semi-público. No se configura tampoco como medida provisional a adoptar en los procesos familiares, puesto que no existe urgencia en su reconocimiento, y por su propia naturaleza exige configurarse como medida definitiva, dado que mal pueden ponderarse todos sus requisitos o notas características si no es al final del procedimiento familiar y en unión al resto de efectos y medidas.

Dicho lo anterior, entiendo que su criminalización es una aberración jurídica que resucita abiertamente la proscrita “prisión por deudas” y que no tiene más justificación que la confusión de conceptos que en torno a la figura advertimos en nuestra jurisprudencia menor y que es consecuencia directa de una falta de regulación legal adecuada que deja un amplio margen de interpretación y discrecionalidad al juez y que, en sus inicios, partía de un absurdo principio de solidaridad postconyugal altamente discutible.

5. Derecho rogado, transigible y renunciabile.

Esta última nota identificativa hace que el juez familiar quede vinculado a la oportuna petición de parte y a un respeto escrupuloso por el principio de congruencia al que en todo caso se debe, dejando a salvo alguna interpretación judicial que suaviza lo anterior sobre la base del principio “da mihi factum dabo tibi ius” (Sentencia de la A.P. de Madrid de 16 de diciembre de 1994).

Consecuencia de lo anterior es la transigibilidad o renunciabilidad de la pensión compensatoria que, no obstante, tiene sus límites en el art. 90 de nuestro Código Civil y en el daño que una transacción inadecuada pudiera suponer

para los hijos (principio “bonum filii”) o, incluso, en el grave perjuicio que para uno de los esposos entrañara su silenciación o renuncia expresa pero a tenor del resto de medidas pactadas. En este último aspecto, debemos manifestar que el juez familiar, a mi juicio, no puede entrar a cuestionar la legitimidad del pacto de silencio o renuncia a la pensión por parte de los cónyuges, puesto que ello sería tanto como cuestionar la plena libertad que la Ley Civil confiere a los esposos para regular sus propios intereses económicos, pero a lo que sí está facultado es a no homologar el convenio regulador en su conjunto si considera que con el mismo se produce un perjuicio grave para los hijos o para uno de los cónyuges.

La pensión compensatoria requiere, por tanto, que sea pactada o solicitada judicialmente por las partes y, además, que dicha petición sea oportuna en la forma y en el tiempo; es decir, que se acuerde como medida definitiva a adoptar en los procesos de separación o de divorcio y en relación al momento de la ruptura matrimonial; por tanto, no cabe solicitarla en sede de medidas provisionales, como tampoco alegarla “ex novo” en un proceso de modificación de medidas o en ejecución de sentencia.

Tampoco cabría solicitarla cuando previamente no ha sido concedida o se ha renunciado en un proceso matrimonial anterior por el mero efecto de cosa juzgada material que toda sentencia proporciona. Tal renuncia, a mi juicio, puede ser expresa o tácita (mediante una ausencia de petición expresa), debiendo puntualizar que en base a consolidada doctrina jurisprudencial (Sentencias de la A.P. de Málaga de 30 de enero de 1997 y de 16 de junio de 1998; A.P. de Barcelona de 10 de marzo de 1998; A.P. de Alicante de 15 de mayo de 1997; A.P. de Badajoz de 2 de abril de 1996; A.P. de Toledo de 7 de julio de 1995) no existen dos momentos diferentes para poder apreciar la existencia del desequilibrio económico al que se refiere la norma jurídica (el existente al momento de la separación o al del divorcio), sino tan solo uno, que se circunscribe al tiempo de la ruptura matrimonial, y ello aunque el reconocimiento judicial del derecho al devengo de la pensión se pueda producir por mor de la sentencia de separación o de divorcio. Sobre el solicitante recaerá, en todo caso, la carga de probar que al momento de la ruptura de la convivencia ha existido el desequilibrio económico del que parte la norma y las demás circunstancias propias del derecho a la pensión, alegación y prueba ésta que podrá hacer en el proceso de separación o en el proceso de divorcio.

Si al proceso de divorcio precedió el de separación judicial y ninguno de los cónyuges solicitó el devengo de la pensión compensatoria, a mi juicio, no cabría reproducir extemporáneamente dicha petición en la litis posterior de divorcio, puesto que el momento apto para apreciar el desequilibrio fue el de la ruptura convivencial, circunstancia ésta que debió ser alegada y probada en el

proceso de separación previo. Tampoco cabe discutir dicha cuestión en el llamado proceso de modificación de medidas.

En la medida que el desequilibrio económico debe ser apreciado al momento de la ruptura matrimonial, la doctrina jurisprudencial estima que la existencia de un período de separación de hecho entre los cónyuges en el cual ambos hacen vidas autónomas e independientes hace inviable la petición del derecho al devengo de la pensión que en un posterior proceso de separación o de divorcio pudiera plantearse, estimando que existió renuncia tácita al mismo (Sentencias de la A.P. de Madrid de 28 de mayo de 1992, 9 de julio de 1992, 15 de septiembre de 1992, 21 de enero de 1993 y 3 de julio de 1997; A.P. de Valladolid de 14 de julio de 1995; A.P. de Alicante de 4 de marzo de 1998; A.P. de León de 15 de enero de 1997; A.P. de Valencia de 2 de abril de 1996; A.P. de Pontevedra de 17 de noviembre de 1995; A.P. de Cantabria de 24 de septiembre de 1996, y A.P. de Cuenca de 25 de marzo de 1996). Lo mismo acontecería de existir renuncia expresa o ausencia de regulación en un convenio regulador de la separación de hecho.

Especial significación supone la tendencia, contraria a las normas generales anteriormente expuestas, y consistente en acordar judicialmente en un proceso de divorcio el derecho al devengo de la pensión compensatoria por el hecho de la pérdida que para una de las partes suponga los derechos asistenciales o alimenticios que entre cónyuges separados estaban acordados o judicialmente reconocidos en la litis anterior de separación e, incluso, en alguno de los casos, a pesar de la existencia de renuncia expresa a la pensión compensatoria (Sentencias de la A.P. de Barcelona de 17 de marzo de 1998, 8 de junio de 1998, 2 de julio de 1998, 14 de octubre de 1998, 16 de marzo de 1999, 26 de marzo de 1999 y 10 de noviembre de 1999).

No puedo estar de acuerdo con esta tendencia que desnaturaliza por completo a la figura jurídica que comento y que, una vez más, es consecuencia de una deficiente regulación jurídica y un empecinamiento judicial por dilatar más allá de los límites legales el deber de socorro mutuo que existe y es predicable entre los cónyuges, pero que se extingue a la fecha de la disolución del vínculo matrimonial.

No cabe, legalmente, establecer alimentos entre cónyuges divorciados y tampoco, a mi juicio, subsumir aquella extinta obligación en una obligación distinta, cuya naturaleza y configuración legal es también diferente.

La regulación legal de la pensión compensatoria no dota a ésta de un carácter asistencial o alimenticio, que en ningún momento posee y, salvo riesgo de desnaturalizarla, no es posible dotarla de tal carácter asistencial cuando la regulación legal hace perecer el deber de alimentos entre cónyuges tras la disolución del vínculo matrimonial (arts. 143 y 144 del CC).

Así pues, la pérdida del derecho de alimentos que toda sentencia de divorcio entraña no es más ni menos que una consecuencia legal de la propia declaración de disolución del vínculo, que no puede prolongarse o camuflarse a través de una figura jurídica de distinta naturaleza como es la llamada pensión por desequilibrio. Ningún desequilibrio puede suponer un efecto legal y ningún desequilibrio económico puede ser apreciado en momentos posteriores al de la ruptura de la convivencia, máxime cuando en su día no se estipuló, solicitado se denegó o cuando expresamente se renunció. Dar entrada a este tipo de interpretaciones (respetables, claro está) supone enturbiar aún más el difuso mundo interpretativo que la figura jurídica provoca en nuestros días.

Dicho lo anterior, entiendo que el derecho no solo debe ser solicitado y probado por la parte a quien interese, sino que su rogación deber ser “oportuna-mente” realizada, constituyéndose en motivo de oposición su petición extemporánea.

El resultado de algunas sentencias judiciales que difuminan esta última nota característica del derecho a la pensión compensatoria tiene su razón de ser en una deficiente regulación legal que siempre ha dejado un amplio margen de discrecionalidad al juez y que, en alguna ocasión, se torna en arbitrariedad al ir unida a una confusión de conceptos e incluso a cierta mezcolanza de las medidas económicas que en un proceso matrimonial pueden ser decretables: a) alimentos a favor de los hijos menores de edad (arts. 93.1 y 110 del CC), b) alimentos a favor de los hijos mayores de edad (arts. 93.2 y 142 y ss. del CC), c) alimentos a favor del cónyuge (art. 68 y 142 y ss. del CC), d) alimentos a cuenta del haber ganancial (arts. 91 y 1408 del CC), e) alimentos convencionales (art. 153 del CC), f) la llamada contribución a las cargas del matrimonio y las litis expensas [art. 90.C), 91, 1318, 1362, 1363, 1438], g) compensaciones en razón del trabajo realizado para la casa en el régimen de separación de bienes (art. 1438 del CC) y h) indemnización en los casos de nulidad matrimonial (art. 98 del CC).

El amplio abanico de medidas económicas que nuestra legislación familiar permite provoca la necesidad urgente de que en aras a salvaguardar el principio de seguridad jurídica se clarifiquen los conceptos y figuras jurídicas a aplicar, cuestión ésta que a nivel jurisprudencial no podemos reputar que se haya producido hasta la fecha y que es consecuencia de la falta de acceso al Tribunal Supremo y por tanto de una ausencia de unificación en la doctrina que emana de nuestras distintas Audiencias Provinciales.

La reciente Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000) puede acabar con la desesperante panorámica que existe sobre la controvertida figura que regula el art. 97 del Código Civil, y todo ello a través del Recurso Extraordinario de Casación por infracción de norma jurídica y que puede ser interpuesto en interés casacional. La Ley define ese interés casacional para tres supuestos: a) si la

sentencia es contraria a la doctrina del Tribunal Supremo; b) si resuelve puntos o cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, y c) si aplica normas de una vigencia inferior a cinco años, no existiendo doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido. Lo anterior supone, a mi juicio, un dato realmente positivo y a destacar de la nueva ley procesal, si bien habrá que estar expectante a lo que en su día resuelva el Alto Tribunal sobre tan maniatada figura jurídica, cuya naturaleza jurídica debe acomodarse a la realidad del siglo que comienza.

Como última pincelada de este trabajo, he de decir que la postura del Alto Tribunal cuando de manera indirecta ha tenido que enfrentarse a la realidad de la figura jurídica de la pensión por desequilibrio es decantarse por el carácter indemnizatorio, si bien no existe un análisis profundo sobre su especial naturaleza jurídica (Sentencias del T.S. de 2 de diciembre de 1987, 29 de junio de 1988 y 6 de marzo de 1995).

Se hace necesario un pormenorizado desarrollo jurisprudencial sobre esta figura, lo que sin duda acabará con la inestabilidad judicial y doctrinal existente sobre esta materia.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia 4/2001, de 15 de enero.
Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás Vives Antón.

El pronunciamiento que efectúa la Audiencia Provincial al atribuir la guarda y custodia compartida a ambos progenitores no vulnera ningún principio constitucional.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Mercedes y su cónyuge instaron judicialmente, el 17 y el 20 de mayo de 1995, la separación conyugal. Sus pretensiones fueron acumuladas y conocidas en primera instancia por el Juzgado núm. 2 de los de Moncada (Valencia). Como medida provisional, durante la tramitación del proceso, la recurrente solicitó que se le adjudicara la guarda y custodia de su hijo, nacido en enero de 1994, sin perjuicio del régimen de visitas que se determinara en favor de su cónyuge. El padre, sin embargo, pidió compartir la guarda y custodia, admitiendo subsidiariamente que se otorgara a la madre, pero con reconocimiento de un amplio régimen de visitas en su favor. Por Auto de 11 de septiembre de 1995 el Juez de Primera Instancia otorgó a la madre la guarda y custodia del hijo, fijando un régimen de visitas en favor del padre que aquélla impugnó.
- Mediante Sentencia de fecha 14 de noviembre de 1995 se decretó la separación de los cónyuges, ratificando la medida provisional referida a la guarda y custodia del hijo menor de edad. La Sentencia de separación fue apelada por el cónyuge de la demandante de amparo, que, según consta en la diligencia de vista, impugnó únicamente la cuantía de la pensión alimenticia y el contenido del régimen de visitas, cuya ampliación solicitó. Doña Merce-

des solicitó la confirmación de la Sentencia de instancia, e igualmente lo hizo el Ministerio Fiscal.

- El 1 de septiembre de 1997 fue dictada la Sentencia de apelación. En ella se estimó parcialmente el recurso de apelación y se decretó la guarda y custodia compartida por ambos progenitores, de forma que el menor “habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año”, fijando un régimen de visitas en favor del otro progenitor para los períodos durante los que no ostente la guarda y custodia, y un régimen especial para los períodos vacacionales.
- Mercedes interpuso recurso de amparo que fue desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En la Sentencia de la Audiencia provincial se expresa la siguiente fundamentación para justificar la decisión de otorgar la guarda y custodia compartida: “En los asuntos de separación matrimonial y de divorcio, así como en la fijación de las medidas provisionales, los que pueden resultar perjudicados en mayor medida son los menores, hijos del matrimonio que se encuentra separado o divorciado, por lo que se requiere de los Tribunales los mayores cuidados, siempre teniendo como centro de las decisiones judiciales el “favor filii”, pues el hecho de ser progenitores no puede tomarse nunca como un derecho propio, sino como una continua liberalidad respecto de los hijos, a los que se debe un cuidado y una entrega como mínimo adecuada. Dicho lo anterior, y entrando en el análisis de las alegaciones vertidas por la parte apelante, hay que decir lo siguiente: esta Sala, teniendo en cuenta el beneficio del menor, y a la vista de que ambos progenitores se encuentran en una situación laboral inestable, y que el apelante ha entrado en situación de desempleo justo un mes después de dictarse la sentencia de instancia, entendemos que el mejor modo de que el menor Pedro pueda tener cubiertas sus prioritarias necesidades y pueda tener un buen desarrollo personal y social es fijar una

guarda y custodia compartida, con lo que se suprime la pensión de alimentos fijada a cargo del apelante: el menor habitará con cada uno de sus progenitores en meses alternos, estando los meses pares con la madre y los impares con el padre, cambiando esta distribución cada año; durante la estancia con uno de los progenitores se fija un régimen de visitas para el progenitor con quien no esté viviendo de viernes a la salida del colegio a domingo a las 20 horas; asimismo, se fija también al régimen de visitas para el progenitor con quien no esté viviendo durante el mes, de los lunes y los miércoles de 17 a 20 horas. Las vacaciones de Navidad se fijan por mitad estando con el progenitor con quien no habite en diciembre, del 1 de enero a las diez de la mañana hasta el 6 de enero a las 20 horas, con lo que el año siguiente esta segunda parte de vacaciones las compartirá con el otro progenitor. Las vacaciones de Fallas y Semana Santa se fijan por mitad, estando la segunda parte de las mismas con el progenitor con quien no esté viviendo durante ese mes. El verano viene distribuido de acuerdo con la distribución por meses mencionada. Con todo ello no se conculca el principio de congruencia, puesto que viene justificado por el interés público y fundamentalmente por el del menor. Este ré-

gimen que hemos impuesto no pretende por más que intentar favorecer del modo más razonable posible la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores de forma que el hijo de los litigantes sienta que tanto la casa de su padre como la de su madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida: de descanso, de colegio, de vacaciones, etc. Lógicamente, al realizar esta distribución, cada progenitor se encargará de los gastos ordinarios del menor durante el tiempo que conviva con él, mientras que se fijan por mitad los gastos extraordinarios. Asimismo, esta distribución quiere condicionar a cada progenitor a buscar en todo momento el bien del menor, entendiendo que si bien el régimen de visitas es un derecho compartido, también es cierto que este Tribunal pretende proteger por encima de todo y con la mayor intransigencia la posición del más débil, que es el menor, quien debe encontrarse lo más cómodo posible ante la situación de separación de sus progenitores. No se puede obviar que la separación de los padres no puede ser fácil para los hijos, y ello entre otras cosas porque supone la creación de dos vidas distintas en el menor, que le pueden reportar un desequilibrio que debemos mitigar en lo posible. Por todo ello, estimamos parcialmente el recurso planteado, revocando parcialmente la sentencia de instancia.”

La recurrente, en lo que aquí nos interesa, centra sus motivos de impugnación en tres frentes:

1. Incongruencia de la sentencia.

Para la demandante la Sentencia de apelación incurre en incongruencia lesiva del art. 24.1 CE, por cuanto resuelve sobre una cuestión —la guarda y custodia del menor— que no le había sido planteada por los litigantes, ya que el padre, desde el inicial Auto de medidas provisionales, aceptó que fuera con la madre con quien conviviera el hijo común. Tal decisión supone un

desajuste entre lo pedido en la apelación y lo resuelto por el órgano judicial, modificando así los términos en que discurrió la controversia procesal. Tal desajuste le habría ocasionado indefensión, pues introduciéndose por sorpresa esta nueva cuestión en la Sentencia no ha podido alegar y contraargumentar sobre la posibilidad de otorgar la guarda y custodia compartida.

Se alega en la demanda que la Sentencia cuestionada incurrió en un defecto de incongruencia causante de indefensión por cuanto, al resolver el recurso de apelación, se apartó de sus términos y de las concretas cuestiones que le fueron planteadas por el apelante, revocando en parte la Sentencia de instancia en un extremo (la atribución a la madre de la guarda y custodia del hijo menor de edad) que no había sido cuestionado por los litigantes.

El razonamiento expuesto trasluce una concepción del proceso matrimonial y de las funciones atribuidas por la ley al Juez de familia que no se puede compartir, pues se presenta como un simple conflicto entre pretensiones privadas que ha de ser decidido jurisdiccionalmente dentro de los límites objetivos y subjetivos propuestos por los litigantes, como si de un conflicto más de Derecho privado se tratara. Sin embargo, si bien es cierto que el deber de congruencia cuyo incumplimiento se denuncia tiene una indudable relevancia constitucional y ha de ser exigido en todo tipo de procesos en los que los Jueces actúan la potestad reconocida en el art. 117.3 CE (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), pues así lo exigen los principios de contradicción e imparcialidad judicial, no puede olvidarse que la propia Constitución (art. 117.4) admite también la atribución a Jueces y Tribunales, por mediación de la ley, de otras funciones en garantía de cualquier derecho, distintas a la satisfacción de pretensiones.

Y precisamente en garantía de cualquiera de los cónyuges (art. 90, párrafo 2, Código Civil), de los hijos, o del interés familiar más necesitado de protección (art. 103 CC,

reglas primera y tercera), la ley atribuye al Juez que conozca de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto e, incluso, en lugar de las propuestas por los litigantes (ATC 100/1987, de 28 de enero). Por ello en la STC 120/1984, de 10 de diciembre, FJ 2, este Tribunal, al analizar una queja de incongruencia, tuvo ya oportunidad de resaltar que en todo proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos, sino de “ius cogens”, por tratarse de un instrumento al servicio del Derecho de familia. La naturaleza de las funciones de tutela atribuidas a la jurisdicción en este ámbito impide trasladar miméticamente las exigencias de congruencia consustanciales a la función jurisdiccional “stricto sensu” (aquella que se traduce en un pronunciamiento motivado sobre pretensiones contrapuestas), pues el principio dispositivo, propio de la jurisdicción civil, queda atenuado y, paralelamente, los poderes del Juez se amplían al servicio de los intereses que han de ser tutelados (AATC 328/1985, de 22 de mayo, y 291/1994, de 31 de octubre). Como expusimos en la STC 77/1986, de 12 de junio, “la incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la Sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir ‘ex officio’”.

Bastaría lo expuesto para justificar la desestimación de esta pretensión de amparo, pues el órgano de apelación, al modificar en interés del menor el régimen de guarda y custodia decidido en la instancia, no hizo sino actuar las potestades que legalmente tiene atribuidas. Pero además, desde un punto de vista puramente fáctico, hay datos en las actuaciones que permiten afirmar que la decisión judicial cuestionada no supuso tampoco un desajuste o completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal precedente (STC 15/1984, de 6 de febrero). En efecto, no sólo es que,

con carácter general, la acción de separación, como la de divorcio, supone implícitamente, cualesquiera que sean sus términos, solicitar del Juez un pronunciamiento sobre todas las consecuencias legales que su estimación conlleva (ATC 100/1987, de 28 de enero, FJ 3), sino que en el caso concreto, ya en la solicitud de medidas provisionales que acompañaron a su demanda de separación, el cónyuge de la recurrente solicitó expresamente que se le atribuyera la guarda y custodia compartida con la madre, aunque a ello no accediera el Juez de Primera Instancia. Por tanto, por este último motivo, a tenor del debate precedente no puede tampoco afirmarse que haya habido un pronunciamiento ajeno al debate procesal y totalmente desviado de sus pretensiones y peticiones.

2. Falta de motivación.

En su opinión, la sentencia de la Audiencia provincial es una resolución inmotivada, porque no expresa las razones por las que, en interés del menor, modifica el régimen de guarda y custodia, ni existe nueva prueba alguna que apoye esa decisión. En fin, la demanda considera que estamos ante una decisión arbitraria que incurre en errores de hecho manifiestos, pues no es cierto que la recurrente tenga una situación laboral inestable, ni se justifica por qué se afirma que el padre ha quedado recientemente en situación de desempleo. Desde la perspectiva del art. 24.1 CE la demandante considera que la resolución judicial impugnada es inmotivada, incongruente y generadora de indefensión. Sin embargo el análisis de las actuaciones nos lleva a descartar las lesiones de derechos fundamentales que justificarían tales calificativos.

Así, su lectura pone de relieve que la Sentencia de 1 de septiembre de 1997 —parte de cuya fundamentación ha sido transcrita en el antecedente 2, letra c) de esta resolución—, no carece de motivación, pues, cumpliendo esta exigencia constitucional (STC 187/2000, de 10 de julio), expresa con amplitud las razones que permiten

conocer cuáles han sido los criterios esenciales fundamentadores de la decisión de mantener compartida la guarda y custodia del hijo menor de edad. La Audiencia Provincial, en el fundamento jurídico segundo de su Sentencia, tras señalar que en materia de guarda y custodia de los hijos menores el criterio decisivo de atribución es el interés del menor, ha valorado las circunstancias concretas del caso (la situación laboral de ambos progenitores y su disponibilidad) y ha justificado la guarda y custodia compartida en la necesidad de garantizar “su buen desarrollo personal y social” para “favorecer del modo más razonable la íntima y necesaria relación del menor con cada uno de sus progenitores”, de forma que el niño “sienta que tanto la casa de su padre como la de su madre son su propia casa, y que cada uno de sus progenitores interviene en todos y cada uno de los momentos de su vida”. Este razonamiento puede ser discutido, como lo hace la recurrente en su demanda, pero tal disensión no justifica la demanda de amparo que se analiza, ni puede llevar a este Tribunal a revisar la decisión adoptada en ejercicio de la potestad que el art. 117.3 y 4 CE reconoce a Jueces y Tribunales, pues se trata de una decisión razonada, motivada y fundada en Derecho, que satisface, en el extremo analizado, el derecho a obtener la tutela judicial efectiva (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4).

3. Vulneración del principio de igualdad.

Por último se denuncia en la demanda la quiebra del art. 14 CE en lo que reconoce el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, afirmando que las consecuencias que se han anudado a la separación son únicas en la jurisprudencia de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, citándose al efecto tres resoluciones de 1993 y 1994 en

las que no se otorga la guarda y custodia compartida.

Tal y como ha sido formulada la denuncia, señala el Tribunal Constitucional, incumple las mínimas exigencias que este Tribunal ha venido requiriendo para que pueda tener éxito una invocación del principio de igualdad en la aplicación de la ley. Para apreciar tal género de desigualdad hemos exigido la aportación de resoluciones procedentes del mismo órgano judicial, que hayan resuelto supuestos sustancialmente iguales y que no motiven o justifiquen las razones por las cuales se haya producido un cambio de criterio. Esta doctrina, consolidada en numerosas decisiones (entre las que, a título de ejemplo, cabe destacar las SSTC 79/1985, de 3 de julio, 27/1987, de 27 de febrero, 134/1991, de 17 de junio, 183/1991, de 30 de septiembre, 140/1992, de 13 de octubre, 245/1994, de 15 de septiembre, 165/1995, de 20 de noviembre, 104/1996, de 11 de junio, y 162/2000, de 12 de junio), es desconocida por la demanda de amparo, pues aun admitiendo la dificultad de encontrar en el ámbito de las crisis matrimoniales dos situaciones de hecho equiparables, dada la variedad de circunstancias y condicionantes que pueden concurrir en las relaciones humanas, y pese a citar como elementos de contraste tres resoluciones de la propia Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia que, en cada caso, no otorgaron la guarda y custodia compartida, sino que la atribuyeron a la madre, no se argumenta sobre el carácter sustancialmente idéntico de los supuestos de hecho analizados, requisito esencial y necesario para poder enjuiciar la quiebra constitucional que se alega, pues no basta con poner de manifiesto la variación del criterio de resolución. En fin, la omisión de un término válido de comparación impide cualquier otra consideración al respecto y obliga a rechazar la lesión pretendida del citado derecho fundamental.

II. ACCIÓN DE RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD NO MATRIMONIAL

**Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia 55/2001, 26 de febrero.
Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas.**

Anulación de una sentencia del Tribunal Supremo que desestimó la demanda de reclamación de paternidad no matrimonial, al haberse vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el Tribunal Supremo no tuvo en cuenta que el demandado fue citado personalmente para la práctica de la prueba biológica.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Matías promovió demanda en ejercicio de la acción de reclamación de filiación paterna no matrimonial contra D. José M., que fue íntegramente estimada por sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Ciudad Rodrigo, de 14 de octubre de 1993, en la que se reconoció. En dicha sentencia expresamente se declara que “el demandado, requerido para la práctica de las pruebas biológicas, se ha negado a ello” y reconoce, de conformidad con una reiterada doctrina jurisprudencial, que aunque tal negativa “no es base suficiente para suponer una ‘ficta confessio’ (...) sí representa un indicio valioso que conjugado con otros elementos probatorios, permite llegar a declarar la paternidad pretendida”. Llega así a la conclusión de que en el presente supuesto concurren “los presupuestos necesarios exigidos por la jurisprudencia, que conjugados con la negativa a la práctica de las pruebas biológicas, transforman ésta en un elemento positivo de valoración y permiten afirmar la paternidad pretendida”. En tal sentido, a partir de la valoración de la prueba practicada, entiende que pueden sostenerse como ciertas las siguientes apreciaciones de hecho: 1) “puede considerarse probado que la madre del demandante en las fechas próximas a la concepción no mantuvo relaciones con sujetos distintos del demandado”; 2) “En las fechas próximas a la concepción del demandante se dieron las circunstancias propicias al acceso carnal”; 3) “De que se dieron las circunstancias propicias de acceso carnal, en la época de la concepción, es testigo el pueblo de Sancti Spiritus”; 4) “la madre en el acta de bautismo le puso de nombre José Matías, nombre compuesto que no es de los frecuentes, en un pueblo pequeño y que coincide con el propio del demandado”; 5) “toda la vida del demandante ha

sido tenido en concepto público como hijo del demandado y apodado ‘R.’, diminutivo del apodo de D. José Matías”; 6) “Todo el mundo y toda la vida en Sancti Spiritus lo han tenido por hijo del demandado, es porque en su momento la población de Sancti Spiritus fue testigo del noviazgo de la madre del demandante y del demandado y de que se dieron las circunstancias propicias de acceso carnal que rellenan el requisito de la oportunidad”; y, en fin, 7) “Es también constante la doctrina jurisprudencial al afirmar que, la persona de la que se postula el reconocimiento de la paternidad, es sujeto del proceso y objeto del mismo (...) sobre el que ha de operar la obtención de las pruebas biológicas y antropomórficas y que la negativa del sujeto impide la tutela judicial efectiva y conculca la declaración programática del artículo 39 de la Constitución Española y los concordantes 127 y 135 del Código Civil, que posibilitan la investigación de la paternidad a través de una amplia gama de procedimientos para llegar a conocer la realidad genética”.

- En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Salamanca dictó sentencia el 17 de diciembre de 1993 desestimando el recurso afirmando que la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica, “al ser requerido por el Órgano judicial de primera instancia, a más de impedir la tutela efectiva, y conculcar la normativa citada, es valorada por nuestra jurisprudencia, si no como ‘ficta confessio’ del artículo 393 de la LEC, sí como indicio valioso que, conjugado con otros elementos probatorios, permite llegar a la declaración de la paternidad pretendida; y sin que tal posición obstruccionista a repetida prueba pueda ampararse en derechos constitucionales al honor y a la intimidad, hechos valer por el mismo, (...) cuya negativa a someterse a la misma, a más de conculcar la declaración programática del art. 39.3 ‘in fine’ de la Constitución, comporta un juicio de inestimable valor, revelador de un afán obstruccionista y denotador de fraude de Ley”.
- D. Matías (demandado en el procedimiento de filiación) interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de febrero de 1998, que casa y anula la Sentencia de la Audiencia Provincial y, en sustitución de lo en ella resuelto, desestima la demanda promovida y absuelve al demandado de todos los pedimentos de la misma.
- D. Matías (actor en el procedimiento de filiación) interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que anuló la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictarse la misma, para que se dicte una nueva Sentencia en la que se respete el derecho fundamental lesionado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El recurrente en amparo basa su recurso en que el Tribunal Supremo funda su sentencia en que el demandado no fue requerido personalmente para la práctica de la prueba biológica. Tal afirmación desconoce manifiestamente, sin embargo, que consta en las actuaciones la diligencia de citación personal al demandado, que le efectuó el Secretario del Juzgado de Primera Instancia el día 3 de junio de 1993, para que compareciese el día 17 de junio siguiente en el Instituto Nacional de Toxicología a las nueve horas, para realizar la prueba de paternidad, diligencia que fue firmada por el propio demandado.

Igualmente sostiene que la Sala funda también su decisión en que el demandado se encontraba gravemente enfermo, hasta el extremo de que ni siquiera se le pudo practicar la prueba de confesión judicial. De nuevo tal aseveración, al igual que la anterior, desconoce las actuaciones, pues consta el acta de confesión judicial que le fue practicada al demandado (folio 97), lo que deja sin sustento el presupuesto de la grave enfermedad que le impedía, supuestamente, la práctica de dicha prueba, para cuya realización se desplazó hasta la sede del Juzgado, haciendo gala, al absolver las posiciones, de seguridad, precisión y agudeza. Tal prueba, por lo demás, se practicó pocos días antes de la fecha señalada para la prueba de paternidad a la que el demandado incompareció.

Por último, alega el recurrente que el Tribunal Supremo sostiene que el demandado no se negó a someterse a la prueba biológica. Sin embargo, de nuevo los autos constatan el desconocimiento que se denuncia de las actuaciones. En efecto, de un lado, figura la diligencia del Instituto Nacional de Toxicología, en la que el Director del mismo pone en conocimiento del Juez que “en el día de la fecha (para el que fueron citados para la práctica de la prueba en relación con la investigación de la paternidad el demandado, el demandante y la madre de éste) no se

ha personado en este Centro D. José Matías, habiéndolo hecho D.^a Juana y su hijo D. Melquíades”). De otro lado, consta la previa diligencia de citación personal al demandado para la prueba de la paternidad (folio 95) llevada a cabo por el mismo Juzgado. Resulta claro, pues, que el demandado no ha cumplido ni ha acatado la orden de comparecer a la práctica de la prueba biológica.

Aunque el recurrente en amparo reconduce su queja a los arts. 24.1 y 24.2 CE, en conexión con los arts. 14, 39.2 y 118 CE, de la lectura de la demanda se infiere, en opinión del Ministerio Fiscal, que la queja material viene referida al error sufrido por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en cuanto al decurso procesal de las pruebas prácticas que en el discurso judicial se anudan a la desestimación de los motivos de casación. Si así fuera, se trataría de lo que en la jurisprudencia constitucional se denomina como un error patente, lesivo del derecho a la tutela judicial efectiva.

Dos son pues las cuestiones que se suscitan en la demanda de amparo: Vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), consistente en que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha desconocido circunstancias fácticas relevantes que constan efectivamente acreditadas las actuaciones, siendo tal desconocimiento determinante de la estimación del recurso de casación. En segundo lugar, si ello no fuese así, la de que el no valorar como indicio, junto con las otras pruebas practicadas, la negativa del demandado en el proceso “a quo” por causa a él únicamente imputable de someterse a la prueba biológica de paternidad, ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en relación con los arts. 14, 39.2 y 118 CE. Es evidente que el examen de esta segunda cuestión deviene supeditado a la desestimación, en su caso,

de la primera, por lo que, en caso contrario, no procede su análisis.

En cuanto a la primera de las cuestiones ha de traerse a colación, pues, la doctrina elaborada en torno al error patente con relevancia constitucional, recogida recientemente, entre otras resoluciones, en las SSTC 99/2000, de 10 de abril (FJ 5); 150/2000, de 12 de junio (FJ 2); 217/2000, de 18 de septiembre (FJ 3). En la primera de las mencionadas Sentencias, que recopila el consolidado cuerpo doctrinal existente al respecto, dijimos que, aunque en alguna ocasión este Tribunal Constitucional se ha referido a las particularidades de la figura del error patente, esta institución viene relacionada primordialmente con aspectos de carácter fáctico. Así se ha aludido a ella como “indebida apreciación de datos de la realidad condicionantes de la resolución adoptada” (STC 68/1998, de 30 de marzo) o, de modo similar, se ha relacionado “con la determinación de los hechos objeto del juicio o con la determinación y relación del material de hecho sobre el que se asienta la decisión” (STC 112/1998, de 1 de junio), aplicándose también a un “dato fáctico indebidamente declarado como cierto” (STC 100/1999, de 31 de mayo).

Para que el error llegue a determinar la vulneración de la tutela judicial efectiva es preciso que concurren varios requisitos. En primer lugar, se requiere que el error sea determinante de la decisión adoptada, esto es, que constituya el soporte único o básico de la resolución (“ratio decidendi”), de modo que, constatada su existencia, la fundamentación jurídica pierda el sentido y alcance que la justificaba, y no pueda conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución, de no haberse incurrido en el mismo. Es necesario, en segundo término, que la equivocación sea atribuible al órgano judicial, es decir, que no sea imputable a la negligencia de la parte, pues en caso contrario no existirá en sentido estricto una vulneración del derecho fundamental, tal y como presupone el art. 44.1 LOTC. En tercer lugar, el error ha de ser, como ya se ha advertido, patente o, lo

que es lo mismo, inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales, por haberse llegado a una conclusión absurda o contraria a los principios elementales de la lógica y de la experiencia. Y, por último, la equivocación ha de producir efectos negativos en la esfera del ciudadano, de modo que las meras inexactitudes que no produzcan efectos para las partes carecen, pues, de relevancia constitucional (por todas, STC 96/2000, de 10 de abril, FJ 4 y resoluciones allí citadas).

En el presente supuesto la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo examina en su Sentencia únicamente dos de los seis motivos en los que se fundaba el recurso de casación, ya que su estimación convirtió en innecesario el análisis de los demás. Frente al criterio de la Audiencia Provincial y del Juzgado de Primera Instancia, que en sus respectivas Sentencias habían valorado como indicio probatorio de la paternidad del demandado respecto al demandante, junto con las otras pruebas practicadas, la negativa del primero a someterse a la prueba biológica de paternidad, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo entiende que en este caso no podía ser considerada como indicio la falta de práctica de la prueba biológica, ya que ésta no se debía a la negativa del demandado a someterse a la misma, pues ni había sido requerido personalmente para ello, ni mucho menos se había negado a practicarla, aludiéndose en la Sentencia como circunstancias que determinaron que no se llevase a cabo la edad y la grave enfermedad que padecía el demandado, las cuales impidieron también la celebración de la prueba de confesión judicial. Excluida la posibilidad de valorar como indicio probatorio la falta de práctica de la prueba biológica, la Sala considera que el resto de las pruebas practicadas no es suficiente para acreditar la paternidad del demandado respecto al demandante, por lo que casa y anula la Sentencia de la Audiencia Provincial, desestimando la demanda del recurrente en amparo, y absolviendo al demandado de todos los pedimentos contenidos en la misma.

Pues bien —señala el Tribunal Constitucional—, ante la apreciación fáctica que se hace en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en orden a la práctica de la prueba de investigación de la paternidad y de la confesión judicial del demandado, el examen de las actuaciones judiciales permite apreciar con absoluta nitidez, como afirma el Ministerio Fiscal, de un lado, que la prueba de confesión judicial del demandado, tras ser suspendida dos veces por encontrarse enfermo, fue llevada a cabo en la sede del órgano judicial el día 4 de junio de 1993, tras ser reconocido por el médico forense, y apreciar éste que su estado de salud no le impedía desplazarse al Juzgado. De otro lado, que, tras la emisión del referido dictamen médico, el Juzgado de Primera Instancia acordó por providencia de 2 de junio de 1993 que el demandado fuese citado personalmente para que compareciese el día 17 siguiente en el Instituto Nacional de Toxicología para realizar la prueba biológica de paternidad, citación que le fue notificada personalmente en su domicilio por el Secretario del Juzgado el día 3 de junio. Consta, asimismo, que al día siguiente la representación procesal del demandado presentó un escrito ante el Juzgado, en el que manifestó que su representante consideraba la práctica de la prueba biológica de paternidad un ataque a su integridad física y a su intimidad, por lo que se oponía a la misma, a fin de que no resultaran vulnerados los derechos reconocidos en los arts. 15 y 18.1 CE, así como que, dado su estado de salud, constatado en el informe médico forense, no podía desplazarse a Madrid, ni estaba en condiciones de afrontar las prácticas invasivas de orden médico que exige la referida prueba, y que la misma resultaba inútil habida cuenta de las declaraciones de la madre del demandante. El Juzgado, por proveído de 14 de junio de 1994, tuvo por hechas las anteriores manifestaciones, y declaró no haber lugar a dejar sin efecto la prueba hemolítica acordada, para la que había sido citado personalmente el demandado el próximo día 17 de junio. Consta también en autos un oficio del Di-

rector del Instituto Nacional de Toxicología, dirigido al Juzgado, mediante el que se pone en conocimiento de su titular que en el día señalado no se había personado en el Centro el demandado para llevar a cabo la prueba biológica de paternidad, habiendo comparecido el demandante y su madre, por lo que no había podido procederse a la toma de muestras. Finalmente, al día siguiente del fijado para la práctica de la mencionada prueba la representación procesal del demandante de amparo presentó un escrito ante el Juzgado, en el que, sin aducir causa alguna en orden a justificar su incomparecencia para someterse a la prueba biológica de paternidad, se limitó a solicitar la nulidad de la providencia de 14 de junio de 1993, y que se dejase sin efecto la prueba hemolítica acordada, por considerar la misma inútil a raíz del contenido de la declaración testifical de la madre del demandante.

Es evidente, pues, que el demandado en el proceso “a quo” fue requerido personalmente para la práctica de la prueba biológica de paternidad, así como que no compareció en el centro en el que debía de practicarse, estando debidamente citado, y habiendo sido expresamente reiterado dicho requerimiento por el órgano judicial ante su inicial oposición a llevarla a cabo, lo que no puede sino ser considerado, según señala el Ministerio Fiscal, como una negativa formal a la práctica de dicha prueba. E igualmente que se celebró en la sede judicial la prueba de confesión judicial del demandado, invocándose en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo precisamente la imposibilidad de su práctica como circunstancia acreditativa del estado de salud del demandado y de que no se debía a su negativa la falta de práctica de la prueba biológica. El error patente en el que incurre la Sentencia, que se mueve en el ámbito de lo fáctico, al afirmar que no fue requerido personalmente para la práctica de la prueba biológica y que no se negó a someterse a ella, así como que no se pudo practicar la prueba de confesión judicial, con el significado que a tal imposi-

bilidad se le confiere en su discurso, resulta verificable de forma inconcusa a partir de las actuaciones judiciales, es únicamente imputable al órgano judicial, resulta determinante de la decisión judicial adoptada, pues la misma se funda precisamente en la improcedencia en este caso de valorar como indicio probatorio la falta de práctica de la prueba biológica, por no deberse la misma a la negativa del demandado de someterse a ella, y, en fin, ha producido, obviamente, efectos negativos en la esfera del demandante de amparo, al ver éste desestimadas sus pretensiones. En definitiva, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, al incurrir en el error patente puesto de manifiesto, ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente en amparo, en su vertiente de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho y razonable.

La representación procesal de la parte que comparece como demandada en este proceso constitucional viene a sostener en sus alegaciones que la estimación del recurso de casación se ha fundado en la nulidad de la citación para que el demandado en el proceso “a quo” compareciese ante el Instituto Nacional de Toxicología, dado su estado de salud y la carencia en la misma de las más elementales formalidades y apercibimientos oportunos. Sin embargo, tanto el lacónico razonamiento de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, como las tajantes afirmaciones erróneas en las que sustenta su decisión, no permiten alcanzar tal conclusión, máxime cuando en su discurso ninguna referencia se contiene, ni directa ni siquiera indirecta, a aquella cita-

ción, cuyas deficiencias formales constituían un motivo de casación distinto a los examinados, y a la orden judicial que reiteró, ante las alegaciones efectuadas, que el demandado compareciese en la fecha fijada para someterse a la prueba biológica.

En cuanto a los efectos de la estimación del recurso de amparo por el motivo expuesto, éstos no pueden ser, como pretende el recurrente en amparo, los de declarar la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y confirmar, decretando su firmeza, la de la Audiencia Provincial de Salamanca, sino, como alega el Ministerio Fiscal, la de retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de aquella Sentencia, para que por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se dicte una nueva Sentencia, respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva. No corresponde a este Tribunal Constitucional, en el ejercicio de su función jurisdiccional, suplir a los órganos judiciales en la valoración como indicio probatorio de la negativa del demandado en el proceso “a quo” de someterse a la prueba biológica de paternidad junto con las demás pruebas practicadas en el proceso, en orden a determinar la paternidad de éste respecto al demandante de amparo, no habiéndose pronunciado además, en este caso, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre los demás motivos en los que se fundó el recurso de casación, y que no fueron examinados, por resultar innecesario su análisis a tenor de la Sentencia que aquí se anula, cuyo examen ahora pudiera también resultar necesario e incluso determinar la decisión del proceso en uno u otro sentido.

TRIBUNAL SUPREMO

I. FILIACIÓN

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

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 18 de julio de 2000.

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

Para la práctica de la prueba biológica es exigible una citación personal dada la naturaleza del acto para el que se cita, lo cual evitará desconocimientos ficticios o reales en cuanto a las consecuencias del no sometimiento a la misma, erradicando toda idea de indefensión. Por consiguiente, no es admisible realizar dicha citación en la persona del Procurador.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña María Consuelo formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don José Alberto, 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: a) La filiación no matrimonial de la menor Gema María, respecto de su padre José Alberto; b) Que, consecuencia de ello, la niña Gema María podrá utilizar en lo sucesivo como primer apellido el del demandado; c) Que, firme esta resolución, se acuerde la inscripción de la filiación, como nota marginal en el acta de nacimiento de la menor, librándose para ello comunicación procedente al Juez encargado del Registro Civil de esta capital; d) Que se condene a la parte demandada, desde la fecha de la interposición de la demanda, y en concepto de alimentos provisionales en favor de su hija no matrimonial, Gema María, al pago

de la cantidad que estime este Juzgado procedente, atendidas las circunstancias expuestas en los hechos y fundamentos de derecho de esta demanda; e) Que se adopten las medidas cautelares procedentes para asegurar la responsabilidad económica del demandado derivada de este procedimiento; f) Que la patria potestad y la guarda de la hija siga correspondiendo a doña María Consuelo, no ostentando el demandado derechos por ministerio de la Ley respecto de la misma o de los descendientes o en sus herencias; g) Que se imponga al demandado la condena en costas.

- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 16 de los de Madrid dictó sentencia el 29 de septiembre de 1993 desestimando la demanda.
- En grado de apelación la Sección 22.^a de la audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 17 de enero de 1995 desestimando el recurso interpuesto por la parte actora.
- Doña María Consuelo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo acordándose reponer las actuaciones al momento anterior en que el demandado fue citado para someterse a la prueba biológica en la persona de su Procurador.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El motivo fundamental del recurso se centra en la indefensión que se causa a la recurrente al serle denegada, por el Tribunal de instancia, la práctica de la prueba biológica de paternidad que solicitó en primera y en segunda instancia, en aquella admitida y no practicada y en ésta denegada.

El art. 127 CC, acorde con el art. 39.2 CE, establece las más amplias posibilidades de prueba para determinar la paternidad y la maternidad a través del correspondiente juicio siquiera en su párrafo 2.^o establece un requisito de procedibilidad al exigir, para que la correspondiente demanda sea admitida a trámite, que ya inicialmente se presente un principio de prueba de los hechos en que se funde la demanda, exigencia legal que la jurisprudencia ha espiritualizado señalando “que basta con que en esa demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado” garantizándose la seriedad de aquella —SS. de 3 de octubre de 1998, 16 de enero, 22 de marzo y 4 de mayo

de 1999— y ese requisito procesal que el Código Civil proclama se estimó, por la juzgadora de primera instancia, cumplido con el trámite que hizo de la demanda rectora hasta admitir, en el correspondiente trámite posterior, las pruebas propuestas por la demandante, entre las que se encontraba la de análisis de grupos sanguíneos y material genético de madre, supuesto padre e hija para comprobar si existe o no la paternidad que se pretende dentro de las probabilidades relativas de exactitud de esta clase de prueba.

Esa prueba no puede practicarse más que con la comparecencia de aquellos que han de aportar, comprobadamente, la cantidad necesaria de su sangre y por lo mismo tanto su cooperación —salvo que voluntariamente comparezcan al acto— como su negativa a hacerlo —con las posibles consecuencias que de ello puedan obtenerse— han de corresponder a una citación hecha en la forma que es exigible por la naturaleza del acto para el que se cita y en este procedimiento,

en primera instancia, ajustándose a lo que dispone el primer párrafo del art. 6 CC, prescindiéndose de la salvedad que su párrafo 2.º encierra de exigencia legal de garantía —ejemplo similar es el del art. 583 de la Ley procesal—, evitando desconocimientos ficticios o reales cuando las consecuencias de esto derivadas pueden ser muy graves y evitables desde la citación personal que erradica toda idea de indefensión, el Juzgado hizo el requerimiento y citación del demandado en la persona de su Procurador y el interesado no compareció en el Instituto Nacional de Toxicología el día señalado para la práctica de dicha prueba que, por lo mismo, no pudo practicarse.

Reiterada en segunda instancia la práctica de esa prueba de paternidad, es rechazada la petición en base de la negativa supuesta, cabría decir, por incomparecencia y no expresamente que se estima producida en primera instancia y de la negativa del demandado de presentarse a ella ante esta segunda proposición de la demandante, sin que en recurso de súplica se logre la variación de ese criterio que contradice la procedencia de ese medio de prueba en primera instancia, como fue admitido, en base ahora de una negativa del objeto de la misma trayendo a ese período procesal lo que ya fue decidido a la presentación de la demanda dejando imposibilitado el complemento de esa prueba inicial que se estimó suficiente para admitir aquella a trámite, con lo que el resultado de esa prueba denegada será esencial para las pretensiones de una y otra parte las cuales, al menos la que la propone, se encuentran indefensas al negarse el medio.

La situación así creada a la recurrente desde la declaración de pertinencia y admisión de la prueba biológica de investigación de la paternidad del demandado y su falta de práctica por incomparecencia de este último, quizá por la citación inadecuada que para ello se le hace que no por negativa expresa de prestarse a la misma y el rechazo de esa misma prueba propuesta en segunda instancia en aras de una valoración del resto de pruebas aportadas y anticipando como con-

dicionante para la admisión la negativa del demandado de someterse a esa prueba, anticipadamente a la necesaria decisión judicial sobre su pertinencia que en otra instancia había sido apreciada, en una precipitación valorativa de lo que aún no se había dado y que así cierra toda deducción sobre la trascendencia y razón de esa anticipada negativa —cuanto más que, en la primera instancia, se llevó a capítulo en los autos una imposibilidad de engendrar a causa de una vasectomía a que dice haberse sometido el demandado en enero de 1988, sin que esto se haya probado pero sí quedado como una razón más para practicar aquella prueba en su día admitida—, todo lo cual ha venido a desconocer el derecho a una tutela judicial efectiva que, como invoca, la Constitución concede a la demandante y a quebrar las posibilidades que le reconoce el art. 39.2 de la misma y, en relación con él, el art. 127.1 CC supeditando improcedentemente esos derechos fundamentales a una negativa de práctica que aún no llegó el tiempo procesal de producirse —con todas las consecuencias que de la corrección de su desarrollo puedan llegar a obtenerse por el juzgador de instancia— a falta de la realización de las actividades necesarias por los juzgadores para garantizar la práctica de toda prueba, cualquiera que sea la valoración que pueda llegar a dársele porque así le corresponde, como viene a consignarse en la S. 17 de enero de 1994 del TC que en la recurrida se tiene en cuenta pero sólo en el aspecto que estudia sobre su práctica, no en el que aquí nos ocupa, como también lo estudia la sentencia de esta Sala de 26 de julio de 1999 con referencia a la anterior y a la estimación como carga de parte que puede o no acatar, sometién-dose a las consecuencias que resulten de su decisión, el mandato que en ese aspecto le impone el art. 118 CE, valoración que no ha de hacerse antes de que se produzca la correspondiente decisión judicial y la respuesta que se le dé.

Esta situación, cuya producción denuncia la parte recurrente y apoya el Ministerio Fiscal, conduce a la estimación del recurso en

la forma que establece el art. 1715.3.º LEC y restablecer el procedimiento al momento en que se ha prescindido del derecho de la recurrente a que se tomen las medidas conducentes a la práctica de la prueba admitida, con las garantías suficientes para cada uno de los interesados y el resultado verdaderamente debido a la menor según la filiación que haya de corresponderle y así, admitida la prueba de análisis de grupos sanguíneos, el requerimiento y citación del demandado para su práctica se ha hecho en 13 de octubre de 1992 sin entenderlo personalmente con él y esta forma de hacer, que ha traído la frustración de la práctica ordenada, ha de declararse nula y con ella las demás diligen-

cias y resoluciones con tal resolución relacionadas y principalmente las sentencias de primera instancia y de apelación determinada esta última también desde el auto de 10 de marzo de 1994 que en sí, y por desestimación en auto de 19 de septiembre siguiente de la súplica que contra él se interpuso, deniega la admisión de aquella prueba en segunda instancia para, subsanada aquella falta procesal determinante de nulidad, seguir el procedimiento como corresponda hasta sentencia definitiva, respetando la normativa procesal, que es de orden público, y el respeto de la posibilidad de todo hijo a obtener la declaración de la paternidad que pueda corresponderle.

2. *Impugnación de la paternidad matrimonial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de julio de 2000.

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

Desestimación de la acción de impugnación de la filiación paterna matrimonial al haberse ejercitado después de transcurrir el plazo de caducidad del año establecido en el art. 136 del CC.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Ricardo y Doña M.ª del Consuelo contrajeron matrimonio el día 5 de agosto de 1978 y a punto de transcurrir cuatro años desde ese momento —el 27 de junio de 1982— la esposa dio a luz una hija que, con el primer apellido del marido seguido por el primero de la esposa y ambos siguientes al nombre que se le imponía, fue inscrita, por comparecencia del marido para ello ante el Encargado del Registro Civil, como hija del matrimonio, que perduró hasta que en 1987 decidieron de mutuo acuerdo separarse y, de mutuo acuerdo también, instaron su divorcio que así se resolvió por sentencia de 21 de junio de 1988 con el consiguiente régimen de patria potestad y derecho a visitas.
- Con posterioridad, D. Ricardo inicia vida de pareja con otra mujer desde fecha cierta que no consta, conviven por tiempo aproximado de cuatro años

y al no conseguir descendencia de esa unión en ese tiempo decide hacerse un análisis de espermatozoides con un resultado en el que se aprecia y se le comunica que padece oligonecroespermia cuyo tiempo de producción no se ha determinado.

- Don Ricardo formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, en ejercicio de acción de impugnación de reconocimiento de filiación matrimonial contra doña M.^a del Consuelo, como representante legal de su hija menor de edad Mariola y contra el Ministerio Fiscal, 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: a) Que el reconocimiento de la filiación matrimonial llevado a efecto por mi mandante en el acta de nacimiento, se prestó con error, por lo que la filiación es inexacta y el actor no pudo ser el padre biológico de la reconocida, por impedirlo su imposibilidad fecundativa, derivada de la oligonecroespermia que se le ha detectado. b) Que como consecuencia, debe declararse nula la inscripción relativa a dicha filiación, rectificándose la misma y suprimiendo la mención de paternidad atribuida a mi mandante en el acta de nacimiento, con suspensión del primer apellido de la menor demandada. c) Que se condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones y sus efectos registrales y al pago de las costas del presente procedimiento. Por medio de otrosí pide en su demanda que se mantengan, respecto a la menor y mientras dure la tramitación de este proceso, las medidas contenidas en el convenio regulador adoptado en los autos de divorcio.
- D.^a Mercedes contestó a la demanda, formulando las excepciones de defectos formales en el modo de proponer la demanda, y caducidad de la acción, y terminó suplicando se dictase sentencia desestimando la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 1 de Onteniente dictó sentencia el 14 de enero de 1994 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Valencia dictó sentencia el 8 de febrero de 1995 desestimando el recurso.
- D. Ricardo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El artículo 113 del Código civil consagra, entre los medios de acreditación de la filiación y consiguientemente de la correspondiente paternidad, el de la presunción a través del matrimonio de los progenitores —

requiere para ello de la maternidad de la esposa, que aquí no se ha cuestionado, y de la acreditación de vigencia del matrimonio, que se reconoce expresamente— que para el marido y padre desarrollan los artículos 116

y 117 del mismo Código al establecer la presunción por el nacimiento después de los ciento ochenta días de contraído el matrimonio de los que se tienen por progenitores y antes de los trescientos siguientes a la disolución del vínculo o a la separación legal o de hecho de dichos cónyuges.

Esta presunción legal nada tiene que ver con el reconocimiento que el demandante, desde su comparecencia en el Registro civil para el acto de inscribir el nacimiento de la niña de la que ahora pretende desvincularse, invoca como viciado para demandar ya que aquella consecuencia de filiación se produciría sin más que aquel estado de hecho complejo de matrimonio permanente y nacimiento en su tiempo, por lo que no cabe llevar a dicha consecuencia el vicio de error que sólo para el acto de reconocimiento determinante de una filiación matrimonial permiten, para impugnarla, los artículos 138 y 141 del Código civil.

El remedio para desconocer la filiación así establecida por presunción legal está en lo dispuesto por el artículo 136 al conceder acción únicamente al marido, sin que la ley establezca causas específicas para ello, pero por el tiempo de un año desde la inscripción de la filiación en el Registro civil —dato objetivo que determina legalmente la filiación según dispone el artículo 115 del Código— o desde que el marido conozca el nacimiento, tiempos que aquí coinciden, ya que rebasado aquel plazo se ha producido la caducidad de la acción, como invoca la demandada y se ha estimado en las instancias.

Argumenta el recurrente, desde su alegada imposibilidad de procrear y la brevedad del plazo que legalmente se le concede para pretender, como lo hace, que prescindiendo de analogías con casos parecidos ya resueltos se vulnera el derecho constitucional de seguridad jurídica que, tal como él mismo indica, ha de asentarse en la legalidad y es precisamente esto lo que en la sentencia recurrida se ha hecho sin que quepa al recurrente tratar de desconocer lo dispuesto en el citado artículo 136 por una, dice, rigorista interpretación de la caducidad que el precep-

to regula pues tratándose de plazo determinado el que establece no cabe tenerlo más que en lo que es, sin posibilidad de rigores ni de lasitudes y menos aún de ampliaciones.

En cualquier caso, las invocaciones de respeto a la vida privada y familiar y al derecho al honor no puede aceptarse que se hayan vulnerado en cuanto parten de una no probada, como se dice en la instancia, falta de facultad engendradora del demandante en el tiempo de su matrimonio y consiguiente nacimiento de esa niña de la que, en extraña contradicción, no quiere aún desentenderse, manteniendo todavía los lazos de todo género que se respetaron al poner fin al matrimonio de los padres.

En otro orden de cosas denuncia el recurrente la infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver la cuestión objeto de debate, reseñando las sentencias de esta Sala de 30 de septiembre de 1994, 5 de octubre de 1992 y 30 de octubre de 1993, al no valorar adecuadamente la negativa de la demandada a realizar las pruebas periciales propuestas.

El motivo, señala el Tribunal Supremo, no puede prosperar pues, aun sin tener presente la caducidad que afecta a la acción ejercitada por el recurrente, en la exposición de circunstancias que éste hace viene a reconocer paladinamente que admitida la prueba de análisis biológico de sangre y fallida su práctica en primera instancia por negativa de la demandada a prestarse a ella, el recurrente desiste de la misma y no la propone en segunda instancia, colocando así a la Sala, además de por las otras razones que la misma expone, en la más absoluta falta de prueba por decisión de la misma parte interesada en ella, parte a la que, justamente —no es válido su reproche de desviar a otros las consecuencias de su sola decisión—, es imputable la falta de práctica de dicha prueba y las posibles, que no fatales, consecuencias de su práctica por negativa del sujeto —objeto de la misma— ya que al faltar la propuesta, y fatalmente por ello su admisión o inadmisión, no cabe concluir como lo hace el recurrente.

3. *Imposibilidad de practicarse la prueba biológica.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de julio de 2000.

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

La carencia de medios alegada por el demandado para desplazarse desde Palencia a Madrid para someterse a la práctica de la prueba biológica no puede tomarse sino como una táctica puramente dilatoria equivalente en un todo a la negativa a colaborar en la práctica de la prueba biológica.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Gloria, como representante legal de su hijo menor de edad Alejandro-José, interpuso demanda de menor cuantía contra don Eugenio solicitando se dictara sentencia por la que se declarase la paternidad del demandado en relación con el menor con efectos retroactivos desde el día 11 de abril de 1983 y se inscribiera su filiación como hijo no matrimonial de don Eugenio, excluyendo al demandado de la patria potestad y demás funciones tuitivas y derechos que le correspondieran en la herencia de su hijo, e imponiéndole las costas.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 4 de Palencia dictó sentencia con fecha 13 de marzo de 1995 estimando la demanda.
- En grado de apelación la Audiencia Provincial de Palencia dictó sentencia con fecha 11 de julio de 1995 desestimando el recurso.
- Don Eugenio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Declarada la paternidad del demandado por la sentencia de primera instancia, confirmada en apelación por la sentencia ahora impugnada, con base en la convivencia y relaciones amorosas entre la madre del menor y el demandado en la época de la concepción, cuando aquélla era empleada del

club de alterne regentado por éste, según el resultado de diversas pruebas detenidamente valoradas por ambas sentencias, y con base también en la negativa del demandado a colaborar en la práctica de la prueba pericial biológica propuesta por la parte demandante y admitida en primera instancia, el único

motivo del recurso, formulado al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del principio de tutela judicial efectiva establecido en el art. 24 de la Constitución, viene a calificar los indicios probatorios de “muy endeble y totalmente insuficientes para sustentar por sí solos la paternidad pretendida” y, a continuación, se centra en lo que parece ser la esencia del motivo, consistente en que el demandado-recurrente no se habría negado a colaborar en la práctica de la prueba biológica sino que, careciendo de medios económicos para desplazarse de Palencia a Madrid donde debía practicarse la mencionada prueba por el Instituto Nacional de Toxicología, y manifestada dicha penuria económica al Juzgado, lo procedente habría sido hacer un nuevo señalamiento para prueba, disponiendo que la extracción de sangre a don Eugenio se realizara en Palencia, para su posterior remisión al Instituto Toxicológico de Madrid, para de esta forma cerciorarse de que el demandado se negaba a realizarla, o bien para practicarla.

El Tribunal Supremo desestima el recurso, porque debiendo permanecer incólume la valoración probatoria de la sentencia impugnada acerca de las relaciones amorosas ente la madre del menor y el demandado en la época de la concepción, dado que el recurso prácticamente la elude al limitarse a descalificarla globalmente como fundada en “indicios muy endeble y totalmente insuficientes”, tampoco el verdadero núcleo del motivo, consistente en la inexistencia de una verdadera negativa del demandado a colaborar en la práctica de la prueba biológica, puede ser acogido. A este respecto debe señalarse que la excusa del demandado de carecer de medios económicos para desplazarse de Palencia a Madrid ciertamente se alegó en su momento. Pero también es cierto, y esto lo silencia el recurso, que dicha excusa no se alegó tras haber sido admitida la prueba pericial biológica de investigación de la paternidad mediante Auto de 7 de diciembre de 1994, sino mucho más tarde, concretamente después de una primera frustración

de la práctica de dicha prueba por incompatibilidad del demandado en el Instituto Nacional de Toxicología en el día señalado, pese a que, en cambio, sí había comparecido la madre con el menor.

Así, admitida la prueba por el mencionado auto y fijada por el referido Instituto día hora y para personación de la madre, el menor y el presunto padre, este último, que en su momento se había opuesto a la admisión de la prueba únicamente por el escaso rigor del principio de prueba aportado con la demanda y por el daño que se le podía causar en su honor y en su paz familiar, se limitó a guardar silencio. Tras comunicar el Instituto que la madre y el menor sí habían comparecido en el día y hora señalados pero no así el supuesto padre, el Juez dictó providencia acordando dirigir oficio al Instituto para nueva fijación de día y hora a fin de acordar la prueba para mejor proveer, y nuevamente el demandado se limitó a guardar silencio. Solamente después de fijarse otra vez día y hora, y de acordarse en consecuencia la práctica de la prueba para mejor proveer, fue cuando el demandado, al momento de ser citado, manifestó “que no se niega a realizar dicha prueba pero que no piensa acudir por carecer de medios para hacerlo”; y ciertamente no acudió porque, como en la primera ocasión, sólo se personaron en el Instituto Nacional de Toxicología la madre y el menor.

Pues bien, a la vista de tales datos necesariamente ha de compartirse el juicio de la sentencia impugnada sobre “la banalidad de la excusa esgrimida” por el demandado, pues no sólo es prácticamente increíble que la penuria del recurrente llegara al punto de no poder desplazarse por ningún medio desde Palencia hasta Madrid, como en cambio sí hicieron por dos veces la madre y el menor pese a litigar también aquella con beneficio de justicia gratuita, sino que además, de haber tenido el demandado-recurrente una mínima voluntad de colaborar, la habría manifestado desde el primer momento alegando oportunamente lo mismo que, ya

muy tardíamente y sin ninguna verosimilitud razonable, ha alegado en casación sobre la posibilidad de practicar la prueba en Palencia.

En suma, la carencia de medios alegada en último extremo antes de dictarse sentencia en primera instancia, y ahora en casación, no puede tomarse sino como una táctica puramente dilatoria equivalente en un todo a la negativa a colaborar en la práctica de la prueba biológica, por lo que, permane-

ciendo incólumes las declaraciones fácticas de la sentencia recurrida acerca de las relaciones amorosas entre la madre y el demandado en la época de la concepción, la estimación de la demanda se ajusta plenamente a la jurisprudencia de esta Sala y a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre esta materia, sin que, desde luego, quepa detectar el menor asomo de infracción del derecho constitucional del recurrente a la tutela judicial efectiva.

4. *Reclamación de filiación paterna no matrimonial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 26 de septiembre de 2000.

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

Determinación de la filiación paterna no matrimonial en base a la negativa al sometimiento a la prueba biológica unida a la circunstancia de haberse acreditado una previa relación sentimental y la presencia del demandado, años más tarde, en el apartamento de la actora. Tal conducta muestra, en principio, la preexistencia de unas relaciones que presuntivamente no tenían que haber cambiado su naturaleza, salvo que otra cosa hubiera demostrado el demandado.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Beate instó demanda de juicio de menor cuantía contra D. Luis Miguel solicitando se dicte sentencia en la que se reconociera la paternidad del demandado, con todos los efectos inherentes a la misma, incluido el pago de una pensión mensual de manutención de setenta y cinco mil pesetas (75.000).
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 1 de San Bartolomé de Tirajana dictó sentencia el 29 de julio de 1994 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sección 1.^a de la AP de Las Palmas dictó sentencia el 29 de julio de 1994 desestimando el recurso interpuesto por la parte actora.
- Doña Beate interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La sentencia impugnada establece como dato cierto que “efectivamente en el año 1985 se produce una relación sentimental entre la actora y el demandado realizando —incluso— juntos un viaje a otra isla, de la que es prueba gráfica la fotografía, presentada junto con la demanda”. “Lo que no ha quedado acreditado —sigue diciendo— es que al tiempo probable de la concepción (relaciones sexuales mantenidas con el demandado, según afirma la demandante, entre agosto de 1990 y diciembre de 1991) continuara o se reanudara dicha relación sentimental, con posibilidad de que fuera el demandado el progenitor de la niña para quien se reclama la paternidad”. No obstante, en el siguiente fundamento jurídico la propia sentencia afirma, que “del análisis de la prueba testifical practicada en el caso que nos ocupa” son dos los testigos que manifiestan que en una ocasión vieron al señor L. A. en el apartamento en que habitaba la señora B. y su vehículo aparcado en las inmediaciones, todo ello en el mes de noviembre de 1991.

De estos datos la sentencia recurrida infiere, tras considerar antisocial —como ha ocurrido en el asunto debatido— la conducta del que se niega a prestar su colaboración a la Administración de Justicia para contribuir al esclarecimiento de la veracidad de la paternidad reclamada, mediante el sometimiento a la práctica de las pruebas de investigación de la paternidad, que no se dan en el caso, las circunstancias previstas por la jurisprudencia para tomar en consideración tal negativa en perjuicio del demandado y expresa que, como se dice en la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1992, la negativa del demandado a prestarse a la práctica de la prueba biológica “ha de estar acompañada en forma incontrovertible de otras pruebas absolutamente definidas, que conduzcan directamente al juzgador al convencimiento de la paternidad, como puede ser cierta posesión de estado, relación epis-
tolar que acredite ciertos sentimientos de la

relación afectiva, información testifical y de documentos gráficos directos, personales y no ambiguos en su constatación de las relaciones extramatrimoniales existentes; en fin, un bagaje definido, inequívoco, no susceptible de meras conjeturas”, como pueden ser el testimonio por referencias de la propia demandante (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio, 29 de julio y 26 de noviembre de 1990, 2 de enero, 6 de febrero, 25 de abril, 14 de mayo, 28 de junio y 11 de julio de 1991) o de las fotografías acompañadas a la demanda, irrelevantes en sí mismas consideradas. Y concluye la sentencia de 30 de abril de 1992) diciendo que dada la inocuidad de esas pruebas generales, es por lo que no puede prestar soporte probatorio bastante para la fundada y definitiva determinación de la paternidad del demandado.

Sin embargo, como señala el Tribunal Supremo, no puede soslayarse que los criterios establecidos por la citada sentencia de 30 de abril de 1992 (y otras en dicha línea), no prevalecieron ante el Tribunal Constitucional, que por sentencia 7/1994, de 17 de enero, estimó el recurso de amparo formulado frente a la primera. Precisamente la rotundidad de los conceptos empleados por la sentencia del Tribunal Supremo sobre el carácter “incontrovertible” de las pruebas “absolutamente definidas” que tenían que acompañar a la negativa a someterse a las pruebas sanguíneas, sirvió de apoyo al Tribunal Constitucional para explicitar que estas pruebas —como indicaba otra línea jurisprudencial del Tribunal Supremo— no podían ser suficientes, por sí mismas, por lo que se destacaba su naturaleza de “indicios”, y por ello que no podían ser inequívocas. «Es evidente —dice la meritada sentencia del Tribunal Constitucional— que “en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad, la prueba biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido

por los otros medios de prueba. Justamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión del reconocimiento de la filiación ni resulta probada por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica de reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 de la Constitución Española, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación”».

Mas en consonancia con las precedentes ideas ya la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1993, mantuvo que es reiterada doctrina jurisprudencial, interpretando los artículos 127 y 135 del Código Civil, que la negativa a someterse a la prueba biológica, aun no constituyendo “ficta confessio”, ha de relacionarse con los restantes elementos probatorios y que es un dato de gran valor cuando va unida a otras pruebas o indicios que revelen la razonable posibilidad de la unión carnal, sobre la que no debe esperarse una prueba plena y directa (sentencias de 28 de junio de 1991, 5 y 17 de marzo de 1992, 17 de junio de 1992 y 26 de enero de 1993, entre otras), como es el caso y fue certeramente apreciado por el Tribunal “a quo”. En definitiva, de acuerdo con los razonamientos que se dejan consignados las reglas jurisprudenciales determinantes de la valoración de la prueba, en este tipo de asuntos —huérfanos de una regula-

ción legal más precisa—, que pueden estimarse más acreditadas y, por tanto, como guías para la valoración de los hechos probados se resumen en dos: a) La negativa a la práctica de las pruebas de paternidad, sin causa justificada, constituye una obstrucción para la recta administración de justicia y tal conducta representa un valioso indicio al que cabe anudar la atribución de la paternidad. b) Tal atribución debe producirse siempre que, por otros indicios, se revele la razonable posibilidad de la unión carnal al tiempo de la concepción. Los criterios jurisprudenciales empleados por la sentencia recurrida no se ajustan, consecuentemente, al modelo preconizado y, por ello, ha de acogerse el motivo, lo que determina la casación de la sentencia y la inutilidad del examen de los restantes motivos.

Al entrar en funciones de instancia el Tribunal Supremo, según el mandato del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, llega a la conclusión de que los datos probados revelan la razonable posibilidad de la relación sexual en la época exigible, pues así resulta de la previa relación sentimental existente ente ambos, demandada y demandante y de su presencia, años más tarde, en el apartamento de la actora, pues tal conducta muestra, en principio, la preexistencia de unas relaciones que presuntivamente no tenían que haber cambiado su naturaleza, salvo que otra cosa hubiera demostrado el demandado que, por el contrario, lo que ha hecho es aumentar la verosimilitud de los hechos, negándose sin causa a la investigación de la paternidad. Por lo que se refiere a la jurisprudencia de esta Sala al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2000 recoge que son ya innumerables las sentencias que sin atribuir a la falta de colaboración del demandado la eficacia o valor probatorio de una confesión judicial, “ficta confessio” o admisión implícita de la paternidad, sí la consideran desde luego un indicio especialmente valioso o significativo que, en unión de otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionis-

ta. Es más, si por algo se caracterizan las sentencias más recientes es por aumentar cada vez más el valor probatorio de esa conducta del demandado. Por tanto declaramos la relación paterno-filial reclamada. Y en lo que concierne a la petición de alimentos deducida remitimos a ejecución de sentencia

la determinación concreta de su cuantía para lo que se atenderá como bases, tomando en cuenta los parámetros legales al respecto, especialmente, la fortuna del alimentista, las necesidades de la hija y, la contribución, en su caso, de la otra progenitora al cumplimiento de sus respectivos deberes.

5. *Impugnación de filiación paterna matrimonial fuera de plazo.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2000.

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

El plazo del año establecido en el art. 136 del CC para impugnar la filiación paterna matrimonial no vulnera los arts. 18.1 y 39.1.2 de la Constitución en relación con su arts. 24.1 y con los arts. 6.^o y 8.^o del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don José interpuso demanda de menor cuantía contra doña Isabel solicitando se dictase sentencia por la que se declare que el menor Ignacio no es hijo del actor.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 1 de Burgos dictó sentencia el 12 de diciembre de 1994 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sección 3.^a de la AP de Burgos dictó sentencia el 18 de mayo de 1995 desestimando el recurso interpuesto por don José.
- Don José interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Desestimada en ambas instancias, al tener por caducada la acción, la impugnación de filiación matrimonial que pretende el demandante aquí recurrente, su recurso se sostiene en un primer motivo, formulado al am-

paro del art. 1692.4 LEC, por el que se estiman infringidos los arts. 18.1 y 39.1.2 de la Constitución en relación con su arts. 24.1 y con los arts. 6 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Se argumenta que la sentencia recurrida fundamenta su decisión en el art. 136 CC que entiende el recurrente que infringe los preceptos epigrafiados —la referencia a los dos últimos, por la transcripción que se hace del art. 10.2 de la Constitución, parece ser a la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución de 10 de diciembre de 1948, aunque podía ser también, dada la cita que se hace del art. 8 y como se literaliza en el enunciado del motivo, al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950, firmado por España el 24 de noviembre de 1977 y ratificado por Instrumento de 26 de septiembre de 1979 y publicado en el BOE de 10 de octubre del mismo año— con mero valor interpretativo, estos últimos, de lo que nuestra Constitución contiene.

Es cierto que en todos aquellos preceptos se garantiza el verdadero derecho que se tiene, debe tenerse o probadamente pretende tenerse, a la vida familiar y privada que en cada caso corresponda, desterrándose en la protección de esos derechos, al igual que en la de cualesquiera otros, toda posibilidad de indefensión, siquiera no pueda concluirse, como pretende el recurrente, que se transgreden aplicando al caso concreto lo dispuesto en el art. 136 CC pues aquellas declaraciones y sanciones programáticas han de relacionarse con la exposición y defensa que de tales derechos se haga en la correspondiente demanda.

El art. 39 de nuestra Constitución proclama en su núm. 1 la protección jurídica de la familia por parte de los poderes públicos y en su núm. 2 consagra la más amplia posibilidad para, por parte de cualquiera de los interesados en ello, investigar la paternidad, rompiendo con un pasado denegatorio en este ámbito, siempre tan delicado a causa de los dispares, y a veces muy encontrados e irreconciliables, derechos que en él confluyen, viven y se desarrollan arropados por es-

tados de ánimo que no son los más propicios, en sus momentos álgidos, para alumbrar, establecer definitivamente, y respetar la verdad de esas relaciones legales, y más aún naturales por vínculos de afecto y de sangre.

Pero el legislador ha de regular aquellos principios desarrollándolos y determinando cuanto se refiere al ejercicio de los derechos que encierran y no es más que esto lo que viene a hacer el art. 136 CC al no poner límite a la investigación de la paternidad por su misión que hace, como no podía menos, al art. 39 de la Constitución y lo único que establece son tiempos para el ejercicio judicial de la correspondiente acción y lo hace con la flexibilidad suficiente para proteger el interés, en este caso, del marido impugnante de la filiación que se le atribuye estableciendo el inicio para el cómputo del tiempo en que puede defender sus derechos como esposo, como padre y como miembro de una familia determinada, de ahí que esas posibilidades de ejercicio y su respeto hayan de ser examinadas en función de las causas por las que se demanda tratando de desvirtuar la presunción que, afectando en principio a todo marido, establece el art. 116 del mismo Código.

La jurisprudencia ha sido amplia en la interpretación del contenido del precepto y así, durante la anterior legalidad, las SS. 24 de enero de 1947 y de 14 de octubre de 1963 habían establecido que la inscripción del nacimiento del hijo en el Registro Civil no implica conocimiento del nacimiento por el presunto padre y que el comienzo del plazo para impugnar la paternidad era a partir del momento del verdadero conocimiento del nacimiento del atribuido hijo y, actualmente, es constante la jurisprudencia que exige que el ejercicio de la acción se haga en el plazo que marca el art. 136 en íntima vinculación con el art. 116 y la presunción que establece este último —S. de 22 de diciembre de 1993 y 20 de junio de 1996 entre otras muchas— y no puede menos de traerse a capítulo la muy especial S. de 30 de enero de 1993 que señala como caso de particular atención en el cómputo de aquel tiempo de

caducidad —“no hay indicio alguno que permita poner a su cargo (el del marido impugnante) la más mínima demora ni mucho menos dejación de su decisión impugnatoria, tan pronto pudo entrever la verdad en su relación paterna, poniendo seguidamente en marcha, inmediatamente de tener mera sospecha, la decisiva investigación biológica”— la preeminencia de una realidad demostrada y absolutamente contradictoria.

El segundo motivo de recurso, con la misma sede procesal que el anterior, estima que se ha hecho aplicación indebida del art. 136 CC por infracción de la doctrina jurisprudencial, citando, a tal efecto, la anteriormente consignada sentencia de esta Sala de 30 de enero de 1993.

Los tiempos de accionar, según se consignaba anteriormente, han de ser examinados en función del hecho en que se sustenta la pretensión actora y en este sentido, puesto que la correspondiente acción se ejercita impugnando la paternidad respecto al último hijo nacido durante el matrimonio del demandante con la esposa y madre demandada, ha de empezarse por señalar que ese hijo nació el 5 de mayo de 1983 de gestación y parto de la esposa, y la demanda rectora de este procedimiento se presentó el 26 de febrero de 1994, casi once años después. Este lapso de tiempo transcurrido entre uno y otro momento exige consignar que, por lo que aparece acreditado y la sentencia recurrida recoge, el demandante se encontraba embarcado y en la mar, en el desempeño de su profesión, desde el 12 de marzo de 1982 hasta el 10 de noviembre del mismo año con la consiguiente repercusión de este tiempo en la imposibilidad de sus relaciones familiares en su domicilio en Burgos, tiempo no variable en ese sentido computable sobre resultados aunque se le sume el que le precede desde el 10 de septiembre de 1982, fecha que, al decir de la esposa, fue de coincidencia y reunión de marido y mujer en Valencia.

Con esto debe tenerse en cuenta que el demandante —sin que de las fechas discrepe la esposa más que en la indicación que hace de aquella de 10 de septiembre de

1982— vuelve a embarcar el 14 de noviembre de 1982 y no regresa a su domicilio hasta el 6 de agosto de 1983, recibiendo en su momento un telegrama con la noticia de aquel nacimiento, prosiguiendo la vida normalmente sin que dejen de mediar “sospechas (o celos)”, según reconoce el recurrente en su escrito de recurso, y sólo en el año 1992, durante su permanencia en el hogar por tiempo de seis meses a causa de estar en paro, entra en sospechas de relaciones de su esposa y trata de acreditarlas mediante testimonio de dos hermanas suyas con un resultado recogido en la sentencia recurrida de que esas hermanas “lógicamente hubieran debido informarle antes sobre la posible infidelidad de su esposa”.

Promovida la demanda atendiendo a esas circunstancias, el demandante propone prueba pericial biológica que, denegada en la primera instancia a causa de los términos en que se había solicitado, se repone tal acuerdo mediante recurso y por auto de 7 de julio de 1994 se admite la práctica de tal prueba a realizar por el Instituto Nacional de Toxicología y con fecha 2 de septiembre el juzgador acuerda suspender la práctica de esa prueba de paternidad señalada para el día 6 del mismo mes al encontrarse en la mar el demandante y, por ello, no poder acudir a su práctica a la que, en cambio acudieron la demandada y su hijo, sin que les fuera extraída sangre para culminar la prueba en su momento. Acordada de nuevo su práctica para mejor proveer, el día señalado acudió el demandante pero no lo hicieron ni la demandada ni su hijo.

Solicitada en segunda instancia la práctica de tal prueba, la denegó la Audiencia y mantuvo su denegación ante el recurso de súplica que se interpuso contra dicha resolución. Sin embargo, la Audiencia, en el tercer fundamento jurídico de su sentencia, señala, con respecto a la prueba biológica, que depende la decisión sobre su admisión, de la solución que adopte sobre el plazo de caducidad de la acción ejercitada, y dice que “el recurso a la práctica de las pruebas biológicas como diligencias para mejor proveer en

este caso, al no haberse practicado en primera instancia ni acordado su realización en la segunda, ya que sin ellas difícilmente podría llegarse a una conclusión positiva o negativa sobre la filiación que se impugna”, suponiendo una reconocida imposibilidad de determinar por esto la prevalencia de la verdad biológica o real sobre la verdad biológica aparente que reconoce obtenida a través de las bases de nuestro ordenamiento jurídico, que sin base cuestiona —desde la fijación del momento inicial del tiempo de caducidad de la acción, sin que quepa identificarla con la de impugnación del consentimiento del reconocimiento prestado con error por que la situación de paternidad y filiación en el matrimonio viene impuesta por la presunción establecida en el art. 116 CC sin necesidad de la prestación de aquél— lo ajustado

de lo resuelto atendiendo sólo al supuesto legal, llevando a la decisión desestimatoria que ha de tomarse, sobre este segundo motivo de recurso.

Las conclusiones que quedan establecidas llevan ineludiblemente a la desestimación del tercer motivo de recurso formulado, prescindiendo del apoyo legal que le correspondería en su caso, por infracción de los arts. 138 y 141 CC.

Inaplicable el primero de ellos por cuanto no se trata de reconocimiento prestado a la filiación que se impugna, ya que la condición paterno-filial viene impuesta por la presunción que establece el art. 116, el segundo de ellos decae en consecuencia, al faltarle el precedente del consentimiento que ni se ha prestado ni se necesitaba en los efectos legales del nacimiento y su inscripción.

II. RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

1. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO

1.1. *Régimen económico matrimonial de separación de bienes en base a la vecindad civil del esposo en el momento de contraer el matrimonio.*

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

Acreditado que el esposo antes de contraer matrimonio ya llevaba más de diez años residiendo en Cataluña, aplicando la legislación imperante en ese momento, se declara que el régimen económico del matrimonio es el de separación de bienes. Para el cómputo de los diez años de residencia pueden incluirse aquellos en los que el esposo era menor de edad, ya que prima la norma del CC sobre lo dispuesto en el art. 225 del RRC.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Gerarda interpuso demanda de menor cuantía contra D. Alfonso solicitando que se dicte sentencia por la que se declare que el régimen económico

conyugal del matrimonio era el de la sociedad de gananciales, y en consecuencia que las fincas que se relacionan pertenecen a la sociedad de gananciales, procediéndose a la liquidación de la sociedad, atribuyendo a a cada cónyuge la mitad del activo resultante.

- Don Alfonso se personó en autos y contestó a la demanda solicitando se dicte sentencia por la que: a) Desestime íntegramente la demanda deducida por la adversa, declarando no haber lugar a la liquidación del régimen económico conyugal, por ser aplicable al matrimonio el régimen de separación de bienes del derecho catalán o b) Subsidiariamente, desestime parcialmente la demanda adversa, declarando: 1.º Que es propiedad de D. Alfonso con carácter privativo: La vivienda de la calle Lérida de Montcada i Reichac; la vivienda de la calle Góngora de Barcelona; la vivienda sita en la calle Dos de Mayo de Cerdanyola, y la vivienda sita en la calle Nueva de Sitges. 2.º Que, de estimarse que tanto la vivienda de Cerdanyola del Vallés como la de Sitges pertenecen proindiviso a la hipotética sociedad de gananciales, D. Alfonso ostenta contra dicha comunidad un crédito por importe de la suma del valor del terreno en que se encuentra edificada la casa situada en la calle Dos de Mayo de Cerdanyola del Vallés, más dos millones setecientos cincuenta mil pesetas abonadas con dinero privativo, más otros cinco millones cien mil pesetas (abonadas hasta la fecha por D. Alfonso, y sin perjuicio de que dicha suma sea actualizada con el incremento de los pagos sucesivos) correspondiente esta última cifra a las cantidades pagadas al exclusivo cargo de D. Alfonso por la compra de la vivienda sita en la calle Nueva de Sitges. 3.º Que se declare, alternativa y subsidiariamente respecto a la petición precedente, designada con el núm. 2, que las viviendas referidas, sitas en la calle Dos de Mayo de Cerdanyola y en la calle Nueva de Sitges, así como la situada en la calle Lérida de Montcada, pertenecen proindiviso a D. Alfonso y a la sociedad de gananciales, en proporción al valor de las aportaciones respectivas, a tenor de lo dispuesto en el art. 1354 del CC, debiendo determinarse dicho valor en período de ejecución de sentencia. Con imposición en cualquier caso a la actora de las costas causadas en el presente procedimiento.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Cerdanyola del Vallés dictó sentencia el 17 de junio de 1994 desestimando la demanda declarando que el régimen económico que ha regido el matrimonio de los litigantes ha sido el de separación de bienes, por no haberse acreditado el requisito de la vecindad civil con respecto al marido y de conformidad con la legislación vigente de la época.
- La Sección 12 de la AP de Barcelona dictó sentencia el 18 de marzo de 1996 estimando el recurso interpuesto por D.ª Gerarda y declarando ser el de gananciales el régimen económico que regía el matrimonio de las partes,

debiendo procederse a su liquidación en fase de ejecución de sentencia, debiendo el demandado estar y pasar por tales declaraciones, sin hacer especial imposición de costas procesales en ninguna de las instancias del proceso.

- Don Alfonso interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Entiende el recurrente que la sentencia de la AP ha infringido lo establecido en el número 2 del apartado 3.º del art. 14 del CC, según la redacción vigente en 25 de julio de 1976, exponiendo como argumentos los siguientes:

1.º) Se aduce sobre “la llegada del recurrente a Cataluña, su residencia y actividades”, que, aunque no inscrito en el Padrón Municipal de Barcelona hasta el mes de diciembre de 1966, ya inmediatamente después de su llegada a la Ciudad Condal —procedente de Argamasilla de Alba— estableció en ella su residencia y trabajó ininterrumpidamente para diversas empresas desde principios de 1964 (documentos 4 a 9 de la contestación a la demanda) que el traslado del recurrente a Barcelona se produjo con autorización escrita de su padre, fallecido en 1967 (documentos uno al tres).

2.º) “El requisito de la residencia continuada durante diez años, consideraciones generales”, y se afirma “sin que sea irrelevante el elemento subjetivo en la fundamentación de la regla que ahora contiene el núm. 2 del apartado 5.º del art. 14 CC —buena prueba de ello lo constituye la posibilidad de opción en contrario— se puede afirmar como predominante una presunción objetiva, del ordenamiento podríamos decir, en el sentido de que la vida futura de quien lleva diez años residiendo en una Comunidad distinta de la de origen va a continuar desarrollándose en el lugar de acogida”.

3.º) Se aduce, en especial el cómputo del plazo durante la minoría de edad, según

lo dispuesto en el art. 225.2.º RRC, que es el núcleo de la cuestión que se discute, y que ha tenido respuestas contradictorias en las dos instancias precedentes, por una parte, el párrafo 2.º del RRC —sic—, disponía al efecto: “que en el cómputo del período decenal ‘no se computará el tiempo durante el que el interesado no pueda legalmente regir su persona’...”, que en dicha disposición sustenta el Fallo que se recurre su decisión revocatoria de la del Juzgado. Se alega, entre otros argumentos, asimismo, la Sentencia de 20 de febrero de 1995 de esta Sala, así como lo relativo al “principio de unidad familiar”.

4.º) Se expone, sobre la denominada “integración del art. 225 RRC, con otras normas del ordenamiento”, en referencia a los arts. 317, 318 y 319 CC, respecto a la vida independiente de los hijos con consentimiento de sus padres en lo relativo al efecto de la emancipación y, que es acertado el criterio del Juzgado de que, sobre el particular era idéntico el régimen anterior del Código Civil al de su reforma por la Ley 11/1990; como conclusión se hace constar, que por la Sentencia, “en definitiva, se ha infringido por interpretación errónea el precepto mencionado: a) En primer lugar, por sujetar la aplicación de la norma legal erróneamente interpretada a una disposición reglamentaria y vulnerar, por tanto, el principio de jerarquía normativa. b) En segundo término, y aunque resultase de aplicación lo dispuesto en el art. 225.2.º RRC, por excluir del período decenal establecido en el art. 14 CC el correspondiente al tiempo durante el

cual el señor Alfonso debía ser tenido como emancipado, por vivir independientemente de sus padres con el consentimiento de éstos, a tenor del art. 160 CC en su antigua redacción y del art. 319 CC. c) Por último, por haber infringido la doctrina establecida en la Sentencia núm. 145/1995, dictada por esa Excm. Sala en fecha 20 de febrero de 1995”.

Para la adecuada respuesta al motivo, señala el Tribunal Supremo, han de prefijarse las consideraciones de los presupuestos fácticos de que parte la sentencia recurrida — FUNDAMENTO 2.º—, esto es:

a) Que el demandado fue empadronado en Cataluña el día 2 de diciembre de 1966, y que la celebración de su matrimonio ocurrió el 25 de julio de 1976.

b) Y sin perjuicio de que, en su caso, no se haya acreditado en autos que el demandado arribara a la ciudad de Barcelona en 1963, pues, en esta fecha era menor de edad. Teniendo en cuenta estas circunstancias, por la Audiencia se razona, según su FUNDAMENTO 3.º “Desde la fecha cierta del empadronamiento, causado el 2 de diciembre de 1966, a la de la celebración del matrimonio el 25 de julio de 1976, no había transcurrido el período de residencia continuada de diez años para la adquisición de la vecindad civil catalana, por lo que estando sometidos los contrayentes a la vecindad civil común, y en defecto de capitulaciones matrimoniales, debe declararse como de gananciales el régimen económico que regía el matrimonio de los esposos, por la aplicación del artículo 1316 del Código Civil”; y, antes, en citado Fundamento 2.º, se arguye que, “Aún atendiendo... que el demandado arribara a la ciudad de Barcelona desde su población natal en fecha de 1963, dada la ausencia de prueba efectiva a tal respecto, por limitarse básicamente la propuesta a sendas actas notariales de manifestaciones de terceras personas en favor del demandado, que no revisten la fuerza de testimonios en el sentido regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, y a certificación de persona que se aduce empleador

en esas fechas del demandado, es lo cierto que, al no tener en las fechas en que se pretende computar por el mismo la residencia continuada de los diez años la condición de mayor de edad, es de aplicación la prescripción del art. 225.2.º del Reglamento del Registro Civil, que establece que para contabilizar los diez años de edad no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente registrar su persona...», haciéndose, asimismo, referencia a la Sentencia de 23 de marzo de 1992.

La tesis transcrita de la Sala “a quo”, pues, pugna con la del Motivo y, en la confrontación, ha de admitirse éste y rechazar la de la Sentencia recurrida, por las siguientes consideraciones:

1.º) Con independencia del hecho de la residencia por parte del demandado con anterioridad a su empadronamiento, en 2 de diciembre de 1966, en los términos que se ha transcrito en el Fundamento 2.º, es llano, que la norma nuclear por la que ha de registrarse el conflicto, viene contenida en citado art. 14.3 CC, en su sanción vigente en esta fecha e incluso antes de la reforma de la Ley de 15 de octubre de 1990, aun cuando el contenido normativo al respecto, es idéntico sin perjuicio de que pase al actual párrafo 5.º 2.º, del art. 14 CC, su precedente art. 14.3.2.º, según texto Ley 3/1973 y D. 31-5-1974; y, se prescribe en esos textos, que la sujeción al Derecho Civil, Común, especial o Foral, se determina por la vecindad civil y, que la vecindad civil se adquiere por residencia continuada de 10 años sin declaración en contrario durante este plazo; parece indiscutible, pues, que se trata de un período taxativo, en donde la adquisición de la vecindad civil, se adquiere con la mera constatación de dicha residencia en el Registro Civil Central y, en general, por el cauce habitual del previo empadronamiento.

2.º) Ahora bien, dicho precepto sustantivo, parece ser queda desarrollado, en cierto modo, o más bien alterado por la prescripción de lo dispuesto en el art. 225.2.º, del Reglamento del Registro Civil, que esta-

blece que, el cambio de residencia civil se produce por la residencia habitual durante 10 años seguidos en territorio de diferente legislación civil, a no ser, que antes de terminar este plazo, el interesado formule declaración contra ello, y sobre todo, que en el plazo de 10 años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente registrar su persona.

Por lo tanto, la cuestión que se plantea, es la de, si efectivamente, ese plazo de 10 años, establecido por repetido art. 14.3.2 CC texto antiguo, hoy art. 14.5.º 2.º, en relación con lo dispuesto en dicho artículo 225, deberá ser cumplido sólo por persona que legalmente pueda ejercer su rectoría, esto es, que tenga la correspondiente capacidad acorde con su mayoría de edad, por lo que, cualquiera que sea el tiempo que anteriormente haya residido sin que sea mayor de edad o que esté emancipado, no podrá computarse al respecto. La solución, pues, conduce a si, efectivamente, se acredita por las pruebas que se indican en el Motivo, que el demandado, en efecto, arribó a la ciudad de Barcelona con fecha del año 1963, es claro, pues, que se debe computar desde esa fecha hasta la celebración del matrimonio en 25 de julio de 1976, en cuyo evento reunía ya los 10 años de residencia. En el problema, sin duda ha de subrayarse que, no es posible limitar el contenido imperativo del repetido art. 14.3 CC, hoy 14.5.2.º, con una norma de carácter reglamentario que cercena, por así decir, un posibilismo actuatorio como es el acceso a una vecindad, precisamente, por razón de la vecindad en los términos establecidos por el derecho sustantivo (como es sabido la afectación en el régimen económico controvertido, proviene, porque, la vecindad así controvertida, adquirida por esa residencia del marido, atraía antes de la reforma efectuada por la Ley de 15 de octubre de 1990, la correspondiente a la de la mujer, al sancionarse en su art. 14.4, que la mujer casada seguirá la condición del marido y los hijos no emancipados de su padre y, en defecto de éste la de su madre, esto es, que en definitiva, adquirida o no la vecindad civil

por parte del marido, esa misma vecindad sería la de su esposa, por lo cual, el régimen económico sería justamente, el atinente a la vecindad que se detentare, o sea, la común si no se había ganado la vecindad civil catalana, cuyo régimen económico es el de gananciales, o bien, según se haya ganado la vecindad catalana su régimen de separación de bienes), debiendo al respecto mantenerse la tesis recogida por la susodicha Sentencia de 20 de febrero de 1995 (frente a la sostenida en la única precedente de 23-3-1992) en donde establece, naturalmente, la superior consistencia del criterio del Código Civil, sobre la limitación reglamentaria, se decía entonces: “... Las respectivas lecturas del desarrollo argumental del motivo y de la exposición razonada contenida en el fundamento de derecho 4.º de la Sentencia recurrida, permiten apreciar el mantenimiento de tesis contrarias entre sí, caracterizada la del aquel en que el mero transcurso de los diez años opera ‘ipso iure’ en punto a la adquisición de la vecindad civil, y la del Tribunal ‘a quo’, en que el cómputo de dicho plazo acontezca durante la mayoría de edad, sobre cuya cuestión la doctrina se ha pronunciado de manera contradictoria. La tesis de la sentencia, atendiendo a las reflexiones formuladas en el citado fundamento, parece apoyarse de manera sustancial en la dicción del párr. 2.º del art. 225 RRC: ‘En el plazo de los diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente registrar su persona’; pero esta norma no deja de estar en pugna, en principio, con la prevenida en el art. 14.1.º y 2.º del mismo, en su actual redacción por la Ley 11/1990, de 15-10, en cuanto que a su tenor el transcurso de los diez años confiere ‘ope legis’ la adquisición de la vecindad, salvo declaración en contrario, y de aquí que resulta oportuno conceder a la tesis del motivo una superior consistencia que a la defendida por el Tribunal ‘a quo’...”, por lo cual, procede, con la acogida del Motivo, actuar conforme a lo dispuesto en el art. 1715.1.3 y dejar sin efecto la Sentencia confirmando la del Juzgado de Primera Instancia por sus mismos argumentos.

Y es que, como se ha expuesto, la tesis de la Sala “a quo” se basa, en esencia —fundamentos 2.º y 3.º, en que “aún entendiendo... que el demandado arribara a Barcelona desde su población natal en fecha 1963..., es lo cierto que, al no tener en esas fechas que se pretenden computar... la condición de mayor de edad (el interesado, nació en 29 de agosto de 1948)” lo que unido a que se computa sólo el período desde el 2-12-1966 —fecha de empadronamiento— a la del 25 de julio de 1976 —la del matrimonio— se desprende que en el sentir de la Audiencia le faltaban en torno a los 4 meses para ganar la discutida vecindad catalana. La Sala que juzga ha de afirmar, que, desde luego, por lo antes razonado no es de recibo entender que el tiempo de la eventual residencia durante la minoría de edad del marido no es computable, sobre todo, cuando consta en Autos que, el interesado llegó a la Ciudad Condal con 16 años cumplidos, con lo que, incluso,

se cumple la tesis más defendible de que el tiempo computable debe contarse desde los 14 años, sin perjuicio de la opción prevista en esa edad según el art. 14.3.º 4, lo que conduce a la solución estimatoria del recurso, ya que la tesis de la Sala “a quo” —se repite— que, básicamente, entiende la proyección del art. 225.2.º del Reglamento del RC, y aduce la hipótesis de esa carencia del tiempo anterior al del año 1966, no es, por lo argumentado, de recibo, por lo que, actuando a tenor del art. 1715.1.3.º LECiv, se acoge el Motivo, confirmándose la decisión de la Instancia previa revocación de la Sentencia recurrida, con los demás efectos derivados, sin que a tenor del art. 1715.2.º LECiv, proceda imposición de costas en ninguna de las instancias, al hacer uso el Tribunal que juzga de la salvedad que preceptúan los arts. 523, 710, 873 y 896 de dicha Ley, aplicables en su caso al litigio.

2. GESTIÓN, ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES GANANCIALES

2.1. *Inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado a la esposa cuando se ejercen acciones personales contra el otro cónyuge.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 6 de julio de 2000.

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

Cuando se ejerciten acciones reales hay que demandar a los dos cónyuges, y en las personales, solamente al cónyuge interesado, y por tanto, no existe falta de litisconsorcio pasivo necesario cuando se presenta contra el esposo una demanda instando el cumplimiento de un contrato relativo a la actividad profesional de cónyuge demandado.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Antonio interpuso demanda de menor cuantía contra don Máximo sobre reclamación de cantidad. Solicitando se dicte sentencia en la que se contengan los siguientes pronunciamientos: 1.º Se declare el derecho de mi

mandante a recibir del demandado el treinta por ciento (30%) de los beneficios generados y que puedan generarse en el futuro, y que resulten de la construcción y venta de todo lo edificado en la calle Murias de Paredes, condenando al demandado a estar y pasar por dicha declaración. 2.º Se condene al demandado a hacer entrega al actor de la cuantía en que se cifren dichos beneficios, cuantía que será acreditada en la fase probatoria del actual procedimiento, o bien en fase de ejecución de la sentencia que en su día se dicte y 3.º Se condene al demandado al pago de las costas causadas.

- Don Máximo contestó a la demanda alegando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haber sido demandada también su esposa, ya que los bienes construidos pertenecen a la sociedad legal de gananciales.
- El Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de León dictó sentencia el día 18 de octubre de 1994 estimando la demanda y declarando el derecho que tiene el actor a recibir del demandado el treinta por ciento de los beneficios generados y que puedan generarse en el futuro que resulten de la construcción y venta de lo edificado en la calle Murias de Paredes. Además debo condenar y condeno al demandado a abonar a la parte actora la cantidad que en ejecución de sentencia se fije, teniendo en cuenta que nunca ha de ser inferior a 11.429.982 ptas., debiendo calcularse tal cantidad en concepto de beneficios por los dos peritos nombrados en el presente procedimiento y si no se pusieran de acuerdo se nombrará un tercero; para el cálculo del beneficio se considerará que las existencias actuales están vendidas a precio de mercado de la actualidad, y todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.
- En grado de apelación, la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de León dictó sentencia el 9 de junio de 1995 desestimando el recurso.
- Don Máximo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Tanto el juzgado de Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la demanda en la que se solicitaba por el actor don Antonio el cumplimiento del contrato privado celebrado por los litigantes el día 18 de marzo de 1986, en el que se hace constar el derecho de D. Antonio a recibir de D. Máximo el 30% de los beneficios generados y que puedan generarse en el futuro, que resulten de la construcción y venta de un edificio.

El contrato suscrito entre las partes era la consecuencia de las relaciones de amistad, y participación en negocios de construcción inmobiliaria, en los que ambos aportaban medios económicos y su propio esfuerzo personal, negocios en los que muchas veces figuraba únicamente D. Máximo, dado que era el que aportaba la mayor parte del capital, relaciones negociales mantenidas por los mismos desde hace treinta años, habiéndose comprometido el actor, según consta en el

contrato a asistir con su trabajo personal (que se refería a las tareas administrativas y contables, así como gran parte de las relaciones con proveedores y clientes), a la realización de los inmuebles referidos (dos edificios, uno de seis viviendas y otro de doce).

Alega el recurrente la infracción de la doctrina jurisprudencial creada por la Sala relativa a la litis consorcio pasiva necesaria, y consecuentemente, la indefensión que tal quebrantamiento produce infringiendo por consiguiente el art. 24 de la Constitución, porque versando la demanda sobre la reclamación del 30% de los beneficios que el demandado obtenga por la construcción y venta de las casas y al ser estas bienes gananciales, entiende que a tenor de la doctrina jurisprudencial que cita, debió de ser demandada su esposa, por resultar afectada la misma por la resolución que se dicte, puesto de acuerdo con las sentencias de 11 de febrero y 10 de mayo de 1985, deben de ser llamadas al proceso aún sin haber intervenido en el negocio jurídico, las personas que tengan un interés directo legítimo que pudiera ser perjudicado por una resolución recaída en el proceso en el que no han sido oídos.

La cuestión se reduce, señala el Tribunal Supremo, a la que a fuerza de repetirse se ha

vuelto en clásica y es la determinación de quienes deben ser los demandados cuando la pretensión afecte a bienes gananciales, siendo la doctrina de esta Sala clara a este respecto, manteniéndose de forma uniforme en el sentido de que cuando se ejerciten acciones reales hay que demandar a los dos cónyuges, y en las personales, solamente al cónyuge interesado (sentencia de 25 de enero de 1990, en la que se citan otras más antiguas); en este supuesto es claro que se ejercita la acción reclamando una cantidad de dinero, derivada del cumplimiento de un contrato, negocio jurídico que las sentencias han calificado de sociedad irregular, o sin personalidad jurídica, constituida para la explotación profesional de un negocio del demandado, consistente en la construcción y venta de viviendas, de cuyo tráfico obtiene las ganancias que han de ser repartidas entre los ahora litigantes de forma que el demandado participa en un 70% de las mismas, y el actor, en el 30%, que es la que ahora reclama; ganancias estas, que constituyen para el demandado unos ingresos, derivados del ejercicio ordinario de su profesión y comercio, y de las que por tal carácter, debe responder frente a terceros de acuerdo con el art. 6.º y complementarios del Código de Comercio.

2.2. *Existencia de litisconsorcio pasivo necesario al no demandarse a ambos cónyuges.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de julio de 2000.

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

Cuando se ejerce la acción de división de cosa común de la que forma parte un bien ganancial hay que demandar a ambos cónyuges, y por tanto existe falta de litis consorcio pasivo necesario cuando se demanda solo al esposo.

ANÁLISIS DEL CASO

- Los hermanos doña María, doña Saturnina y don Blas, y los hermanos doña Ana María, don José Ramón, don Francisco, doña Ramona y doña María

Inmaculada interpusieron demanda de menor cuantía contra don José Manuel en la que tras exponer hechos y fundamentos de derecho, solicitan se dicte sentencia por la que se declare disuelta la comunidad de bienes existente entre los actores y el demandado respecto de las fincas que se describen en el Hecho I de la demanda y por ser esencialmente indivisible la participación del 29,67% que corresponde en conjunto a unos y otro respecto del dominio de indicadas fincas, acordar se proceda a la venta de tal participación del 29,67% en pública subasta con admisión de licitadores extraños repartiéndolo el precio que se obtenga según la proporción que a cada uno corresponde que se dice en el Hecho I, “in fine”, de esta demanda, imponiendo al demandado las costas del juicio si se opusiere a esta demanda».

- El demandado don José Manuel se personó en el pleito y contestó a la demanda a la que se opuso por medio de las razones fácticas y jurídicas que alegó, para terminar suplicando al Juzgado: «Se dicte en su día Sentencia, por la que con estimación de las excepciones propuestas se desestime totalmente la demanda, y se absuelva al demandado de cuantos pedimentos contiene con imposición a los demandantes del pago de la totalidad de las costas del juicio».
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 4 de San Sebastián dictó sentencia el 16 de febrero de 1995 desestimando la demanda al apreciar la concurrencia de las excepciones de litispendencia y litisconsorcio pasivo necesario, y ello sin entrar a decidir sobre el fondo de la cuestión planteada, imponiendo a la parte demandante las costas devengadas en la Instancia.
- En grado de apelación, la Sección 1.^a de la AP de San Sebastián dictó sentencia el 28 de junio de 1995 desestimando el recurso.
- Los actores interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La cuestión discutida no es otra que la existencia de falta de litisconsorcio pasivo necesario. Combaten los recurrentes dicha excepción, con apoyo en infracción de los artículos 24 de la Constitución, 693.3.^a y 4.^a de la Ley Procesal Civil y doctrina jurisprudencial.

La sentencia recurrida estimó dicha excepción, ya que la demanda se dirigió sólo contra don José Manuel, omitiendo a su esposa doña María Jesús, con referencia a la finca señalada al número IX de la demanda,

toda vez que resultó demostrada su condición de ganancial, ya que fue adquirida en constante el matrimonio, a medio de escritura pública de 14 de septiembre de 1979 a doña Ramona (madre del demandado).

Consta el precedente de que en el proceso de menor cuantía 493/1989, seguido a instancia de los recurrentes, fue demandada la referida cónyuge, pleito que terminó por sentencia firme de 14 de marzo de 1991, que vino a estimar la pretensión de los actores, reconociéndoles participaciones dominica-

les concretas en el inmueble dicho con arreglo a los porcentajes que establece, 13,90 que corresponde a los recurrentes y 86,10 a don José Manuel y cónyuge.

Al comprender la división instada la referida finca IX y ser propiedad ganancial, como ha quedado sentado, determina que también debió de ser demandada en este pleito la esposa que queda identificada, y fue omitida en la demanda sin causa alguna justificada, por lo que, ha de tenerse en cuenta el artículo 1347 en relación al 1385, ambos del Código Civil, ya que si bien este precepto autoriza a cualquiera de los esposos a ejercitar la defensa de los bienes comunes por vía de acción o de excepción, esta facultad, como dice la Sentencia de 23 de febrero de 1994, no es susceptible de interpretación extensiva y absoluta respecto a cada cónyuge individualizado, para poder soportar exclusivamente las consecuencias de una acción establecida por vía procesal y afectar directamente a bien inmueble de naturaleza ganancial, como aquí sucede, por lo que debe de ser dirigida contra ambos cónyuges y ello impone que han de ser llamados conjuntamente al proceso que se instaure a fin de que puedan defender sus correspondientes intereses.

La doctrina jurisprudencial reiterada así lo viene exigiendo, al declarar que el litis-

consorcio se convierte en necesario cuando el que resulta demandado no tiene todo el poder jurídico necesario exigido por la Ley y no se le puede condenar a realizar actos o disposiciones que afectan a los bienes comunes más allá de lo que integra su propia disponibilidad (SS. de 4 de abril de 1988 y 22 de julio de 1991 que cita la de 6 de junio de 1988, así como las de 29 de abril de 1992, 9 de junio de 1994 y 25 de septiembre de 1995, entre otras).

La excepción que se estudia ha sido, por lo expuesto, correctamente admitida, y su trascendencia en la relación procesal se patentiza, al haber consentido los recurrentes su permanencia en el proceso con el efecto de imposibilitar la resolución de fondo, por darse carencia de un presupuesto preliminar necesario que no lo facilita y que bien pudo subsanarse en la comparecencia intermedia (art. 693 LECiv), que actúa como correctora de la deficiente constitución del proceso “inter partes”, solicitando en dicho acto procesal el llamamiento de la esposa omitida, lo que autoriza la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 14 de mayo de 1992, 18 de marzo de 1993, 1 de julio de 1993, 7 de octubre de 1993, 22 de noviembre de 1994 y 7 de julio de 1995).

2.3. Embargo de bienes gananciales.

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de septiembre de 2000.
Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.**

Al haberse embargado los bienes gananciales antes de que los cónyuges otorgasen la escritura de disolución y liquidación de la sociedad, la esposa carece de la cualidad de tercero para interponer una tercera de dominio.

ANÁLISIS DEL CASO

- A instancia del Banco P. se trabó embargo sobre una serie de bienes, anotándose el mismo en el Registro de la Propiedad el 16 de abril de 1990. La

esposa del demandado, D.^a Guadalupe, fue notificada de los embargos sobre el patrimonio ganancial el 19 de abril de 1990. Los cónyuges otorgaron capitulaciones matrimoniales el 8 de marzo de 1993, liquidando y adjudicándose a cada uno de ellos los bienes de la sociedad.

- D.^a Guadalupe promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre tercería de dominio contra don Carlos y el Banco P. solicitando se dicte sentencia por la que se acuerde que en los embargos practicados a instancia del ejecutante sobre bienes que entonces eran de la sociedad de gananciales del matrimonio formado por D.^a Guadalupe y don Carlos, en la ejecución de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Oviedo, se sustituyan los bienes comunes por los que han sido adjudicados al esposo y penado don Carlos en la escritura de liquidación de gananciales (documento número 4 acompañado a la demanda), librándose el oportuno mandamiento de cancelación al Registro de la Propiedad. b) Subsidiariamente, si no se admitiera la liquidación de la sociedad de gananciales ya efectuada, se acuerde que en los embargos practicados a instancia del ejecutante sobre bienes de la sociedad de gananciales del matrimonio formada por mi mandante y don Carlos, en el referido proceso y Juzgado, se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el esposo en la sociedad conyugal, procediéndose en ejecución de sentencia a la liquidación de ésta, en cualquier caso, con expresa imposición de costas a la parte que se opusiera a esta demanda.
- El Banco P. se personó en autos y contestó a la demanda solicitando que se admita la existencia de la excepción de falta de legitimación activa e inadecuación del procedimiento, dictándose en su caso sentencia por la que se desestime totalmente la demanda, absolviendo testimonio de la misma a los autos de juicio oral 177/1991, a fin de que este último reponga nuevamente los autos al estado en que quedaron como consecuencia de la interposición de la tercería, con expresa imposición en costas a la parte demandante». El demandado D. Carlos fue declarado en rebeldía.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 1 de Oviedo dictó sentencia el 4 de julio de 1994 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sección 1.^a de la AP de Oviedo dictó sentencia el 20 de marzo de 1995 estimando el recurso y acordando que el embargo practicado a instancia del ejecutante sobre los bienes de la sociedad de gananciales formada por la actora doña Guadalupe y don Carlos en la ejecución de sentencia del Juzgado de lo Penal número uno de Oviedo se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostente el esposo en la sociedad conyugal; todo ello sin hacer especial pronunciamiento sobre costas en ambas instancias.

- El Banco P. interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La cuestión litigiosa se centraba en la oportunidad de la acción de tercería de dominio por deuda anterior a la escritura de disolución de la sociedad de gananciales sin previa liquidación de la misma, al haber solicitado la actora la sustitución de los bienes embargados por la parte que ostentaba su esposo en la sociedad conyugal.

La entidad recurrente entiende que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido el artículo 1532 de la LEC, por cuanto que quebranta la reiterada doctrina jurisprudencial relativa a que la tercería de dominio ha de ejercitarse por persona distinta del acreedor y del deudor y que aquella reivindicque, frente a terceros, el dominio de bienes embargados en el proceso de ejecución (entre otras, STS de 15 de diciembre de 1984), y, por ello, la esposa demandante de tercería carece de la condición de tercerista y, por tanto, de legitimación activa, para su ejercicio, si se avino a otorgar, como ha ocurrido, en connivencia con su esposo, escritura de disolución de la sociedad de gananciales sin previa liquidación de las deudas contraídas por el esposo, en perjuicio de legítimos acreedores (entre otras, STS de 26 de enero de 1985), y está desprovista de esta legitimación en relación con los bienes de la sociedad de gananciales, en juicio por deudas, cuando no se ha hecho la previa liquidación de la misma, ya que la mancomunidad matrimonial sobre los bienes gananciales, antes de la disolución de la sociedad, atribuye a los cónyuges una propiedad en mano común impenitativa de que cualquiera de ellos tenga la consideración de tercero, necesaria para el éxito de la tercería (entre otras, SSTs de 26 y 29 de septiembre de 1986).

El Tribunal Supremo estima el recurso en base a la siguiente doctrina: En materia de bienes gananciales, la jurisprudencia ha es-

tablecido que, durante el matrimonio, el consorcio no da nacimiento a una forma de copropiedad de las contempladas en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, al faltar por completo el concepto de parte proporcional, característica de la comunidad de tipo romano allí recogida, ni es atribuible a la mujer, en vida del marido y sin la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, la propiedad de la mitad de los bienes gananciales, porque para saber si éstos existen es precisa la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente, no teniendo hasta entonces la mujer más que un derecho expectante, que no la legítima para entablar la tercería de dominio, ya que no tiene la cualidad de tercero, que es esencial para ejercitar con éxito esta clase de acción, conjuntamente con la condición de propietario en exclusiva de los bienes en litigio; la situación jurídica de la mujer respecto a los bienes gananciales es la propia de una propiedad en mano común de tipo germánico, que no permite la división en cuotas ideales, e impide que cualquiera de los esposos tenga la consideración de tercero, todo lo cual no es óbice para que la mujer pueda en este caso disponer de otros procedimientos para resarcirse de las consecuencias originadas por los actos cometidos por el marido en contra de la Ley o de sus legítimos intereses (SSTS de 29 de septiembre de 1986, 26 de septiembre de 1988, 19 de julio de 1989, 12 de junio de 1990, y 4 de marzo de 1994).

En el asunto del debate, ha quedado probado que las nuevas capitulaciones, por las que el matrimonio de la recurrida pasó al régimen de separación de bienes con abandono del de gananciales, se otorgaron después de haber surgido la deuda, derivada de un delito continuado de apropiación indebi-

da por el que fue condenado don Carlos, esposo de doña Guadalupe, por sentencia de 12 de febrero de 1992, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo en el Rollo de Apelación número 16/1992, procedente del Juicio Oral número

177/1991 del Juzgado de lo Penal número 1 de Oviedo, en cuya causa el Banco P. ejercitó la acusación particular; de tales hechos puede deducirse que la esposa no es tercera a los efectos de estar legitimada para ejercitar una tercería de dominio.

3. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

3.1. *Calificación de bienes.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 29 de junio de 2000.

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

Carácter privativo de la pensión de jubilación de uno de los cónyuges, sin que pueda considerarse que tienen carácter ganancial las cuotas abonadas constante la sociedad a la Seguridad Social como consecuencia de la afiliación al régimen de autónomos.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Alberto promovió demanda de menor cuantía sobre liquidación de la sociedad de gananciales contra su esposa D.^a María del Pilar, solicitando se dicte sentencia por la que estimando la demanda se adjudique al actor la mitad de una serie de inmuebles, más el crédito que tiene contra la demandada por importe de 4.650.000 pesetas, con expresa condena en costas.
- Doña M.^a del Pilar contestó a la demanda y formuló reconvencción solicitando se dicte sentencia por la que: 1) Se aprueben las operaciones particionales, de la disuelta sociedad legal de gananciales que se contienen en el Cuaderno Particional de catorce de septiembre de mil novecientos noventa y tres, redactado por la Contadora-Partidora dirimente doña Beatriz. 2) Se declare que don Alberto desde que se disolvió su sociedad legal de gananciales vino percibiendo alimentos con cargo a la masa ganancial en la cuantía que resulte de la prueba o en ejecución de sentencia se determine conforme a las bases que en ella se señalen; y doña María del Pilar desde el uno de julio de 1986 en la de cincuenta mil pesetas; cantidades totales que deberán ser objeto de compensación entre ellos. 3) Se declare, a su vez, el derecho de doña María del Pilar a percibir, con carácter principal, el cincuenta por

ciento de la pensión que por jubilación percibe don Alberto de la Seguridad Social; y, con carácter alternativo y subsidiario, una cantidad equivalente al importe actualizado de las cuotas satisfechas a la Seguridad Social para el devengo de dicha pensión; y 4) En armonía con lo anterior, se condene al actor-reconvenido a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y, en su consecuencia, a adicionar o, en su caso, rectificar las Operaciones Particionales efectuadas por la Contadora-Partidora dirimente a tenor de los pronunciamientos anteriores. Con expresa imposición de las costas al actor-reconvenido».

- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 4 de Oviedo dictó sentencia el 29 de julio de 1994: estimando en parte la demanda interpuesta por don Alberto contra doña María del Pilar y la reconvención que esta última formuló de adverso, debo ordenar y ordeno que se rectifique el inventario contenido en el cuaderno particional presentado por la contadora dirimente en la forma que sigue: a) Minorando el apartado quinto del Capítulo de Metálico a la cantidad de cinco millones de pesetas que constituye el crédito de la sociedad de gananciales frente a don Alberto. b) Incluyendo entre su activo el derecho de pensión de este último y, como crédito de la sociedad de gananciales frente a don Alberto, las cantidades recibidas por éste por la pensión de jubilación. c) Incluyendo por último como crédito de la sociedad de gananciales frente a doña María del Pilar la cantidad recibida a cuenta de los frutos producidos por los bienes comunes durante el período de liquidación. La citada contadora partidora deberá proceder sobre estas bases a nueva liquidación y adjudicación del haber partible entre los cónyuges.
- En grado de apelación la Sec. 1.^a de la AP de Oviedo dictó sentencia el 16 de mayo de 1995 estimando parcialmente el recurso, en el sentido de que la pensión de jubilación de don Alberto tiene naturaleza privativa, no obstante la sociedad de gananciales tiene un crédito, que se fijará en ejecución de sentencia con base en la certificación de la Tesorería General de la Seguridad Social, que obra en esta segunda instancia, por un montante igual a la cifra resultante de las cotizaciones pagadas entre 1962 y 1988, fechas de alta y baja respectivamente en ese concepto. No se hace pronunciamiento sobre costas del recurso.
- Tanto doña Pilar como don Alberto interpusieron recursos de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Efectuado el correspondiente cuaderno particional por la contadora dirimente, el esposo interpuso una demanda de menor

cuantía impugnando dicho cuaderno particional por no estar conforme con el inventario practicado. Como viene siendo habitual,

la controversia se centra en la calificación de bienes que permite su inclusión o exclusión del haber partible. En esta ocasión, el debate se ha centrado en dos cuestiones: pensión de jubilación del esposo y los rendimientos del negocio explotado por uno de los cónyuges.

1. Pensión de jubilación del esposo.

La esposa impugna la sentencia en el sentido de que debe considerarse como ganancial la pensión de jubilación que percibe D. Alberto. En este sentido alegaba que se infringían los arts. 347 y 1356 del Código Civil, pues habiéndose fijado en la sentencia que los únicos haberes de la disuelta sociedad legal de gananciales procedían del negocio que se explotaba con ese carácter, «Almacenes E.», y que el alta en el Régimen de Autónomos de la Seguridad Social de don Alberto tuvo lugar en el año 1962 constante el matrimonio, las cotizaciones se efectuaron con dinero ganancial, por lo que otorgar a la pensión de jubilación el carácter de privada, supone la violación de los preceptos citados, y la jurisprudencia que los interpreta, entre las que se encuentra la sentencia del TS de 25-3-1988, ya que si las cotizaciones se efectuaron con dinero ganancial hay que concluir que las pensiones tienen ese carácter.

A este respecto señala el Tribunal Supremo que hay que tener en cuenta, por una parte que, el régimen de la Seguridad Social se regula por una rama de derecho específica y son con arreglo a sus normas con las que hay que determinar quién es el percceptor de la pensión. En segundo lugar que, la cotización es de derecho necesario, de forma que todo trabajador dependiente o autónomo tiene que estar afiliado a la Seguridad Social y debe pagar la cuota con arreglo al baremo, que el propio régimen de seguridad establece, y en los supuestos de los empresarios autónomos y en virtud de ese carácter forzoso, la cuota es en realidad un gasto de explotación y nunca un concepto que se pa-

gue con las ganancias del empresario-trabajador, calculándose las ganancias o beneficios deducidos entre otros gastos los de la seguridad social, por lo que nunca la cuota ha sido ganancial y por lo tanto falla la argumentación del motivo del recurso. No siendo de aplicación la doctrina de la sentencia citada que se refiere a una póliza de seguro privado sino la de 22 de diciembre de 1999, que entiende que la indemnización por despido no tiene el carácter de bien ganancial, porque no es retribución de trabajo alguno, por lo que ha de desestimarse el motivo.

Así pues, señala el Tribunal Supremo que la pensión de jubilación tiene siempre carácter privativo, no obstante, la peculiaridad de esta sentencia está en que nuestro más alto tribunal establece “obiter dicta” que las cuotas a la seguridad Social que constante la sociedad de gananciales se tienen que abonar por los trabajadores afiliados a ella —lo cual tiene carácter obligatorio en los trabajadores autónomos— “son en realidad un gasto de explotación y nunca un concepto que se pague con las ganancias del trabajador, calculándose las ganancias o beneficios deducidos entre otros gastos los de la seguridad social, por lo que nunca la cuota ha sido ganancial”. Como podemos apreciar, la sentencia de la Audiencia acordó que debía incluirse en el activo del Cuaderno Particional las cuotas pagadas desde 1962 a 1988, sin embargo, el Tribunal Supremo no entró en ello, ya que este pronunciamiento no fue motivo de recurso por don Alberto, sin embargo, debe tenerse en cuenta la calificación jurídica que se hace de dichas cuotas.

2. Rendimientos del negocio ganancial.

Alega don Alberto de una forma general la vulneración de «las normas contempladas en la Sección 2.^a del Libro IV del Título III del Código Civil y especialmente, lo preceptuado en el número 1.^o del art. 1346 y en el número 2.^o del art. 1347, del aludido

cuerpo legal, que disponen que los bienes que pertenecen a los cónyuges antes del matrimonio son privativos de ellos, y que son bienes gananciales los frutos y las rentas o intereses que produzcan los bienes privativos de los cónyuges y los bienes gananciales». Infracciones a estos preceptos en los que quiere fundamentar la impugnación de la partida del cuaderno particional correspondiente al apartado quinto del «Capítulo de Metálico», que fijó en la cantidad de cinco millones de pesetas en lo que constituye el crédito de la sociedad de gananciales frente a don Alberto; pero lo que se hace en el motivo del recurso, es una crítica a la labor de la contador dirimente, alegando que el informe se emite después a más de siete años de su nombramiento, cuando han desaparecido los bienes de la sociedad legal, o han sido sustituidos por otros, atraso debido fundamentalmente a la suspensión del procedimiento por acuerdo de las partes, pero de todas formas, afirma la parte recurrente, la situación fáctica respecto a los bienes, es la descrita en el escrito del recurso, sin que tal circunstancia fuera tenida en cuenta por el Juez, ni por la Audiencia, a pesar de que, en términos del recurrente, su Letrado se lo puso de manifiesto; argumentaciones estas —señala el Tribunal Supremo— que no pueden prosperar con la invocación de los preceptos que se dicen infringidos (núm. 1.º del art. 1346 y núm. 2.º del art. 1347 del Código Civil), en cuanto la infracción se refiere a la aceptación por el Juzgador de instancia, de los criterios de acuerdo a los cuales estimó la contador dirimente a lo que había ascendido las ganancias del negocio familiar “Almacenes E.”, que fueron aminorados considerablemente en la sentencia de instancia, cuestión esta que se refiere a la determinación de la cuantía, cuya apreciación, como cuestión de hecho corresponde a la Audiencia, y su carácter ganancial es indiscutible, pues

nada menos se refieren a las ganancias del negocio «Almacenes E.», que ha explotado el marido constante el matrimonio, y no pierden ese carácter a consecuencia de que se hayan calculado las mismas, tiempo después a la fecha de la disolución del matrimonio, debido entre otras circunstancias, a la suspensión del procedimiento durante más de tres años por acuerdo de las partes.

Sostiene don Alberto que no hay base en los autos para fijar como ganancia del negocio «Almacenes E.» durante los 26 años de duración del matrimonio la de cinco millones de pesetas, por considerar que las ganancias del mismo fueron consumidas, para atender las necesidades de subsistencia de la familia, y la inversión de los bienes inmuebles que figuran en el inventario, entendiéndose vulnerados los arts. 1396 y 1397 del Código Civil, «que exigen que el inventario que se practique para establecer el activo de la sociedad de gananciales debe corresponder a los bienes que existan al momento de su práctica», invocación esta que no se corresponde con lo preceptuado en los artículos citados, pues en los mismos, se señala que disuelta la sociedad, se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario de activo y pasivo de la sociedad, lo que quiere decir que la liquidación se hace disuelta la sociedad, y el inventario corresponderá a los bienes y derechos existentes a la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales, y así lo expresa de forma clara y terminante el núm. 1.º del art. 1397, que establece que se comprenderán en el inventario los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución, por lo que es claro que cualquiera que sea la fecha de la confección del inventario, el contenido del mismo se retrotrae a la fecha de la disolución de la sociedad, por lo que también debe desestimarse este motivo del recurso, que es precisamente lo que hace la contador dirimente.

3.2. Calificación de deudas.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 5 de julio de 2000.

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

Carácter privativo de la deuda contraída por el ex esposo después de disuelta la sociedad de gananciales, sin que sea obstáculo alguno que en el momento de producirse el embargo de la vivienda ésta aún figurase inscrita a favor de la sociedad de gananciales.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José-Ramón y D.^a Aurora adquirieron en estado de casados una vivienda mediante compraventa que se inscribió como ganancial en el Registro de la Propiedad.
- Se separaron legalmente, constando la anotación de la sentencia de separación en el Registro Civil desde el 15 de mayo de 1986. No se liquidó la extinta sociedad de gananciales hasta el 2 de mayo de 1991, en que se hizo por escritura pública adjudicándose a D.^a Aurora la vivienda, libre de cargas y gravámenes. Esta adjudicación se inscribió en el Registro de la Propiedad el 2 de mayo de 1991.
- La TGSS siguió procedimiento de apremio contra don José Ramón por impago de cuotas a la Seguridad Social (de autónomos y de empleadas de hogar), procediéndose al embargo sobre la vivienda, lo que ocasionó las anotaciones de embargo letra A el 18 de octubre de 1988, letra B el 26 de marzo de 1990 y letra C el 10 de marzo de 1992.
- D.^a Aurora vendió la mitad indivisa de la vivienda que le fue adjudicada a D. Víctor en escritura pública de 5 de septiembre de 1991, sin que conste su inscripción registral.
- D.^a Aurora y don Víctor interpusieron demanda de menor cuantía contra la Tesorería General de la Seguridad Social de San Sebastián y don Juan Ramón sobre tercería de dominio solicitando se dicte sentencia declarando: A) La nulidad de todo lo actuado en los Expedientes que han dado origen a las anotaciones de embargo Letras A, B, y C sobre la vivienda sita en la Plaza Amézquetas de San Sebastián. B) Alternativamente se declare: 1. La determinación concreta del importe que ha de responder doña Aurora con su mitad indivisa. 2. Del importe concreto que ha de responder Juan Ramón

con lo que fue su mitad indivisa. 3. Se declare sin efecto y en consecuencia se levante el embargo Letra C, por ser posterior su inscripción a la fecha de adjudicación a doña Aurora y venta también a don Víctor. C) Se impongan asimismo las costas de este procedimiento a los demandados.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de San Sebastián dictó sentencia el 8 de febrero de 1995, desestimando la demanda.
- En grado de apelación la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de San Sebastián dictó sentencia el 28 de julio de 1995 estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por doña Aurora y don Víctor revocando parcialmente la misma en el sentido de señalar que procede estimar en parte las peticiones contenidas en el escrito de demanda y en su consecuencia acordar el alzamiento del embargo trabado por la Tesorería General de la Seguridad Social con la letra C sobre la vivienda sita en la Plaza Amézquetas de San Sebastián, por ser la misma propiedad de doña Aurora, tras la adjudicación verificada a la misma, y no pesar sobre ella la obligación de hacer frente a la deuda privativa contraída por don Juan Ramón y una vez disuelto el matrimonio que anteriormente les unía, y todo ello sin hacer pronunciamiento alguno en cuanto a las costas devengadas en el curso de una y otra instancia.
- La Administración de la Seguridad Social interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La Administración califica como deuda de la sociedad de gananciales la contraída por D. José Ramón con la Seguridad Social, con arreglo al art. 1362 y se llega a la consecuencia de que la vivienda adjudicada a la actora al liquidarse la sociedad de gananciales está afecta a la responsabilidad correspondiente a la falta de pago de la mencionada deuda. Igualmente niega a la actora poder de disposición para enajenarla en parte a D. Víctor, y menos sin cargas, por lo que deduce que ambos no tienen ningún título de propiedad protegible mediante la tercera de dominio.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo porque la Audiencia no ha negado que las deudas tengan carácter ganancial, sino que las cuotas en descubierto a partir de la disolución “ex lege” de la sociedad de

ganancial son deudas privativas de D. José Ramón, y por ello ordena el levantamiento del embargo letra C sobre la vivienda. La recurrente ha olvidado que la sociedad de gananciales se disolvió por sentencia de separación matrimonial en 1986, a partir de entonces no rige aquel sistema (art. 1392.3 CC), y dice erróneamente que fue deuda contraída durante el matrimonio. Por otra parte, no dedica ningún motivo del recurso a denunciar cualquier infracción que hubiese producido por la sentencia recurrida al valorar el material probatorio para calificar de privativa la deuda, con cita del precepto o preceptos que hipotéticamente se hubiesen infringido.

También son desestimables las argumentaciones sobre la falta de título de propiedad en los terceristas. Aparte de que ello nada

tiene que ver con los preceptos que se dicen vulnerados, se olvida que D.^a Aurora era dueña de la vivienda por adjudicación que se le hizo en la liquidación de la sociedad de gananciales, y aun considerando (punto de vista de la recurrente) que estaba afecta al pago de deudas gananciales, ello no obsta lo más mínimo para la verdad de la afirmación anterior. Otra cosa es la afección o no de los terceros adquirentes, cuestión ésta que no se aborda en el motivo, salvo la denuncia de título de propiedad en los terceristas.

Por último, al amparo del art. 1692.4 LEC acusa infracción del art. 1317 CC. En su fundamentación se expone que D.^a Aurora no podía disponer de la vivienda, ni D. Víctor adquirir porción indivisa de la misma; que la deuda contraída por D. Juan Ramón no era privativa de él y menos contraída una vez disuelto su matrimonio; en los meses de marzo de 1984 al mes de abril de

1991, estuvo casado en régimen de sociedad de gananciales con la mencionada señora. El motivo se desestima por el Tribunal Supremo por las razones consignadas anteriormente, a las que ha de agregarse el art. 1327 CC y la disp. adic. 9.^a de la Ley de 7 de julio de 1981. La sentencia de separación matrimonial fue objeto de la debida toma de razón en el Registro Civil en 1986, sin que por supuesto pudiese hacerse también en el de la Propiedad hasta la liquidación de la sociedad. En fin, conviene recordar que, aun vigente la inscripción de la vivienda en él con carácter ganancial cuando se practicaron las anotaciones de embargo, aunque ya no existiese sociedad de gananciales, es de aplicación la reiterada doctrina de esta Sala que niega al acreedor embargante la posibilidad de beneficiarse con la fe pública registral porque no es un tercero protegido (S. de 19 mayo de 1997 y las que cita).

3.3. *Calificación privativa de bienes inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de la sociedad de gananciales.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 18 de julio de 2000.

Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

Carácter privativo de la esposa de los bienes que figuraban en el Registro de la Propiedad a nombre de ambos cónyuges, al acreditar que los mismos se adquirieron con dinero de los padres de la esposa.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña María Luz promovió contra don Jaime demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reconocimiento y extinción de derechos sobre bienes inmuebles, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, solicita que los distintos inmuebles que figuran inscritos en el Registro de la Propiedad en virtud de escrituras públicas de

compraventa otorgadas por terceros a favor de los cónyuges, son bienes privativos de la exclusiva propiedad de D.^a M.^a Luz, y por consiguiente no son bienes comunes de la sociedad conyugal formada por esta y el demandado. Igualmente solicita la nulidad parcial de las inscripciones de las expresadas fincas, practicadas en el Registro de la Propiedad en virtud de las dos escrituras citadas, en la parte que expresen o se haga constar en ellas que las fincas compradas por la madre de mi representada, apoderada para ello por ésta y su esposo, fueron adquiridas para la sociedad conyugal o como bienes comunes o gananciales del matrimonio; ordenando se practiquen en el Registro de la Propiedad las correspondientes inscripciones de las dos declaraciones anteriores en las fincas que se expresan en la primera de ellas. Condenando al demandado al pago de todas las costas del juicio.

- El demandado contestó a la demanda solicitando que se dicte sentencia por la que se declare la prescripción de la acción ejercitada por la demandante por el transcurso de más de cuatro años y subsidiariamente, se estime la excepción planteada por esta parte de falta de litisconsorcio pasivo necesario y se absuelva a mi principal sin entrar en el fondo del asunto, y subsidiariamente para el supuesto de que ésta no sea estimada, se desestimen todas las pretensiones de la actora contenidas en el suplico de su demanda, determinando el carácter ganancial de los bienes y con expresa condena en costas a la misma.
- El Juzgado de Primera Instancia número 11 de Zaragoza dictó sentencia el fecha 18 de enero de 1995 estimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia el 21 de junio de 1995 desestimando el recurso interpuesto por el demandado.
- Don Jaime interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Dejando a un lado los motivos de estricta técnica casación que fueron uno a uno desestimados por el Tribunal Supremo, sostiene el demandado que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 1324, 1239, 1361 y 1441 del Código Civil debido a que, según reprocha, la sentencia de la Audiencia se apoya exclusivamente en la confesión extrajudicial de D. Jaime y en el testimonio de la madre, hermana y cuñado de D.^a María Luz. El motivo se desestima por el Tribunal Su-

premo porque el recurrente olvida que la decisión de instancia, tras la valoración de los elementos de prueba que detalla, ha declarado la privacidad de los bienes objeto del pleito al considerar acreditado que fueron adquiridos íntegramente con dinero de los padres de la actora, lo que destruye la presunción de ganancialidad de los mismos y, además, lo que pretende es sustituir la apreciación probatoria realizada por el Tribunal de apelación por la suya propia, sin embar-

go, según reiterada doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, tal pretensión es inadecuada dada la naturaleza extraordinaria de la casación, pues volver sobre el “factum” de una

sentencia para lograr su modificación, salvo circunstancias singulares no concurrentes en este caso, transformaría este recurso en una tercera instancia.

3.4. Competencia de los Juzgados de Familia.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 19 de septiembre de 2000.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

El juzgado de Familia que dictó el procedimiento de divorcio tiene competencia para conocer del procedimiento de calificación de bienes, no siendo obstáculo para ello que con anterioridad —año 1980— otro juzgado de 1.^a Instancia hubiese dictado auto de eficacia civil de una sentencia de separación canónica.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don José María y D.^a Consuelo contrajeron matrimonio el 9 de junio de 1975, de cuya unión nació un hijo.
- El Tribunal Eclesiástico del Arzobispado de Madrid número cinco por Sentencia de 15 de octubre de 1979 decretó la separación conyugal por tiempo indefinido.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º ocho de Madrid llevó la ejecución de la sentencia canónica a efectos civiles, dictando auto el 19 de mayo de 1980, en el que decretó, entre otros pronunciamientos, la disolución y liquidación de la sociedad legal de gananciales, que debería de instarse en procedimiento adecuado.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 24 de Madrid dictó sentencia el 14 de junio de 1983, por la que declaró disuelto por divorcio el matrimonio contraído por doña Consuelo y don José María.
- D.^a Consuelo instó demanda de menor cuantía contra D. José María solicitando que se dicte sentencia por la que se condene al demandado a estar y pasar por la declaración del carácter ganancial del piso sito en Madrid, Avda. de Logroño, a todos los efectos legales y especialmente a los de la liquidación de la sociedad de gananciales.

- D. José María se personó en el pleito y contestó a la demanda, a la que se opuso por medio de las razones de hecho y de derecho que alegó, para terminar suplicando al Juzgado: «Que con estimación de las excepciones planteadas, y subsidiariamente del contenido del fondo del asunto de este escrito, dictar sentencia desestimatoria de la demanda, con expresa condena en costas a la actora».
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 24 de Madrid citó sentencia el día 7 de septiembre de 1994, desestimando las excepciones de falta de competencia territorial y de jurisdicción alegadas por el demandado, y estimando la demanda, declarando «el carácter ganancial del piso sito en Madrid, Avenida de Logroño, cuya liquidación, partiendo del precio de venta obtenido por el demandado en la cuantía de 4.500.000 pesetas, se llevará a cabo en ejecución de sentencia, en los términos de los fundamentos de esta resolución, con expresa imposición de costas al demandado».
- En grado de apelación, la Sección 22.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 4 de junio de 1995, estimando la excepción de falta de competencia objetiva, declarando que el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 24 de Madrid no es el competente para conocer de la acción ejercitada.
- D.ª Consuelo interpuso recurso de casación que fue estimando, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Instancia.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Dos son las cuestiones abordadas por el Tribunal Supremo en la presente sentencia: competencia objetiva para el conocimiento de la acción de calificación de bienes y el carácter ganancial o privativo de un inmueble adquirido por el esposo antes de contraer matrimonio.

1. Competencia objetiva para conocer de acción de calificación de bienes.

Las razones que contiene la sentencia recurrida para negar la competencia jurisdiccional del Juzgado de Familia vienen a consistir básicamente en que la sentencia de divorcio no se pronunció sobre la disolución y liquidación del régimen ganancial y, por ello, la acción ejercitada en el pleito no co-

rrespondía ser enjuiciada ni resuelta por el referido Juzgado de Familia.

Efectivamente la sentencia que decretó el divorcio no contiene decisión sobre la sociedad de gananciales, pero lo explica en su considerando cuarto, al tener en cuenta que la sentencia eclesiástica había sido ejecutada a efectos civiles, conforme se deja dicho y dispuso la disolución del régimen matrimonial, debiendo de tenerse en cuenta que el auto reseñado, del Juzgado Civil número ocho, fue dictado antes de la entrada en funcionamiento de los Juzgados de Familia, pues su creación tuvo lugar por Real Decreto de 3 de julio de 1981 —anticipada a la Ley 30/1981, en 7 de julio)—.

El artículo 91 del Código Civil autoriza (entre otros supuestos) respecto a la liquidación del régimen económico del matrimo-

nio, que las sentencias de nulidad, separación o divorcio adopten medidas correspondientes, estableciendo las que procedan, «si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna».

Las razones de la Sala no son suficientes y resultan despojadas de fundamentación jurídico-legal para desalojar al Juzgado de Familia 24 de Madrid del conocimiento de este pleito, conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, que tiene declarado su competencia a efectos de la liquidación y distribución del haber conyugal, en acomodo al artículo 95 del Código Civil (Sentencias de 2 de junio de 1994 y 25 de noviembre de 1996).

A su vez la actividad competencial de los Juzgados de Familia no se agota cuando terminan los procesos de divorcio, como es el que nos ocupa, pues abarca y se proyecta sobre cualquier otro litigio en los que el conocimiento les viene atribuido como excluyente respecto a los Juzgados civiles ordinarios (artículos 53 y 55 de la Ley Procesal Civil) y entre las cuestiones que les corresponde resolver están aquellas que se refieren básicamente a conflictos sobre integración de los bienes gananciales, correspondientes al matrimonio que en su día unió y relacionó a los ahora enfrentados litigantes y que, según las actuaciones, lo constituye la vivienda discutida.

En el caso de autos la acción ejercitada se refiere a la condición ganancial de la vivienda del pleito y deriva de los procedimientos de separación y divorcio, por lo que está dirigido directamente a llevar a cabo la posterior liquidación de la sociedad ganancial, conforme al suplico de la demanda, resultando preciso decidir previamente si la vivienda se integra o no en el haber ganancial (artículo 1397.1.º del Código Civil). En este sentido la sentencia de 23 de marzo de 1998, entendió de un supuesto de enajenación fraudulenta de bienes gananciales —en este

caso el esposo vendió a tercero el piso como propio (escritura de 5 de septiembre de 1989)—, habiendo decidido esta Sala de Casación Civil, que, tratándose de pronunciamiento previo e imprescindible para llegar a un justo y equitativo reparto del acervo común, el conocimiento del procedimiento entablado al efecto resultaba de la competencia del Juzgado de Familia, toda vez que las cuestiones debatidas estaban directamente relacionadas con la liquidación de la sociedad de gananciales.

2. **Carácter ganancial del inmueble adquirido por uno de los cónyuges antes de contraer matrimonio.**

Conforme a la sentencia de 8 de julio de 1999, el Tribunal Supremo resuelve la cuestión confirmando la sentencia del Juez de Primera Instancia, al aceptarse los hechos probados que la misma establece y se refieren a que la vivienda fue efectivamente adquirida por el demandado en su condición de soltero, a medio de documento privado de 4 de abril de 1975 por el precio de 1.132.676 pesetas, y habiendo contraído matrimonio los litigantes el 9 de junio de 1975. Se reputa pago acreditado a cuenta del esposo la cantidad de 329.407 pesetas, haciéndose necesario fijar en ejecución de sentencia las cantidades abonadas por cada uno de los cónyuges (y en su caso a cuenta de la sociedad ganancial) a fin de proceder a la liquidación del patrimonio matrimonial común, con atribución a cada uno de ellos de la parte que le corresponda, partiendo del precio de venta de la vivienda a tercero que obtuvo el demandado, y alcanzó la suma de 4.500.000 pesetas, con la obligación a su cargo de reintegrar a la recurrente de la cantidad actualizada que le corresponda, de conformidad a los artículos 1397.2.º y 1357 y 1354 del Código Civil.

III. MENORES

1. *Derechos del menor.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 19 de julio de 2000.

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

Validez y eficacia del consentimiento prestado por un menor de edad (16 años cumplidos) para participar junto a su novia en un programa televisivo —había que quitarse ropa si no se acertaba la pregunta—, sin que pueda entenderse que existe intromisión ilegítima en los derechos del menor.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 19 de junio de 1992 la cadena de televisión RTV P. emitió un programa titulado «Qué verde, qué verde», consistente en la participación de dos concursantes femeninas y otro masculino, a los que indistintamente se formulaban preguntas sobre la historia y anécdotas de la ciudad de Málaga, y si no se acertaba en la respuesta, se perdía una prenda de vestir, ganando el concurso el concursante que no quedaba desnudo. En el calendario día intervino el menor Francisco y su novia.
- Don Francisco, padre del menor, interpuso demanda de juicio incidental de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales contra Radio Televisión P. en reclamación de la cantidad de cinco millones de pesetas.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de Málaga dictó sentencia con el 21 de julio de 1994, rechazando las excepciones de falta de legitimación activa, falta de litisconsorcio pasivo necesario, incompetencia de jurisdicción y desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 6.^a de la AP de Málaga dictó sentencia el 31 de junio de 1995 desestimando el recurso interpuesto por la parte actora.
- Don Francisco interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El actor basaba su demanda en el hecho de que utilizar a un menor de edad, sin el consentimiento del mismo, ni de quien goza

la patria potestad, para programas televisivos que pueden dañar su futura formación o que van en contra de la moral o creencias de

su familia, así como dañar la imagen de la misma, debe ser protegido por los Jueces y Tribunales en la esfera del derecho, que la propia dinámica de los hechos determina. En este sentido no es baldío el afirmar que la imagen de la familia, el cual regenta un conocido negocio de Bar-Cafetería en la zona donde tiene su domicilio, ha quedado muy dañada, hasta el punto de que tuvo conocimiento de los hechos a través de vecinos de la zona que veían el programa y que quedaron extrañados de que mi representado hubiera dado autorización a su hijo menor de edad, para que se prestara a tales eventos, y todo ello producido por la conducta negligente de la entidad demandada, que no se preocupó de tomar la más mínima garantía previa, y que su única solución, fue cortar el programa cuando el actor llamó por teléfono y cuando el mal ya estaba producido.

Sostiene el padre que el menor otorgó su consentimiento coaccionado para intervenir en el programa y que él, como padre del mismo, no lo autorizó y que la intervención del menor en el mismo supone un deterioro en su imagen y honor por la actuación de la sociedad demandada, y dañados los derechos fundamentales del menor.

El tema central desde el punto de vista jurídico es el de la validez y eficacia jurídica del consentimiento del menor para privar de la calificación de ilegítimas a las agresiones a los derechos fundamentales reconocidos en la Ley, partiendo de los siguientes presupuestos fácticos; dicho menor tenía en el momento de suceder los hechos origen de este pleito, dieciséis años cumplidos: no se ha probado que el menor interviniese en el programa televisivo engañado o coaccionado física o moralmente. Así las cosas, es claro que el consentimiento de este menor se expresó de forma clara e inequívoca, pues participar voluntariamente en el concurso televisivo no tiene otro significado, no es necesaria ninguna interpretación de sus actos para llegar a esa conclusión, por lo que el papel firmado por el mismo en el que solicita participar en el programa «en compañía de mi novia C.

con el fin de participar y pasar un buen rato sin ánimo de lucro, solamente participar y demostrar mis conocimientos sobre Málaga», en modo alguno es la fuente del consentimiento, sino la conducta inequívoca que lo revela, cual es efectivamente participar y someterse a las reglas del concurso.

El art. 3 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, distingue entre el consentimiento de los menores que tienen madurez para prestarlo por sí mismos, para que no haya intromisión ilegítima en el ámbito protegido, y el de los que no poseen esa madurez, en cuyo caso ha de otorgarse por escrito por su representante legal con obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal para que pueda oponerse en el plazo de ocho días, resolviendo entonces el Juez. Para los primeros el consentimiento se exige que sea expreso (art. 2), y para los segundos esa expresión se requiere constitutivamente que tenga forma escrita. Con anterioridad a la calendada Ley, el Código Civil, en su reforma de 1981, excluyó la representación legal de los padres titulares de la patria potestad, respecto a los «actos relativos a derechos de la personalidad a otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo» (art. 162.1.^º). Este panorama claro ha sido objeto de modificación por la Ley 1/1996, de 15 de enero, que considera intromisión ilegítima cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honor o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales (art. 4.3), con lo que la finalidad de la norma ha de cumplirse siempre, pese a que a el menor dé su consentimiento: se considera intromisión ilegítima sin distinción de casos. Pero tal legislación no es aplicable al caso de autos porque los hechos ocurrieron el 19 de junio de 1992.

La consecuencia de toda esta argumentación legal es que en el caso controvertido la validez y eficacia del consentimiento del menor está sometida a que reuniese las con-

diciones de madurez suficientes. Las dos sentencias absolutorias de instancia así lo afirman, y esta Sala no encuentra en los autos ni la más mínima prueba de lo contrario. El menor tenía entonces 16 años, edad que en los tiempos actuales es suficiente para conocer lo que se pedía en el programa televisivo y su fuerte carga erótica; el menor se

nos dice que tenía «novia», lo que corrobora lo acabado de confirmar. De ahí que carezca de buen sentido negar validez y eficacia jurídica a su consentimiento, y afirmar que el programa televisivo en el que el menor participaba en esas condiciones constituye una vulneración de los derechos protegidos por la Ley 1/1982 del actor.

IV. SUCESIONES

1. *Acción de rescisión por fraude de acreedores de una donación efectuada por los padres en favor de los hijos.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 17 de julio de 2000.

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

La acción de rescisión por fraude de acreedores de una donación efectuada por los padres a favor de los hijos debe ejercitarse dentro de los cuatro años siguientes a que el acreedor tiene conocimiento del acto realizado en fraude de su derecho, que en el presente supuesto debe iniciarse desde que se inscribió la escritura en el Registro de la Propiedad.

ANÁLISIS DEL CASO

- El Abogado del Estado interpuso demanda de menor cuantía contra don José, doña Carmen, don José M., doña María del Mar, don Juan y don Juan R., sobre ejercicio de acción de rescisión por fraude de acreedores y de declaración de nulidad de inscripciones, y subsidiaria indemnización de daños y perjuicios, interesando que se dictara sentencia por la que se declarase la rescisión por fraude de acreedores de las donaciones hechas por don José y doña Carmen en favor de sus hijos don José Manuel y doña M.^a del Mar por escrituras públicas otorgadas el 1 de agosto de 1987, inscritas en el Registro de la Propiedad en favor de los donatarios el 10 de marzo y el 13 de agosto de 1989. También se pedía la nulidad de las inscripciones registrales en favor de los donatarios, y la cancelación de las anotaciones preventivas de embargo practicadas por los codemandados don Juan y don Juan R., en tanto impidiesen el cobro de los débitos perseguidos.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 16 de Valencia dictó sentencia el 17 de julio de 1995 desestimando la demanda.

- En grado de apelación la Sección 9.^a de la AP de Valencia dictó sentencia el 7 de julio de 1995 desestimando el recurso interpuesto por el Abogado del Estado.
- El Abogado del Estado interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El fundamento fáctico de la demanda lo constituía básicamente deudas tributarias de don José correspondientes al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y tráfico de empresas de los períodos 1981, 1982, 1983 y 1984. Las actas de inspección fueron firmadas de conformidad el 30 de octubre de 1987.

El Juzgado de 1.^a Instancia desestimó la demanda por apreciar caducidad de acción rescisoria, pues la Hacienda Pública pudo tener completo conocimiento de las donaciones cuando se presentaron las escrituras a liquidación del impuesto de donaciones (12 de diciembre de 1987), y la acción se ejercita el 25 de febrero de 1993. Desestimó la petición subsidiaria porque no se especificaba contra quién se dirigía y qué acreedores eran los beneficiados. Por último, alegaba la sentencia que no se había probado que no se habían reservado los donantes bienes libres para el pago de las deudas tributarias.

La Audiencia, en grado de apelación, confirmó el fallo desestimatorio de la demanda. Señaló que el plazo de caducidad se computaba desde que las escrituras de donación fueron presentadas a liquidación del impuesto de donaciones (12 de diciembre de 1987), y añadía su fundamento jurídico segundo: «Pero es que, además, la estimación de la caducidad resulta ineludible porque —aunque no se haya hecho alusión anteriormente a esta circunstancia— la escritura de donación otorgada el uno de agosto de 1987 fue presentada en el Registro de la Propiedad de Segorbe el mismo día 1 de agosto de 1987, según asiento 1073, folio 125 del Diario 22 y en el de Sagunto se presentó el 14 de enero de 1988, provocando la inscripción

3.^a de la finca núm. ... de fecha 10 de marzo de 1988. Computando el tiempo de cuatro años desde esta fecha hasta el 26 de febrero de 1993, de presentación de la demanda, es evidente que han transcurrido los cuatro años requeridos para que se produzca la caducidad de la acción.

Sostiene el Abogado del Estado que se ha hecho una interpretación errónea del art. 1299.1 en relación con los arts. 1111 y 1218, todos del Código Civil. La tesis que se mantiene es la de que en consonancia con la naturaleza rescisoria de la acción pauliana, el cómputo del plazo para su ejercicio ha de ser el momento en que quede acreditada la carencia de bienes del deudor suficientes para satisfacer su crédito que, legítimo, ha sido defraudado por una enajenación fraudulenta.

El motivo se desestima por el Tribunal Supremo, porque no es admisible que el cómputo del plazo de los cuatro años de ejercicio de la acción rescisoria (art. 1299, párrafo 1.^o) quede de hecho al arbitrio del acreedor, es decir, de su mayor o menor actividad en la persecución de bienes de su deudor, que exige el art. 1111. Es dentro de esos cuatro años cuando el acreedor ha de cumplir aquel presupuesto de su acción, suavizado por la reiterada jurisprudencia de esta Sala que acepta hechos objetivos de los que se deduce racionalmente la demostración de la carencia de bienes libres, en lugar de una persecución real de todos y cada uno de ellos con resultado infructuoso. Como dijo la sentencia de esta Sala de 8 de mayo de 1903 «la condición de subsidiaria que tiene la acción rescisoria, según el artículo 1294, no significa que pueda subsistir indefinidamente cual-

quiera que sea el tiempo transcurrido desde la celebración del acto rescindible, pues el de cuatro años señalado para el ejercicio de tales acciones es el que el legislador ha estimado prudencialmente suficiente para el esclarecimiento del estado del deudor, sin que exista inconveniente alguno en que al ejercer la acción rescisoria se demuestre que no hay otro medio legal para obtener la reparación del perjuicio» criterio ratificado en la sentencia de 26 de junio de 1946.

Por otro lado, sostiene el Abogado del Estado que la sentencia recurrida ha infringido por inaplicación el art. 643 Código Civil, al haber desestimado tanto la sentencia de primera instancia como la de apelación la petición subsidiaria de condena indemnizatoria de los demandados. El motivo se desestima por el Tribunal Supremo, aun admitiendo la inconsistencia de los argumentos de la instancia, criticados acertadamente en la fundamentación del motivo en examen (no especificarse en la súplica de la demanda contra quién se dirige la petición; se pide para los acreedores en general, y se ha demandado a dos de ellos; no se ha probado que el donante no se hubiese reservado otros bienes). En efecto, el art. 643 no concede al acreedor defraudado por la donación, además de la acción rescisoria (art. 1291.3.^º y 1297 en re-

lación con el art. 1111, todos del Código Civil) otra contra el donatario, sino que recoge lo que es esencia de la rescisión; cobrarse con los bienes donados a través de la rescisión de la donación. La presunción de fraude en la donación se obtiene directamente del art. 1297, pero ello no legitima para ejercitar la acción rescisoria, ha de concurrir el requisito de la subsidiaridad, de que los acreedores defraudados no puedan cobrar de otro modo lo que se les debe (art. 1291 y 1294 del Código Civil), y en el art. 643 se expresa lo mismo con la exigencia de que el donante no se reserve bienes bastantes para el pago de las deudas. No se ve la razón por la que la donación tuviese un régimen especial, distinto del previsto en el art. 1297, consistente en una asunción «ex lege» de las deudas del donante sin consentimiento de los acreedores del donatario, que pudiera perjudicarles al responder éste de aquellas deudas con sus bienes propios, además de los donados, con la consiguiente repercusión en sus privilegios crediticios si de ellos gozaran legalmente. Por último, carece de todo apoyo legal la limitación de la pretensión del recurrente (de la asunción «ex lege» de deudas) al importe de los bienes donados, y la subsidiaridad o alternatividad de los tan citados arts. 1291.3.^º y 643 Código Civil.

2. *Pensión de viudedad.*

Tribunal Supremo, Sala 4.^a, Sentencia de 28 de julio de 2000.

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Salinas Molina.

Si una persona pierde la pensión de viudedad por contraer segundas nupcias, y este último matrimonio es declarado nulo, procede reponer a la beneficiaria en el derecho al percibo de la pensión vitalicia de viudedad originariamente reconocida.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a M.^a Dolores fue titular de una pensión de viudedad del Régimen General de la Seguridad Social causada por D. Fernando María, fallecido el

14-11-1967, que se extinguió en 30-6-1969 por contraer segundas nupcias con D. Carlos.

- Por sentencia del Tribunal Eclesiástico de Barcelona de fecha 12-4-1996, confirmada por el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica del Vaticano en Madrid en 10-1996, se declaró la nulidad de dicho segundo matrimonio, por grave defecto de discreción en el varón, sin constar expresamente mala fe de ninguno de los contrayentes. Su eficacia en el ámbito civil se declaró mediante auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 45 de los de Barcelona de fecha 13-2-1998.
- En 5-5-97 solicitó la rehabilitación de la extinguida pensión de viudedad, lo que se desestimó mediante resolución de la D.P. del INSS de fecha 16-9-1997. Se formuló reclamación previa desestimada por resolución del mismo órgano de fecha 10-11-1997.
- El Juzgado de lo Social núm. 10 de Barcelona dictó sentencia el 19 de mayo de 1998 desestimó la demanda interpuesta por D.^a María Dolores contra INSS.
- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D.^a María Dolores, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Cataluña, la cual dictó sentencia con fecha 27 de abril de 1999 desestimando el recurso.
- D.^a María Dolores interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión que se plantea en el presente recurso de casación unificadora consiste en determinar si el titular de una prestación por muerte y supervivencia, en concreto de una “pensión vitalicia de viudedad”, que se extinguió por la causa reglamentariamente establecida consistente en “contraer nuevas nupcias”, tiene o no derecho a obtener la rehabilitación o reanudación de la prestación por tal motivo extinguida cuando el ulterior matrimonio sea declarado nulo por tribunal competente con eficacia en el ámbito civil.

Entiende la sentencia impugnada que “la declaración actual de nulidad matrimonial viene precedida de una anterior disolución, por divorcio, del matrimonio existente entre

la demandante y su segundo esposo, siendo compartidos por la Sala los argumentos de la sentencia de instancia, ya que tal declaración de nulidad, otorgada con posterioridad al divorcio, implicaría una situación privilegiada, en la medida en que, de acuerdo con los criterios actuales, únicos valorables, la demandante conservaría, de aceptarse su tesis, un doble derecho a ser beneficiaria a la pensión de viudedad; por un lado como consecuencia del fallecimiento del primer esposo, al poder recuperar la pensión de viudedad de la que en su día fue beneficiaria, que quedó extinguida por contraer nuevo matrimonio y, por otro lado un derecho expectante, como consecuencia del segundo matrimonio celebrado”, y que “la declara-

ción de nulidad del matrimonio no implica, necesariamente, la de aquellos otros actos realizados en conexión con aquel, porque expresamente el Código Civil atribuye la subsistencia de determinados efectos para el cónyuge de buena fe y la doctrina unificada viene reconociendo el derecho a la pensión de viudedad en los casos de declaración de nulidad del matrimonio, criterio posteriormente recogido en la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 3 de abril de 1995 (BOE 10 de abril), en la que se acuerda aplicar las previsiones del art. 174.2 de la LGSS —relativo al reconocimiento del derecho de la pensión de viudedad en cuantía proporcional al tiempo convivido con el causante, en los supuestos de separación o divorcio— a los casos de matrimonios declarados nulos”.

En pronunciamiento de signo distinto, la sentencia invocada como de contraste, estima la pretensión de rehabilitación o de reposición del derecho al disfrute de la pensión de pensión de viudedad en su día extinguida. Argumenta al efecto, con cita de STS/Civil 9-I-1934, que “lo realmente afrontado es el régimen de los actos jurídicos que son objeto de declaración de nulidad completa o absoluta”, afirma, como criterio general propuesto por la jurisprudencia, que “un acto nulo es un acto sin efectos congruos de ninguna clase desde el ámbito jurídico”, de donde concluye que “al no existir, jurídicamente, el matrimonio segundo de la actora, queda sin causa justificativa otro acto jurídico paralelo: el de extinción de la pensión de viudedad” y que “no se trata, por tanto, de una rehabilitación en sentido propio... sino la vuelta al estado de cosas inicial y a la reposición de la actora en todas las situaciones jurídicas que su matrimonio excluía o extinguía”.

Verificada la existencia del requisito o presupuesto de contradicción ex art. 217 LPL, es preceptivo entrar a conocer de la denunciada infracción del art. 174.1 de la

vigente Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

La normativa legal de Seguridad Social otorga a la pensión de viudedad un carácter vitalicio, lo que reitera la LGSS en sus arts. 171.1.b) (“pensión vitalicia de viudedad”) y 174.1.I) (“carácter vitalicio”), al tiempo que dispone que el derecho al percibo de esta modalidad de prestación se mantiene con tal carácter “salvo que se produzca alguno de los casos de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan” (arg. ex art. 174.1.I LGSS). La norma reglamentaria de desarrollo, que sigue contenida por ahora en los extremos vigentes de la Orden de 13-II-1967, concreta las causas de extinción señalando, entre una de ellas, que la pensión de viudedad se extinguirá por “contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso” (art. 11.a OM 13-II-1967).

En consecuente interpretación de la normativa legal y reglamentaria expuesta, cuando un viudo/a contrae ulterior matrimonio, al dejar de ostentar la condición de viudo/a pierde el derecho al percibo de la pensión de viudedad que viniere percibiendo a consecuencia del fallecimiento de su anterior cónyuge.

El problema surge para determinar la incidencia que sobre la originaria prestación de viudedad pueda tener la disolución o la nulidad del ulterior matrimonio que determinó la extinción de aquella pensión. La sentencia recurrida niega la existencia de tal incidencia y equipara en sus efectos los supuestos de disolución del matrimonio por divorcio con los de nulidad matrimonial, argumentando sobre una cuestión distinta y ahora no planteada, la que presume como situación de compatibilidad entre la posible pensión rehabilitada y la que pudiera corresponder teóricamente a la recurrente con fundamento en el art. 174.2.II LGSS. La tesis sustentada en la sentencia impugnada no es compartida por esta Sala de casación, considerando que la solución jurídicamente correcta es la contenida en la sentencia de con-

traste, dados los razonamientos que a continuación se exponen.

Con carácter previo y por su esencial diferencia de efectos, debe distinguirse la disolución del matrimonio por divorcio y la nulidad matrimonial. En el primer supuesto, de ser declarado disuelto por divorcio ese posterior matrimonio, éste ha tenido plena validez jurídica a todos los efectos durante su subsistencia, al establecer expresamente la normativa civil que la sentencia que declara tal disolución por divorcio sólo “producirá efectos a partir de su firmeza”, no hay una vuelta al estado de cosas inicial ni una reposición en las situaciones jurídicas precedentes, por ende, el divorciado/a no recupera ni el precedente estado civil de viudo/a ni la prestación de viudedad extinguida y le resta exclusivamente la expectativa de derecho, de no contraer a su vez nuevas nupcias y de fallecer primero el otro cónyuge, a percibir en su día pensión de viudedad derivada del fallecimiento de este último, en cuantía proporcional al tiempo vivido con éste, y “con independencia de las causas que hubieren determinado... el divorcio” (arg. ex arts. 85 y 89 Código Civil —CC—, 174.2.I LGSS).

La problemática es más compleja si, como en el supuesto ahora enjuiciado, este ulterior matrimonio se declara nulo. En estos casos, a diferencia de lo que se ha indicado acontece en la disolución matrimonial por divorcio, quedan invalidados todos los efectos del matrimonio declarado nulo como si el mismo no hubiera existido, salvo, y a favor o en beneficio de éstos, para los hijos y para el contrayente de buena fe, como se deduce “a sensu contrario” del art. 79 CC (“La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe”). Por tanto, la declaración de nulidad produce sus efectos desde la fecha de celebración del matrimonio —y no ya sólo a partir de su firmeza—, con lo que el mismo al dejarse sin efecto cabe reputarle inexistente, limitándose sus posibles efectos a los generados en beneficio de los

hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe.

Esta esencial diferencia de efectos entre divorcio y nulidad matrimonial se refleja en determinados preceptos de la normativa de Seguridad Social relativa a la prestación de viudedad y debe incidir, consecuentemente, en la interpretación y aplicación de los mismos, así como en la integración de las lagunas normativas (arg. ex art. 4.1 CC).

Así, en concordancia con la normativa civil, y en favor exclusivo del cónyuge de “buena fe”, dispone el art. 174.2.II LGSS que “en caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad correspondería al superviviente respecto del que no cupiera la apreciación de mala fe y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias, en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante”. Por tanto, el ex-conyuge “de mala fe” cuyo matrimonio fue anulado no tendrá, en su caso, derecho a la parte proporcional de la pensión de viudedad. Obsérvese, que la norma análoga para los casos de separación o divorcio establece, por el contrario, que “con independencia de las causas que hubieren determinado la separación o el divorcio” (art. 174.2.I LGSS).

Si la persona cuyo matrimonio es declarado nulo era perceptora de una pensión de viudedad como consecuencia de un anterior matrimonio —supuesto no previsto en la normativa de Seguridad Social y que ahora debe resolverse—, entendemos que, al volver a tener aquélla la condición de viudo/a tiene derecho a recuperar la pensión de viudedad, pues ha desaparecido jurídicamente “ab initio” y por inexistencia la causa que motivó tal extinción.

Esta conclusión es independiente de la causa que hubiera motivado la declaración de nulidad, o de que esta nulidad se hubiera decretado por la jurisdicción civil (por cualquiera de las causas ex art. 73 CC: inexistencia de consentimiento, no intervención del funcionario que debe autorizarlo, bigamia, coacción o miedo grave, etc.) o por la eclesiástica (por sus específicos motivos), pues la normativa legal no posibilita que los

tribunales se conviertan en censores de las causas o motivos por las que se ha declarado eclesiásticamente la nulidad matrimonial tanto más cuando a las resoluciones dictadas ya se les ha dado plena validez en el orden civil, como en el caso enjuiciado acontece.

En orden a esta equiparación de efectos entre la nulidad civil y la eclesiástica, en cumplimiento y en concordancia con lo pactado en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos de fecha 3-I-1979 (art. VI.2) se modificó nuestro ordenamiento jurídico interno, en concreto el Capítulo IV del Título IV del Código Civil —relativo a la “nulidad del matrimonio” y distinto, por tanto, del Capítulo VIII del propio Título dedicado a la “disolución del matrimonio”—, preceptuándose en su art. 80 que “las resoluciones dictadas por los Tribunales Eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al derecho del Estado en resolución dictada por el juez civil competente conforme a las condiciones a que se refiere el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. En consecuencia, las referidas resoluciones eclesiásticas o las decisiones pontificias una vez declaradas por el juez civil competente ajustadas al derecho del Estado tienen los mismos efectos que una sentencia civil firme de nulidad matrimonial.

No existe base legal para variar los efectos de la declaración de nulidad matrimonial en atención al hecho de que, como ahora acontece, hubieren acudido previamente los cónyuges a obtener el divorcio civil para alcanzar los efectos personales y patrimoniales del mismo derivados, ya que aquél no comporta la disolución del matrimonio canónico y la pretensión de la recurrente se fundamenta en la nulidad de este último, de análogos efectos a la nulidad civil, como se

ha indicado; ni tampoco por el hecho de que se hubiera podido fijar en favor de la recurrente una indemnización compensatoria, pues en nuestra actual normativa de Seguridad Social la existencia de situación de necesidad se presume en las prestaciones de viudedad, las que no se extinguen ni se modifican en su cuantía en atención a los posibles ingresos del beneficiario (arg. ex arts. 49.2.º, 59, 60, 61, 85, 89, 90 a 101 CC, 172 y 174 LGSS).

En el caso enjuiciado se está ante un matrimonio declarado nulo en el ámbito eclesiástico y a esta decisión eclesiástica se le dio plena eficacia en el orden civil por resolución judicial firme inscrita registralmente. Ante la válida declaración, con plena eficacia civil, de nulidad del segundo matrimonio de la ahora recurrente, esta última unión que originó la extinción de la pensión de viudedad que había disfrutado cabe reputarla inexistente jurídicamente, y al haber desaparecido retroactivamente la causa motivadora de la extinción de la pensión se le debe, dada su actual condición de viuda, reponer en el derecho al percibo de la pensión vitalicia de viudedad originariamente reconocida.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso de casación unificadora, casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, estimar el recurso de tal clase formulado por la ahora recurrente y su demanda en los términos que se exponen, lo que comporta condenar a la Entidad Gestora a que reanude y abone a la actora la pensión de viudedad a cargo del Régimen General de la Seguridad Social que tenía reconocida como consecuencia del fallecimiento de su esposo acaecido en fecha 14-XI-1967, sin perjuicio de ulteriores revalorizaciones, y con efectos económicos desde el día 5 de febrero de 1997, es decir desde los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud (arts. 43.1, 174 y 178 LGSS).

3. *Demanda interpuesta contra los herederos de los causantes.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 9 de septiembre de 2000.
Ponente: Excmo. Sr. Francisco de Asís Garrote.**

Rescisión de la sentencia dictada en un procedimiento solicitando la elevación a escritura pública de unos contratos de compraventa privados, al haberse seguido el procedimiento por medio de edictos contra los herederos de los que suscribieron dichos contratos, constándole a la parte actora el nombre y la dirección de dichos herederos.

ANÁLISIS DEL CASO

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Guadalajara dictó sentencia estimando la demanda interpuesta por D.ª Lucía contra los herederos de D.ª Fidela y D. Narciso, condenando a los demandados a que eleven a escritura pública los contratos privados de compraventa de fecha 20 de noviembre de 1961, con expresa condena en costas.
- Don José (heredero de D.ª Fidela y D. Narciso) formuló ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo recurso extraordinario de revisión, contra la sentencia firme dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Guadalajara solicitando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia dando lugar a la rescisión de la resolución firme impugnada.
- El Ministerio Fiscal emitió dictamen en el sentido de que estimaba acreditado el motivo de revisión, y por lo tanto, estimable la pretensión de revisión de la sentencia.
- El Tribunal Supremo estimó el recurso rescindiendo la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega el recurrente que se ha ganado injustamente la sentencia de instancia, al haberse empleado maniobras fraudulentas, consistentes en demandar a los herederos de

doña Fidela y don Narciso, sin designarlos nominalmente, ni haber señalado sus domicilios, habiendo sido emplazados por ello por edictos y notificado la sentencia que se dictó en rebeldía de los demandados de la misma forma, cuando por razón de parentesco y por otras circunstancias, tales datos eran conocidos por la actora en el juicio de cognición referido, habiendo privado a los demandados de la posibilidad de defenderse en el juicio.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo mantenida de forma ininterrumpida, entre otras, en sentencias de 29-9-1999 y 22-12-1999, por citar solamente unas de las más recientes, considerar que una de las manifestaciones de la maquinación fraudulenta, es la ocultación a los demandados del planteamiento del pleito mediante ardides, tramas o artificios que tiendan a ese encubrimiento, como es el caso de que conociendo el nombre y domicilios de los herederos a los que se les demanda se oculta al Juzgado, teniendo que ser emplazados por esta ocultación por edictos.

La cuestión pues queda reducida a si efectivamente ha habido esa ocultación y de las alegaciones de las partes y de la prueba practicada en autos se deduce que en el pleito promovido por la ahora recurrida doña Lucía, sobre elevación a escritura pública de dos contratos privados de compraventa de fincas contra los herederos de los vendedores en el que fueron emplazados por edictos, es evidente que la actora conocía tanto la identidad de los herederos como los domicilios de los mismos, y ello porque está acreditado en los autos que la referida actora se personó en el expediente de declaración de herederos abintestato seguidos en

el Juzgado de 1.^a Instancia de Aranjuez por el fallecimiento de doña Fidela, así como también conocía los domicilios de los mismos, y en particular el de el hoy demandante o recurrente en revisión don José, hermano de la compradora, con el que hasta el año 1985, mantenía buenas relaciones, pero aunque en ese año se rompieran, han mantenido entre los mismos, pleitos, uno un juicio de faltas, y otro un interdicto de retener la posesión, que al perderlo don José con costas, tuvo que abonar las mismas al Letrado de su hermana Lucía, don Manuel, que se las giró a su domicilio de Madrid, abogado que es el mismo que firma la demanda del juicio de cognición ante el Juzgado de Guadalajara, en la que no hacen constar ni los nombres, ni domicilios de los demandados, en concreto el del recurrente en revisión; así mismo, admite en la primera posición la recurrida doña Lucía, que conocía que su hermano cuando se relacionaba con él vivía en ese domicilio de Madrid. Por otra parte, la certificación municipal correspondiente aportada al recurso, aparece empadronado en la actualidad don José, en dicho domicilio por renovación del padrón en 1992. Por lo que es indudable que conociendo el domicilio y su carácter, al menos de uno de los herederos, no los demandó en forma, haciéndolo fraudulentamente por edictos, maniobra esta, que de acuerdo con reiterada y constante doctrina de esta Sala implica fraude que da lugar a la rescisión de la sentencia que la ha obtenido la parte demandada en este incidente, sin oposición de los demandados, a pesar de que la oposición, era previsible, dada la situación familiar existente entre los dos hermanos creada precisamente, con motivo de la sucesión de los vendedores.

V. PENAL

1. *Privación de la patria potestad en sentencia penal.*

**Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 11 de septiembre de 2000.
Ponente: Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar.**

Una interpretación correcta del art. 170 CC sólo permite acordar esta medida en aquellos casos en que las características del delito enjuiciado han llevado al legislador a establecer como accesoria la privación de la patria potestad, sin que se pueda extender por analogía a otros supuestos diferentes, quedando justificada esta decisión en los delitos de abandono de familia y en los relativos a la prostitución de menores, pero no en los supuestos de homicidio o parricidio.

ANÁLISIS DEL CASO

- Seguido por la Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Gerona un procedimiento del Tribunal del Jurado se dictó sentencia el 7 de diciembre de 1998 declarando probado que el acusado Kenny, sobre las 19 horas del día 19 de julio de 1997, en el interior del domicilio sito en Lloret de Mar, que compartía con Johana, “tras mantener una discusión por la intención de ésta de separarse de aquél y llevarse el hijo común de siete meses de edad, le clavó con la intención de acabar con su vida un cuchillo de diez centímetros de hoja en la zona supraclavicular derecha que le produjo una hemorragia que le ocasionó la muerte de forma casi inmediata”. Asimismo, por unanimidad el Tribunal del Jurado ha declarado que: “El acusado Kenny, desde hacía al menos tres años convivía maritalmente con Johana, con la que tenía un hijo común de siete meses llamado Kenny”. El acusado Kenny, en el momento de cometer los hechos actuó bajo una conmoción psíquica producida por el temor de ser abandonado por Johana, de quien tenía una fuerte dependencia y por el hijo común de ambos”. «El acusado Kenny, tras la comisión de los hechos y una vez dejó a su hijo con su tía Bella, intentó suicidarse con un cuchillo en el jardín de la finca donde residía su tía y en tal situación hizo pública su acción a las personas y a la Policía que acudieron en su auxilio, a requerimiento de dichos testigos”.

- En la sentencia se condenó al acusado Kenny, como autor de un delito de homicidio con la concurrencia de la circunstancia agravante de parentesco y de las circunstancias atenuantes de arrebató u obcecación y haber confesado el hecho, a la pena de doce años de prisión, con más la accesoria de inhabilitación absoluta por igual tiempo, pago de costas y a que indemnice al menor Kenny en veinte millones (20.000.000) de pesetas en concepto de daño moral y responsabilidad civil, a satisfacer en la persona de su representante o guardador legal y al pago de las costas. Acordándose igualmente la privación total de la patria potestad del condenado sobre su hijo lo cual se deberá comunicar a la Generalitat de Catalunya —Direcció General de Atenció a la Infància— y al Ministerio Fiscal para que actúen de conformidad con sus respectivas competencias. Una vez cumplida la pena de privación de libertad, el acusado no podrá volver al lugar en que se cometió el hecho o acudir al lugar donde resida su hijo, si éste sigue siendo menor de edad, durante el tiempo de cinco años.
- Interpuesto el oportuno recurso ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, se dictó sentencia el 31 de marzo de 1997 desestimando el recurso.
- El condenado Kenny interpuso recurso de casación que fue estimado parcialmente por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Dejando al margen los motivos de casación que estaban dirigidos a combatir el pronunciamiento relativo al delito de homicidio, hay que centrarse en la pena de privación de patria potestad que fue impuesta al condenado y que este sostiene que infringe lo establecido en el art. 170 del CC. El Tribunal Supremo estima el motivo.

Aunque el Código Penal recoge entre las penas privativas de derechos la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad [arts. 39.b) y 46], la impone en los tipos de los artículos 192.2, 226.2 y 233.1, no en el tipo de homicidio del artículo 138, sancionado con pena de prisión de diez a quince años. A su vez como pena accesoria (art. 54) la inhabilitación absoluta, que acompaña a la pena privativa de libertad superior a diez años (art. 55), no incluye el ejercicio del derecho de la patria potestad (v.

art. 41 C.P.); y la de inhabilitación especial —accesoria en todo caso de las privativas de libertad de hasta diez años (art. 56)— aún referida a “cualquier otro derecho” aparte los expresamente citados en el artículo 56, precisa para su imposición que tal derecho haya tenido relación directa con el delito cometido, debiendo determinarse expresamente en la Sentencia esta vinculación; exigencias que no concurren en el presente caso. La privación de la patria potestad sobre su hijo, impuesta a un condenado por un delito de homicidio cometido contra la madre carece por tanto de fundamento legal en el Código Penal.

Tampoco cabe en este caso acordar la privación de la patria potestad mediante la directa aplicación por el Tribunal penal de las normas de Derecho de familia, que dentro del ámbito del Derecho Privado, disciplinan

aquella institución, y cuya aplicación compete a la jurisdicción civil, por los órganos integrados en ella a través de los procedimientos civiles correspondientes. Los Juzgados y Tribunales ejercen su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por la Ley tal como dispone el artículo 9.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Corresponde al orden jurisdiccional penal el conocimiento de las causas y juicios criminales (art. 9.3 LOPJ), ámbito jurisdiccional al que pertenecen las normas del Código Penal sobre privación de la patria potestad como pena principal o accesoria, no las sanciones civiles que en la esfera del Derecho Privado y con relación a patria potestad corresponden según el Código Civil en caso de incumplimiento de los deberes familiares.

El artículo 170 del Código Civil dispone en efecto que “el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el cumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial”. Pero este precepto —dejando aparte la referencia a la causa matrimonial donde la posible privación de la patria potestad se rige por el artículo 92 CC— no establece una dualidad de cauces procesales alternativos para la común aplicación —en el proceso civil o en el proceso penal— de la privación de patria potestad por incumplimiento de sus deberes inherentes; sino que para privar de la patria potestad la alternatividad se establece precisamente entre de una parte una Sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a ella, y de otra parte una Sentencia dictada en causa criminal, es decir que o bien se priva de la patria potestad por Sentencia fundada en tal incumplimiento o bien se priva de ella en una causa criminal; lo que necesariamente supone que no cabe en proceso penal privar de la patria potestad por razón del cumplimiento obligatorio que es lo propio de la otra alternativa prevista, sino por las causas y en los casos establecidos en las normas penales, es decir en el Código Penal, que como ya se vio an-

teriormente, no permite la imposición de tal pena en el presente caso. Por lo tanto no supone el artículo 170 una atribución a la jurisdicción penal de la facultad de aplicar las normas civiles de privación total o parcial de la patria potestad como una facultad distinta de la de su imposición como pena principal o accesoria de un delito.

Es cierto que esta Sala en su Sentencia de 20 de diciembre de 1993, interpretó el artículo 170 del Código Civil en sentido contrario, es decir como una remisión al orden jurisdiccional penal justificando la aplicación en él de las normas civiles de privación de la patria potestad por incumplimiento de sus inherentes deberes.

Pero en primer lugar se trataba entonces de un delito de lesiones y malos tratos reiterados cometidos sobre el propio menor de cuya patria potestad se privó al acusado, mientras que en este caso el delito se ha cometido contra el otro progenitor, supuesto contemplado en la posterior Sentencia de 13 de marzo de 1995, en la que esta Sala declaró la improcedencia de acordar en tal caso la privación de la patria potestad. Y en segundo lugar la Sala en Sentencia de 10 de octubre de 1994 declaró que una interpretación correcta del artículo 170 del Código Civil, y las exigencias insoslayables del principio de legalidad penal, sólo permiten acordar esta medida en aquellos casos en que las características del delito enjuiciado han llevado al legislador a establecer como accesoria la privación de la patria potestad sin que se pueda extender por analogía a otros supuestos diferentes. Esta opción complementaria de la pena sólo se puede acordar cuando un determinado precepto penal así lo ha previsto, siempre en función de las especiales características del delito incriminado. Esta decisión está perfectamente justificada en los delitos de abandono de familia y en los relativos a la prostitución o corrupción de menores, pero no tiene encaje legal en los supuestos de homicidio o parricidio (Sentencia de 10 de octubre de 1994). Y debe significarse que la improcedencia de acordar en tal caso la privación de la patria po-

testad por el Tribunal penal fue aprobada por Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala de 26 de mayo de 2000.

Por último debe subrayarse que una interpretación contraria ya no viene exigida por la necesidad de salvaguardar los intereses del menor, afectados cuando uno de sus progenitores ha dado muerte al otro y es condenado por ello con las penas legalmente establecidas. La reforma del Código Civil operada por Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, ha introducido los mecanismos sustantivos y procesales civiles precisos para una inmediata y automática protección del

menor desamparado, sin necesidad de que la jurisdicción penal asuma lo que a la Jurisdicción Civil corresponde mediante la aplicación de las correspondientes normas civiles a través de los cauces procesales específicamente creados para ello.

Así pues, el Tribunal Supremo deja sin efecto la privación de la patria potestad, manteniendo expresamente la situación del menor acordada por las instituciones administrativas tutelares de Cataluña, y sin perjuicio del ejercicio por el Ministerio Fiscal de las acciones en defensa de los intereses y la protección del menor.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

I. SEPARACIÓN MATRIMONIAL

1. *Eficacia del convenio suscrito entre los cónyuges y no ratificado judicialmente en el que uno de ellos renunciaba a cualquier derecho que pudiera corresponderle en los bienes de su mujer y a que se practicara cualquier liquidación posterior, a cambio de no contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales ni a satisfacer pensión alguna a su esposa.*

TSJ de Baleares, Sentencia de 23 de junio de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Pascual y Doña Antonia suscribieron un convenio privado de separación el 25 de octubre de 1993 que posteriormente no fue ratificado por el esposo, debiendo tramitarse un procedimiento contencioso en el que se dictó sentencia declarando la separación de los cónyuges.
- Don Pascual interpuso demanda de menor cuantía contra su esposa D.^a Antonia y la hermana de esta D.^a María, solicitando se dicte sentencia por la que se declarase el derecho del actor a ser indemnizado por las obras y mejoras realizadas en la vivienda propiedad de las demandadas, condenando a éstas a abonar al actor el valor actualizado de los gastos realizados o el aumento de valor adquirido por la vivienda a causa de las obras, ambas cantidades a determinar en ejecución de sentencia; además se declarase que el actor es único propietario de los bienes que se adquirieron durante el matrimonio y que consisten en la vivienda de la calle de Jesús de Muro y dos vehículos, condenando a las demandadas a estar y pasar por las anteriores declaraciones y a que se efectúen las correspondientes correcciones en

el Registro de la Propiedad y en la Jefatura Provincial de Tráfico; que los muebles y enseres existentes tanto en la vivienda que fue domicilio conyugal como en el Bar S. son propiedad del actor y de doña Antonia por mitades, condenando a la demandada a abonar la mitad del valor de los mismos previo inventario y valoración, por último que se declare que el demandante es deudor de doña Antonia en la cantidad que ésta acredite haber satisfecho de la amortización de un préstamo solicitado por el actor; todo lo anterior con imposición de costas a la demandada.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Inca dictó sentencia el 21 de junio de 1996 estimando parcialmente la demanda y declarando que “el actor es acreedor de las codemandadas en la mitad del coste actualizado de las obras efectuadas en la casa de la calle Jesús de Muro, valor que se determinará en ejecución de sentencia; no ha lugar a declarar que los bienes que el actor reclama en la demanda sean de su propiedad, sin perjuicio de sus derechos al liquidar la sociedad de gananciales, en cuya liquidación debe incluirse el importe de las obras objeto del pronunciamiento anterior, además del valor de los bienes existentes en el momento de la separación, con reducción de las deudas de la sociedad. Todo lo anterior sin hacer expresa imposición de costas a las partes”.
- En grado de apelación la Sección 3.^a de la AP de Palma de Mallorca dictó sentencia el 30 de octubre de 1999, estimando el recurso interpuesto por D.^a Antonia y D.^a María y revocando la sentencia desestimó íntegramente la demanda, absolviendo a las demandadas de los pedimentos contenidos en la misma.
- D. Pascual interpuso recurso de casación ante el TSJ de Baleares que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Dejando a un lado las cuestiones de estricta técnica casacional que fueron desestimadas por el TSJ, el comentario debe centrarse en la pretensión del actor de que se le indemnice por las obras y mejoras que costeó en la vivienda propiedad de las codemandadas así como que se declare que son de su propiedad determinados bienes adquiridos constante matrimonio y que figuran titulados a nombre de su esposa. Frente a estas pretensiones las demandadas opusieron al contestar que, en los convenios suscritos privadamente que precedieron a la separación judicial del matrimonio, el demandante ha-

bía renunciado a cualquier derecho que pudiera corresponderle en los bienes de su mujer y a que se practicara cualquier liquidación posterior, a cambio de no contribuir al levantamiento de las cargas matrimoniales ni a satisfacer pensión alguna a su esposa.

Así pues, resolver sobre la validez y eficacia de estos pactos adquiere, pues, carácter primordial, ya que, si tales acuerdos se consideran jurídicamente vinculantes —y así lo ha estimado la Audiencia—, los pedimentos del actor devienen improsperables por este solo factor, y ello fuere cual fuere el régimen

económico de su matrimonio: separación de bienes, como concordaron en principio las partes, o gananciales, según concluyó fundamentalmente al estudiar el tema el juzgador de primera instancia.

Establecida la extinción de un derecho por renuncia, nada importa ya determinar el contenido cuantitativo del mismo. Debe notarse, en este aspecto, que el actor no impugnó la relevancia de tales pactos privados de separación por otra causa que la de no haber sido aprobados judicialmente en el pleito de separación conyugal. Más en concreto, no adujo en la instancia que se hubieran celebrado con intervención de vicio alguno del consentimiento; de modo que la inexistencia de estos vicios era punto que la Audiencia no tenía el deber de abordar —y ni siquiera podía hacerlo sin caer en incongruencia— ni le es lícito al recurso plantear ahora la posibilidad de que el demandante consintiera por error, pues se trata de cuestión nueva y por ende radicalmente inadmisibles en grado de casación, ya que la introducción de esta clase de cuestiones en la referida fase altera el objeto del conflicto, quebranta los principios de preclusión e igualdad de partes y produce indefensión al litigante adverso (SSTS 23 de junio de 1997, 24 de noviembre de 1998 y 22 de enero de 1999, por citar algunas). En consecuencia, el primer motivo de recurso fracasa.

En otro motivo acusa igualmente infracción del art. 359 de la LECiv y de la doctrina del Tribunal Constitucional, argumentando, en esencia, que el debate quedó centrado en la oposición de las demandadas a las pretensiones del actor con base en la doctrina de los actos propios, pero que la sentencia resuelve el pleito en virtud de nuevas alegaciones vertidas por aquéllas en la vista del recurso y centradas en la consideración de la validez y eficacia de los convenios como verdaderos contratos, lo que, en opinión del ahora recurrente, entraña incongruencia por variación de la causa de pedir.

La decisión absolutoria habría sido incongruente si se hubiera basado en hechos dis-

tintos de los aportados en tiempo hábil por las demandadas para su defensa, conforme reconoce la jurisprudencia de que se ha hecho mención con anterioridad. No fue así, sin embargo, toda vez que, al contestar, las hoy recurridas invocaron expresamente frente a la demanda la eficacia extintiva de los convenios privados de separación que habían concertado los cónyuges, de suerte que la sentencia no se ha apartado un ápice en su fallo, como es de rigor, de la fundamentación fáctica hecha valer por los contendientes. Esto sentado, resulta irrelevante que las demandadas reputaran entonces tales convenios como constitutivos de un acto propio del actor y que la sentencia, en cambio, los haya conceptualizado de verdaderos negocios jurídicos vinculantes para las partes. En virtud del principio «iura novit curia», en efecto, pertenece al oficio judicial aplicar, a los hechos alegados por los litigantes y a los fines de declarar la concreta consecuencia que éstos postulan, el tratamiento jurídico que corresponde y se ajusta a la verdadera naturaleza de los mismos, y ello aun a pesar de que la parte no haya logrado exponer correctamente el valor que, en derecho, esos hechos poseen (SSTS 7 de noviembre de 1986, 21 de noviembre de 1989, 24 de julio de 1990, 9 de enero de 1992, 31 de octubre de 1996, 4 de julio de 1998, etc.); que es la sola operación, y no otra, que ha efectuado la sentencia aquí recurrida.

No es cierto tampoco que la sentencia impugnada, al atribuir a los repetidos convenios la consideración de negocios jurídicos que generaron para las partes la obligación de respetarlos y cumplirlos, haya hurtado del debate la cuestión relativa a si concurren en ellos los elementos esenciales que requiere su validez. Las demandadas vieron inicialmente en tales convenios la expresión de un acto propio del actor que éste contravenía con la interposición de la demanda. La puesta en juego de la doctrina de los actos propios presupone, sin embargo, que los actos de donde nace el deber de conducta coherente y de buena fe han sido adoptados y reali-

zados por el sujeto con plena libertad de criterio y voluntad no coartada (SSTS 14 de febrero de 1984, 4 de marzo de 1985, 11 de marzo de 1991) y que son jurídicamente eficaces y válidos en derecho y suficientes para producir un efecto jurídico, según tiene declarado la jurisprudencia en SSTS de 31 de octubre de 1984, 17 de octubre de 1986 y 30 de septiembre de 1992. Como dice la STS de 30 de septiembre de 1996, el acto que se aduce como propio de la contraparte no produce efectos en el caso de que esté viciado por error provocado o cuando se violenta el consentimiento del otorgante. Por tanto, la circunstancia de que las demandadas alegaran inicialmente la existencia de tales convenios bajo la figura de los actos propios justificaba por sí sola abrir el ámbito de discusión de la primera instancia al tema de la validez del consentimiento con que se celebraron, de modo que nada le impedía al demandante plantear el problema e intentar desvirtuar la fuerza de los acuerdos alegando y demostrando que fueron consentidos por error, no obstante lo cual no opuso en su contra otra objeción que el dato de que no habían sido ratificados a presencia judicial, llevándole a concluir que carecían de efecto jurídico alguno. El silencio, pues, del actor sobre esta cuestión implica la admisión tácita de que prestó su consentimiento con plena conciencia y total libertad, y en nada se ve afectado la realidad de este extremo por el hecho de que después se haya calificado judicialmente ese acto de voluntad en forma diversa a como lo hicieron en principio las demandadas. Por consiguiente, el motivo decae.

El recurrente entiende que los convenios de separación matrimonial no pueden equipararse a los contratos; sostiene la tesis de que la aprobación judicial es presupuesto esencial o «conditio iuris» de su eficacia; y argumenta que si un convenio ratificado y no aprobado carece de toda eficacia jurídica, menos podrá tenerla el que ni tan siquiera ha sido ratificado por la parte interesada y que, sin la ratificación y la aprobación judicial, el convenio es un mero proyecto del que no

pueden derivarse consecuencias jurídicas, ni mucho menos afirmarse que resulta un verdadero negocio jurídico.

Antes de entrar en el análisis del motivo han de puntualizarse dos extremos. Las partes firmaron privadamente dos convenios de separación en épocas distintas: uno, el 14 de noviembre de 1988, y el otro con fecha de 25 de octubre de 1993. Las demandadas y la sentencia recurrida se refieren a los dos indistintamente. Sin embargo, sólo cabe tomar en cuenta el segundo, toda vez que, después de suscribirse el primero, los cónyuges desistieron de su propósito de separarse, se reconciliaron y prosiguieron la vida en común, por lo que, con la desaparición de la finalidad que determinó su celebración, dicho acuerdo quedó despojado de cualquier virtualidad futura. De otro lado, y aunque la cuestión tenga en sí escasa importancia, no está de más advertir de que la propuesta de convenio de 1993 satisface de lleno el contenido mínimo que el art. 90 del Código Civil asigna a los convenios conyugales reguladores de las consecuencias de la crisis matrimonial, pues malamente cabe indicar, como hace el recurso, que no contiene pronunciamiento alguno respecto de la pensión correspondiente a uno de los cónyuges respecto del otro, cuando justamente ocurre que en la cláusula sexta los esposos estipularon que, dadas las circunstancias de cada uno de ellos y que la separación no le producía a ninguno desequilibrio económico, «ambos renuncian a exigirse recíprocamente el abono de pensión o indemnización, renunciando a cualquier otra reclamación».

Pues bien, el Tribunal Supremo ha admitido la fuerza de obligar entre los esposos de lo pactado por ellos en los convenios de separación no presentados ni por ende aprobados judicialmente en el proceso matrimonial, cual es el caso del que las partes litigantes acordaron el 25 de octubre de 1993. La sentencia del Alto Tribunal de 22 de abril de 1997 declara que «este acuerdo ... es válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconoci-

do por ambas partes... No hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que ocurrió el consentimiento, el objeto y la causa, y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico». La sentencia añade que «en virtud de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código Civil las partes deben cumplir el negocio jurídico, concertado según el principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 y está reconocido en las Sentencias de esta Sala antes citadas de 25 de junio de 1987 y de 26 de enero de 1993». La posterior sentencia de 27 de enero de 1998 ratifica esta línea doctrinal señalando también que «salvados los derechos de los acreedores sobre los bienes gananciales y las consecuencias del registro inmobiliario a favor de los adquirentes terceros, no se puede estimar que los efectos “inter partes” de un convenio carezcan de eficacia por falta de aprobación judicial, si éste se desenvuelve dentro de los límites lícitos del principio de autonomía de la voluntad». Y la de 21 de diciembre de 1998 declara asimismo que «tales acuerdos, si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurran en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 del Código Civil».

A esta doctrina jurisprudencial se atiene la sentencia de la Audiencia contra la que se endereza la presente casación, por lo que su decisión no infringe ninguno de los preceptos legales que reseña el motivo. Han de tenerse en cuenta, además, otras consideraciones. El convenio de 1993 no está falto de su causa típica, pues la separación conyugal se consumó, bien que no por la proyectada vía

consensual, que quedó cegada al no comparecer el marido en el juzgado para ratificar la demanda, pero sí por la contenciosa, que seguidamente instó la mujer y se tramitó y culminó por sentencia dictada en rebeldía del esposo. De otra parte, y siendo mayores de edad los tres hijos del matrimonio, nada se aprecia en el contenido del convenio privado que transgreda los límites que fija el art. 90 del Código Civil para el ejercicio del poder de autocomposición de las relaciones derivadas de la crisis matrimonial que la Ley reconoce a los cónyuges y mucho menos en cuanto atañe a la esfera de los estrictos intereses patrimoniales de los litigantes.

No cabe pasar por alto, en fin, que el actor, ni en el trámite de ratificación del proceso de separación consensual —al que no acudió, como se ha dicho—, ni en ningún otro momento anterior a que su consorte presentara la demanda de separación contenciosa —y ni tan sólo al prestar confesión en este último proceso—, manifestó en forma alguna su disconformidad con el convenio suscrito ni su voluntad de desligarse de él. Esta inacción fue actitud de trascendencia innegable, ya que creó en la esposa la confianza legítima de que aquél respetaría en el futuro los términos del acuerdo, moviéndola a que ella también los respetara al tiempo de deducir sus pretensiones en la segunda demanda de separación. Los cónyuges habían pactado dejar su respectiva situación patrimonial exactamente en el estado en que se encontraba, y, partiendo de esta premisa y declarando entonces que la separación no originaba desequilibrio económico a ninguno de los dos, renunciaron recíprocamente a exigirse pensión o indemnización y a cualquier otra reclamación, así como a realizar liquidación alguna de bienes. La esposa cumplió fielmente este compromiso y así el suplico de la demanda de separación declaró textualmente que «por expreso deseo de mi representada, ninguna cantidad se reclama en concepto de carga familiar o pensión compensatoria o alimentos». Acordemente con manifestación tan

rotunda, nada le otorgó tampoco la sentencia, como es natural. Luego, cargada está de razón la aquí codemandada cuando pone de relieve el componente contrario a la buena fe (art. 7.1 CC) que preside la ulterior actuación del actor al pretender en este pleito lo que en la práctica supone una liquidación de las resultas económicas de la convivencia

matrimonial y que, de prosperar, destruiría la base patrimonial, fijada de consuno, en contemplación de la cual la esposa hizo dejación de unos derechos a recibir pensión que de otra manera le habrían correspondido y que, por efecto de la fuerza de cosa juzgada inherente a la sentencia firme de separación, ni siquiera podría ejercitar ahora.

II. FISCAL

1. *Está exenta de tributar por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales la adjudicación de bienes del esposo a favor de la esposa y en concepto de pensión compensatoria tras dictarse la sentencia de separación de un matrimonio que se regía por el régimen de separación de bienes.*

TSJ de Cataluña, Sec. 4.^a, Sentencia de 17 de julio de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Sospedra Navas.

ANÁLISIS DEL CASO

- Como consecuencia de dictarse sentencia de separación matrimonial, en el convenio regulador se incluyó un pacto en virtud del cual se abonaba a la esposa una pensión compensatoria mediante la cesión de los bienes que fueron objeto de liquidación.
- El TEAR de Cataluña entendió que dicha cesión de bienes debía tributar por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales.
- La parte actora interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución del TEAR de Cataluña de 26 de abril de 1996, desestimatoria de la reclamación formulada contra acuerdo dictado por la Oficina recaudadora de Sabadell, por el concepto de Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- El TSJ de Cataluña estimó el recurso y entendió que la cesión de bienes operada en pago de la pensión compensatoria estaba exenta de tributar por el ITP.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La adjudicación de que trae causa la impugnación no se cuestiona que se produce como consecuencia directa de la liquidación de bienes de la sociedad conyugal en ejecución del convenio de separación, a consecuencia de la extinción de la sociedad conyugal con motivo de la separación matrimonial que fue declarada por el Juzgado de 1.^a Instancia número 8 de Sabadell. En ella se acuerda la satisfacción a la esposa de una pensión compensatoria mediante la cesión de los bienes que fueron objeto de liquidación (pacto duodécimo del convenio regulador). Por tanto, la naturaleza del negocio es la de una adjudicación en pago de deuda que tiene su origen en la debida compensación económica que nace a favor de la esposa, mediante la satisfacción de una pensión compensatoria en bienes del patrimonio del cónyuge que ha de satisfacerla.

La cuestión controvertida ha sido analizada por el TSJ indicando que la tributación de la adjudicación a la esposa de la mitad de un bien en proindiviso, a consecuencia de la separación matrimonial y para que sirva de compensación económica que se produce para ella con la disolución de la sociedad conyugal, ha de examinarse si queda o no amparada en la exención contemplada en el art. 48.1.B) del T.R. del ITP 3050/1980.

El Texto del precitado artículo establece que “estarán exentas... 3. Las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales”. Y, aunque no sea directamente aplicable, merece tenerse en consideración lo dispuesto en el siguiente punto 4 que asimismo prescribe exentas “las entregas de dinero que constituyan el precio de los bienes o se verifiquen en pago de servicios personales, de créditos o indemnizaciones...”.

Al tiempo de interpretar este precepto no puede dejar de advertirse que desde la fecha de su promulgación en 1980 al año 2000, en el que debe resolverse la cuestión controvertida acerca de su ámbito de aplicación a situaciones de extinción de la sociedad conyugal, hay una evolución de la estructura conyugal y familiar de mayor diversidad y amplitud, además de una clara evolución legislativa en torno al nacimiento, vida y extinción de la sociedad conyugal y derechos y deberes de quienes la componen. El propio TEARC en la resolución impugnada reconoce que “el hecho de no estar sometido el matrimonio al régimen legal de sociedad de gananciales es insuficiente para rechazar la aplicación de la mencionada exención, exigiendo no obstante la constitución de un patrimonio en común aportado a la sociedad conyugal que a su extinción habrá de liquidarse entre ambos. Entiende el TEARC y así lo manifiesta en su tercer considerando que en el ámbito de la exención del art. 48.1.B) 3 antes transcrita se contienen tres supuestos diferentes: a) las aportaciones de los cónyuges a la sociedad conyugal; b) las adjudicaciones efectuadas a los cónyuges en pago de dichas aportaciones al disolverse la sociedad; y c) las transmisiones a los cónyuges en pago de su haber en los bienes gananciales.

Se conviene enteramente —señala el TSJ de Cataluña— con este planteamiento previo efectuado por el TEARC, si bien no con la conclusión que se extrae, por entender que en un matrimonio sometido al régimen de separación de bienes no existen aportaciones a la sociedad conyugal, dado que cada miembro tiene el dominio, la administración y el disfrute de sus propios bienes, punto de partida ideológica y legislativamente superado, como más adelante se expone. Ciertamente los bienes en este régimen guardan una titularidad individual y separada, de modo que no se integran ni quedan adscritos en ningún momento a la sociedad conyugal; sin

embargo, el dato determinante a efectos de tributación o exención en el ITP no es la titularidad separada del bien en su mitad, sino su imposibilidad de disposición y disfrute independiente en el caso de que la sociedad conyugal se disuelva si el bien es indivisible y se posee en proindiviso, y sobre todo el dato determinante de que al liquidarse se adjudica a uno de sus miembros en compensación de sus aportaciones anteriores constante convivencia.

La extinción de la sociedad conyugal lleva consigo de modo imprescindible la separación total y absoluta de los bienes pertenecientes a los cónyuges en proindiviso, por constituir y formar parte de una sociedad conyugal al margen del régimen económico que se aplique, separación de bienes que lleva aparejada una mayor libertad de disposición, o gananciales con unión en su titularidad y facultades de disposición. Sin duda, en la comunidad de bienes que surge de la aplicación del régimen de gananciales, será preciso a la extinción de la sociedad conyugal especificar y dividir todos los bienes de titularidad y posesión común y en proindiviso. No obstante, ello no significa que en la sociedad conyugal en régimen de separación de bienes no sea necesaria la práctica de una liquidación de los bienes en proindiviso adjudicando a uno u otro cónyuge el bien con la correspondiente compensación económica con otros bienes del patrimonio de quien lo recibe, o bien una liquidación en la que sea necesaria la adjudicación de algún bien perteneciente únicamente a uno de los miembros pero en compensación económica al otro por sus aportaciones a la sociedad conyugal, no en bienes, pero sí en dedicación —como trabajo en el hogar o en la familia compensable económicamente—. Si al liquidar los bienes proindiviso no existiera ningún tipo de compensación, la porción adjudicada a la esposa podría calificarse como una transmisión de la parte del bien en proindiviso que hasta ese momento pertenecía al esposo, pero no sucede así, ya que ella en la liquidación no lo adquiere sin derecho pre-

vio, sino que por el contrario lo recibe como compensación de sus aportaciones a la sociedad conyugal en tanto existió, que han generado la situación de desequilibrio a que se refiere la pensión compensatoria, declarada por sentencia judicial que aprueba el convenio regulador. Por tanto, la adjudicación de esa porción del bien en proindiviso por el esposo lo es en compensación a sus aportaciones a la sociedad conyugal, materializadas al momento de su extinción y con este exclusivo y directo motivo, razón por la cual se considera el supuesto incluido en el concepto de “adjudicaciones efectuadas a los cónyuges en pago de sus aportaciones al disolverse el de la sociedad” y, por tanto, en el ámbito de la exención.

Resulta extraño a las relaciones entre los miembros de una sociedad conyugal y altamente gravoso pensar que si un cónyuge genera derechos económicos a su favor por sus aportaciones en trabajo o servicio a las cargas a levantar constante convivencia, la justa compensación que se satisface y liquida económicamente por el miembro favorecido con cargo al patrimonio proindiviso al momento de la separación, venga gravada como si de la adquisición del bien de un tercero en el mercado inmobiliario se tratase. La esencia de la convivencia continuada exige la puesta en común de bienes y la realización de economías de escala al compartir medios y esfuerzos. El trabajo en el hogar o la dedicación a la familia son realidades de valor positivo y estimable como expresión de la contribución a la sociedad conyugal que, al desaparecer éste, han de compensarse.

Resulta correcto, por tanto, interpretar en términos fiscales tanto las económicas como el trabajo personal y la dedicación a la familia, que configuran modos y maneras de subvenir a las cargas de la sociedad conyugal, aunque su traducción económica se fije con mucha posterioridad y sólo en caso de extinción de la sociedad, como ocurre en el presente supuesto. Incluso la evolución legislativa, eco de las demandas de la sociedad actual, contempla ya la compensación eco-

nómica que merecen aportaciones a las cargas que comporta la convivencia en pareja (el matrimonio). En este sentido, el art. 1438 del Código Civil en su último inciso establece que “el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, en defecto de acuerdo, a la extinción del régimen de separación”. Y en este mismo sentido el Código de Familia catalán, que en la Llei 8/1993, vigente al momento de los hechos, establecía en su art. 23 que “el cónyuge que, sin retribución o con una retribución insuficiente, se haya dedicado al hogar o haya trabajado para el otro cónyuge, tendrá derecho a recibir del mismo, cuando se extinga el régimen por separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio, una compensación económica, si por razón de

dicho defecto retributivo se ha generado una situación de desigualdad entre su patrimonio y el del otro cónyuge... La compensación podrá satisfacerse en dinero o en bienes del patrimonio del cónyuge que deba pagarla, según él mismo desee y en plazos que no excedan los tres años”.

Sin duda la generación legal de ese derecho a la compensación durante su permanencia en la sociedad conyugal, ha de tener un trato fiscal acorde con su esencia, que no es sino contemplarla como recepción de una aportación previa, es decir, adjudicación en pago de su aportación al momento de disolverse la sociedad, tal y como se interpreta el T.R. por este Tribunal, entendiendo en consecuencia incluida en el ámbito de la exención propuesta por la actora (vid. sentencias de la Sala 28-6-1996 y 1-7-1996).

2. *A pesar de que figure como titular de una cuenta bancaria o de unas acciones uno sólo de los cónyuges, dado que el matrimonio se rige por el régimen de gananciales, al efectuar la declaración del IRPF cada cónyuge puede incluir en su declaración el 50% de dichos rendimientos.*

TSJ de Extremadura, Sentencia de 25 de octubre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Isaac Merino Jara.

ANÁLISIS DEL CASO

- En junio del año 1994 don José presentó declaración individual por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 1993, que dio como resultado una cantidad a ingresar de 714.492 pesetas. Consta en dicha declaración que el régimen económico del matrimonio era el de gananciales.
- El 29 de marzo de 1995 se le efectuó un requerimiento para que aportara documentación relativa a esa declaración de IRPF; el siguiente 15 de septiembre se le notificó propuesta de liquidación provisional, al tiempo que se le concedían 10 días para formular alegaciones, y, finalmente, el 13 de junio de 1996 se dictó la liquidación provisional según la cual se le reclama la cantidad de 475.019 pesetas (389.939 en concepto de cuota y 85.080 en

concepto de intereses de demora). La base de dicha resolución está en el aumento de la base imponible como resultado de la modificación del importe de los rendimientos netos de capital mobiliario que han pasado a situarse en la cantidad de 6.206.320 pesetas, al imputarle al esposo la totalidad de los rendimientos de capital mobiliario correspondiente a diversas acciones y a cuentas bancarias que estaban solo a su nombre.

- D. José interpuso recurso de reposición contra dicha liquidación provisional que fue desestimado por resolución de 2 de septiembre de 1996.
- D. José interpuso reclamación económico-administrativa que fue desestimada por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Extremadura por resolución de 31 de marzo de 1997.
- D. José interpuso recurso ante el TSJ de Extremadura que fue estimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La discrepancia se limita, exclusivamente, al modo en que la administración y el contribuyente imputan los rendimientos de capital mobiliario obtenidos por el matrimonio formado por el actor y D.^a Julia.

Cada uno de los cónyuges presentó su propia declaración y se imputaron al 50 por 100 la totalidad de los rendimientos de capital mobiliario obtenidos por el matrimonio. La administración modificó esa imputación acudiendo a los datos obrantes en sus archivos informáticos, procediendo del modo siguiente: si en los datos facilitados por terceros consta como único perceptor de los rendimientos uno de los cónyuges, a él se le ha imputado exclusivamente el rendimiento, si ambos aparecen como perceptores, los rendimientos se han imputado por mitad.

Don José impugna este proceder, puesto que, sostiene, todos los rendimientos de capital mobiliario provienen de bienes de carácter ganancial. En ese sentido, consta en autos, por un lado, copia del Libro de Familia en el que figura la fecha de celebración del matrimonio, el 31 de mayo de 1951, y, asimismo, la indicación de que los cónyuges no otorgaron capitulaciones matrimoniales, y, por otro, fotocopia debidamente compulsada del acta literal de dicho matrimonio.

Sostiene que el régimen económico de su matrimonio es el de gananciales, puesto que ni en el momento de su celebración ni con posterioridad a esa fecha ha procedido a otorgar capitulaciones matrimoniales. Si se hubiera producido una modificación del régimen del matrimonio, debería estar inscrito en el Registro Civil, y, en ese caso, tal como se desprende de la legislación aplicable (Ley de 8 de junio de 1957 y Decreto de 14 de noviembre de 1958) debería aparecer la correspondiente indicación en el acta literal del matrimonio, y, no es así, señal evidente de que, como señala el actor, no ha otorgado capitulaciones matrimoniales. Y, al no hacerlo, tanto en el momento en que se celebró el matrimonio, año 1951, como en el ejercicio al que se refiere el presente recurso, año 1993, su régimen es el de gananciales, puesto que la reforma del Código Civil, llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981, conserva la sociedad de gananciales como régimen legal supletorio del derecho común. Aunque el régimen económico del patrimonio sea el de gananciales, no por eso todos los bienes son gananciales, también pueden existir bienes privativos, y ello es muy importante a los presentes efectos, dado que existen divergencias entre lo que dis-

pone la ley civil y lo que prevé la ley tributaria con respecto a las rentas derivadas de unos y otros, puesto que la última dispone que cuando el bien sea privativo el rendimiento se atribuirá al cónyuge que sea su titular y cuando sea ganancial se atribuirá a ambos cónyuges.

Por consiguiente, la controversia gira en torno al carácter ganancial o privativo de los bienes desde el punto de vista civil, que no al carácter ganancial o privativo desde el punto de vista civil de los rendimientos generados por dichos bienes, ya que mientras lo primero sí nos es útil, a los presentes efectos, lo segundo no lo es, ya que la solución tributaria se aparta de la solución civil.

El artículo 33 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, establece que “los rendimientos del capital se considerarán obtenidos por los sujetos pasivos que, según lo previsto en el artículo 7 de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, sean titulares de los elementos patrimoniales, bienes o derechos, de que provengan dichos rendimientos”. Este último artículo, por su parte, dispone en sus cuatro primeros párrafos, que “los bienes y derechos se atribuirán a los sujetos pasivos según las normas sobre titularidad jurídica aplicables en cada caso y en función de las pruebas aportadas por aquéllas o de las descubiertas por la Administración. En su caso, serán de aplicación las normas sobre titularidad jurídica de los bienes y derechos contenidas en las disposiciones reguladoras del régimen económico del matrimonio, así como en los preceptos de la legislación civil aplicables en cada caso a las relaciones patrimoniales entre los miembros de la familia. La titularidad de los bienes y derechos que, conforme a las disposiciones o pactos reguladores del correspondiente régimen económico matrimonial sean comunes a ambos cónyuges, se atribuirán por mitad a cada uno de ellos, salvo que se justifique otra cuota de participación. Cuando no resulte debidamente acreditada la titularidad de los bienes o derechos, la

Administración tendrá derecho a considerar como titular a quien figure como tal en un registro fiscal u otros de carácter público”.

Está acreditado que el régimen económico del matrimonio es el de gananciales, y, por tanto, el actor invoca, en primer lugar, lo dispuesto en el artículo 1361 del Código Civil, en cuya virtud “se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer”, y, en segundo lugar, aporta los certificados de suscripción de los títulos valores depositados en el Banco Central Hispano, para demostrar que todas las acciones se han adquirido después de su matrimonio. La administración, se ha limitado a consultar los datos sobre los rendimientos abonados y la retenciones practicadas al actor, partiendo de la información facilitada por los pagadores de los rendimientos, pero en ningún momento ha intentado acreditar que las acciones se han adquirido con dinero privativo, ni tampoco que el saldo de las cuentas es privativo. El contribuyente ha imputado al 50 por 100 las rentas derivadas de cuentas bancarias y de acciones en las que ambos cónyuges aparecen como titulares, y en cambio, ha imputado el 100 por 100 al actor cuando aparece como único titular.

Ese proceder, señala el TSJ, no es correcto, como ya se ha dicho; para actuar de esa forma previamente tendría que haber acreditado que es esa la manera en la que está distribuido el patrimonio entre los cónyuges, cosa que no se ha hecho, y, ello le perjudica, dado que, en última instancia, el actor está amparado por la presunción de ganancialidad de los bienes. A la demandada le correspondía destruirla, y, no lo ha conseguido. La presunción de ganancialidad no se destruye por el mero hecho de que el actor aparezca nominalmente como único titular de determinadas cuentas bancarias y de determinado número de acciones el actor. Por consiguiente, teniendo en cuenta que no hay constancia alguna de que ni las acciones de las sociedades de la que provienen los dividendos ni los

saldos de los que provienen los intereses no posean el carácter de bienes gananciales, hemos de concluir que se da el presupuesto al que la Ley del IRPF supedita que dichos rendimientos pueden imputarse por mitad a ca-

da uno de los cónyuges, ya que proceden de bienes cuya titularidad corresponde a ambos, y, por tanto, el recurso ha de ser estimado, debiendo anularse la liquidación girada por la administración.

III. SANCIONES

1. *Sanción impuesta por el Consejo de Colegios de la Comunidad de Madrid a una letrada por haber aportado en el procedimiento de divorcio documentos recibidos del letrado de la parte contraria durante las negociaciones previas a la interposición de la demanda contenciosa.*

TSJ de Madrid, Sec. 8.^a, Sentencia de 8 de junio de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Collado García-Lajara.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don J. elevó a la comisión deontológica del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid una queja contra la Letrada de la parte contraria, en relación con una determinada actuación de aquélla en un procedimiento de divorcio, pues había aportado una serie de documentos recibidos del Letrado del denunciante durante las negociaciones precedentes a la actuación judicial contenciosa.
- Incoada información previa por la Comisión deontológica profesional se acordó la apertura de expediente disciplinario contra la actora, el 6-3-1996, nombrándose Instructor y Secretario.
- El 2 de abril de 1996 se formuló el correspondiente pliego de cargos, en relación a que “entre la documentación aportada con la demanda de divorcio por la actora, incluyó varias cartas que, durante la fase de negociación previa, le había remitido con carácter confidencial la abogada de la parte contraria; lo que se considera podría vulnerar el art. 46.c), en relación con el art. 55 y 41.1.º del Estatuto general de la Abogacía y ser constitutivo de una falta grave del art. 114.c) del mismo Estatuto...”.
- La letrada denunciada presentó un escrito de alegaciones; formulándose Propuesta de Resolución el 26-7-1996, en el que se consideraron hechos probados los expuestos en el Pliego de cargos, derivados “de los documen-

tos obrantes al expediente y de las propias manifestaciones de la Letrada”; al que contestó la actora.

- La Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, del 7.11.96, acordó imponer la sanción de apercibimiento por escrito en atención al art. 116.3.º a) del Estatuto general de la Abogacía, por vulneración de los arts. 46.c) en relación con los arts. 55 y 41.1.º del referido Estatuto, calificando los hechos probados como constitutivos de una falta leve, del art. 115.d) en relación con el art. 114.c) del mismo Texto.
- Contra el Acuerdo anterior, la letrada presentó un recurso ordinario ante el Consejo General de la Abogacía, que se resolvió por el Consejo General de colegios de Abogados de la C.A. de Madrid (actuando por delegación, según Acuerdo de la Asamblea de Decanos del Consejo General de la Abogacía del 13-12-1996), en sentido desestimatorio, el 7 de julio de 1997.
- La letrada interpuso recurso ante el TSJ de Madrid que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La base jurídica en virtud de la cual la Administración colegial al actor le ha impuesto la sanción es el art. 46.c) del Estatuto general de la Abogacía, que establece que son deberes del Abogado “guardar respecto a los compañeros de profesión, las obligaciones que se deriven del espíritu de hermandad que entre ellos debe existir, evitando competencias ilícitas y cumpliendo los deberes corporativos”.

El art. 4.1.º del mismo añade que “el Abogado tiene el deber y el derecho de guardar secreto profesional”. Asimismo, el art. 55 exige que “son obligaciones del Abogado para con la parte contraria la abstención de cualquier acto u omisión que determine una lesión injusta y el trato considerado y cortés en cada caso”.

Además, el art. 42 del Estatuto dispone que el Abogado, “en cumplimiento de su misión, actuará con toda libertad e independencia, sin otras limitaciones que las impuestas por la ley y por las normas de la moral y deontológicas”. En este sentido, la Resolución impugnada se fundamenta, entre otros preceptos, en el art. 2.5.º del Código deontológico de la Abogacía española, a cuyo tenor

los abogados deben abstenerse de enviar a sus respectivos clientes las cartas originales, comunicaciones o notas que reciban del Abogado de la otra parte con motivo de cualquier asunto profesional, salvo expresa autorización de éste. Pero, también, el art. 2.2.º del mismo Código le impone “la obligación del secreto profesional” en el sentido de la “confidencialidad del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que se haya tenido noticia” por razón de su actuación profesional.

Finalmente, el art. 114.c) del citado Estatuto considera falta grave los actos de desconsideración manifiesta hacia los compañeros en el ejercicio de la actividad profesional”, aunque el art. 11.5.d) lo rebaja a falta leve, “por no tener entidad suficiente para ser considerado como grave”; y el art. 116.3.º impone, para este caso, la sanción de apercibiendo por escrito.

Por su parte, la jurisprudencia ha establecido una doctrina —respecto de las normas anteriores y en relación con el fondo del pleito— que se concreta en la siguiente:

a) Como ha reconocido el Tribunal Constitucional, sobre este punto, en reiterada jurisprudencia (así, en sentencias núm. 9/1992, de 11, de junio y núm. 4/1993, de 26 de abril, y en la anterior de 21 de diciembre de 1989), las normas deontológicas de la profesión aprobadas por los Colegios Profesionales, no son simples tratados de deberes morales y tales normas determinan las obligaciones de necesario cumplimiento para los colegiados, respondiendo de las potestades públicas que la ley delega en favor de dichos Colegios, de manera que las normas de deontología profesional constituyen el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias de los Colegios Profesionales y esta misma Sección y Sala del Tribunal Supremo, en sentencias de 16 de diciembre y 27 de diciembre de 1993, ha estimado que la tipificación por incumplimiento de las normas deontológicas y de las reglas éticas que gobiernan la actuación de los Abogados, constituye una predeterminación normativa con certeza suficiente para definir las conductas sancionables, sin que se advierta, desde este punto de vista, vulneración del precepto invocado, por lo que procede desestimar el motivo (STS, Secc. 6.ª, de 21.12.98).

b) Tipificación de las normas deontológicas: “Esta misma Sala y Sección, en sentencias de 16 de diciembre de 1993 y 27 de diciembre de 1993, ha estimado que la tipificación por incumplimiento de las normas deontológicas y las reglas éticas que gobiernan la actuación profesional de los Abogados, constituyen una predeterminación normativa con certeza suficiente para definir la conducta como sancionable, por lo que la definición estatutaria de la infracción contenida, permite predecir, con suficiente grado de seguridad, la conducta infractora y atenerse a la consiguiente responsabilidad prevista en la misma” (SSTS, Secc. 6.ª, de 25-2-1998 y 4-3-1998).

Como dice la STS (Sala 3.ª, Secc. 4.ª) de 29-1-1994, recogiendo una línea jurisprudencial consolidada, “tanto el TC (STC de

8-6-1981 y 3-10-1983, entre otras), como el TS (SSTS de 26.4. y 17-7-1982) han perfilado una doctrina en materia de derecho sancionador, de la que merece destacarse como líneas maestras las siguientes:

a) Ciertamente el art. 25 CE admite la existencia de una potestad sancionadora de la administración, aunque sometida a las cautelas que garantizan los derechos de los ciudadanos, que son verdaderos derechos subjetivos, y se condensan en último extremo en no sufrir sanciones sino en los casos legalmente prevenidos y de autoridades que legalmente puedan imponerlas.

b) En de derecho administrativo sancionador son de aplicación los principios generales del derecho penal, coincidentes sustancialmente con los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE en materia de procedimiento, y han de ser aplicables en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 CE.

c) Lógica consecuencia de todo ello es que la presunción de inocencia, proclamada en el párrafo 2.º de tal precepto, supone que la carga probatoria de los hechos en que consisten, y por otra parte, que el principio de tipicidad exige también para su aplicación la plena concordancia de los hechos imputados en las previsiones prácticas aplicables al caso”.

La jurisprudencia constitucional en el ámbito sancionador administrativo se concreta en los principios siguientes:

a) De legalidad, pues exige rango de ley ordinaria (SSTC 15/8; 25/1984 y 140/1986, entre otras) o de la tipificación de infracciones y sanciones; sin perjuicio de que una norma reglamentaria pueda realizar dicha tipificación, fundado en “razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas y en el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias (SSTC 42/1987 y 83/1990), que motivó la redac-

ción del vigente art. 129.3.º de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

b) De proporcionalidad o de “prohibición del exceso” en el ejercicio de la potestad sancionadora.

Además, la jurisprudencia del T.C. en materia de aplicación de las garantías constitucionales de orden procesal es la siguiente: Derecho a la defensa; Derecho a la prueba (SSTC 2/1987 y 212/1990); Derecho a la presunción de inocencia (SSTC 13/1982; 37/1985 y 42/1989), que exige, finalmente, que la imposición de una sanción a un administrado sólo se efectuará cuando en el expediente administrativo se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo, practicada con garantías para aquél, determinante de una infracción y sanción tipificadas legalmente (SSTC 31/1986 y 341/1993, entre otras).

La letrada recurrente fundamenta su pretensión en dos motivos de impugnación, de carácter formal: la nulidad absoluta del art. 62.1.º b) de la Ley 30/1992 y la nulidad relativa del art. 63 de la misma ley; y luego, parece que ataca también, “por lo que al fondo de la cuestión debatida respecta” (sic) el principio de legalidad.

Pues bien, en primer lugar, hay que decir —señala el TSJ— que no existe la nulidad radical o absoluta invocada por el actor, de que el acto impugnado se hubiera dictado por órgano manifiestamente incompetente, habida cuenta de lo siguiente:

— La nulidad absoluta es un vicio tal que debe ser evidente y notorio, de mucha entidad; amén de que se encuentre previsto en alguno de los supuestos legalmente regulados (art. 62 Ley 30/1992).

— Sin embargo, en nuestro caso, debe partirse del presupuesto siguiente: que el acto administrativo originario que se impugna es el Acuerdo de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Madrid que, evidentemente —y no lo discute el actor— es el órgano competente para sancionarle. Así, la única objeción que alega aquél afecta al ór-

gano colegial que dictó la Resolución agotadora de la vía administrativa, previa para acceder a la sede jurisdiccional. Pero, tampoco, en este punto puede sostenerse un vicio de nulidad radical porque, finalmente, el Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad de Madrid es el órgano competente para dictar el acto que agotó dicha vía, en atención al Acuerdo de delegación de competencias del 13.12.96 que se adoptó por la Asamblea de Decanos del Consejo general de la Abogacía; lo cual, conforme al art. 13.4.º de la Ley 30/1992, no ofrece vicio competencial alguno y supone que se haya dictado por el órgano que entiende el actor debió dictarlo.

Además, tras el Decreto autonómico 62/1999, de 6.5 que crea el citado Consejo general de Colegios de Abogados de la C.A. de Madrid, después de su constitución “podrá confirmar los actos adoptados por el órgano procedente y de igual denominación que hubiere venido funcionando hasta la fecha como órgano desconcentrado del Consejo general de la Abogacía española” (disposición transitoria 2.ª); por lo que el acto que se dice está viciado de incompetencia podría ser confirmado y convalidado perfectamente para eliminar la tesis del demandante; y/o por lo anterior, tampoco puede admitirse que se haya producido la nulidad relativa del art. 63 de la Ley 30/1992, no sólo porque no se prueba convenientemente por el demandante, sino porque no se desprende de todo lo actuado la existencia de una desviación de competencia poder sino todo lo contrario, los órganos colegiales indicados más arriba han actuado válidamente en el ejercicio estatutario de sus competencias.

La alegada violación del principio de legalidad tampoco se sostiene en sí misma. En efecto, conforme a la doctrina jurisprudencial invocada en los fundamentos jurídicos anteriores, resulta que la Administración colegial demandada ha actuado en consonancia con aquélla, en ejercicio de sus competencias sancionadoras, previstas y desarrolladas, por habilitación legal en el Estatuto

General de la Abogacía (SSTC 42/1987 y 83/1990), en uso de la colaboración del Reglamento con la ley, pues es constitucionalmente admisible que la ley (principio de legalidad) remita al Reglamento el desarrollo de las previsiones disciplinarias genéricas enunciadas por aquélla, con la necesaria cobertura legal material.

Por otra parte, hay que recordar, también, la doctrina jurisprudencial expuesta en el fundamento jurídico 4.º a través de las SSTC 9/1992, de 11 de junio y 4/1993, de 26 de abril, y en la anterior de 21 de diciembre de 1989, respecto del contenido y alcance de las normas deontológicas profesionales: de necesario cumplimiento para los colegiados, respondiendo de las potestades públicas que la ley delega en favor de dichos Colegios, de manera que las normas de deontología profesional constituyen el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias de los Colegios Profesionales.

Y asimismo, lo que dicen las SSTS de 16 de diciembre y 27 de diciembre de 1993, pues las normas deontológicas y de las reglas éticas que gobiernan la actuación de los Abogados, constituye una predeterminación normativa con certeza suficiente para definir las conductas sancionables, sin que se advierta, desde este punto de vista, vulneración del precepto invocado, por lo que procede desestimar el motivo” (STS, Secc. 6.ª de 21 de diciembre de 1998).

Y, por último, lo que expresan las SSTS, de 25 de febrero de 1998 y 4 de marzo de 1998 en orden a la tipificación de las normas deontológicas; todo lo cual conduce, definitiva e inexorablemente, a que no sólo no ha existido violación del citado principio de legalidad, sino que la Administración demandada ha tipificado correctamente los hechos declarados probados y los ha sancionado convenientemente en base a la cobertura legal y estatutaria que lo permite.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. *Para que concurra la causa de separación de una conducta vejatoria o injuriosa no es preciso que se den circunstancias objetivables, sino que quede acreditado que ha surgido una situación de temor ante el cumplimiento de veladas amenazas, que por su reiteración en el tiempo hayan producido una exclusión del afecto conyugal necesario para la convivencia matrimonial.*

AP Tenerife, Sec. 3.ª, Sentencia de 23 de diciembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. José Antonio González González.

Como ya el propio juez de la instancia razonó en el auto por el que desestimó la adopción de la medida cautelar, la prueba de los malos tratos ocurridos dentro del seno familiar no es fácil, especialmente si no existen denuncias y condenas penales. Sin embargo, y precisamente por las dificultades que presenta tal prueba, y en especial cuando la esposa no se decide a acudir a la policía, habrá que estar a lo que se desprenda del conjunto de la prueba practicada en los autos, y aquí consta el testimonio de un hijo del matrimonio, así como también que la actora ha acudido a los servicios sociales

del S.C.S. en demanda de atención social para su problema familiar, todo lo cual se estima suficiente para dar por acreditada la causa de separación esgrimida en el art. 82.1 CC. pues para la existencia de una conducta vejatoria o injuriosa no es preciso que se den circunstancias objetivables, sino que quede acreditado que ha surgido una situación de temor ante el cumplimiento de veladas amenazas, que por su reiteración en el tiempo hayan producido una exclusión del afecto conyugal necesario para la convivencia matrimonial.

2. *Aplicación de la legislación sustantiva española al procedimiento de divorcio de dos iraníes residentes en España, con exclusión de la ley nacional común al ser contraria al principio constitucional de igualdad.*

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 28 de septiembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

La dirección Letrada de la parte apelante, en el acto de la vista del recurso, adujo que debe ser aplicada al caso la legislación sustantiva española, pues los cónyuges litigantes, aun de nacionalidad común iraní, residen en nuestro país desde hace más de diez años. En consecuencia, y conforme a lo prevenido en el Código Civil, se debe conceder el divorcio a tenor de lo suplicado en la demanda. En el escrito evacuando el traslado de las diligencias acordadas para mejor proveer, se esgrimió que la legislación iraní es contraria al orden público, por lo que debe ser aplicada la española. Con carácter subsidiario, y para el supuesto en que la Sala entendiera que es de aplicación la ley nacional común de los cónyuges, se solicitó, junto con el divorcio, la manutención de la apelante por el esposo, la entrega a la misma de la mitad de la riqueza acumulada durante el matrimonio, rigiéndose las medidas afectantes al hijo de ambos por lo acordado en el auto de 23 de enero de 1998.

Siendo competentes los órganos judiciales españoles para conocer de la litis de divorcio hoy sometida a la consideración de la Sala, pues ambos cónyuges, aun de nacionalidad iraní, tienen su residencia habitual en nuestro país, lo que determina la proyección al caso de lo prevenido en el artículo 22.3.^º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y habiendo de acomodarse la tramitación de aquélla a lo establecido en las Leyes procesales españolas (artículo 8.^º 2 del Código Civil) surge la problemática de si las pretensiones articuladas han de ser analizadas y

resueltas a la luz de la Ley sustantiva nacional común de los litigantes o, por el contrario y como sostiene la apelante, conforme al Código Civil español.

Tal cuestión tiene su respuesta en las normas de conflicto contenidas en este último texto legal, y en concreto en su artículo 9.^º que, con carácter general, previene que la Ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad, que regirá su capacidad y estado civil, entre otros aspectos. En lo que concierne específicamente a la separación y el divorcio, dicho precepto remite al 107, conforme al cual regirá la Ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda. Sin embargo el artículo 12.3 del mismo texto legal previene, con carácter general, que en ningún caso tendrá aplicación la Ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.

Bajo tales condicionantes, y dado que ambos cónyuges ostentan la nacionalidad iraní, se imponía, en principio, en el caso la resolución del divorcio solicitado por la actora conforme a la legalidad sustantiva de su país de origen, incumbiendo a las partes la acreditación de su contenido y vigencia, conforme a lo que dispone el artículo 12.6 del Código Civil. Y en tal sentido procedió el órgano «a quo», cuando, mediante providencia de 26 de junio de 1998, requirió a las partes para que aportaran a las actuaciones su Ley nacional, lo que fue reiterado por la de 23 de septiembre del mismo año. Ante tal requerimiento, por la representación de la

demandante se presentó, en 9 de octubre, escrito en el que manifestaba no haber podido obtener la documentación requerida, a pesar de haberlo intentado en el Colegio de Abogados y en la propia Embajada de Irán. Ello acaba por condicionar la sentencia hoy apelada, que deniega el divorcio interesado por la actora, al ignorarse el contenido de la legislación en principio aplicable, lo que, a mayor abundamiento, excluía la posible aplicación subsidiaria del Código Civil patrio, por no poderse afirmar que aquélla fuese contraria al orden público.

Llegados a este punto, debe recordarse que, aunque el artículo 12.6 del citado Código establece, como antes se dijo, que quien «invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la Ley española», el propio precepto citado añade, a continuación, que para la aplicación de ese derecho «el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas». Al respecto, el Tribunal Constitucional, en base al artículo 24 de nuestra Carta Magna, habla de «la obligación del órgano judicial de prestar a las partes en el proceso judicial de que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos, en particular cuando la aplicación del derecho extranjero resulta debida por imposición del propio ordenamiento jurídico español», para añadir que «la acreditación del derecho extranjero y la intervención del órgano judicial en su prueba puede trascender de la mera valoración de la prueba de un hecho alegado por la parte en apoyo de sus pretensiones...» (STC de 17 de enero de 2000).

El Tribunal Supremo, por su parte, proclama que «si el Juzgador, con la aportación de las partes no se considera suficientemente ilustrado, debe y puede actuar de oficio e investigar la norma aplicable» (Sentencia de 3 de marzo de 1997).

Ello ha conllevado la actividad investigadora de oficio desarrollada por esta Sala, con superación del discutible formalismo

(por estricta sujeción al inciso inicial del párrafo segundo del número 6 del artículo 12 del Código Civil, con ignorancia de lo prevenido en el inciso final) al que se acomodó la final resolución del órgano «a quo», ante la no aportación por las partes de la legislación nacional que, en principio, debía informar la resolución de fondo de la problemática suscitada.

Obrante ya en poder del Tribunal la referida legislación, lo que excluye la desestimación, por motivos meramente formales, de la pretensión disolutoria del vínculo conyugal deducida en la litis, surge la problemática, planteada además por la apelante de su posible confrontación con el orden público interno, lo que, en su caso, habría de determinar su exclusión, con proyección al supuesto analizado de la legalidad sustantiva española, de conformidad con lo prevenido en el artículo 12.3, en relación con el 107 del repetido Código.

Declara el Tribunal Constitucional, en sentencia de 15 de abril de 1986, que el concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978, pues aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la misma garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución.

Dicha doctrina es perfectamente transposable a las hipótesis, cual la examinada, en que ha de aplicarse en la resolución de la cuestión litigiosa, la legislación de otro país que, en consecuencia, puede y debe ser excluida si confronta con los principios básicos consagrados en nuestra Constitución. La

misma, en su artículo 14, proclama el principio de igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de sexo, entre otras circunstancias. La legalidad iraní en materia de divorcio viene a establecer unas normas que vulneran, en perjuicio de la mujer casada, el irrenunciable, a tenor de nuestra legalidad, principio de igualdad. Así, conforme a aquélla, el esposo ostenta el derecho absoluto a rescindir el contrato matrimonial unilateralmente, sin aportar motivo alguno para el divorcio. En cambio la mujer no puede obtener el divorcio sin el consentimiento del esposo, a menos que recabe la misma la intervención del Juzgado. Es cierto que las reformas introducidas en la Ley de Protección de la Familia en Irán exigen preceptivamente la incorporación al contrato matrimonial de unas estipulaciones por las que se conceda a la mujer el derecho a divorciarse.

Y así acaece en el supuesto hoy analizado, en el que el contrato matrimonial suscrito por los esposos litigantes, contenía el poder irrevocable del esposo a favor de la esposa para que, en determinados supuestos que enumeraba, pudiera acudir al Juzgado y obtener la autorización requerida para divorciarse, y entre los cuales se contemplaba el abandono por el esposo de la vida matrimonial, en el que podría tener cierto encaje la relación fáctica que sirve de sustento al escrito rector del procedimiento.

Con ello, sin embargo, no acaba por superarse la inadmisibile discriminación en perjuicio de la mujer, que llega a su culminación, en la referida legalidad, cuando se consagra el derecho del esposo para revocar el divorcio y continuar el matrimonio sin celebrar nuevo contrato matrimonial, no precisando al respecto el consentimiento de la esposa, a la que se deniega todo derecho a tal revocación.

Todo lo cual, como se ha anticipado, aboca necesariamente a excluir la proyección al caso de la legislación sustantiva en principio aplicable, debiendo darse respuesta judicial

al mismo a tenor de la legislación de nuestro país en los términos habilitados, analógicamente, por el artículo 107 del Código Civil, al tener ambos cónyuges su residencia habitual en España.

Partiendo de tales condicionantes legales, y entrando ya en el análisis de la situación fáctica sometida a la consideración del Tribunal, el contexto de actuaciones que al mismo han sido elevadas pone de manifiesto, en cuanto debidamente acreditado, que la vida en común de los esposos litigantes quedó definitivamente rota a partir del mes de julio de 1995, lo que fue consentido libremente por ambos, ya que, en fecha 24 de agosto de dicho año, suscribieron ante el Imán de la Mezquita del Centro Cultural Islámico de Madrid, una declaración de divorcio (vid. documento obrante al folio 90 de los autos).

Tal manifestación de voluntad, que pudo tener sus consecuencias en el ámbito estrictamente religioso, no ha alcanzado, por el contrario, ninguna repercusión disolutoria del vínculo en el entorno jurídico civil, en el que la unión nupcial ha seguido manteniendo vigencia formal; por ello no existe obstáculo legal alguno, como el que al efecto articulaba el demandado, para entrar en el análisis y resolución de la problemática disolutoria planteada de contrario, constituyendo aquel acuerdo religioso un mero instrumento probatorio, en cuanto demostrativo de la ruptura convivencial, con base en el libre consenso de las partes.

Y no constando que aquellos hayan reanudado su cohabitación, la situación analizada entra de lleno en las previsiones de los artículos 85 y 86, causa 3.^a a), de nuestro Código Civil, que eran invocadas por la demandante en apoyo de su pretensión, y que cobran plena aplicabilidad al ser rechazable, por motivos de orden público, la legalidad sustantiva correspondiente a la común nacionalidad de los esposos. Procede, en consecuencia, el acogimiento del primero de los motivos del recurso.

3. *Desestimación de la demanda de nulidad matrimonial al estar fundada la misma únicamente en presunciones, que la Audiencia Provincial considera que no son unívocas ni expresivas de una conducta dolosa de la demandada.*

AP Valencia, Sec. 6.ª, Sentencia de 28 de septiembre de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ana Pérez Tórtola.

D. Salvador formula demanda de nulidad matrimonial frente a D.ª M.ª Isabel. Se relata que la demandada no tuvo nunca intención de cumplir con las obligaciones que el único motivo del matrimonio para la demanda fue aprovecharse económicamente del actor —el actor simuló una venta de un inmueble a la demandada poco antes de contraer matrimonio, poniéndolo a su nombre..., cuestión que estaría “sub judice”— y se explica cómo se produjo la corta relación conyugal entre las partes —unos seis meses de convivencia: niega que en la demandada concurriera consentimiento matrimonial aduciendo dolo y reserva mental— y dolo entendido como engaño dirigido a viciar la voluntad del actor (citándose, entre otros, los arts. 45, 66, 67 y 68 y 73.1 y 73.4 del Código Civil).

En su escrito de contestación (folio 43 y siguientes) la demandada se opone negando el planteamiento del actor y señalando que la demanda responde a un intento de evitar ciertas consecuencias económicas que se derivarían caso de acudir al proceso de separación o divorcio, al margen de insistir que se casó con el actor “por amor”, que no le guiaba móvil económico alguno, y que lo que hubo fue un fracaso matrimonial —al margen de aludir a determinadas propuestas de relación con terceros.

En el acto de la vista por el Letrado del apelante se adujo, en síntesis, que el fundamento de la pretensión de nulidad del matri-

monio se planteaba por “ausencia del consentimiento-simulación” al amparo del art. 73.1.ª y por la vía de “error” en la prestación inducido en el actor por la conducta dolosa de la demandada al socaire del núm. 4 del mismo precepto del Código Civil; que la prueba no es directa, como es lo habitual en estos casos por lo que había que acudir a indicios y/o a presunciones: la celebración del matrimonio y su duración y la imposibilidad de tener hijos —por naturaleza, se querría decir—; la edad de ambos —66 años el actor, 52, la señora— lo que se adujo significaba que eran personas con un proyecto vital prácticamente realizado; el desequilibrio económico entre ambos cónyuges y la disposición patrimonial realizada a favor de la demandada antes del matrimonio; una determinada expresión de la demandada el día de la boda... constituirían apreciados en su conjunto elementos de juicio que conducirían a señalar que lo propio de este concreto matrimonio sería la asunción de los derechos y obligaciones que regulan los arts. 66 a 68 del Código Civil, siendo pues la falta de asunción de esas obligaciones en el momento de su celebración por parte de la demandada constitutiva de una reserva mental invalidante, simulación total y dolo, que fundaría la petición de nulidad. Se examinará a continuación, de un lado, la prueba y las alegaciones de las partes a efectos de decidir en primer término si concurren los presupuestos que se invocan como fundamento

de las causas de nulidad matrimonial invocada, y, de otro lado, aun suponiendo que concurrieran, en qué medida podrían incidirse en las causas de nulidad alegadas.

Pues bien, en cuanto al primero de los aspectos enunciados, dejando de lado el alcance y valoración atribuidos por la Dirección Letrada a determinados “indicios” y a algunos elementos de juicio de los señalados y otros que se omiten por seguir una exposición que se pretende sintética, alcance y valoración que constituyen, por lo menos, juicios de valor que se mueven en el campo de lo discutible en nuestra cultura, se anticipa que en lo sustancial se comparte lo valorado y resuelto en la sentencia apelada, que se da, pues, por reproducido, a fin de evitar innecesarias reiteraciones. El punto de partida que se toma es la prueba, y, al margen de lo dicho, lo que se denominan indicios o bien no resultan unívocos en cuanto a su significado o bien directamente no se estima que puedan ser significativos de la reserva mental, ni expresivos, tampoco, de una conducta dolosa de la demandada preordenada de forma exclusiva a obtener las “ventajas económicas” de la situación matrimonial —frente a la motivación del actor, que iría dirigida, según se alega, por la intención de obtener la asistencia y la ayuda de la otra persona de cara asimismo a la vejez— ni constitutiva de una maquinación engañosa. Ello se estima suficiente para entender que no hay prueba suficiente de los “hechos” que se aducen. Además, y en el segundo aspecto de la cuestión, esos hechos o indicios que se alegan habrían de ser examinados desde la perspectiva de la función que cumple la nulidad matrimonial, que implica que el matrimonio no se ha formado válidamente de origen aunque exista la apariencia de unión conyugal, lo que es radicalmente distinto del régimen de causas de divorcio —que presupone la validez del matrimonio— o de separación —que tiende a una suspensión de determinados efectos, pero que asimismo presupone su validez—.

En cuanto a la primera de las causas de nulidad aducidas, conviene aclarar que la

STS de 26 de noviembre de 1986 alegada en la vista por el Letrado del apelante en relación con la causa 1.^a del art. 73 —matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial—, en coherencia con lo señalado en el art. 45 del Código Civil, hace alusión, en efecto, a una absoluta falta de concordancia entre la voluntad interna y la declarada pero en un contexto radicalmente distinto al que aquí se analiza: se trata no sólo de que se alegaba haber realizado una “comedia de matrimonio eclesiástico” sino que en realidad el matrimonio canónico había sido ya declarado nulo en la jurisdicción eclesiástica y lo que se ventilaba en la civil era la concesión de una indemnización por daño moral; no estamos tampoco ante lo que actualmente se llama “matrimonio de conveniencia” —a lo que se alude en la Jurisprudencia más reciente— cuyo encaje, además, en esta causa no parece exenta de dificultad; y en último término, habría que distinguir entre las condiciones en que se forma y plantea el consentimiento y los móviles que coadyuvan a contraerlo, aspectos a los que parece referirse una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de mayo de 1991 —aunque en el ámbito del “error”— que señala que las circunstancias económico-profesionales del marido y la ilegalidad de su residencia en España carecen de la relevancia exigida para constituir una causa de nulidad, a pesar de que ello era decisivo para la demandante y aspectos, por último, que mayormente pertenecen a la intimidad de las personas en los que no hay razón para que entre el Derecho, sobre todo en el marco de un Estado constitucionalmente laico cuyo estatuto en el capítulo de relaciones entre los cónyuges en lo personal se configura como un Derecho “de mínimos”, a lo que responde el texto constitucional, art. 32, y los arts. 66 a 68 del Código Civil. En relación con la causa 4.^a del art. 73 del Código Civil, se considera de interés traer a colación lo expuesto por esta misma Sala en la sentencia dictada en el rollo de apelación 534/1998, ante un supuesto de hecho que guarda analogía con el presente pues allí se

alegaba por la demandante que le había hecho creer “...el demandado que le iba a complementar en todo lo que necesitaba para ella y para su hijo”, cosa que no ocurrió en absoluto, cualidades necesarias para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del instituto matrimonial y que además habían sido buscadas “ex profeso” por el otro contrayente, cualidades y actitudes que no asumió el demandado en ningún momento según se expresa en la demanda, cualidades que en realidad no poseía. Pues bien, en la aludida sentencia se decía que “...una adecuada interpretación del precepto invocado por la apelante exige señalar que no cualquier error sobre las cualidades personales del otro contrayente es susceptible de ser considerado como una causa de nulidad puesto que además de tener una entidad cualificada —el Código Civil dice “por su entidad”— suficiente para haber determinado el consentimiento; a tal planteamiento responde la Jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando analiza el meritado precepto, por ejemplo en las sentencias de 11 de julio de 1987 y 19 de septiembre de 1989 —o en la de 20 de febrero de 1997—. En concreto, en la primera de las citadas se recuerda que las cualidades son aquellas que por su entidad hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento, “por lo que para apreciar si las antes meritadas circunstancias personales no se daban en el demandado y ello era ignorado por la actora, era necesario interpretar y valorar los hechos y conductas de ambos cónyuges sobre todo en el período de relaciones mantenidas por los esposos durante el noviazgo y que de un examen de dichos hechos y conductas tal como habían quedado acreditados en las actuaciones se llegaba a la conclusión de que las alegadas por la actora no eran hábiles para engendrar la causa de nulidad esgrimida en la demanda.” Por tanto, habrá que va-

lorar la entidad de aquellas cualidades que en el presente caso... parecen concretarse en que esperaba del demandado que se hiciera cargo tanto de sus necesidades como de las de su hijo menor, y determinar si ha habido prueba acerca de las mismas. En el caso enjuiciado, se carece del punto de partida necesario, es decir, de que puedan valorarse aquellas cualidades como de entidad suficiente para invalidar el consentimiento siendo la alusión al corto noviazgo previo expresivo de la frágil base que podía tener la demandante para verificar sus propios “motivos” para contraer matrimonio; ni se acredita, de otro lado, la no concurrencia de aquellas “cualidades” dados los ambiguos términos en que vienen planteados y por el carácter no esencial de cara a la prestación del consentimiento; cuestión distinta es que el incumplimiento de las obligaciones propias de los cónyuges, a que se hace referencia en los arts. 66 a 68 del Código Civil puedan justificar la pretensión de separación o divorcio. Pero es que además la prueba practicada no es suficiente siquiera para acreditar aquel planteamiento de la actora.

Tal planteamiento se estima aplicable al presente caso “mutatis mutandis”. Tanto en uno y otro caso no se aprecia el encaje legal invocado y por ello y, en consecuencia, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Salvador frente a la sentencia de fecha 15 de febrero de 2000 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alzira y confirmarla en todas sus partes y no realizar pronunciamiento acerca de las costas causadas en esta alzada, por aplicación de lo que suele constituir regla general en pleito de Derecho de Familia, de conformidad con la facultad que como excepción ampara establecido en el art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

II. GUARDA Y CUSTODIA

1. *Imposibilidad de atribuir la guarda y custodia compartida, ya que se trata de una medida excepcional que se concede exclusivamente cuando se dan unos determinados requisitos que no se reúnen en el presente caso, entre otros motivos, porque los padres viven en distintos países.*

AP Baleares, Sec. 5.^a, Sentencia de 28 de septiembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Mateo Ramón Homar.

El Juzgado de instancia otorgó la guarda y custodia de las menores a la madre, la patria potestad compartida y un derecho de visitas con previsión de dos posibilidades, residencia de la madre con las niñas en Mallorca, y residencia en Alemania, en este último supuesto el padre durante seis días de cada mes podrá recoger las niñas del domicilio materno en las cercanías de Kiel (Alemania) y trasladarse a Mallorca, debiendo abonarse los gastos de viaje a medias entre ambos cónyuges.

Dicha resolución es impugnada por ambos cónyuges. El demandante reitera el suplico de su demanda con guarda y custodia compartida, o subsidiariamente se acuerde la guardia y custodia exclusiva del padre, y en caso de residencia de los menores en Alemania, se acuerde un amplio régimen de visitas de cuatro meses de duración al año. La demandada solicita la modificación de la sentencia en cuanto al régimen de visitas que se reduzca a la mitad de vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano; y que los gastos de viaje sean satisfechos íntegramente por el padre. El Ministerio Fiscal, tras destacar la complejidad de la situación, se adhiere parcialmente al recurso de la actora solicitando la guarda y custodia

compartida debiendo la Sala fijar los períodos de la misma.

Por la Letrado del demandante se destacó que ambos progenitores se hallan capacitados para la guarda y custodia; que es mejor para las menores el residir en Mallorca, para tener cerca a sus padres, habiéndose trasladado la madre a Alemania sin causa que lo justifique y para provocar la ruptura de los lazos paterno filiales; que su representado ha tenido que solicitar un préstamo bancario para el pago de los gastos de viaje derivados de las medidas provisionales con incumplimiento de la obligación de la demandada al pago de la mitad de los mismos; que en el curso de las medidas cautelares se pone de relieve una actitud de la madre negativa y con ánimo de anular la presencia paterna; en el informe psico-social se aboga por la guarda y custodia compartida, y que la cantidad de 40.000 ptas. en cuanto a alimentos a la menor es excesiva atendidos los ingresos del actor, el coste de los viajes y los posibles ingresos de la madre, quien en confesión dijo tener unos ahorros superiores a los seis millones de ptas.

Por el Letrado de la demandada se resaltó que la madre está mucho más capacitada para la guarda y custodia que el padre, por la

corta edad, por las especiales atenciones que precisan las gemelas y por un más adecuado entorno familiar; la libertad de la demandada de fijar su domicilio, y rehacer su vida sentimental, sin que el actor se llevara a engaño cuando se juntó con una alemana; reputa inviable económicamente el régimen de visitas establecido en las medidas cautelares, aparte de contrario al interés de las menores con un continuo trasiego de residencia cada tres semanas; justifica el cambio de residencia por no encontrar trabajo en España; la suma de 12.500 ptas. al mes por niña es escasa, más cuando los gastos de viajes superan notablemente esa cifra; en las medidas cautelares se olvida que ambas menores se hallan en período preescolar; y que el derecho de visitas debe ajustarse a las vacaciones escolares y reducirse a la mitad de vacaciones de Navidad y Semana Santa y tres semanas en verano, sin que deba abonar su representada suma alguna por gastos de viaje.

Por el Ministerio Fiscal se solicita la guarda y custodia compartida, con residencia de ambos progenitores en Mallorca y así evitar los gastos elevados de los viajes.

Como datos fácticos relevantes cabe reseñar:

A) D. Juan, natural y vecino del Port de Pollença, trabaja como conserje en un hotel de la Cala de San Vicente durante seis meses al año (de mayo a octubre), percibiendo en alguno de los restantes meses subsidio de desempleo. Sus ingresos brutos en el año 1996 ascendieron a 2.057.945 ptas. B) D.^a Antje, de nacionalidad alemana, desde el año 1991 hasta el día 31 de octubre de 1996 con leves períodos de desempleo, trabajó como guía turística y «secretaría de relaciones» el Port de Pollença. Sus ingresos brutos en el año 1996 ascendieron a 2.152.700 ptas. Desde entonces no consta haya trabajado por cuenta ajena, con la finalidad declarada por la misma de cuidar adecuadamente a las hermanas gemelas, y ha percibido una ayuda económica cuya cuantía y Administración Pública concedente de Ale-

mania no consta. C) En fecha que no consta D. Juan y D.^a Antje iniciaron una convivencia “more uxorio” residiendo en un piso propiedad del primero en el Paseo Saralegui del Port de Pollença, que al menos duró varios años, naciendo las niñas Anna y Marta el día 14 de diciembre de 1996, y concluyendo tal relación en noviembre 1997 al trasladarse la madre y las niñas al domicilio de los padres de la primera cerca de Kiel (Alemania). D) Tras instar el padre la aplicación del Convenio de La Haya de Sustracción de Menores, y ser reconocida su petición por un Juzgado y Tribunal alemanes, la madre, al parecer en el verano de 1998 vuelve con las dos niñas a Mallorca, y tras diversas vicisitudes, fijó su residencia en el aludido piso del Paseo Saralegui, reanudándose las visitas del padre en favor de las hijas fijadas en aplicación de las medidas cautelares acordadas en este procedimiento, y abonando el padre los alimentos acordados en la suma de 25.000 ptas. al mes. E) Tras dictarse la sentencia recurrida, la madre, acogiéndose a una posibilidad prevista en las medidas cautelares acordadas en esta litis, en el mes de julio de 1999 traslada su residencia a Alemania junto con las dos menores. A partir del mes siguiente se inicia el derecho de visitas previsto en tales medidas de seis días al mes, y cada mes, previo aviso el padre se traslada al domicilio de la madre, recoge a las menores, las traslada a Mallorca y las devuelve, lo cual comporta gastos de 172.703 ptas. en agosto de 1999, 183.130 ptas. en septiembre, 172.673 ptas. en octubre, 109.274 en noviembre, 189.391 en diciembre, y cantidades similares en meses siguientes. Parece ser, aunque no conste en autos, que se ha producido una acumulación de días en los tres períodos vacacionales. La madre ha incumplido la obligación que le imponía el auto firme de medidas cautelares de abonar el importe de la mitad de los gastos de viaje. F) Desde enero del año 2000 las menores acuden a una guardería en el lugar de residencia de la madre.

Cuestión decisiva es determinar a cuál de los dos progenitores debe corresponder la

guardia y custodia de las dos menores, de suma trascendencia pues comportará su residencia en Mallorca o en Alemania, dado el hecho de que los dos progenitores no residen ni en el mismo lugar ni en el mismo país.

En el peritaje psicológico efectuado se concluye que ambos progenitores se hallan perfectamente capacitados para tal guarda y custodia, y que lo más beneficioso para los menores sería que ambas tuvieran contactos regulares con sus dos progenitores, de lo que se colige que ambos deben residir en la misma población o en localidades cercanas, y se pronuncian por la guarda y custodia compartida, sin especificar con concreción los períodos de estancia de las mismas con cada cónyuge, y debe nombrarse un mediador y efectuar un seguimiento. La perito no se pronuncia sobre cuál de los dos cónyuges se halla más capacitado o qué residencia es más conveniente en el supuesto de que la madre decidiera volver a Alemania.

No cabe duda de que el interés de las menores es el más digno de consideración y al que debe atenderse el Juzgador, pero no obstante tal concepto es muy relativo y debe matizarse en cada caso concreto. En el contexto de la compleja situación producida la Sala considera que el criterio derivado del dictamen sería el ideal, pero es utópico, y más dada la tirante relación entre los dos progenitores evidenciada en las múltiples vicisitudes habidas (sustracción, incidentes sobre interpretación en las medidas cautelares, etc.), y muy especialmente por el derecho de cada uno de los progenitores de fijar su residencia libremente en el territorio nacional (art. 19 de la CE), o de un país de la Unión Europea, en este caso el derecho de la madre de nacionalidad alemana y trabajadora en España, de volver a su país de residencia, si así lo desea y por el motivo que fuere. En cuanto a la guarda y custodia compartida esta Audiencia Provincial sigue un criterio muy restrictivo, y en alguna ocasión lo ha seguido fundado en un informe pericial psicossocial que la establecía como mejor solución en beneficio del menor en el supuesto

concreto, pero en todo caso, y aunque un informe así lo aconseje como primer requisito exige la proximidad en el domicilio de ambos progenitores, pero se reputa inviable (aunque en abstracto sería lo mejor para las menores) cuando el domicilio de ambos se halla en países distintos, aparte de no especificarse adecuadamente el período sugerido. Como principio general se considera contrario a los derechos antes reseñados el obligar a un ciudadano a residir en un lugar concreto por el hecho de tener hijos menores de edad. En este aspecto cabe examinar si el traslado de las hermanas gemelas desde su residencia habitual en Pollença a Alemania les ha resultado traumática, y de algún modo justifique en interés de las menores, y visto la imposibilidad de obligar a una persona a residir en un país distinto al que desea, el determinar la guarda y custodia en favor del progenitor que reside en el lugar habitual de residencia previo a la ruptura. En el caso que nos ocupa no consta dicha conclusión, y es fácilmente comprensible dada la edad de las menores, en la actualidad de 3 años, en la cual no suele presentar problemas el amoldarse a otro país, cuando las mismas ni siquiera estaban escolarizadas. Se ha especulado mucho en este procedimiento sobre si a la madre le es más fácil encontrar un trabajo remunerado en España, que al padre en la Ciudad de Kiel en Alemania, y aun cuando dicha premisa se considere acreditada, es irrelevante, pues tanto uno como otro progenitor tienen el derecho a fijar su residencia en cualquier lugar de la Unión Europea, y obviamente en su localidad de origen. Sobre el particular cabe reseñar que Alemania es un país que ha suscrito el Convenio de La Haya sobre sustracción de menores, y que en caso de un eventual incumplimiento por la madre de las medidas acordadas en el procedimiento, existen mecanismos adecuados para exigir su cumplimiento.

Al estar capacitados ambos padres para la guarda y custodia y no existir ya preferencia legal de la madre respecto al padre, la Sala comparte la argumentación del auto de

la Secc. 3.^a de esta Audiencia en el sentido de que desde que se produjo la crisis en la pareja las niñas han convivido siempre con la madre, bien cuidadas con un desarrollo excelente, quien desde antes de su nacimiento dejó de trabajar por cuenta ajena, de acuerdo con su entonces compañero, precisamente para dedicarse muy especialmente al cuidado de las gemelas.

En consecuencia cabe confirmar la atribución de la guarda y custodia a la madre, con la patria potestad compartida.

Sentada la anterior conclusión es preciso fijar un régimen de visitas que evite en el contexto de la edad de los menores la ruptura de lazos afectivos entre padre y las hijas por falta de comunicación entre los mismos, que redundaría en perjuicio del desarrollo integral de las dos niñas aparte de vulnerar el derecho del progenitor que no ostenta la guarda y custodia, y más dadas las circunstancias antes aludidas de que se ha producido una situación de sustracción de menores que ha provocado la aplicación del citado Convenio de La Haya, aparte del claro incumplimiento por la madre de la obligación del pago de la mitad de los gastos de viaje que le ha impuesto el auto firme de medidas cautelares de la Secc. 3.^a de esta Audiencia Provincial, y los continuos incidentes infundados suscitados durante la aplicación práctica de las medidas cautelares, desprendiéndose de todo el conjunto de circunstancias un interés velado de la madre en dificultar e intentar anular todo lazo afectivo del padre con las menores mediante la obstaculización de todo contacto entre los mismos, especialmente durante los nueve meses siguientes a la ruptura de la relación sentimental.

En este aspecto no puede olvidarse que la madre ha sido la que por los motivos que fuere ha ejercitado su legítimo derecho de trasladarse de domicilio, y con ello ha provocado unos gastos y una mayor dificultad dada la distancia entre los lugares de residencia para el ejercicio del derecho de visitas, más que la que resultaría si el lugar de

residencia fuere en la misma localidad o cercana, circunstancia por la que se estima improcedente eximirle del pago de una mitad de los gastos de viaje, provocados por el ejercicio del indicado derecho por la misma. Asimismo debe tratarse de evitar la pérdida de lazos afectivos con el padre, todo ello en el contexto de los ingresos obtenidos por ambos progenitores que convierten en inviables económicamente unas visitas en fines de semanas alternos como es el estándar sobre el particular, con lo cual deben favorecerse los contactos en períodos vacacionales.

El sistema seguido hasta el momento en aplicación de las medidas cautelares es inviable económicamente atendido su elevado coste y los ingresos obtenidos por ambos progenitores, con lo cual no queda otro remedio que intentar un nuevo sistema, que no puede consistir tal como sugiere la representación de la madre en reducir el derecho de visitas a una mínima expresión, que a juicio de esta Sala conllevaría con toda seguridad a la ruptura de lazos afectivos, considerando como situación más idónea en el difícil contexto de relaciones muy tirantes entre progenitores, el establecer una acumulación de las visitas en períodos vacacionales, y el coste de los cuatro viajes anuales debe ser abonado por mitad entre ambas partes, incluyendo como tales y mientras dada la edad no sea posible que las niñas viajen solas, los gastos de avión del padre para recogerlas y devolverlas del domicilio de la madre. Es de reseñar que no obran en autos cuales son los períodos vacacionales en el Estado en el que residen las menores, si bien del auto de medidas cautelares no impugnado en este aspecto parece ser que aparte de las tradicionales vacaciones de Navidad, Pascua y verano, existe una semana de vacaciones en otoño y otra en febrero (semana blanca), y se atenderá a las mismas por cuanto las menores acuden a un centro preescolar. Vistas las circunstancias concurrentes se considera adecuado que el padre podrá visitar y llevar consigo a las menores, en la mitad de las

vacaciones de Navidad, eligiendo el padre en los años pares y la madre en los impares, en la totalidad de las vacaciones de Pascua, y dos terceras partes de las vacaciones de verano. Asimismo en las vacaciones de otoño o en las de invierno (una sola de ellas) eligiendo el padre en los años impares y la madre en los años pares. Salvo acuerdo de ambos progenitores. En los años pares el padre elegirá en cuál de las dos (otoño o invierno) desea visitar a la menor; y en los años impares será la madre quien decidirá si el padre podrá ejercer dicho derecho de visita en otoño o en invierno (uno u otro). En los períodos antes citados si el padre lo considerara oportuno podrá trasladar las niñas a Mallorca.

Al objeto de evitar en lo posible la ruptura de lazos afectivos y dadas las circunstancias concurrentes se concede al padre la opción de visitar a las niñas en Alemania durante un plazo máximo de diez días seguidos y una sola vez en cada uno de los tres trimestres escolares, sin posibilidad de

acumularlos a otro período vacacional, durante los cuales el padre en días laborables podrá tener consigo a las niñas desde la salida del colegio o guardería preescolar hasta las 20 h en que deberá reintegrarlas al domicilio de la madre, y en los fines de semana, desde la salida del colegio el viernes hasta las 20 h del domingo, pudiendo pernoctar con el padre, pero permaneciendo en Alemania. Dicha visita debe ser comunicada a la madre al menos con diez días de antelación por medio de telegrama u otro medio hábil y los gastos del viaje y estancia en Alemania serán abonados exclusivamente por el padre.

Es de reseñar que tales medidas se han establecido partiendo del hecho de que la residencia habitual de las dos gemelas es en Alemania, debiendo éstas modificarse si se alterara tal residencia, en el caso, que parece poco probable, de que la madre volviera a residir en Mallorca o en España, o de que el padre optara por fijar su residencia en Alemania, u otra eventualidad posible.

2. *Los perjuicios que un cambio de residencia podrían producir en los hijos de corta edad (dos años) no se consideran graves e irremediables, y por tanto, procede atribuir la guarda y custodia a la madre que decide fijar su residencia en otra ciudad distinta a la del padre.*

AP Jaén, Sec. 1.^a, Sentencia de 29 de septiembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Castillo Rodríguez-Acosta.

El motivo del recurso se centra en la atribución que se hace por el Juzgador de instancia de la guarda y custodia de la hija menor al padre, y consecuentemente el régimen de visitas y la pensión alimenticia que proceda. Se aduce como motivo de apelación el error en la apreciación de las pruebas y la falta de fundamentación en la sentencia, ya que se atribuye al padre la guarda y cus-

todia de la hija argumentándose que «atendiendo al interés de la menor y tratando de evitar cambio de residencia o amistades que sólo redundarán en perjuicio de la hija».

La cuestión fundamental que se somete a la consideración de esta Sala es, efectivamente, la relativa a quién de los padres debe ostentar la guarda y custodia de la hija de

ambos, lo que habrá de resolverse teniendo siempre en cuenta el interés del menor, sobre todo cuando como en el presente caso ocurre, la hija de los litigantes sólo cuenta con algo más de dos años de edad. Es evidente que el común denominador que subyace tanto en la Constitución Española como en el Código Civil y que debe informar las resoluciones que se tomen en estos casos, no es otro que el principio “favor filii” que consagra de forma expresa y determinante el art. 154.2 del CC, al establecer que «la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad», sentando el art. 156, en caso de conflicto, que «el juez podrá en interés del hijo atribuir la patria potestad»; y el art. 159 que «si los padres vivieran separados y no decidiesen de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo».

Dicho esto, hemos de analizar si de la abundante prueba practicada que aparece unida a las actuaciones resulta acreditado algún motivo de suficiente entidad como para privar a la madre, D.^a M.^a de la guarda y custodia de una niña de tan corta edad. Se ha practicado abundante prueba testifical en la cual se limita a acreditar que ambos cónyuges están perfectamente capacitados para cuidar a la niña, pero de esa prueba nada se deduce que alguno de ellos existan razones suficientes como para considerar que su cuidado es perjudicial para la hija. Igualmente podemos decir de los informes periciales que se han practicado, ya que según el emitido por el psicólogo D. Manuel, efectivamente pone de manifiesto que la niña que actualmente vive con su padre, está bien adaptada en las áreas social, personal, escolar y familiar; y que presenta un equilibrio emocional adecuado y correcto para su desarrollo. Pero en el mismo sentido el informe suscrito por la psicóloga D.^a Pilar con ocasión de la estancia de Noelia en la residencia de su madre en Tortosa, pone de manifiesto que la menor presenta un comportamiento

normal, es sociable y parece bien adaptada a su entorno familiar.

Efectivamente, no se acredita un motivo suficiente que justifique la privación de la madre de la guarda y custodia de la hija, y en cuanto a lo aducido por el Juzgador de instancia acerca de evitar los cambios de residencia y amistades que redundarían en perjuicio de la hija, es evidente que dichas razones no son suficientes, ya que el cambio de residencia en una niña de tan corta edad no puede influir de tal manera que le cause un serio e irremediable perjuicio y mucho menos el cambio de amistades, que no se entiende que en una niña de tan corta edad, pueda ser determinante como para privarla de estar con su madre.

Hay que tener en cuenta que la figura de la madre, desde el punto de vista psicológico es de gran importancia sobre todo a una edad tan temprana, cuyos cuidados nunca pueden ser sustituidos por otras personas, tales como niñeras, por muy eficientes y cumplidoras que sean.

En el caso que enjuiciamos, se ha puesto de manifiesto que, si bien el padre es atento y cariñoso con su hija, por su trabajo, es evidente, que durante muchas horas del día no puede hacerse cargo de manera personal de la niña, ni tampoco la abuela materna que también consta que trabaja como directora comercial de la empresa, por lo que tiene que encomendar el cuidado a una niñera.

Por otra parte ha de tenerse en cuenta, que la posición económica de la madre es muy inferior a la que disfruta el padre, lo que unido a la distancia entre La Carolina y Tortosa hace muy difícil el desplazamiento de la madre para visitar a la menor, y en definitiva el contacto con la misma; lo que evidentemente redundaría en grave perjuicio de la relación afectiva tan necesaria entre madre e hija.

En consecuencia, procede estimar el recurso y revocar parcialmente la sentencia en el sentido de atribuir a la madre la guarda y custodia de la hija menor común, que queda sujeta a la patria potestad conjunta de ambos progenitores.

III. RÉGIMEN DE VISITAS

1. *Mantenimiento de las visitas en presencia de una trabajadora social atendidos los antecedentes médicos del progenitor y la relevante circunstancia de que no se presentara a la prueba psicológica acordada para determinar su situación psicológica actual.*

AP Valencia, Sec. 6.^a, Sentencia de 27 de septiembre de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carolina del Carmen Castillo Martínez.

En la sentencia de instancia se establecieron entre otras la siguiente medida: Se otorga la guarda y custodia de la hija menor a la madre y se establece a favor del padre un régimen de visitas progresivo en virtud del cual éste podrá estar con su hija una hora al día dos días a la semana, a determinar una vez establecida la forma de realización de las mismas y en ejecución de sentencia. En estas visitas la menor permanecerá acompañada de un asistente social quien informará periódicamente de la evolución de las mismas, pudiéndose, en función de dichos informes, ampliar o restringir el contacto entre padre e hija y atendiendo siempre al mayor interés de la menor.

Ante los hechos sometidos a su consideración y tras una atenta revisión de la prueba practicada obrante a las actuaciones, el Tribunal, en el ejercicio de la facultad revisoria que le atribuye la apelación, considera que

el recurso interpuesto por el padre no debe prosperar, debiendo ser confirmada la Sentencia recaída en la instancia por sus propios fundamentos, que la Sala comparte plenamente.

Así, con referencia a la alteración del régimen de visitas interesada por el recurrente, atendidos los antecedentes médicos del progenitor y la relevante circunstancia de que esta parte no se presentara a la prueba psicológica acordada para determinar su situación psicológica actual —carencia que únicamente puede perjudicar a la parte que la ocasiona—, la Sala, que debe atender preferentemente a la defensa y protección del primordial interés de la hija menor, acuerda el mantenimiento del régimen establecido en la Sentencia recurrida, que configura un sistema progresivo, razonablemente adaptado a las circunstancias del supuesto enjuiciado.

2. *Improcedencia de reducir el régimen de visitas, de imponer visitas tuteladas o de depósito del pasaporte por la circunstancia de que el padre del menor sea extranjero.*

AP Vizcaya, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de noviembre de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Reyes Goenaga Olaizaola.

Se pretende por la madre la revocación de la sentencia en dos aspectos: primero en cuanto al régimen de visitas del padre del menor, que se solicita se limiten geográficamente a la ciudad de Bilbao, que se produzcan bajo tutela de terceros y con retirada de pasaporte del padre mientras duran las visitas; y segundo, en cuanto a la fijación de alimentos a favor del menor, aspecto en el que solicita se señale un mínimo de 40.000 ptas., o que si se mantiene el establecido en función de los ingresos del negocio, se fijen medidas de control y fiscalización de tales ingresos.

En cuanto a la primera cuestión, la resolución recurrida es atacada por el apelante en cuanto al modo en que debe desarrollarse el régimen de visitas fijado para el padre respecto al menor. El fundamento de las peticiones del apelante está en la situación de secuestro infantil que a su juicio puede suceder en este caso, de manera que considera probable que el Sr. N. pueda desencadenar una situación como la citada, y por ello entiende imprescindible que se adopten medidas de prevención de tan indeseable situación.

Las medidas que solicita el recurrente tendrían justificación si, en efecto, hubiera algún motivo para pensar que tal situación de secuestro pudiera llegar a producirse, pero no puede pedirse de esta Sala que se adopten por el mero hecho de que el Sr. N. sea natural de Pakistán, o por el hecho de que haya tenido, o tenga en la actualidad, vinculaciones con Francia o Portugal.

En sus escritos y en la vista del recurso el letrado apelante insiste en la existencia de amenazas verbales sobre el secuestro del niño pero lo cierto es que no existe ninguna constatación de ello más allá de las manifestaciones de la Sra. N. Todos los testigos que declararon en el procedimiento sobre Guardia y Custodia se remiten en esta cuestión a lo que han oído decir a la madre del menor.

Por el contrario, conocemos datos de la vida del padre que suponen un arraigo en nuestro país y que hacen considerar como poco probable la situación que la recurrente teme. Sabemos que posee un negocio de comercio de alfombras en Bilbao y con independencia de la situación que pueda haber en el sector, no hay datos en la causa para suponer que el negocio del apelado tenga dificultades y que ello suponga su intención de dejar de regentarlos; sabemos también que se ha vuelto a casar con una ciudadana española, residiendo ambos en Cantabria, dándose el caso de que esta persona tiene un trabajo estable en un centro educativo de Bilbao. Por tanto, objetivamente, el Sr. N. tiene una vinculación personal y profesional con este país y por el contrario no existen datos que permitan contemplar la posibilidad de un secuestro como algo más que un riesgo o un temor. En todo caso, y precisamente para evitar que tal eventual riesgo se materialice, el Juzgador de Instancia ha fijado una serie de cautelas sobre la imposibilidad de traspasar las fronteras, o de que el menor pueda obtener cualquier clase de documentación, que esta Sala comparte plena-

mente, pero no encontramos justificación para obligar al padre a depositar el pasaporte cada vez que ejerza el Derecho de visitas con su hijo.

Y en cuanto a aquellas otras medidas que, con esta misma fundamentación, inciden directamente en la relación paterno-filial, deben ser rechazadas con mayor motivo. Es el caso de la solicitud de que las visi-

tas se lleven a cabo en presencia de terceras personas del entorno familiar de la madre. Basta leer el informe emitido por el Equipo Técnico del Juzgado de Familia para comprobar que es preciso que se produzca la relación padre-hijo de una forma progresiva, pero no con ese carácter tutelado que dificultaría y vaciaría de auténtico contenido tal relación.

3. *Desestimación de la petición de la madre de no fijar régimen de visitas a favor de los abuelos paternos de la menor cuyo padre falleció.*

AP Jaén, Sentencia de 30 de noviembre de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Elena Arias-Salgado Robsy.

La sentencia de instancia estableció el siguiente régimen de visitas a favor de los abuelos paternos: la menor estará en su compañía un fin de semana al mes, que, en defecto de acuerdo, será el primero, desde las 12 horas de la mañana del sábado hasta las 8 de la tarde del domingo, pudiendo sustituir la demandada dicho régimen, libremente por ahora, si lo estima conveniente, por el de los domingos alternos, de la primera y tercera semana del mes, desde las diez horas de la mañana hasta las veinte horas de la tarde; así como 15 días durante las vacaciones escolares de verano, que para el caso de que no hubiera acuerdo sobre la fecha serán los primeros 15 días de las vacaciones estivales; y un tercio de las vacaciones escolares de Navidad y Semana Santa, que, para el caso de que no hubiera acuerdo sobre la fecha quedarán fijados en el primer tercio de las citadas vacaciones escolares.

La madre recurre la sentencia solicitando que no se fijen visitas en favor de los abuelos y en relación con su hija menor de edad y de su difunto esposo, ante la oposición de

esta a facilitar la relación y visitas entre los mismos.

Se alega por la defensa de la recurrente que en definitiva lo que motiva la oposición a la pretensión y el recurso de apelación es la consideración de que la relación entre los abuelos, demandantes, y su nieta, es perjudicial para la misma, implicando la imposición de una obligación que la menor no desea, y que resulta incomprensible para la madre de la menor que estima dicha decisión judicial una injerencia en sus facultades de decisión respecto de su hija menor.

El recurso debe ser desestimado. La doctrina jurisprudencial, ya reiterada en relación con lo dispuesto en el artículo 160 del Código Civil, que dispone taxativamente que no se podrán impedir sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados, es clara. Así como ya ha tenido ocasión de exponer este Tribunal de apelación en la Sentencia de 23 de junio de 2000, el Tribunal Supremo en la reciente Sentencia de 23 de noviembre de 1999 afirmaba: “Como ya razonó la Sentencia de esta

Sala de 11 de junio de 1996, ninguna justa causa impide las relaciones personales entre el menor y sus abuelos paternos. Antes bien este tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores”. Al tiempo, ha de tenerse presente, que, como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1996, no se discute en el mismo una cuestión jurídica, sino unos hechos cuales son las circunstancias más favorables al menor, a valorar por los Tribunales de instancia y, por ello, sin acceso a la casación. En suma, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1998, que pondera la formación íntegra y la integración familiar y social del menor, debe mantenerse que las medidas que los Jueces pueden adoptar, “ex” artículo 158 del Código Civil, “se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque exceden de las meramente paternofiliales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso, o después de cualquier procedimiento, conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, aplicable retroactivamente, por cuanto se ha dicho, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas Convenciones Internacionales vinculan a España (ver Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990).”

En el supuesto de autos en el que en la contestación a la demanda se decía “Negamos rotundamente que mi cliente y su compañero no permitan a la menor visitar ni relacionarse con sus abuelos paternos, pues como ya ha quedado dicho qué duda cabe

que es la propia menor quien decide o no hacerlo”, parece contradictoria la postura adoptada por la demandada, madre de la menor, que viene a sostener que la relación con los abuelos y la familia paterna puede ser perjudicial para la misma, por la influencia que pueden ejercer en su contra y en el de su compañero. El planteamiento parece olvidar en el fondo que el interés que tanto los Tribunales, como en primer lugar los propios padres, deben proteger, es el de los menores.

Es un hecho notorio, y resaltado en el extenso e ilustrativo informe pericial que obra en autos, que la relación con la familia extensa es beneficiosa para los hijos, para su normal desarrollo y formación de la personalidad de forma integral tanto en general como en el supuesto de hecho debatido. Ciertamente se ha apreciado por el Psicólogo que realizó el informe pericial y recoge en la propia sentencia recurrida, que dicha relación debe encauzarse y desarrollarse de una forma positiva, sin interferencias y otras variables extrañas que pueden enrarecer o distorsionar dicha relación (como sucede en la actualidad), para lograr el equilibrio emocional de la menor. En este dato se basa la impugnación de la sentencia, olvidando que es labor de la madre, como lo es de los abuelos, evitar esas interferencias y variables que motivan precisamente el rechazo de la menor hacia su familia paterna. La solución, en interés de su hija, no viene dada, como pretende la recurrente por apartar a su hija de aquello que no desea (no por su propia voluntad todavía en formación pues el rechazo viene motivado por la interiorización de una hostilidad existente entre su madre y su familia paterna), sino por mediar y esforzarse en lograr que lo que es beneficioso en definitiva para su desarrollo y formación equilibrada, sea querido, o al menos no rechazado, por la menor.

Debiendo constatar, en respuesta a la cuestión también planteada por la defensa de la recurrente, que el control respecto al desarrollo del derecho y régimen de visitas que se establece habitualmente, como se

afirma por ejemplo en la Sentencia del T.S. de 22-5-1993, sin carácter definitivo, de manera eventual precisamente para poder modificarlas según las circunstancias y el modo

y manera en que vayan evolucionando las relaciones, se puede realizar en ejecución de sentencia, estableciendo el Juzgador los mecanismos que se consideren oportunos.

IV. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Atribución del uso de la vivienda familiar al esposo, sin que sea obstáculo para ello que a la esposa se le atribuya la guarda y custodia del hijo menor, ya que éste, en unión de la madre, convive en el domicilio de los abuelos maternos, los cuales se ocupan de cuidarle cuando la madre trabaja.*

AP Asturias, Sec. 7.^a, Sentencia de 7 de diciembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Casero Alonso.

El Juzgador “a quo” atribuyó el domicilio conyugal al esposo y la esposa muestra su disconformidad. Los contendientes tienen un hijo común, Pedro Luis, nacido el 8 de febrero de 1998, cuya guarda y custodia se otorga a la recurrente. Esta vive, con el menor en el domicilio de sus padres y en compañía de estos. La recurrente desarrolla ocupación laboral remunerada en horario de mañana y tarde incluidos sábados por la mañana; durante ese tiempo son sus padres los que se encargan de la atención del menor.

Por último, su escaso salario no le permite, de momento, sufragar los gastos de un domicilio independiente. Así se sigue de la

propia confesión de la recurrente en expediente de medidas provisionales, de las manifestaciones como testigo de su padre en dicho proceso o del propio escrito de alegaciones finales de la parte a modo de minuta para la vista. Tan es así que en el dicho expediente de medidas reconoció había adquirido para el menor un mobiliario que se instaló en casa de sus padres.

Esto así, si es el interés del menor el que debe presidir la decisión de las medidas a adoptar y, también, claro es, la relativa al uso y disfrute del domicilio conyugal, claro es que lo más conveniente para el menor no es ir a vivir al que fuera domicilio conyugal.

2. *No existiendo hijos y estando en igualdad de condiciones ambos cónyuges, procede atribuir el uso de la vivienda habitual al cónyuge que suscribió el contrato de arrendamiento.*

AP Córdoba, Sec. 2.^a, Sentencia de 19 de diciembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre.

El recurso interpuesto por la esposa denuncia infracción del art. 96.3 CC al no habersele otorgado el uso y disfrute del domicilio familiar y sí a su esposo, titular del derecho arrendaticio. La L. 29/1994 de 24 de noviembre intentando clarificar los problemas que planteaba la atribución judicial en proceso matrimonial del uso de la vivienda al cónyuge no titular del contrato locativo ha dedicado un precepto específico, el art. 15, a los supuestos de separación, divorcio o nulidad del matrimonio del arrendatario, dicho precepto dispone en su núm. 1 que «en los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 90 y 96 del CC», y en el núm. 2 prescribe «la voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda».

Esta regulación legal rechaza implícitamente la postura doctrinal y de algunas Audiencias (y que incluso podía inferirse de la STC 235/1986) que entendía que el contrato de arrendamiento se consideraba celebrado por ambos cónyuges, aunque tan solo uno de ellos lo firmara, por lo que la atribución del uso al cónyuge no firmante no era más que el reconocimiento de un derecho que ya

poseía, e igualmente, pese a que un sector doctrinal y pronunciamientos de Audiencias (AP Asturias 28 de junio de 1996, 11 de septiembre de 1999, Badajoz 6 de enero de 1995) se ha decantado por entender que tras la atribución judicial del derecho de uso en proceso matrimonial se producía una subrogación “ex lege” del no titular —simultánea a la desvinculación contractual del titular inicial— esta Sala entiende que ni el titular del contrato de arrendamiento deja de serlo, ni el cónyuge inicialmente no titular a quien la titularidad del contrato, salvo que, previa cesión expresa del titular, medie consentimiento escrito del arrendador. Solo en este supuesto se produciría una auténtica subrogación, de manera que, faltando el consentimiento del arrendador, tampoco podría el Juzgado que sustancie el litigio matrimonial decretar la cesión del arrendamiento a favor del beneficiario del derecho de uso al amparo del art. 96 CC, pues ello supondría imponer obligaciones y modificar los derechos de un tercero —el arrendador— que no ha sido parte en el procedimiento.

Pues bien, en el caso que examinamos el contrato de arrendamiento de fecha 1 de julio de 1997 fue suscrito solo y en nombre propio por el esposo por lo que solo él debe considerarse titular del arrendamiento. En esta dirección la SAP Sevilla 7 de julio de 1997 puntualiza considerando al respecto que «pese a que el hogar familiar pertenezca a ambos cónyuges, eso no significa que ambos sean cotitulares del arrendamiento ya que una cosa es que exista un determinado

régimen económico matrimonial entre los mismos y una responsabilidad más o menos extensa de los bienes gananciales y otra, muy distinta, que lo hecho por uno haya de tenerse como realizado por ambos, dadas las graves disfunciones que se producirían en el tráfico jurídico ordinario de régimen esta última tesis por lo que no se considera admisible prescindir de quien sea el titular formal de la relación jurídica ya con respecto del cónyuge no contratante que podría verse constreñido a soportar en exclusiva reclamaciones dimanantes de obligaciones en las que ninguna intervención tuvo, ya en cuanto al tercero contratante, que podría verse apremiado por una persona, cónyuge de quien celebró el contrato, con quien no le une relación alguna».

Expuestas estas consideraciones previas y aplicadas al presente recurso, el mismo debe ser desestimado. En efecto, dice el párr. 3 del art. 96 CC que «no habiendo hijos podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que pueden prudencialmente se fije, corresponde al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

De este precepto se infiere que, en ausencia de hijos, el criterio a seguir es el de que sea el cónyuge titular de los derechos sobre la vivienda el que, en principio, sea mantenido en su uso, con la salvedad de que podrá atribuirse por el juez el uso de la vivienda al cónyuge no titular de los derechos sobre ella, cuando las consecuencias del caso lo hagan aconsejable siendo, como consecuencia de ello, su interés el más necesitado de protección. Estas «circunstancias» pueden

ser tanto económicas como profesionales o de tipo social. El juez habrá de ponderar, por tanto, la necesidad del cónyuge no titular, sus medios económicos (AT Barcelona 25 de abril de 1986) su estado de salud, e incluso su conducta dentro del matrimonio, así como las necesidades y medios del titular de los derechos sobre la vivienda (AT Pamplona 19 de febrero de 1987), pero, repetimos, en igualdad de condiciones, lo más razonable es que el cónyuge titular conserve el uso de la vivienda. En este sentido la SAP Oviedo 6 de febrero de 1990 precisa «que faltando este último presupuesto (esto es que su interés sea más digno de protección) en el cónyuge no titular del derecho sobre la vivienda, ninguna medida sobre el particular podrá acordarse en su favor, continuando el otro tras la ruptura en el uso y disfrute de lo que le pertenece, sin necesidad de medida concreta alguna de atribución». Esta situación se produce en el caso enjuiciado, en el que la vivienda familiar está arrendada por el esposo, sin que la mujer haya acreditado que su interés fuera el más digno de protección. En primer lugar porque se admite que ambos son jubilados con pensiones similares. En segundo porque ninguna otra prueba se hizo de ello en autos. En consecuencia y teniendo en cuenta los problemas que la atribución del uso a la esposa comportaría (quien debería pagar la renta del arrendamiento, extensión preceptiva del límite temporal del uso y posibles conductas dolosas por parte de cualquiera de ellos en perjuicio de la vigencia del contrato) la medida del juzgador de instancia atribuyendo el uso al cónyuge titular del derecho arrendaticio, debe ser mantenido.

3. *No puede confundirse la atribución del uso de la vivienda con la institución del usufructo.*

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 29 de diciembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.

Debe desestimarse la tesis y pretensión del apelante, ya que, a diferencia de lo invocado por éste, no puede equipararse el mentado derecho de uso de la vivienda familiar a la institución del usufructo, pues las cargas dimanantes del matrimonio nacen del título de propiedad del piso que en su día fue conyugal; y como quiera que en el presente caso ambos consortes son dueños en común y proindiviso de tal vivienda, es por lo que lo correcto y procedente es declarar, tal como

ha realizado certeramente el juez “a quo”, que el total importe de la hipoteca, del IBI, y de los gastos de comunidad de propietarios, ordinarios y extraordinarios, deberá ser sufragado por mitad por los dos esposos, dada la titularidad compartida tanto de la propiedad como del título de constitución del préstamo hipotecario, mientras que los gastos propios del uso de la vivienda deberán correr a cargo exclusivo del cónyuge que ostenta el disfrute de la misma, esto es, la esposa.

V. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *Doctrina general sobre los alimentos de los hijos mayores y menores de edad.*

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 22 de septiembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández.

Dentro de la litis de separación, divorcio o nulidad, ofrece un tratamiento jurídico distinto la problemática alimenticia en pro de los hijos habidos de la unión nupcial, según que los mismos sean menores de edad o hayan superado los 18 años.

En el primero de tales casos, la sanción judicial de la obligación económica a cargo de sus progenitores, y más en concreto del no custodio, se ofrece, a tenor de lo prevenido en el párrafo 1.^o del artículo 93 del Código Civil, como imperativo ineludible e in-

condicional, con superación, por el órgano judicial, de posibles ausencias o defectos de peticiones concretas al respecto.

En cualquier caso ha de presumirse, salvo prueba en contrario, que el menor carece de recursos propios para cubrir sus necesidades alimenticias, por lo que si el ascendiente, en principio obligado a sufragar las mismas, sostiene en el curso del procedimiento la autonomía pecuniaria del alimentista, en orden a una posible exoneración total o parcial de su obligación, habrá de aportar los medios probatorios que puedan refrendar tal aseveración, de conformidad con la doctrina del «onus probandi» emanada del artículo 1214 del Código Civil.

No ofrece, como se ha anticipado, las mismas perspectivas jurídicas, sustantivas y procesales, la obligación alimenticia cuando sus posibles beneficiarios han alcanzado la

mayoría de edad legal, pues si bien es cierto que, dentro del procedimiento matrimonial, el párrafo 2.º del citado artículo 93 habilita la posibilidad de la sanción judicial de tal derecho, ello, conforme a la propia redacción de tal precepto, viene condicionado a la cohabitación del hijo en el entorno paterno o materno, en situación de dependencia de los mismos. En tales hipótesis, la resolución judicial se encuentra además plenamente condicionada, en virtud del principio dispositivo que rige en todo procedimiento civil, por una específica petición de uno de los progenitores en los escritos rectores del procedimiento, recayendo además sobre dicho litigante la carga de acreditar tanto la referida convivencia, como la orfandad o insuficiencia de recursos económicos propios del hijo, lo que, al contrario de los sometidos a la patria potestad, no pueda ya presumirse.

2. *No existe incongruencia en la sentencia que fija una cantidad concreta en concepto de alimentos para hijos mayores de edad, cuando en la demanda se solicita un porcentaje sobre los ingresos del obligado al pago de los mismos.*

AP Valladolid, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de noviembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Sendino Arenas.

Alega el apelante la incongruencia por exceso con violación del art. 359 de la LEC, ya que con respecto a la pensión alimenticia de los hijos, la demandante había solicitado en su demanda, a) una cantidad equivalente al 30% de los ingresos que en su día obtenga el demandado, sin embargo, en la sentencia se establece el pago de la cantidad de 60.000 ptas. y b) errónea valoración de la prueba practicada tanto a la hora de fijar la suma de 60.000 ptas., se considera excesiva, arbitraria e injustificada, como a la hora de establecer sus potenciales ingresos pues desde que

cesó en su actividad en la empresa «Conservación y Montajes Eléctricos CB» ha estado en desempleo hasta que recientemente ha encontrado un trabajo temporal por el que tan sólo percibe unos ingresos de 55.000 ptas./mensuales.

Leídos los fundamentos de la sentencia de instancia así como los escritos de demanda y contestación y valoradas de nuevo en esta alzada todas las pruebas practicadas, la Sala pronto llega a la conclusión de que el presente recurso debe ser rechazado.

No existe incongruencia por exceso (“ultra petita”). El solo hecho de que la Juzgadora de origen, por propia iniciativa, hubiera alterado el sistema de determinación de la pensión alimenticia pedida para los hijos menores, fijando una cantidad concreta, en lugar de un porcentaje sobre los ingresos del obligado al pago, tal y como se solicitaba en la demanda, no implica una vulneración del deber de Congruencia Judicial sancionado en el art. 359 de la LEC, y ello dado el carácter tuitivo y de orden público de que gozan las normas reguladoras de estos derechos filiales y las amplias facultades que las mismas otorgan al Juzgador (arts. 91, 93, 103.3.^a del CC) en detrimento de los tradicionales principios procesales Dispositivo y de Rogación.

Vistas las circunstancias económicas y profesionales concurrentes en el obligado al pago, bien puede decirse que este cambio judicial deviene lógico y conveniente para el interés de los hijos alimentistas pues dota de mayor certidumbre y seguridad la prestación económica y simplifica y agiliza una eventual ejecución forzosa en caso de impago.

Es verdad que la Juzgadora de Instancia incurre en cierta imprecisión a la hora de afirmar el origen y procedencia de las 140.000 ptas. mensuales, que el demandado, tras cesar en su actividad de electricista, vino abonando a la actora desde enero a septiembre de 1999, pues ciertamente dicha suma, como reconoce la propia esposa en confesión judicial (posición 4.^a), procedía de

unos ahorros comunes depositados en el Banco Bilbao Vizcaya, pero también es cierto que la decisión judicial de que el demandado debe seguir atendiendo la obligación legal alimenticia que le incumbe respecto a sus hijos mediante el pago de una cantidad mensual ascendente a 60.000 ptas. tiene un serio y sólido fundamento, no sólo en la ausencia de datos sobre su carencia de ingresos, aspecto este en el que incide la resolución recurrida, sino especialmente, por la presunción razonable de que, aun cuando hubiera cesado en dicha actividad profesional, siguió disponiendo de recursos económicos iguales o superiores a los que tenía con anterioridad a dicho cese.

Si como es el caso, abandonó voluntariamente esa actividad de electricista que venía desempeñando en régimen de autónomo y por la que obtenía ingresos anuales en torno a los 2.200.000 ptas. (ver Declaración de Renta correspondiente al año 1998, doc. 6 demanda), es lógico colegir que tal abandono se produjo ante la perspectiva cierta de conseguir unos mayores ingresos o cuando menos similares a los precedentes.

Y siendo ello así resulta evidente; por una parte, que el importe fijado de 60.000 ptas./mes, no puede ser tildado de injustificado o desproporcionado ya que apenas representa un porcentaje del 30% sobre los ingresos calculados del esposo, porcentaje coincidente con el suplicado en la demanda e instado por el MF y acorde también con el módulo que habitualmente y para supuestos similares viene aplicando esta Audiencia.

3. *Extinción de la pensión alimenticia de la hija que accedió al mercado laboral en el año 1994, sin que el hecho de que ésta tenga a su cargo un hijo de corta edad determine que el alimentante tenga que seguir abonando la pensión, ya que esta obligación alimenticia recae sobre el padre del menor.*

AP Ciudad Real, Sec. 2.^a, Sentencia de 15 de diciembre de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Catalán Martín de Bernardo.

Esta Sala ha de acoger el recurso interpuesto por el padre en lo que se refiere a la petición de que se deje sin efecto la pensión de alimentos establecida a favor de su hija mayor de edad, petición a la que se adhirió el Ministerio Fiscal, y ello, porque ha quedado acreditado en la prueba practicada en los autos de Medidas Provisionales, referida al informe emitido por la TGSS, que la misma accedió al mercado laboral por primera vez en el año 1994, no encontrándose en la

actualidad cursando ninguna clase de estudios, que justifique, dada su mayoría de edad, que tenga que reclamarle una pensión de alimentos a su padre, al ser una persona joven en edad laboral y que ya ha desarrollado o desempeñado unos puestos de trabajo, sin que el hecho de que tenga a su cargo un hijo de corta edad determine que su padre deba alimentarlo, cuando es una carga que corresponde legalmente al padre del menor.

VI. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *Pactada una pensión compensatoria temporal en el convenio regulador no puede el esposo solicitar su extinción antes de que transcurra dicho plazo por la circunstancia de que la esposa haya encontrado un trabajo remunerado.*

AP Álava, Sec. 1.^a, Sentencia de 27 de septiembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Picazo Blasco.

Los esposos pactaron en el convenio regulador una pensión compensatoria por una cuantía mensual de 35.000 ptas. y por un

período de vigencia de cinco años. Frente a lo así pactado, el esposo recurrente intentó la supresión de la pensión con anterioridad

al indicado término, viniendo sustancialmente a alegar en apoyo de tal pretensión la desaparición del desequilibrio económico debido a haber encontrado la esposa un trabajo remunerado, tratando de justificar lo así convenido en el entendimiento de que cuando el convenio se suscribió se presumía que la esposa no encontraría trabajo, a lo que, además, habían de asociarse otros ingresos percibidos por la esposa en concepto de ayudas y alimentos, concibiéndose finalmente tal pensión por desequilibrio no como indemnización sino como simple pensión de carácter periódico. Frente a lo así alegado, la representación letrada de la esposa adujo la ausencia de acreditación en cuanto al desfase económico sufrido por el actor, debiendo ser interpretada, de otra parte, la cláusula del convenio en que la pensión aparecía pactada como cláusula de compromiso dentro del ámbito que para su fijación contempla el art. 99 CC.

Al margen de las consideraciones jurídicas vertidas por la parte apelada en la primera parte de su alegato impugnatorio del recurso y que por afectar a la situación económica del esposo carecían del adecuado correlato respecto del propio contenido impugnatorio del recurso al afectar éste en exclusiva a la interrelación que pudiera establecerse entre los términos de lo convenido, de una parte, y la aparición de circunstancias que en contra de lo así pactado podrían entrañar como efecto el de la desaparición de la pensión al amparo del párrafo primero del art. 101 CC, de otra, son los propios restantes argumentos de la apelada los que con-

ducen al rechazo del recurso. Y es que, en efecto, si acudimos a una interpretación literal del efecto definitivo quinto del convenio regulador que en fecha 3 de julio de 1996 aprobaron las partes y por el que... «La separación produce desequilibrio en perjuicio de ella —la esposa— por lo que se fija una pensión compensatoria de 35.000 ptas. mensuales y por un período de vigencia de cinco años transcurridos los cuales quedará sin efecto, renunciando a partir de dicho momento a la indicada pensión compensatoria», la conclusión a alcanzar no puede ser más clara al resultar patente y manifiesta la voluntad de los cónyuges tanto respecto de la vigencia de la pensión por el indicado plazo como de su renuncia por parte de su perceptora transcurrido éste, todo ello con independencia o abstracción de meras especulaciones dirigidas a dejar sin efecto la pensión en el supuesto de que la esposa encontrara trabajo dentro del plazo indicado, pues si así lo hubieran querido los cónyuges así lo habrían pactado. Finalmente, tampoco puede resultar deducible tal conclusión desde el planteamiento conjetural consistente en que la pensión mensual y periódica pactada a favor de la esposa podía perfectamente compatibilizarse con su desaparición ante la acreditada concurrencia de causa legal ya que esta satisfacción en forma periódica, lejos de resultar incompatible con el abono de un capital en concepto de indemnización o reparación por el desequilibrio pactado, es perfectamente viable tal y como se desprende de la interpretación efectuada «a sensu contrario» del art. 99 en relación al 97 CC al que aquél reenvía.

2. *Extinción de la pensión compensatoria tras la homologación de una sentencia eclesiástica de nulidad matrimonial, puesto que siendo presupuesto para la concesión de la pensión la existencia de un matrimonio, si éste se declara nulo, no puede pervivir un pronunciamiento que se vincula exclusivamente a la separación o al divorcio, en definitiva, a la previa existencia de un matrimonio válido.*

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª José Pueyo Mateo.

Solicita la parte demandada la extinción de la pensión compensatoria en base a que, con posterioridad a la sentencia de divorcio, promovió ante la jurisdicción eclesiástica la nulidad del matrimonio canónico contraído con el demandado en fecha 15 de julio de 1974, petición que le fue estimada, habiendo sido reconocida la eficacia civil de tal resolución por auto del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 6 de esta ciudad el 11 de enero de 1999. De modo que siendo nulo el matrimonio no puede pervivir la pensión compensatoria.

Por su parte el demandado mantiene la improcedencia de la petición actora, que aunque es cierto que se declaró la eficacia civil de la resolución canónica en la que se declaraba la nulidad del matrimonio de los litigantes, ello en nada afecta al mantenimiento de las medidas económicas en su día acordadas por la jurisdicción civil, y, subsistiendo la situación de desequilibrio que determina la concesión de la pensión prevista en el art. 97 del CC, la demanda debe ser rechazada.

Ciertamente, como se señala en el auto de 12 de febrero de 1999 de la AP Barcelona, el reconocimiento por la jurisdicción civil de las resoluciones canónicas que se deriva del art. 80 del CC en consonancia con los Acuerdos del Estado español con la San-

ta Sede de 1979, únicamente afecta a lo que es el propio contenido de la sentencia canónica, es decir, la disolución del vínculo matrimonial, puesto que los efectos de carácter complementario a dicha declaración, pertenecen al ámbito de la jurisdicción civil en virtud del principio de exclusividad jurisdiccional consagrado en el núm. 3 del art. 117 de la Constitución, tal como ha mantenido en línea constante el TS desde la S. 3 de junio de 1966 o la más reciente de 23 de febrero de 1993, y así ha sido declarado también por el TC en las SS. 26 de enero de 1981 y 13 de enero de 1997. En esta última sentencia el alto Tribunal declaró, concretamente, respecto a los efectos económicos patrimoniales, que, en rigor, tales extremos económicos-patrimoniales como declaró la STC 1/1981 para los relativos a las relaciones paterno-filiales de una resolución eclesiástica, serían además extraños al ámbito de lo que, en virtud de dichos Acuerdos, resulta constitucionalmente admisible como propio de las decisiones eclesiásticas sobre nulidad matrimonial. En dicha sentencia, tras detenido análisis, se afirmó claramente que los efectos civiles de las resoluciones eclesiásticas —allí sobre separación aquí sobre nulidad—, regulados por la ley civil, son de la exclusiva competencia de los jueces y Tribunales civiles (fundamento jurídi-

co décimo), en tanto en cuanto los principios de aconfesionalidad del Estado (art. 16.3 CE) y de exclusividad jurisdiccional (art. 117.3 CE) obligan a matizar, desde la entrada en vigor de la Constitución, la aplicación de reglas como las derivadas del Concordato de 1953, que sólo encuentran sentido en el marco de «la confesionalidad del Estado y una concepción de la jurisdicción (...) que no padecía por el ejercicio por los Tribunales Eclesiásticos de funciones que, en cuanto se proyectan en el orden jurídico civil, podrían entenderse propias de la jurisdicción estatal». Y más adelante el alto Tribunal añadió: «Ciertamente se ha sostenido que a tenor de los arts. 95, 97 y 98 del CC los supuestos en los que cabe indemnización patrimonial pueden ser distintos en casos de divorcio y de nulidad. Esta es una cuestión de legalidad ordinaria en la que este Tribunal no puede entrar. Sin embargo, en el supuesto aquí enjuiciado pueden mantenerse los efectos patrimoniales pronunciados en la sentencia de divorcio, sin terciar en la polémica de legalidad, puesto que el propio TS, en la S. 10 de marzo de 1992, en el fundamento de Derecho primero, declaró en forma explícita y mediante una razonada y detenida argumentación, que en el presente caso concurría el supuesto de nulidad previsto en el art. 98 del CC y podían aplicarse los criterios contemplados en el art. 97 para cuantificar los efectos patrimoniales, aunque, como queda dicho, concluyó denegando su concesión por otro motivo: Porque la sentencia de los Tribunales eclesásticos sobre nulidad de matrimonio canónico no había sido previamente declarada ajustada al Derecho del Estado por los Tribunales civiles competentes».

Ahora bien, en el supuesto contemplado en la sentencia del TC previamente la esposa había solicitado la indemnización prevista en el art. 98 del CC y ese proceso finalizó con la sentencia del TS de 10 de marzo de 1992 citada en la resolución del TC, sentencia en la que el TS sin perjuicio de acoger el recurso de casación por no estar la sentencia canónica homologada en la vía civil, decla-

ró que «la indemnización que dicho art. 98 del CC reconoce no es de naturaleza alimenticia, ni tampoco se corresponde a la pensión compensatoria que refiere el precepto 97 de aquel cuerpo legal, sino que más bien se trata de que en cierto sentido una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no ha ido consolidándose en los años de convivencia, hasta producir su desaparición. No trata el precepto de imponer sanciones, aunque en un principio así puede entenderse por cargar al cónyuge de mala fe la indemnización, lo que representaría volver a reconsiderar sus conductas determinativas de la nulidad decretada, y, en su caso, los daños que pueda haber sufrido el otro consorte de buena fe, para cuya reparación queda abierta la vía del art. 1902 del CC (S. 26 de noviembre de 1985), sino que más bien la norma se proyecta a reducir distancias económicas sociales y derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial, polarizándose sobre los principios de autosuficiencia y neutralidad de costes, al faltar una adecuada institución estatal de previsión social autónoma, sobre todo para las mujeres carentes de actividades laborales, lo que la realidad de los tiempos parece cada vez demandar en forma urgente y necesaria de satisfacción de justicia social.

El art. 98 del CC, por la remisión que efectúa el 97 precedente, impone para su aplicación la concurrencia de puntuales requisitos, que la sentencia combatida apreció se daban en el caso que se enjuicia. En este sentido se ha producido la nulidad de un matrimonio canónico y convivencia conyugal efectiva por más de veinte años.

La aludida remisión de normas ha de entenderse rectamente en el sentido de que dándose la situación prevista en dicho art. 98, el 97 sólo incide a efectos de cuantificar la indemnización postmatrimonial de procedencia».

Mas en el caso de autos no puede soslayarse que la acción del art. 98 del CC no fue ejercitada, por lo que la Sala no puede entrar a su examen, y siendo presupuesto para la concesión de la pensión compensatoria la existencia de un matrimonio, si éste, como es el caso, se declara nulo, entiende la Sala que no puede pervivir un pronunciamiento que se vincula exclusivamente a la separación o al divorcio, en definitiva, a la previa existencia de un matrimonio válido. Esta

conclusión viene avalada por la propia dicción del citado art. 98 del CC que si bien se remite al art. 97 del mismo cuerpo legal tal remisión, como señala autorizada doctrina —Roca Trías—, no se efectúa a la norma que fija el supuesto de hecho que provoca el nacimiento del derecho a la pensión, sino a la segunda parte del artículo que establece los criterios para determinar su cuantía. Y en este sentido se pronunció, como vimos, la sentencia del TS citada de 10 de marzo de 1992.

3. *En el divorcio no puede aumentarse la pensión compensatoria en base a que el esposo ha mejorado sus ingresos, ya que se trata de un aumento producido con posterioridad a la separación.*

AP Zaragoza, Sec. 2.^a, Sentencia de 24 de octubre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julián Carlos Arqué Bescós.

Constituye el objeto de discusión en la segunda instancia el apartado relativo a la elevación de la pensión por desequilibrio que el recurrente entiende debe ser mantenida en la cantidad fijada en el convenio regulador, es cierto que como proclama la Sentencia recurrida, en la actualidad el recurrente percibe un salario mensual superior que anteriormente, mas ello, no es suficiente para modificar aquella cantidad por cuanto no puede desconocerse la naturaleza de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil que trata de restablecer el desequilibrio patrimonial entre los cónyuges en el momento de la ruptura matrimonial; parece evidente que la cantidad fijada en dicho momento debe ser mantenida de manera general a salvo que se produzca un cambio sustancial en la fortuna de uno y otro cónyuge (artículo 100 del Código Civil), de esta forma que incluso la posibilidad de aumen-

tarla ha sido negada por algunas Audiencias Provinciales, no obstante partiendo de la posibilidad muy restrictiva de elevación cual sería la fijación reducida de la pensión compensatoria en su momento atendiendo a una mejora en la de alimentos a favor de los hijos o a una reducción de ingresos de manera muy coyuntural por el obligado (situación de desempleo, ILT, etc.) lo que parece evidente que el presente supuesto, aumento de emolumentos del recurrente, no puede justificar la elevación de la pensión por desequilibrio, pues se trata de un aumento producido muy posteriormente a la separación, es ajeno por consiguiente al tiempo de convivencia marital y se basa en circunstancias personales laborales de esfuerzo y dedicación por parte del recurrente, por todo ello procede revocar la Sentencia de instancia manteniendo la cantidad fijada en la anterior Sentencia de separación.

VII. CUESTIONES PROCESALES

1. *Validez y eficacia de la donación que el padre hizo a los hijos en el convenio regulador de la separación respecto a su cuota en la sociedad de gananciales concretada en el 50% de la vivienda familiar.*

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de octubre de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Elena Rodríguez-Vigil Rubio.

Por sentencia de 15 de mayo de 1993 recaída en procedimiento de separación de mutuo acuerdo de los esposos don Isidoro y doña María de los Ángeles, se aprobó el convenio regulador suscrito por ambos en fecha uno de abril inmediatamente anterior, convenio regulador igualmente ratificado en la sentencia que decretó su divorcio en fecha 21 de abril de 1997.

En tal convenio regulador y en su estipulación 4.ª apartado A) ambos cónyuges convinieron que «El piso ganancial del matrimonio sito en Gijón, calle Ezcurdia..., se adjudicará así: El cincuenta por ciento a la esposa en plena propiedad y el otro cincuenta por ciento a los tres hijos del matrimonio por iguales terceras partes en plena propiedad», añadiéndose en el último párrafo de tal estipulación que entre otras, esta medida «entrará en vigor desde la fecha del presente convenio» y en la sexta que «se comprometen ambos a los efectos de dar total cumplimiento a lo aquí pactado a firmar de forma extrajudicial y amistosa cuantos documentos, públicos o privados, sean necesarios. Todo ello sin más trámite que el simple requerimiento del otro».

Don Luis por entender que al no haber formalizado tal donación, de su participación en la vivienda que había constituido el domicilio familiar, a favor de sus tres hijos en escritura pública, ni estimar que los mis-

mos la hubieran aceptado en momento anterior a la revocación por el citado de lo que denomina su «animus donandi», reputa la misma inexistente y, en base a ello ejercita en la demanda que dio lugar a los autos de menor cuantía número 7/1999 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Gijón, acción de división de cosa común frente a su «ex» esposa y copropietaria del otro 50%; a tal demanda y procedimiento citado se acumuló la formulada por esta última y sus hijos que dio lugar a los autos número 49/1999 del Juzgado de Primera Instancia número 7 de los de Gijón en la que se ejercitaba acción declarativa de propiedad sobre la citada mitad indivisa así como de condena al «ex» esposo al otorgamiento de la correspondiente escritura pública de donación a favor de sus hijos.

Así centrados los términos del debate se trata lo sometido a la decisión de la Sala como ya lo fue en la primera instancia de una cuestión esencialmente jurídica y no otra que la de determinar cuál es la naturaleza de la obligación asumida por el «ex» esposo en el convenio regulador de su separación a favor de sus hijos como paso necesario para concluir o no su validez y por ello fuerza vinculante para el citado.

Pues bien al respecto no puede sino reiterarse la doctrina ya sentada por esta Sala en su sentencia de fecha 31 de marzo de 1992,

contemplando un supuesto en todo idéntico al de autos, en cuanto que se enjuiciaba la naturaleza de un pacto contenido en convenio regulador de separación matrimonial en virtud del cual el padre manifestaba «su firme voluntad de donar la vivienda de su propiedad privativa a favor de su hijo David, reservando en beneficio de la esposa usufructo vitalicio de la misma».

Así se razonaba entonces y se reitera ahora lo innecesario de «introducirse en el debate doctrinal existente sobre la naturaleza traslativa o meramente obligacional de la donación y ello porque se parte de considerar que la referida cláusula no tiene un contenido de liberalidad, sino de naturaleza onerosa en cuanto se inserta en un negocio jurídico de mayor contenido obligacional recíproco, toda vez que engloba una pluralidad de contraprestaciones, de tal manera que todas ellas se complementan entre sí, hasta el punto de que, muy probablemente, las unas no se habrían pactado sin las otras».

En el supuesto ahora enjuiciado un análisis del citado convenio en la totalidad de sus cláusulas evidencia que en el mismo nada se fija en relación a la contribución paterna a los alimentos de los hijos pese a que a éstos junto con la madre se atribuye el uso de la vivienda familiar, lo que evidencia que los mismos, o al menos alguno de ellos, pese a ser mayores de edad, no eran independientes económicamente y convivía con la citada lo que hacía subsistente tal obligación paterna que muy posiblemente fue sustituida por el pacto hoy enjuiciado.

En definitiva que el convenio regulador y las estipulaciones en el mismo contenidas no pueden ser calificadas como se propugna por el recurrente, de una mera «declaración de intenciones» o si se quiere en este caso una mera promesa de donación —cuya validez y consiguiente eficacia vinculante en la actualidad la jurisprudencia del TS niega (sentencias de 22 de junio de 1982 y 23 de

diciembre de 1995) superando criterio contrario precedente— sino de un verdadero negocio jurídico cuya eficacia vinculante deriva del amplio reconocimiento que la Ley 30/1981 de 7 de julio ha reconocido a la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, muy especialmente en las cuestiones económicas y patrimoniales (cfr. doctrina contenida en las SS. de 22 de abril de 1997 y 21 de diciembre de 1998).

Siendo ello así, siguiendo la doctrina contenida en la sentencia del TS de 5 de febrero de 1992, invocada en la recurrida, en la que se viene a analizar un supuesto ciertamente análogo al de autos, no puede sino ser calificado el convenio regulador de la separación también en este caso como un negocio jurídico de naturaleza compleja; en palabras del propio Alto Tribunal: «una manifestación de las llamadas uniones de contratos, en donde con una dependencia de bilateralidad en lo acordado, no desaparece la esencial unidad de contrato o de consentimiento contractual, abocando, pues, en una especie de contrato mixto o contrato combinado con prestaciones coaligadas» que obviamente, se reitera, no permite contemplar cada una de ellas aisladamente desde el momento en que las unas no se hubieran pactado sin las otras.

Las razones precedentemente expuestas, unidas a las consignadas en la sentencia de primera instancia que esta Sala asume íntegramente y da aquí por reproducidas en aras a la brevedad, determinan en este caso la plena eficacia vinculante de la obligación asumida en el convenio regulador por el recurrente y consiguientemente lo improcedente de su pretensión desconociéndola así como, por ello, la procedencia de acoger las pretensiones deducidas en la demanda de la «ex» esposa e hijos frente al citado tendentes a dar cumplimiento a lo convenido por su parte.

2. *Posibilidad de que las litisexpensas se fijen en la sentencia matrimonial como reintegro de los gastos ocasionados.*

AP Alicante, Sec. 7.^a, Sentencia de 6 de noviembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José de Madaria Ruvira.

La representación legal del esposo recurre la sentencia de separación en cuanto a las litis expensas concedidas a la esposa, por importe de 750.000 ptas., y aduce a favor de su tesis diversa jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Alicante, como la Sentencia de la Sección Cuarta de fecha 6-1-1995, que cita a su vez diversas sentencias del Tribunal Supremo. Pero hoy en día la propia Audiencia Provincial de Alicante ha dado un giro a sus tesis, manteniendo posiciones más avanzadas. Así en orden a las litis expensas, el criterio actual de la Audiencia Provincial de Alicante, viene expuesto en la Sentencia de fecha 1-2-1999, que señala que «La finalidad de las llamadas litis expensas es evitar la indefensión, en que el proceso de separación o divorcio por quiebra de la armonía conyugal y por ende la ruptura de la vida en común, puede producir al cónyuge que carece de bienes propios para pleitear en el momento de los litigios y que tampoco puede conseguir el beneficio de justicia gratuita, habida cuenta de la situación patrimonial de su consorte (art. 16 LECiv). Es por esto la razón de que las normas en vigor contemplen esta institución del procedimiento, arts. 103 núm. 3 y 101 del Código Civil. Este en la específica regulación de la crisis del matrimonio, prevé la posibilidad de fijar las litis expensas como una medida provisional o provisionálísima (arts. 103 y 104 CC), dentro del concepto más amplio de cargas del matrimonio. Es en este concepto amplio en el que el Código Civil regula la institución, en el párr. 3.^o del art. 1318, por

lo que también parece aceptarse que sea posible fijarlas en la sentencia, no como provisión anticipada para litigar, sino como reintegro de los gastos ocasionados, y ello en base al art. 91 CC, que señala entre los efectos indirectos de las sentencias de divorcio, separación o nulidad, en defecto de pactos entre los cónyuges, los relativos a las cargas del matrimonio, que deberá fijar el Juez, como dicen las SSAP de Murcia Secc. 1.^a de 26 de junio de 1995 y 5 de febrero de 1996.

Son más las Audiencias que consideran que el momento procesal para solicitar las litis expensas no se reduce a la fase inicial de medidas provisionales y por lo tanto puede presentarse en la demanda del pleito principal, así las SSAP de Murcia, Secc. 1.^a de 26 de junio de 1995 y 5 de febrero de 1996, Guadalajara de 30 de octubre de 1996, León de 16 de abril de 1993, Huesca de 1 de septiembre de 1993 y Valencia, Secc. 6.^a de 18 de abril de 1997, entre otras muchas. La institución de las litis está consagrada legalmente, en especial para los litigios matrimoniales como es el que se plantea en los autos de que la pieza a que este fallo se refiere, dimana; así el número 3.^o del artículo 103 del Código Civil las incluye entre las medidas provisionales que puedan adoptarse en tales procesos. No desvirtúa esa obligación la situación de separación y que en virtud de ella pueda ya existir también un régimen económico familiar de separación de bienes, pues así ya se fijaba en Sentencias del Tribunal Supremo como las

de 30 de enero de 1957, 8 de marzo de 1949 y otras, y está establecido en el artículo 1438 del Código Civil que bajo dicho régimen económico, los cónyuges tienen la obligación de contribuir a las cargas matrimoniales. La naturaleza familiar de esta obligación de facilitar las litis expensas al otro cónyuge, justifica lo que queda expresado, y su subsistencia mientras el matrimonio exista en derecho, esto es, antes de obtener el divorcio o la nulidad por resolución firme, como dice la SAP de Huesca de 1 de septiembre de 1993. La obligación de prestar apoyo económico al cónyuge que necesite litigar con otro, se recoge en el art. 103,3 CC; esta «provisio ad litem» viene condicionada, sin embargo, a que se pruebe la carencia de bienes en el solicitante, unido a la riqueza del cónyuge obligado a prestarlas, que el cónyuge solicitante no puede ampararse en el beneficio de justicia gratuita por no reunir los requisitos que exigen los arts. 14 y 16 LECiv, y que la pretensión de solicitud de dichos gastos o expensas no se apoye en una petición de nulidad, separación o divorcio temeraria o se busque con ello un fin malicioso. Compete al órgano jurisdiccional, con carácter restrictivo a fin de evitar pleitos innecesarios, la facultad de apreciar la necesidad del cónyuge litigante y la naturaleza y extensión de la «litis expensas», SAP de Cuenca de 25 de enero de 1994.

Igualmente la SAP Álava de 6 de marzo de 1996, en lo relativo a las «litis expensas», cuyo pronunciamiento ha obviado la sentencia recurrida, en orden a la procedencia o no de su fijación debemos señalar, inicialmente, que el derecho a obtenerlas viene determinado por la carencia de medios económicos precisos para hacer frente a los gastos judiciales, que vaya a originar la defensa de quien las pretende, atendido el contenido del art. 1318.3.º CC, en aquellos supuestos en que la situación económica de quien los solicita permita apreciar una carencia de medios para afrontar su defensa. Como dice la SAP Valencia, Secc. 6.ª, S. 18-4-1997 «Por lo que se refiere a la ‘litis’ expensas que pide doña... en el momento de la interposición de la demanda, y sin que nada expresamente se diga sobre la misma en la sentencia impugnada, entiende este Tribunal de conformidad con el art. 103 CC, son procedentes en la cuantía de 100.000 ptas., por cuanto, si bien ha sido devengada la pensión compensatoria en favor de doña... es lo cierto que carece de ingresos propios frente a la pensión que percibe de don... y que asciende a 4.307.660 ptas. razón, por la que difícilmente podrá acceder a justicia gratuita teniendo en cuenta que en su concesión se estiman los ingresos de ambos cónyuges».

3. *Falta de legitimación activa del tutor, una vez que ha fallecido la persona sometida a tutela, para instar una procedimiento de homologación de la sentencia canónica de nulidad matrimonial.*

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 9 de noviembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pascual Ortuño Muñoz.

La sentencia de instancia, que no ha dado lugar a la solicitud del actor por la que pretende que se declare la nulidad del matrimo-

nio que contrajo su difunta hermana doña Mercedes con el demandado, ha sido objeto de impugnación por las dos partes en el liti-

gio. El actor funda su recurso en la alegación del error en la apreciación de las pruebas que han servido de base para denegar la nulidad matrimonial solicitada y sostiene la existencia de anomalías psíquicas graves que afectaban a su pupila en el momento en el que fue prestado el consentimiento para unirse en matrimonio con el señor M. en 1988, aun cuando la declaración judicial de incapacidad no se produjo hasta el 26-5-1992. El demandado, por su parte, impugna la sentencia por dos motivos diferenciados: el primero por cuanto no ha sido acogida la excepción de falta de legitimación del actor para promover la demanda; y el segundo, por cuanto no se ha dado lugar a la pretensión reconvenzional que dedujo de que fuera condenado el demandante al pago de una indemnización por los perjuicios causados por la interposición de la demanda. El carácter procesal y, por consiguiente de naturaleza pública, del primero de los motivos del recurso del demandado apelante, determina que deba ser analizada en primer lugar la legitimación del actor para promover la acción de nulidad matrimonial en su calidad de tutor de doña Mercedes, puesto que si se estimara el mismo, no sería necesario enjuiciar el resto de los motivos impugnatorios de las partes.

La correcta resolución del litigio precisa la consignación de los hechos en los que se fundamenta la acción ejercitada, a tenor de las alegaciones de las partes y de la resultancia de los medios de prueba practicados. Son hechos incontrovertidos que la hermana del actor, doña Mercedes, falleció el 10-7-1992, después de haber estado casada en dos ocasiones. Del primer matrimonio, disuelto por divorcio, nació una hija, que vive y no ha sido llamada al proceso, doña Erika, y del segundo matrimonio que contrajo con el demandado don Antonio en fecha 30-8-1988, no ha existido descendencia. Poco antes de morir doña Mercedes otorgó testamento, el 13-2-1992, designando heredero a su esposo, el hoy demandado, sin perjuicio de los derechos legitimarios de su hija.

El actor, hermano de la difunta señora Mercedes, instó demanda de incapacitación de la misma, cuyo proceso se siguió sin oposición de la interesada y sin que compareciera en los autos, recayendo sentencia que le declaró incapaz días antes de que acaeciera su muerte, en fecha 26-5-1992, sin especificación del alcance de la falta de capacidad ni la retroacción de sus efectos y designando tutor al propio hermano, el hoy demandante, con notoria preterición de la hija y del esposo de la presunta incapaz, que tampoco fueron llamados al proceso. Esta sentencia no llegó a ser notificada a la interesada, puesto que falleció el 10-7-1992. No consta que el tutor tomara posesión de su cargo, realizara inventario de bienes, prestara fianza, ni realizara ningún acto propio del ejercicio de la tutela, ni que tras la extinción posterior a la muerte de la pupila rindiera cuentas de su gestión en legal forma.

Transcurridos más de cinco años desde el fallecimiento de doña Mercedes, al iniciarse los trámites de la liquidación de la herencia de la misma, el hoy demandado ha formalizado demanda impugnatoria del testamento de la causante y, de forma coetánea ha promovido la presente acción, solicitando, con invocación expresa de su condición de tutor de su hermana, la nulidad del segundo matrimonio de la misma por haber sido contraído sin consentimiento (art. 73.1 Código Civil).

La resultancia fáctica descrita pone de manifiesto la falta de legitimación del actor para promover la acción ejercitada. Sin necesidad de entrar a considerar la oposición a la demanda que ha formulado el esposo por las irregularidades de la sentencia de incapacitación, especialmente derivadas de la falta de notificación de la misma a la interesada o a sus herederos (esposo e hija), ni a la falta de intervención como litisconsorte necesaria de la hija, ni a la ausencia del Ministerio Fiscal en este proceso, que impone el artículo 124.1 de la Constitución, el artículo 435 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 7 del Estatuto del Ministe-

rio Fiscal, y que ha señalado la STS de 20 de febrero de 1997, es lo cierto que el actor manifiesta en su demanda que obra en su calidad de tutor de la difunta, condición que aclara y reitera en la contestación dada a la posición segunda de las que le fueron formuladas en la prueba de confesión judicial (folio 283), olvidando que la función de tutor habría finalizado, aun en el supuesto de que hubiera aceptado válidamente el cargo, con la muerte de la persona tutelada, tal como establece el número 3.º del artículo 276 del Código Civil. En consecuencia con lo anterior, ha de ser apreciada la excepción perentoria del número 2 del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al carecer el actor de la cualidad que invoca como supuesto de la acción ejercitada.

Tal como con toda meticulosidad analiza el juez de instancia, el artículo 74 del Código Civil establece una amplia legitimación para el ejercicio de la acción de nulidad matrimonial que aun cuando, en principio y por su carácter subjetivo e intimista, corresponde únicamente a los esposos (STS 27 de febrero de 1999), puede ser ejercida por el Ministerio Fiscal, por personas con interés directo y, en especial por el tutor, mas siempre que éste se encuentre en el ejercicio pleno de su cargo, lo que en el caso de autos no

concorre. Antes al contrario, puede observarse una confrontación de intereses entre los derechos de la propia difunta y los del demandante. Doña Mercedes contrajo matrimonio con el demandado ante el juez encargado del Registro Civil que, al igual que los testigos intervinientes (folios 142, 175 y 178), no apreciaron el defecto de capacidad alegado; expresó su última voluntad ante notario el 13-2-1992 sin que dicho fedatario público observase la incapacidad que el actor pretende referir a cuatro años antes. El hoy actor, por su parte, que no realizó acto alguno de protección de su presunta tutelada en vida de la misma, pretende obtener con la declaración de nulidad del matrimonio de su hermana un beneficio directo en la sucesión patrimonial de la misma prevaleándose de su condición de tutor que, mientras pudo estar vigente no ejerció, y que intenta hacer valer cinco años después de la extinción de la tutela por el fallecimiento de la causante, lo que aleja su interés de aquel otro de naturaleza pública que es presupuesto de la legitimación para interesar la nulidad matrimonial de un tercero, en una interpretación integradora de los artículos 74 y 7 del Código Civil, por lo que es consecuencia obligada la desestimación íntegra de la demanda y la condena al actor en las costas de la instancia.

4. *Cuando se insta un procedimiento de modificación de medidas para suprimir la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad, éstos deben ser demandados en unión del progenitor con el que conviven.*

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de diciembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Picazo Blasco.

El padre promovió un incidente de modificación en relación con la extinción de la pensión alimenticia fijada a favor del hijo mayor de edad. Dirigiéndose la demanda

exclusivamente frente a la madre y solicitándose la supresión de la cantidad porcentual mensual pactada como pensión alimentaria a favor del hijo ya que el padre actor se

había hecho cargo de los gastos derivados de la estancia del mismo en la localidad de Mondragón en que aquél cursa sus estudios universitarios, el Juzgado de primer grado articuló la improsperabilidad de la demanda en dos razones, una, por no haberse dirigido igualmente la misma frente al hijo afectado por la supresión de la pensión al ser éste ya mayor de edad, apreciándose un defecto de «litisconsorcio pasivo necesario»; y otra, por la que realmente la medida cuya supresión se solicita, esto es, la obligación alimentaria, subsiste realmente, pretendiéndose exclusivamente un cambio en la modalidad o forma de pago como lo es la sustitución de la pensión mensual y porcentual al salario del padre por la satisfacción de los gastos derivados de la estancia universitaria del hijo en Mondragón. Frente a lo así acordado se alzó el padre actor cuya dirección técnica desgranó como motivos de recurso el de la improcedencia en cuanto a que la pensión continuara siendo abonada a la madre al ser soportados por el propio padre, así como el de la improcedencia en cuanto a la llamada del hijo mayor de edad al pleito ya que ni nos encontramos en sede de fijación de alimentos, ni existe convivencia bajo el mismo techo, ni puede derivarse indefensión que afecte al hijo al pretenderse exclusivamente que los gastos sufragados por el progenitor sean tenidos en cuenta en la sentencia sustituyendo a la pensión en la forma en que fue pactada en el convenio, siendo tales gastos de superior cuantía a los convencionalmente pactados. Frente a lo así afirmado se opuso la esposa cuya dirección letrada replicó en los mismos términos que lo hizo al oponerse a la demanda reiterando el expresado defecto en la construcción de la relación procesal y manifestando pretender el esposo un empeoramiento de la situación del hijo al entrañar los gastos universitarios una suerte de gastos extraordinarios a cuya satisfacción se encuentra igualmente obligado según los términos del convenio.

La cuestión procesal relativa a la falta de litisconsorcio pasivo necesario cuando ventilándose acciones afectantes a los intereses

de los hijos que habiendo alcanzado la mayoría de edad y conviviendo en el domicilio familiar no han sido llamados al pleito ha sido objeto de reiterado tratamiento por esta Audiencia Provincial cupiendo citar, entre otras, las SS. 225/1999, de 18 de junio, y 182/2000, de 14 de junio, por las que... la falta de legitimación respecto de alimentos es operable en los supuestos de supresión, pues en tal caso los hijos mayores de edad y perceptores de dichos alimentos han de ser llamados a pleito a fin de poder ser oídos y en evitación de situaciones de indefensión, matizando la reciente S. 182/2000, de 14 de junio de (rollo 146/2000) en su FD 2.º que... se estima concurrir la excepción de litisconsorcio pasivo necesario en aquellas situaciones en que, en efecto, no han sido llamados al pleito como demandados los expresados hijos mayores de edad y convivientes con el fin de que pudieran defenderse, produciéndose, en suma, una situación de indefensión sancionable por infracción del art. 24.1 CE.

Partiéndose de lo anterior, es evidente que la estrategia defensiva desplegada por la dirección técnica de la recurrente yerra desde el momento en que se están anteponiendo razonamientos y argumentaciones de fondo cuyo estudio y por su propia naturaleza queda vedado desde la perspectiva de la excepción opuesta, o, dicho de otra forma, que al ventilarse intereses afectantes a las pensiones alimenticias de un hijo que ya ha alcanzado la mayoría de edad y que continúa conviviendo en el domicilio familiar —ya que el hecho eventual de que por razones de estudio resida fuera del mismo durante determinados períodos del año no obsta a este concepto de «dependencia» del núcleo familiar como es obvio— y como quiera que éste no fue llamado al pleito para hacerse oír, nos encontramos ante una clara situación generadora de indefensión, sin que precisamente quepa alegar que tal indefensión no se da desde el momento en que la solución propuesta por el progenitor resulta más favorable o beneficiosa a los intereses del hijo pues, de una parte, ello ya supone prejuzgar sobre el fondo lo que, como decimos,

nos está vedado por razones estrictamente procedimentales; y, de otra, la simple lectura de los términos en que el convenio regulador se expresa en punto a las cargas familiares revela, en efecto, que nos hallamos ante una cuestión ciertamente compleja, aparentemente no unívoca y susceptible de más de una interpretación en cuanto que éste distingue de una parte entre una pensión mensual, periódica y porcentual a los ingresos del esposo y de otra, de otros gastos también con cargo al padre, tanto ordinarios co-

mo extraordinarios, que son aparte de la estricta alimentación y que, por ejemplo, se corresponden con los gastos de ropa, estudios, estudios complementarios etc., gastos que de resultar incluidos dentro de los gastos que actualmente sufraga el padre por los estudios seguidos por Israel en Mondragón no excluirían la satisfacción de la pensión porcentual cuya supresión resulta precisamente postulada por el progenitor recurrente. Por todo ello, el recurso ha de claudicar.

VIII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

1. *La pensión establecida en la sentencia de separación produce sus efectos desde su firmeza, sin que pueda tener efectos retroactivos desde la fecha de interposición de la demanda.*

AP Navarra, Sec. 1.^a, Auto de 12 de septiembre de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María Esther Erice Martínez.

La cuestión a dilucidar en el presente recurso es si la pensión alimenticia establecida en la sentencia dictada en el juicio de Separación despliega sus efectos desde la interposición de la demanda, o si por el contrario dicha resolución tiene carácter constitutivo y produce efectos desde su firmeza, sin carácter retroactivo. La resolución ahora impugnada considera que las obligaciones deberán cumplirse, al menos, desde la fecha de interposición de la demanda, concediendo por lo tanto carácter retroactivo a lo dispuesto en la sentencia; contra dicha resolución se alza el presente recurso.

Las obligaciones contenidas en la sentencia dictada en el juicio de separación, sentencia de carácter constitutivo, despliegan sus efectos desde la firmeza de la misma, sin que ésta tenga carácter retroactivo. El perío-

do de tiempo comprendido entre la interposición de la demanda y el momento en que es dictada la sentencia firme debe ser cubierto, en lo atinente a las pensiones alimenticias, por las obligaciones acordadas en las Medidas Provisionales o Provisionalísimas, siendo en estos procedimientos en los que debe acordarse el abono de dichas pensiones. No se discute aquí la obligación del padre de abonar las cantidades correspondientes en concepto de pensión alimenticia, sino únicamente el cauce procesal en que han de hacerse efectivas y éste no es otro que el de los procedimientos de Medidas Provisionales o Medidas Provisionalísimas; así las cosas no cabe sino estimar el recurso de apelación interpuesto, revocando la resolución impugnada; en aplicación de lo dispuesto en los arts. 91, 102 y 103 del CC.

2. *Restitución de la custodia a la madre que reside en Portugal, al no haber transcurrido un año desde que tuvo lugar la sustracción.*

AP Orense, Sentencia de 29 de septiembre de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Margarita Fuenteseca Degeneffe.

La sentencia de instancia desestimó la petición efectuada por el Abogado del Estado y acordó no haber lugar a la restitución de la custodia del menor a la madre sin perjuicio de las acciones que, en cuanto al fondo de la cuestión, pudiesen ejercitar ante la autoridad judicial portuguesa.

La parte apelante fundamenta el recurso de apelación en que se trata en este supuesto de un caso de aplicación del art. 8 del Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, relativo al Reconocimiento y la Ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al Restablecimiento de dicha custodia, y concretamente en que la sentencia apelada vulnera el párr. 2 de dicho artículo. Según el art. 8 del citado Convenio Europeo: «En caso de traslado sin derecho, la autoridad central del Estado requerido dispondrá que se proceda inmediatamente a restituir al menor: a) Cuando en el momento de entablar el procedimiento en el Estado donde se dictó la resolución correspondiente o en la fecha del traslado sin derecho, si éste se produjo con anterioridad, el menor y sus padres no tengan más nacionalidad que la de dicho Estado y el menor tenga residencia habitual en el territorio de dicho Estado. b) Se haya dirigido a una autoridad central una solicitud de restitución, dentro de un plazo de seis meses a partir del traslado sin derecho». En efecto, según el art. 1 de este mismo Convenio, apartado i): se considera traslado ilícito el hecho de que un menor no regrese a través de una frontera internacional, al finalizar el período de ejer-

cicio de un derecho de visita relativo a dicho menor o al término de cualquier otra estancia de carácter temporal en territorio distinto de aquel en que se ejerza la custodia. Se trata, por lo tanto, de un caso de traslado ilícito del menor, al no regresar de las vacaciones de Semana Santa, que pasó con su madre en España, infringiendo la resolución de 3 de diciembre de 1999 del Juzgado de Mesao Frio (Portugal), por la que se confirió la guarda y custodia a la tía paterna del menor, concretamente del punto 5.º de dicha resolución. Y, en consecuencia, al existir un traslado ilícito, según el art. 8 del mencionado Convenio Europeo, el Estado requerido dispondrá que se proceda inmediatamente a la restitución del menor, cuando se trate de los supuestos a) y b) ya reproducidos; que son plenamente aplicables a este caso, puesto que, en el momento de entablar el procedimiento en el Estado donde se dictó la resolución que se pretende reconocer, el menor y sus padres, según consta en autos, tenían únicamente la nacionalidad portuguesa, y el menor, además, la residencia habitual en territorio portugués. También se cumplen los requisitos del apartado b), según el cual, el Estado requerido procederá inmediatamente a restituir al menor si se ha dirigido a una autoridad central una solicitud de restitución dentro de un plazo de seis meses a partir del traslado sin derecho. En este caso la fecha del traslado ilícito es de 4 de abril de 1999 y la petición a la autoridad administrativa española es de 13 de mayo de 1999. Además, es también aplicable a este

supuesto el párrafo segundo de dicho art. 8 del Convenio Europeo, alegado por la parte apelante, según el cual: «si con arreglo a la Ley del Estado requerido no pudiera cumplirse lo prescrito en el párrafo primero del presente artículo sin la intervención de una autoridad judicial, ninguno de los motivos de denegación previstos en el presente Convenio será de aplicación en el procedimiento judicial». La sentencia de instancia apelada vulnera, efectivamente, este precepto, del cual se deduce que, siempre que sea necesaria intervención de la autoridad judicial en el Estado requerido para cumplir lo establecido en el mismo artículo, como es aquí el caso, no serán de aplicación los motivos de denegación del Convenio, es decir, el Estado requerido dispondrá la inmediata restitución del menor, sin que se puedan tener en cuenta ninguno de los motivos de denegación del Convenio en el procedimiento judicial.

Los arts. 9 y 10 del citado Convenio Europeo prevén supuestos en los que, taxativamente se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de custodia de menores, en casos distintos de los previstos en el art. 8. Los arts. 9 y 10, por lo tanto, no son de aplicación al caso, como menos aún lo son las reservas que, en virtud del art. 17 del Convenio Europeo mencionado, realizó España, en instrumento de ratificación de fecha de 9 de mayo de 1984. Tales reservas para denegar el reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de custodia de menores, aplicadas en Primera Instancia e invocadas de nuevo por la parte apelada en segunda Instancia, fueron, en efecto, inicialmente incluidas en el instru-

mento de ratificación, pero posteriormente anuladas, como consta en BOE 17-10-1995, con efectos desde 28-7-1995.

La sentencia apelada fundamenta su decisión en el párr. 2.º del art. 12 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que dispone en el párr. 1.º: «Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el art. 3 y, en la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contratante donde se halle el menor hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado ilícito, la Autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor» y en el párrafo segundo: «La autoridad judicial o administrativa, aun en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor, salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio». Se trata claramente en este caso de un supuesto de aplicación del párrafo primero del art. 12, debido a que, como ya se ha puesto de manifiesto, desde el traslado ilícito del menor (4 de abril de 1999) hasta la iniciación del procedimiento ante la Autoridad administrativa del Estado Contratante (España) en que se halle el menor (13 de mayo de 1999, folio 10) no ha transcurrido un año. No procede, en consecuencia, la aplicación del párrafo segundo de dicho artículo, ni siquiera interpretado «a contrario sensu», como se pretende en primera Instancia.

3. *Si no se estableció en la sentencia cláusula de revisión de la pensión compensatoria no procede adicionar el pronunciamiento en fase de ejecución de sentencia, siendo necesario plantear un procedimiento de modificación de medidas.*

AP Toledo, Sec. 1.^a, Auto de 26 de octubre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio Buceta Miller.

En el caso presente, no es que se pretenda por la parte recurrente la sustitución del fallo, sino su adición, en el sentido de incluirse en el mismo por vía de incidente de ejecución de sentencia, una cláusula de estabilización conforme al IPC de una pensión por desequilibrio económico concedida por la sentencia, y aun cuando según la Jurisprudencia (STS de 23 junio 1987, entre otras) los fallos de las resoluciones pueden ser integrados por los razonamientos contenidos en las mismas, no se aprecia en el caso presente que la expresada sentencia contenga razonamiento alguno respecto a ninguna cláusula de estabilización, y examinando sus antecedentes de hecho, pues no consta la demanda inicial, tampoco consta que en ella se pidiera más que la concesión de la pensión compensatoria o por desequilibrio económico, pero no su actualización, razón por la que su concesión ahora, no sólo vulneraría el principio de identidad entre lo fallado y lo ejecutado, previsto en el art. 20.2 de la LOPJ, sino incluso el principio de congruencia de la sentencia pues nos encontramos ante una cláusula en su día no pedida por la parte demandante y que a juicio de la Sala no se puede considerar necesariamente implícita en la petición principal planteada, ni ha de acompañar necesariamente a toda pensión compensatoria o por desequilibrio económico concedida en sentencia, pensiones que aunque tienen por lo general carácter periódico, no necesariamente han de ser indefinidas, sino que en ocasiones tienen

una duración limitada aun cuando no concurre ningún supuesto legal para su extinción del art. 100 del CC (p. ej. por compensación puntual de deudas, pensión establecida por un período razonable hasta encontrar un trabajo, etc.).

Y así, obedeciendo la pensión que nos ocupa, a unos fundamentos diferentes de la alimenticia en favor del propio cónyuge e hijos, no es de aplicación la doctrina contenida en alguna Sentencia del TS como la de 14 de febrero de 1976 a cuyo tenor «la devaluación del poder adquisitivo de la moneda, como consecuencia de la inflación del coste de la vida, no puede menos de ser incluida entre las causas que deben tenerse en cuenta por los Tribunales para producir la elevación de las pensiones a que se refiere el artículo 147 del Código Civil», porque al indicarse en éste que tal hecho dependerá del «aumento que sufran las necesidades del alimentista» no es posible interpretar esta frase en un sentido literal y estricto, sino también en relación con sus antecedentes históricos y legislativos y la realidad del tiempo en que el precepto ha de ser aplicado, con atención especial a su espíritu y finalidad según expresamente se hace constar en el artículo 3, número 1, de dicho Cuerpo Legal», agrandando que «la ‘ratio legis’ del artículo 147 no se cumpliría de no actualizarse el ‘quantum’ de la pensión en armonía con la erosión que el dinero hubiera sufrido, puesto que de otra manera se obligaría al alimentis-

ta a disminuir, reducir o dejar de atender alguna de ellas, rebajando su condición social, sobre todo cuando, como ya dijo la sentencia de 2 de diciembre de 1970, la materia objeto de este estudio no debe ser interpretada restrictivamente».

Y no es aplicable dicha doctrina al caso que nos ocupa, por cuanto nos encontramos en el caso presente ante una situación distinta de la pensión alimenticia, porque pese a la aparente amplitud del art. 100 del CC que parece indicar que toda sentencia que imponga una pensión por desequilibrio habrá de contener también las bases de actualización, la realidad es que por obedecer a diferentes fundamentos la alimenticia y la compensatoria, el art. 90 en sus apartados c) y e) distingue ambas y en la primera comprende las bases de actualización, lo que se repite en el art. 93 en cuanto a los alimentos de los

hijos y no en el apartado e), que habla únicamente de la pensión que conforme al art. 97 correspondiera satisfacer en su caso a uno de los cónyuges, sin referencia alguna a las cláusulas de estabilización.

En definitiva, si bien podría ser dudoso que una pensión alimenticia en favor de los hijos o incluso del otro cónyuge, pudiera ser actualizada en ejecución de sentencia por entender implícita en el fallo la cláusula de estabilización de la pensión, tratándose de una pensión compensatoria como la que nos ocupa, no cabe duda alguna que ha de ser expresamente pedida (lo que no ocurrió) y concedida en el fallo, de tal modo que la actualización que se pretende por vía de ejecución de sentencia y no de expediente de modificación de medidas, determinaría la incongruencia por exceso de la resolución que así lo concediera.

4. *Improcedencia de acceder a la restitución del menor cuando ha transcurrido más de un año desde que se produjo el traslado a la retención ilícita y por otro lado ha quedado demostrado la integración de la menor en su nuevo medio.*

AP Huesca, Auto de 16 de noviembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Angós Ullate.

El Juzgado de instancia declaró —con acierto— que el traslado de la menor desde Venezuela hasta España a instancia de su padre fue ilícito, por lo que huelga incidir sobre este aspecto de la controversia. Y fue ilícito porque la madre tenía reconocido el derecho de custodia de la niña, y, por tanto, el de decidir su lugar de residencia, en virtud de lo acordado en el procedimiento de divorcio seguido en el juzgado tercero de primera instancia del Estado de Carabobo. Dicho juicio concluyó por S. 19 de mayo de 1995, que ratificó las medidas adoptadas en

el anterior procedimiento de separación, en el cual las partes convinieron que ambos padres ostentarían la patria potestad de la hija menor, pero que la madre ejercería su guardia y custodia, sin perjuicio del régimen de visitas establecido a favor del padre.

El párr. 1.º del art. 12 del Convenio dispone que «cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el art. 3 y, en la fecha de iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado Contra-

tante donde se halla el menor, hubiera transcurrido un período inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor». Este supuesto no es aplicable al presente caso, pues la sustracción se produjo el día 16 de junio de 1996, como se alega en la demanda y acreditan las pruebas practicadas, especialmente las documentales, y el primer conocimiento que tuvo del hecho una autoridad española (el M.^º Justicia) se remonta a los meses de julio o agosto del año 2000. Asimismo, la demanda que ha dado origen al procedimiento que nos ocupa se presentó el día 1 de septiembre de 2000. Es verdad que la madre denunció la situación de forma inmediata ante las autoridades venezolanas y que el juzgado segundo de menores del Estado de Aragua remitió una solicitud de ayuda internacional, de fecha 25 de junio de 1996, al cónsul de Venezuela en Madrid; pero esta petición nunca fue tramitada ni, desde luego, presentada a ninguna autoridad española, como admite el propio instante del procedimiento y corrobora la copia del oficio unido al folio 107 de los autos, de fecha 29 de enero de 1999, en virtud del cual el M.^º de Justicia de Venezuela devuelve al juez segundo de menores del Estado de Aragua la carta rogatoria para la restitución de la menor y le comunica que, por error u omisión, no fue diligenciada. Como con acierto argumenta el Ministerio Fiscal, la responsabilidad en que haya podido incurrir quien motivó la falta de remisión del exhorto internacional no puede alterar la realidad de los hechos, en los términos que acabamos de exponer.

En consecuencia, al haber transcurrido el indicado plazo de un año, no procederá la entrega del menor cuando «quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio», como señala el párr. 2.^º del mismo art. 12. Y esto es lo que aquí ha ocurrido, con fundamento en la copiosa prueba practicada, entre la cual se encuentran las propias manifestaciones de la niña. En suma, el legislador internacional desea que, en

la situación específica examinada (transcurso de más de un año desde la sustracción), prevalezcan los intereses del menor, al ser los más dignos de protección, frente a los demás que puedan concurrir, en este caso, los de la madre.

A mayor abundamiento, la niña ha manifestado que no desea regresar a Venezuela y tampoco quiere estar con su madre, aunque, a la postre, admitió que tampoco quería perderla y que se llevaba bien con su hermano de 16 años, todo ello por las razones que expone en sus dos declaraciones de forma más o menos prolija y con un mayor o menor fundamento. Sobre la base de tal circunstancia, el art. 13, párr. 2.^º, del Convenio permite que la autoridad requerida deniegue la restitución «cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones». Esto es lo que aquí ocurre, pues Natalia va a cumplir los 12 años el próximo día 19 y ha demostrado un grado de madurez suficiente, a tenor de los informes psicológicos que obran en autos, todo ello con independencia de que pudiera ser necesario para su desarrollo normalizado y su evolución psicológica mantener contactos progresivos con su madre. Concorre, pues, una segunda causa para desestimar la demanda.

Sin embargo, no concurren los demás motivos aducidos por el padre de la niña para oponerse a la solicitud inicial. En primer lugar, la madre nunca ha aceptado, ni expresa ni tácitamente, el traslado, como razona el juzgador de instancia [ap. a) del citado art. 13]. Especialmente, no consta que la señora A. hubiera tenido posibilidades personales y económicas de venir a España con anterioridad para instar de forma directa la devolución de la niña, como ahora ha hecho, a pesar de que procedió a la venta de un piso. Tampoco se ha acreditado que conociera la exacta localización de su ex esposo. Por último, la restitución no exponería a la menor a un peligro físico o psíquico o a una situación intolerable [ap. b) del repetido art. 13]. No hay motivo para pensar que se podrían reproducir los abusos se-

xuales acaecidos en una ocasión ni que las costumbres personales de su madre o las

propias del país perjudicarían el desarrollo de Natalia.

5. *Embargo del 50% de la devolución por el IRPF por deudas de uno de los cónyuges sin tener en cuenta los ingresos y gastos declarados por cada uno de ellos y sin que sea obstáculo para ello que se trate de un matrimonio que se rige por la separación de bienes, ya que ambos cónyuges optaron por hacer la declaración conjunta.*

AP Huesca, Sentencia de 28 de diciembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Tomás García Castillo.

Denuncia la recurrente la indebida aplicación del art. 1441 del Código Civil pues considera que, al encontrarse ella y su marido bajo el régimen económico matrimonial de separación de bienes, no procedería en virtud del expresado precepto atribuir por partes iguales a cada cónyuge la cantidad a devolver conforme a la declaración tributaria que ambos presentaron de manera conjunta, pues a la vista de los ingresos y los gastos de marido y esposa puede determinarse, siempre en opinión de la apelante, la cuota de participación que cada uno de ellos tiene en dicha cantidad. De la prueba practicada se desprende efectivamente que, como en el recurso se afirma, todos los ingresos y todas las retenciones corresponden a la esposa, mientras que sólo trae causa del marido una deducción de la cuota de 1.018 pesetas derivada de una prima de seguro de vida por importe de 10.186 pesetas. A partir de estos datos entiende la apelante que sí es posible determinar qué parte de la devolución corresponde a cada cónyuge, mas las operaciones tampoco resultan tan sencillas como en el recurso se pretende. Hay una deducción por descendientes (el hijo del matrimonio) cuya imputación a uno u otro cónyuge o a ambos podría ser problemática,

sin olvidar que los tipos de gravamen son distintos en las declaraciones conjuntas y en las individuales. En cualquier caso, la recurrente se limita a alegar que es posible establecer unas cuotas de participación de cada cónyuge pero no puede determinar dichas cuotas. En tales circunstancias, no es extraña la aplicación del art. 1441 del Código Civil al no haberse demostrado que sea posible atribuir este crédito a cada cónyuge en una determinada proporción.

En definitiva, y cualquiera que sea la interpretación del art. 89.4 de la Ley 18/1991 del Impuesto sobre la Renta —hoy derogada pero aplicable al presente caso— en cuanto a la naturaleza ya no de la deuda sino del crédito que ambos declarantes tienen frente a la Hacienda Pública en caso de derecho a devolución (pues dicho precepto, al igual que el homólogo art. 70.6 de la hoy vigente Ley 40/1998, habla tan sólo de sumisión conjunta y solidaria de los cónyuges respecto de la Hacienda Pública sin contemplar la posibilidad de que sea ésta la deudora de aquéllos), es cierto que la Ley no establece una presunción “iuris et de iure” de que la participación de los cónyuges en declaraciones conjuntas sea del cincuenta por ciento,

pero también es verdad que, como ya hemos dicho, la parte actora hoy recurrente no ha acreditado cuál sea su cuota de participación en el crédito derivado de la devolución tributaria. Como con acierto señala el Sr. Magistrado-Juez de Primera Instancia, el resultado final de la declaración es conjunto, tanto en obligaciones como en derechos, no por la titularidad de ingresos y gastos sino

por la opción de tributar conjuntamente, pues si la declaración hubiera sido individual la devolución habría resultado inferior. Y al no haberse determinado la cuota de participación de cada cónyuge, el crédito es atribuible por partes iguales a ambos esposos conforme a la regla del art. 1441 del Código Civil, lo que debe conducir al mantenimiento de lo resuelto.

IX. RÉGIMENES ECONÓMICOS

1. *Inclusión en el activo de la sociedad de las cantidades que la esposa extrajo de la c/c cuando se produjo la separación de hecho.*

AP Palencia, Sentencia de 26 de septiembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Santiago Martínez García.

Alega el esposo que, a pesar de que la separación judicial, y en consecuencia, la disolución de la sociedad legal de gananciales, se produjo por Sentencia de fecha 6 de noviembre de 1998, lo cierto es que consta acreditado en autos, por confesión judicial prestada por doña Milagros en el proceso de Medidas Provisionales, que la separación de hecho y la ruptura real de los cónyuges, se produjo en el mes de mayo de 1998, abandonando la esposa el domicilio conyugal, pretendiendo que se tengan en cuenta las extracciones de dinero que la esposa efectuó de las cuentas bancarias pertenecientes al matrimonio el mismo día que decidió marcharse del domicilio conyugal.

Ciertamente desde un punto de vista estrictamente legal, no es posible admitir que la separación de hecho origine por sí sola el efecto retroactivo que se propugna, ya que el art. 1397.1 del Código Civil dispone que

los bienes gananciales que han de comprenderse en el activo del inventario son aquellos existentes en el momento de la disolución de la sociedad, lo cual ocurre según los artículos 95 y 1393.3.º de ese mismo Código, cuando se dicta y deviene firme la resolución judicial que decreta la separación de ambos cónyuges.

Así pues, la liquidación de los bienes gananciales, si los hay, se ha de hacer en atención a la situación patrimonial existente al momento de la disolución, es decir, cuando se dicta la sentencia que determina la nueva situación matrimonial. Pero también es cierto que pueden existir supuestos especiales, como la existencia de una situación prolongada de separación de hecho y ruptura económica antes de que se dicte la Sentencia de separación, o existencia de reintegros masivos y de disposiciones abusivas de los bienes gananciales, en los que por elementales

razones de justicia material o de simple sentido común, está justificado incluir en el activo del inventario aquellos bienes que fueron extraídos indebidamente en un momento anterior a la resolución judicial que acordó la disolución de la sociedad, so pena de primar a aquél de los cónyuges que, sin escrúpulos, decide tomar la iniciativa y esquilmar el patrimonio de la sociedad legal de gananciales cuando ya se ha roto la convivencia conyugal, pero cuando aún no se ha producido la resolución judicial que disuelve la citada sociedad.

Esto es precisamente lo que ha sucedido en nuestro caso, dado que consta que la esposa fue quien tomó la iniciativa de abandonar el domicilio conyugal, y el mismo día que se marchó, 8 de mayo de 1998, acudió al Banco Español de Crédito donde estaban las cuentas de la familia, y de la cuenta

núm. ..., que presentaba un saldo de 3.100.000 pesetas, dispuso de su totalidad, y de la cuenta núm. ..., que presentaba un saldo de 2.230.415 pesetas, sacó la cantidad de 1.115.207 ptas., dejando la cantidad de 1.115.208 ptas.; de esta última cantidad dispuso el esposo los días 13 y 14 de mayo de 1998; en total, la esposa dispuso el mismo día de la cantidad de 4.215.207 pesetas, que excede con mucho de las cantidades que pueden ser necesarias para el uso normal y usual.

Debe ser estimado, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto, y debe incluirse en el activo de la sociedad legal de gananciales la cantidad de 5.330.415 pesetas, de las cuales dispuso la esposa de 4.215.207 pesetas, y el esposo de 1.115.208 pesetas.

2. *La atribución del uso de la vivienda familiar no puede valorarse como una carga que gravite sobre el inmueble en el momento de proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales.*

AP Asturias, Sec. 1.^a, Sentencia de 10 de octubre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.

La cuestión a resolver es si debe o no valorarse derecho de uso de la vivienda familiar atribuido a la esposa e hijo común del matrimonio en la sentencia de separación matrimonial, que la sentencia apelada resuelve con acertado criterio. En efecto, se acepta el argumento de la recurrente sobre la existencia de sentencias contradictorias del TS. Ahora bien, se trata de diferencias en orden a la calificación de la naturaleza jurídica del derecho de uso de la vivienda en cuestión; STS de 23 de diciembre de 1993 lo califica de derecho «sui generis»; STS de 20 de abril de 1994 entiende que no es un derecho real, pues se puede conceder igualmente

cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges; STS de 18 de octubre de 1994 afirma que la atribución del uso tiene eficacia total respecto a terceros y aleja toda situación de precario, «pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el art. 96, párrafo último del CC»; STS de 31 de diciembre de 1994 señala que aunque el art. 96 excluya el art. 1320.2 del CC, proporciona una protección de la vivienda familiar, atribuida a uno de los cónyuges en bien propiedad del otro, de carácter absoluto, ejercitable «erga omnes» pero limitada a que subsista la ocupa-

ción durante todo el tiempo que disponga el juez, que no impide la enajenación compatible con el uso, una vez disuelto el matrimonio; STS de 4 de abril de 1997 entiende que no es un derecho de usufructo, y, finalmente, la STS de 2 de diciembre de 1992, lo configura como comodato en razón de existir una necesidad familiar (por servir de morada a un determinado grupo familiar) y de la buena fe.

Lo que sí está claro, y así está afirmado en reiteradas resoluciones, incluidas las de esta propia Sala, que cita el recurrente, es que, en todo caso, lo que se pretende es garantizar frente a terceros este derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se

les ha atribuido el uso, del que no se les puede privar mientras no se decida especialmente, pero no como una carga que grave sobre el inmueble, esto es como una carga que infravalore la propiedad y que debe descontarse de su valor total, «sino como ingresos obtenidos por el cónyuge beneficiado por dicha atribución de uso» —STS de 23 de diciembre de 1993; 4 de abril de 1997—, puesto que la adjudicación del uso no es un plus de atribución a la hora de partir, es un medio legal de dar satisfacción a la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela —STS de 23 de enero de 1998—, y puesto que, en definitiva, un derecho no puede convertirse a la postre en carga.

3. *Los salarios, pluses, incentivos y cualesquiera otras percepciones del esposo desde la fecha del abandono del domicilio familiar no pueden incluirse en el activo de la sociedad de gananciales.*

AP Asturias, Sec. 1.^a, Sentencia de 23 de noviembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Sacristán Represa.

Solicita la esposa que se incluya en el activo de la sociedad los salarios, pluses, incentivos y cualesquiera otras percepciones del esposo desde la fecha del abandono del domicilio familiar y hasta la fecha de la sentencia de separación. Téngase en cuenta que se trata de incluir percepciones ordinarias del salario de uno de los cónyuges durante un período en el que han debido seguirse levantando las cargas familiares. Al no tratarse de ingresos de naturaleza excepcional (ta-

les seguros o indemnizaciones de cualquier naturaleza extraordinaria), las percepciones salariales de cada uno de los litigantes no pueden incorporarse en el activo de dicha sociedad. Sentencias de esta Audiencia han señalado con reiteración que los mismos deben servir para el sostenimiento familiar durante ese tiempo, de manera tal que la aplicación de los arts. 1392, puesto en relación con el 1397 CC, son determinantes para no incluirlos en el activo de la sociedad.

X. FILIACIÓN

1. *Posibilidad de acumular las acciones de impugnación de paternidad y nulidad del matrimonio.*

AP La Coruña, Sec. 5.^a, Sentencia de 21 de noviembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio César Cibeira Yebra-Pimentel.

Como punto de partida, ha de decirse que, en un contexto de enfrentamiento familiar entre los esposos casi desde el inicio del matrimonio, el marido ha establecido las bases del pleito mediante el ejercicio acumulado de una primera acción encaminada a la declaración de nulidad del matrimonio con su esposa, contraído el 29 de octubre de 1995, y de una segunda pretensión de impugnación de paternidad de la niña que, después del matrimonio, tuvo su esposa el 29 de abril de 1996, que al amparo de la presunción de condición matrimonial de los arts. 116 y 117 del CC, fue inscrita como hija del matrimonio de ambos en el Registro Civil de Ribeira, alegando, esencialmente, que desconocía el embarazo de su esposa, por habérselo ocultado maliciosamente ésta, y que era imposible que él fuese el padre, al no haber tenido relaciones sexuales con ella antes del matrimonio.

Planteada así esta doble cuestión, el juez de instancia solo dio respuesta a la primera de ellas, denegando con acierto la petición de declaración de nulidad del vínculo matrimonial —para el que ya existe en la actualidad, por el tiempo transcurrido desde la separación, causa de divorcio—, por entender, en una materia de una interpretación tan restrictiva como ésta, que no había quedado suficientemente demostrado ese supuesto vicio invalidante del consentimiento matrimo-

nial, que, más que en el art. 73, 1.º del CC, habría que situarlo en el ap. 4.º en esa misma norma, como un error en una cualidad personal del otro cónyuge, que, por su entidad, hubiese sido determinante de la prestación viciada de éste.

En realidad, el hecho del desconocimiento del embarazo de su mujer en las circunstancias ya dichas, y su disposición totalmente contraria a haber contraído matrimonio en el caso de que lo supiese, consciente de su no paternidad, se quedó en una simple alegación del marido desprovista de cualquier apoyo probatorio, siendo perfectamente posible entender que —aún en ese supuesto y en el fuera de su conciencia— hubiese aceptado esa situación y prestado su consentimiento para el matrimonio de manera consciente y libre, arrepintiéndose después, al surgir problemas de convivencia en el matrimonio, por lo que, ante este margen de razonable duda, la nulidad solicitada era totalmente improcedente.

La sentencia, por el contrario, no entra en el fondo de la cuestión relativa a la acción de impugnación de paternidad de la niña, al apreciar que esta acción no era acumulable a la de nulidad de matrimonio y que concurría, además, la excepción procesal de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido demandada expresamente la niña, cuyos intereses, además, no estarían adecuada-

mente defendidos por su madre, ya que sería necesaria la actuación de un defensor del menor distinto de ésta.

Ciertamente, no parece que ésa sea la solución procesal más razonable y correcta, sobre todo si nos atenemos al principio constitucional de la tutela judicial efectiva que ampara al padre que promovió este juicio, y a la corriente jurisprudencial, ya consolidada, de que en materia de investigación de paternidad y filiación, priva el principio de verdad material y biológica, por encima de cualquier otra consideración y en beneficio del hijo cuya paternidad está en discusión, al que, ante todo, hay que asegurar la certeza y seguridad de sus vínculos parentales como un objetivo vital ínsito en lo más profundo de su personalidad, fuera de toda apariencia o engaño (éste es el sentido de la importante STS de 26 de junio de 2000, que se citó en la vista).

De esta manera, es lógico que se hayan acumulado las dos acciones ya dichas, porque, desde los planteamientos del actor, aparecía como indisolublemente unido la supuesta trama maliciosa de su mujer, para casarse con él, estando embarazada de otra persona, con la falsa paternidad que la ley le atribuyó después, en contra de su convencimiento de que él no era el padre, y, de acuerdo con una interpretación extensiva y coherente de los arts. 153, y 156 de la LEC, no hay obstáculo para su acumulación porque, no son incompatibles entre sí se fundan en una causa de pedir íntimamente relacionada con un mismo problema de derecho de familia, en cuanto la causa de la nulidad del matrimonio podía ser determinante de una filiación acorde con la realidad.

Tampoco puede apreciarse que había un obstáculo procesal insalvable de «litis consorcio pasivo necesario» relacionado con la no llamada a juicio de la niña. En la línea de lo que dijimos respecto a los principios que rigen en lo relativo a la paternidad y filiación, su posición jurídica la asumía totalmente la madre, en cuanto lo que importa es la verdad de quienes son sus progenitores, y,

en una disputa entre éstos acerca de ello, la hija quedaría necesariamente afectada por lo que resultase del juicio, sin poder asumir personalmente, aunque fuese representada por su defensor que no fuese su madre, una defensa distinta, que también, en todo caso, pudo haber ejercido el Ministerio Fiscal al que también se demandó en protección de los intereses del menor, a la que implícitamente también se traía al proceso, según la clara referencia de lo dicho en el «otrosí» respecto a que «la menor interesada debería de estar representada por su propia madre y por el Ministerio Fiscal», de todo lo que puede deducirse que la interpretación del art. 163 del CC que se hace en la sentencia no es la conforme a las circunstancias del caso.

Procede, por lo tanto, entrar a conocer de la acción de impugnación de paternidad ejercitada por el actor en los términos en que esta expone, con independencia de la concreta oposición manifestada por la madre y el Ministerio Público, habiendo de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones, para poder estimarse: A) En el curso del juicio de separación anterior de los esposos, la madre reconoció expresamente en una actitud de allanamiento que no pudo tener repercusión en aquel juicio, por su carácter matrimonial— la certeza de los hechos en que su marido formuló reconvencción negando su paternidad, aceptando como cierta la versión de éste de que no era el verdadero padre. B) En el presente procedimiento, la madre demandada no ha contestado siquiera a la demanda, habiendo quedado en una situación de rebeldía procesal aparentemente de aquiescencia —aunque ello no pueda ser valorado, en sí mismo, como prueba de lo afirmado en el escrito rector—, a la pretensión del actor, y C) Y ya, para aclarar toda posible duda ha de considerarse como definitivo el hecho (consta al f. 36 del rollo de prueba) de que, al ser personalmente requerida en el Juzgado para la práctica de la prueba biológica de A.D.N. para la determinación de la paterni-

dad, manifestó de manera expresa e inequívoca que «como representante de la menor, no iba a comparecer para la práctica de la misma el día que se le había señalado, en el que solo compareció el padre» (Al f. 37). Al ser este tipo de prueba, en la actualidad, de una fiabilidad científica absoluta y por lo tanto de carácter auténticamente decisorio de la cuestión debatida, debe de atribuirse a la negativa injustificada a realizarla, junto

con los otros indicios complementarios a los que se ha hecho referencia, un claro efecto demostrativo— por la coherente presunción que se deriva de ello— de la certeza de la no paternidad del actor de la hija nacida durante su matrimonio, al ser patente que la madre tenía la total facultad, con lógica inversión de la carga de la prueba, de acreditar, indubitadamente, la paternidad en discusión.

XI. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *Desestimación de la solicitud de cesación de acogimiento instada por los abuelos de los menores dada la problemática personal y familiar que rodea a los mismos.*

AP Zaragoza, Sec. 2.^a, Auto de 26 de septiembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. don D. Julián Carlos Arqué Bescós.

Entienden los apelantes en su recurso que no presentando ninguna enfermedad mental, ni alteración psicopatológica no existe inconveniente ni impedimento alguno para poder atender y cuidar a sus nietas, siendo desaconsejable que no sólo se le aparte de su familia natural y especialmente que se separe a las dos hermanas, en todo caso la imposición a la solicitud de los abuelos por el padre biológico es debida a la propia falta de interés de éste en el cumplimiento de sus obligaciones paterno filiales.

Aun cuando el informe psiquiátrico aportado señala que los apelantes carecen de enfermedades mentales, el problema del litigio no es determinar la capacidad psiquiátrica de los solicitantes sino si teniendo en cuenta el interés de los menores, qué personas son las adecuadas para atenderlos convenientemente teniendo en cuenta toda la

problemática personal y familiar que les rodea, el informe psicosocial, muy criticado por los recurrentes, entiende que no es conveniente reintegrar a los menores con sus abuelos maternos. En todo caso incidiendo en esta línea no puede desconocerse que la problemática familiar de autos es complicada; proceso de separación, madre muy enferma y que la hija mayor Ariadna, con la que el padre está al parecer manteniendo visitas concertadas con la Diputación General de Aragón y no se descarta su reinserción, presenta un grave problema de integración (mutismo histérico), pareciendo adecuado en cuanto a ésta mantener su actual entorno para el tratamiento de su enfermedad, en cuanto a la hija menor Amparo Sofía dada su corta edad, ajena al conflicto, parece evidente que resultaría claramente perjudicada en su desarrollo emocional si se

le variaran las circunstancias en las que actualmente se encuentra por lo que teniendo en cuenta el bienestar e interés de los menores (LO 1/1996) y como también indica el

Ministerio Fiscal en su informe (folio 541) y sostiene en esta instancia, procede mantener su actual situación, debiéndose confirmar el auto recurrido.

2. *Procedencia de la constitución de la tutela ordinaria de un menor declarado en desamparo, debiendo intervenir en la misma el Ministerio Fiscal, la entidad pública y los parientes más próximos del menor.*

AP Madrid, Sec. 22.^a, Auto de 29 de septiembre de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carmen Neira Vázquez.

El letrado de la parte apelante, interesando la revocación del Auto recurrido, significó la improcedencia de inadmitir la demanda, por causa de no estar privados de patria potestad los padres de la menor. Asimismo puso de manifiesto el contenido del art. 239 del CC, en el que se regula el nombramiento del tutor e hizo notar el carácter provisional de la tutela administrativa, por lo que pidió, en definitiva, que se admitiera la demanda a trámite para constituir la tutela de Alba.

La cuestión objeto de debate ha de ser resuelta con los criterios inspiradores de la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 21/1987, de 11 de noviembre, en conjunción con el principio fundamental recogido en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, protección integral del menor que se recoge en el art. 39 de la CE y en la Declaración de los Derechos del Niño aprobada por las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, todo ello, debidamente armonizado con el principio constitucional de tutela judicial efectiva.

Como punto de referencia básico hemos de señalar que el art. 222 del CC somete a tutela no sólo a los menores no emancipados que no están bajo la patria potestad, sino

también a aquellos que se encuentren «en situación de desamparo», circunstancia a la que el legislador aúna la tutela automática encomendada por Ministerio de Ley a las entidades públicas, encargadas de proteger a los menores, siempre y cuando se produzca la situación de desamparo, definida legalmente en el art. 172 del CC; Automatismo que el propio precepto atempera «cuando existan personas, que por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en beneficio para éste» (art. 239.2.^º del Código Civil) pero que se declara y aparea automáticamente a una situación de hecho.

Se argumenta en la resolución combatida la imposibilidad de constituir la tutela ordinaria, en supuestos como el de autos, en el que los padres no estén privados de la patria potestad de la menor. Ocurre, sin embargo, que la tutela automática como instrumento de protección administrativa, si bien no conlleva la extinción o privación de la patria potestad que ostentan los progenitores, su constitución implica, necesariamente, una suspensión provisional de su ejercicio, hasta tanto se resuelva de forma definitiva sobre la situación jurídica del menor. No olvidemos, en este punto, el carácter transitorio y

subsidiario de la institución como se deduce, claramente, del precitado párrafo 2.º del art. 239 del CC, y que, el art. 172.4.º del mismo texto legal, se encarga de remarcar, cuando establece que «se procurará la reinserción del menor en la propia familia».

Así las cosas, ha de admitirse la efectiva suspensión de las funciones propias y derivadas de la patria potestad hasta la resolución definitiva de la situación del menor, o bien, reintegrándose en su propia familia, acogido a una tutela ordinaria, o integrado en familia distinta por la vía del acogimiento o integrado por medio de instrumento legal de carácter más permanente como es la adopción.

Examinadas las actuaciones, y a la vista de todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir lo siguiente: Producida fácticamente la situación de desamparo de la menor, y así declarada por la Comisión de Tutela del Menor se formuló, en su momento, por la Comunidad Autónoma de Madrid propuesta de acogimiento, resuelta por el Juez de Primera Instancia núm. 23 de los de Madrid, en Auto de 5 de noviembre de 1998 que acordó constituir el acogimiento familiar permanente de la menor. Allí se establecía que el acogedor disponía de las facultades de tutela enunciadas en los arts. 267 y 268 del CC.

Y es claro que aquella situación de desamparo de la niña por aplicación del art. 239.2 del CC no impide el mantenimiento de un tutor judicial o de carácter ordinario cuando existen las personas a las que el citado precepto se refiere, sin que el mantenimiento de la patria potestad no extinguida, pero sí suspendida en su efectivo ejercicio

—en virtud de la tutela administrativa automática (art. 172 del CC), ya previamente asumida—, puede ser obstáculo legal para ello.

La protección integral del menor y los principios inspiradores de la citada normativa, antes expuesta, exigen adoptar las medidas necesarias para atender a su mejor y más completa satisfacción, de manera que es pertinente constituir el mecanismo más adecuado para la defensa de sus intereses.

Y como quiera que de la atenta lectura del art. 239, párrafo segundo, del CC en relación con el art. 172 del mismo texto legal no se desprende incompatibilidad alguna entre el nombramiento de tutor judicial de naturaleza ordinaria, con la situación de desamparo, permitiéndose la reconsideración posterior de la constitución de la tutela ordinaria, pese a la existencia de la tutela administrativa, articulada en acogimiento o en cualquiera de las medidas o mecanismos en que se plasma aquel procedimiento administrativo de protección provisional. Por ello, no puede constituir obstáculo legal para la admisión a trámite de la demanda que ahora se solicita, el argumento de la Juzgadora «a quo», quien por lo expuesto, ha de tramitar la solicitud de constitución de tutela de la menor, a fin de que, con la intervención del Ministerio Fiscal, Comisión de Tutela del Menor de la CAM, de los parientes más próximos, se resuelva, conforme a derecho, la medida más conveniente en beneficio de la niña, lo que determina, en este punto, la estimación del recurso planteado y la revocación de la resolución impugnada.

3. *Declaración de que los padres están incurso en causa de privación de la patria potestad cuando queda acreditado que en su momento colocaron al menor en una situación de falta de afecto y de abandono físico y material grave e importante que motivó la intervención de la Comisión Tutelar del Menor.*

AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 31 de octubre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

Sobre la cuestión de fondo que igualmente se plantea por la parte apelante en esta alzada, al reiterar la dirección letrada que la madre biológica no está incurso en causa de privación de patria potestad, es preciso advertir que la solución que deba darse a dicha cuestión será preciso que tenga en cuenta el principio del interés y del beneficio del menor, de conformidad con lo establecido en los artículos 1 y 2 y 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de 1996, de modo que rigiéndose la adopción por el principio del «favor minoris», el prudente arbitrio judicial, inmediato y próximo al supuesto planteado valorará lo que es mejor y más conveniente para los menores (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1987), lo que sin duda exige analizar la situación fáctica y familiar de los hijos menores, de los que solicitan la adopción, y de la madre biológica que en este caso se opone a la constitución de la misma, pudiéndose constatar la situación de quiebra familiar continuada y permanente que existe en lo concerniente a la relación que hay entre el hijo menor y la madre, sin que sea el momento ni haya razones para deplorar comportamientos, conductas o actitudes que, en ocasiones, han sido seguidos por circunstancias que no han dependido del todo de la voluntad, y aun reconociendo que no haya existido una clara intención o deseo de alejarse de los hijos, y de los deberes derivados de la patria potestad, contemplado en

los artículos 154 y siguientes del Código Civil, pues, no obstante todo lo anterior, sí se acredita dicha situación de distanciamiento permanente y duradero entre los padres biológicos y los hijos menores, motivando ello en su momento el internamiento de los menores, el inicio de una convivencia familiar y la consolidación de una situación preadoptiva, y si en suma, aun alejándonos de criterios culpabilistas, consta un incumplimiento de las obligaciones paterno filiales, lo que ha derivado en el nacimiento de una nueva situación familiar del hijo menor, quien ya se halla perfectamente estabilizado en este ámbito con otra familia, y teniendo en cuenta que ello lo ratifica el propio hijo menor, quien cuenta ya con 15 años de edad, al manifestar en la diligencia de exploración que se encuentra muy bien con dicha familia, al tiempo que señala que no quiere saber nada de su madre, a la que no ve nunca, si todo lo anterior es así, es obvio que en su momento se colocó a dicho hijo menor en una situación de falta de afecto y de abandono físico y material grave e importante, como lo acredita el hecho de que dicho hijo, y otro hermano, estén tutelados por la Comisión Tutelar del Menor, de la Comunidad Autónoma de Madrid, por acuerdo de 1 de diciembre de 1988, habiendo comenzado tal convivencia familiar en marzo de 1991, y sin perjuicio de las comunicaciones que hayan podido existir entre dicha madre y el hijo.

XII. UNIONES DE HECHO

1. *Obligación del conviviente de hecho de abonar el préstamo hipotecario de la vivienda familiar donde habita la hija menor de edad cuya guarda y custodia se ha confiado al otro progenitor, sin que pueda otorgarse validez al pacto suscrito entre ellos, por el que se eximía a este de abonar el citado préstamo.*

AP Baleares, Sec. 4.^a, Sentencia de 10 de octubre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jaime Massanet Moragues.

Con carácter previo hay que resaltar que la validez de los pactos que quienes constituyen una unión no matrimonial pudieran celebrar para regular sus relaciones tanto durante la permanencia de su relación como los efectos en caso de producirse el cese, tienen plena validez siempre que su contenido sea patrimonial, dado que, en definitiva, quienes así obran no hacen sino hacer uso de la autonomía de la voluntad que consagra el art. 1255 del CC; y en este sentido, la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 7 de marzo de 1988 orienta a que los contratos de naturaleza patrimonial entre personas que viven juntas como parejas no casadas, que regulan las relaciones patrimoniales entre ellas o en período ulterior a su cesación no puedan tenerse como nulos por el mero hecho de haberse celebrado en tales situaciones.

Ataca la parte apelante en primer lugar la sentencia en el punto en que le impone la obligación de atender las amortizaciones mensuales del préstamo hipotecario con ayuda del que ambas partes adquirieron el que fue su domicilio común, por entender que, al contrario de lo que sucede en las que llama relaciones «verticales» o relaciones paterno-filiales que son cuestión de orden

público, en las relaciones «horizontales» se rigen únicamente por la autonomía de las partes y en consecuencia «estima» que habiendo las partes celebrado por escrito un pacto sobre el particular, que fue aportado de documento 12 a las medidas provisionales y de documento núm. 3 de la actora, hay que estar y pasar por lo allí establecido.

Lleva razón la apelante en que, en general, las relaciones patrimoniales entre los miembros de una relación «more uxorio» se rigen por la autonomía de la voluntad, pero ello será así siempre y cuando el caso concreto no entre en colisión con una norma de orden público, que es lo que ocurre en el caso de autos: al constituir el único bien inmueble que poseían el domicilio común digamos familiar, la atribución del mismo como vivienda de la hija de ambos de menor de edad, por determinación del art. 90 del CC, cuya aplicación analógica al caso ya hemos expresado más arriba, se convierte en cuestión de orden público sustraída a la voluntad de las partes, se comprende que el impago de una de las partes afectaría directamente al uso de la vivienda que podría perderse por ejecución hipotecaria. Por lo cual ha de ser desestimado el primer motivo de apelación.

2. *El hecho de haber acreditado que durante la convivencia de la unión de hecho suscribieron juntos dos contratos de préstamo no es suficiente para deducir la voluntad expresa o tácita de hacer comunes los bienes o ganancias obtenidas durante la supuesta unión de hecho.*

AP Toledo, Sec. 1.^a, Sentencia de 13 de octubre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Tasende Calvo.

Partiendo de que las uniones extramatrimoniales o de hecho no se encuentran reguladas por la ley, pero tampoco son rechazadas por ésta, pudiéndose reconocer la plena legalidad de la convivencia «more uxorio» o unión de hecho estable, como manifestación del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE, así como la posibilidad de constituir a través de la misma una familia tan susceptible de ser protegida como la creada a través de la unión matrimonial (art. 39 CE), no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación jurídicamente equiparable al matrimonio (STC 15 de noviembre de 1990), que precisamente es la fórmula elegida por nuestro ordenamiento legal para propiciar y proteger las parejas estables, según queda recogido en el art. 32 de la Constitución. Por ello, no parece que pueda considerarse discriminatorio o contrario al principio de igualdad entender que quien no se acoge a la institución matrimonial queda, por regla general, excluido del régimen de protección legalmente previsto para el matrimonio.

La consecuencia de ello es que la normativa reguladora del matrimonio, tanto en lo que afecta a las relaciones personales como patrimoniales de los cónyuges, no puede serle aplicada a las parejas de hecho, pues los que optan por esta forma de convivencia lo hacen precisamente para no quedar sometidos a la disciplina matrimonial y a los deberes propios de los cónyuges. El mero he-

cho de la convivencia «more uxorio» no genera por sí solo ninguna clase de obligación personal o patrimonial entre los convivientes, ni tan siquiera una presunción de comunidad de bienes que excluya su respectiva autonomía patrimonial, por lo cual las normas reguladoras del régimen económico matrimonial no pueden considerarse aplicables automáticamente a toda unión libre, sin perjuicio de que por pacto expreso o «facta concludentia» de los interesados se pruebe la existencia de una voluntad coincidente e inequívoca de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la unión de hecho (en este sentido se pronuncian, entre otras, las SS. del TS de 21 de octubre de 1992, 30 de diciembre de 1994, 16 de diciembre de 1996 y 23 de julio de 1998). En concreto, se ha considerado que el régimen de la sociedad legal de gananciales (SSTS de 11 diciembre de 1992, 18 de febrero de 1993, 24 de noviembre de 1994, 18 de marzo de 1995, 4 de marzo de 1997 y 4 de junio de 1998), e incluso el de separación de bienes (SSTS de 18 de mayo de 1992 y 11 de octubre de 1994), es inaplicable a la vida patrimonial de las parejas de hecho, salvo que medie consentimiento o pacto expreso, de manera que, en defecto de este convenio expreso, pero acreditada la existencia de una voluntad de común participación, la solución general ha de venir dada por el régimen de la comunidad de bienes ordinaria que establecen los arts. 392 y ss.

del Código Civil (SSTS de 18 de mayo de 1992, 18 de marzo de 1995 y 29 de octubre de 1997).

Haciendo aplicación de la doctrina expuesta, que también acoge sustancialmente la sentencia apelada, el presente recurso interpuesto por la parte actora, que ha visto desestimada en primera instancia su pretensión, por lo demás defectuosamente formulada en el suplico de la demanda, de que se reconozca la existencia de un régimen económico ganancial entre las partes, con la consiguiente declaración liquidatoria del mismo, procede confirmar en su integridad el pronunciamiento de la resolución impugnada. En efecto, la actora recurrente se limita a alegar unos hechos carentes del adecua-

do respaldo probatorio, ya que ni tan siquiera la convivencia «more uxorio» con el demandado, que dice haber mantenido durante siete años, ha sido claramente acreditada, y mucho menos la existencia de una voluntad expresa, o aun tácita, de los convivientes de hacer comunes los bienes o ganancias adquiridos durante esa supuesta unión de hecho. De la documental acompañada a la demanda, y que no ha sido averada, lo único que parece desprenderse es la cotitularidad de los litigantes en dos contratos de préstamo, desconociéndose el destino del dinero así adquirido, circunstancia a todas luces insuficiente para evidenciar la existencia de algún régimen de comunidad de bienes, y mucho menos de sociedad de gananciales, entre las partes.

XIII. TEMAS PENALES

1. *Las circunstancias económicas de la madre, con la que conviven los hijos, no afecta a la tipicidad de los hechos objeto de enjuiciamiento, referente a la obligación legal del acusado de satisfacer la pensión alimenticia de sus hijos.*

AP Madrid, Sec. 16.^a, Sentencia de 3 de octubre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramiro José Ventura Faci.

El recurrente, invocando el art. 24 de la Constitución, considera que ha habido una vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa y considera que debía haberse admitido la prueba propuesta por considerar que era importante averiguar los ingresos de la ex esposa del recurrente, al objeto de acreditar que sus hijos nunca han estado en situación de desamparo y también la prueba testifical

propuesta para advenir las facturas aportadas en el escrito la defensa.

Tal como razona el auto de fecha 18 de julio de 2000, dicha prueba está correctamente inadmitida por la Magistrada de lo Penal, en tanto no va a afectar a la tipicidad de los hechos objeto de enjuiciamiento. La realidad de la situación económica de la madre de los hijos del recurrente, en absoluto

va a afectar a los elementos del tipo por las cuales ha sido condenado en primera instancia el acusado.

La adveración o no de las facturas presentadas tampoco tienen relevancia a la hora de la determinación de los hechos objeto de acusación, ya que el propio acusado reconoce que dejó de pagar, durante los meses de diciembre de 1999 y enero de 2000, la pensión de 71.000 ptas. que está obligado a pagar mensualmente en concepto de pensión alimenticia a favor de sus dos hijos menores, de 5 y de 9 años.

Entendemos por lo tanto que no ha existido una vulneración del derecho a la defensa, ya que, precisamente el art. 24 la Constitución, establece que dicho derecho, debe conllevar la declaración de «pertinencia» por parte del juez o tribunal competente, considerando que la prueba propuesta era innecesaria para determinar el objeto de enjuiciamiento, así como las posibles circunstancias que pudieran afectar al mismo.

Por otro lado, el dato de que la madre de los niños, ex esposa del acusado, viviera o no viviera con otra persona, no afecta en absoluto a la obligación legal que tiene el recurrente de satisfacer la pensión alimenticia en favor de sus dos hijos menores. Debe tenerse en cuenta que estamos hablando de una pensión alimenticia, no de una pensión compensatoria en favor de la ex mujer. En este caso, pensión compensatoria, sí que tendría relevancia el hecho de que la ex esposa estuviera casada o no con otra persona a los aspectos de determinar la legitimación de la pensión compensatoria.

Pero no se pueden confundir ambas pensiones ni los sujetos pasivos del delito. Estamos hablando de otra pensión, la pensión alimenticia, que corresponde a los hijos menores del recurrente, sujetos pasivos del delito de impago de la pensión que precisamente el acusado se comprometió a satisfacer regularmente, con la obligación legal que se especificó en la sentencia de divorcio.

Por lo tanto, el hecho de que la ex esposa de recurrente se haya casado o se haya ido a vivir con otra persona en absoluto es relevante para la determinación del incumplimiento de las obligaciones alimenticias que tiene el recurrente en favor de sus dos hijos, insistimos, niños de 5 y 9 años.

Los supuestos gastos extraordinarios, que se pueden entender perfectamente justificados con las facturas aportadas, los gastos de reparación del vehículo y los gastos de odontología que se pueden admitir como ciertos, en absoluto exoneran ni acreditan la imposibilidad por parte recurrente de satisfacer mínimamente las pensiones alimenticias. La obligación de la pensión alimenticia corresponde al recurrente en favor de sus dos hijos menores, el simple incumplimiento, absoluto, durante dos meses, demuestra indudablemente una voluntad de incumplimiento real del pago de dicha pensión alimenticia. La posible existencia de gastos extraordinarios, no justifica, o en ningún momento legítima, que el recurrente no satisfaga, aunque sea con una aportación mínima, la pensión alimenticia a favor de sus hijos, pensión que seguro necesitan para su subsistencia, ya que al ser menores de edad, niños, la situación de riesgo que se crea por incumplimiento de dicha obligación alimenticia supone un desamparo real, con independencia de la posible satisfacción de sus primeras necesidades por parte del otro progenitor, ya que el progenitor acusado no puede unilateralmente decidir, ni prever, que sea el otro progenitor quien ampare a sus hijos, a pesar del incumplimiento de su contribución, que puede resultar imprescindible para ellos.

La situación de desamparo, de riesgo (el precedente art. 487 bis del CP de 1973 se ubicaba en el Título de los Delitos contra la Libertad y Seguridad) que tipifica el art. 227 del CP, precisamente ha sido puesto en peligro ante el incumplimiento absoluto, durante dos meses, del pago de la pensión alimenticia por parte del padre de los dos hijos menores.

2. *Absolución del delito de impago de pensiones al haberse acreditado la imposibilidad económica para abonar la pensión, siendo indiferente que dicho cambio de circunstancias haya sido desestimado en un procedimiento de modificación de medidas seguido en vía civil.*

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 23 de octubre de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª María Lourdes Arranz Freijo.

El juzgado de lo Penal señala que la incapacidad económica de hacer frente al pago debe de quedar cumplidamente acreditada, y se afirma que no se ha acreditado esa incapacidad económica porque se ha acudido por dos veces a la jurisdicción civil, y no se ha estimado su pretensión de modificación de medidas.

Sin embargo, la Sala entiende que lo primero que habría que decir, es que las resoluciones adoptadas en la vía civil en nada vinculan al Juzgador penal, puesto que los principios que rigen ambos procedimientos en cuanto a las normas de carga y valoración de la prueba son totalmente diferentes y por otra parte y en cuanto al segundo procedimiento, se debe decir que está en curso y que la resolución dictada en las medidas provisionales, se funda para denegar la modificación, no en la existencia de prueba acreditativa de que las condiciones del acusado no han sufrido alteración alguna, sino precisamente en la ausencia de datos en el momento procesal en que son dictadas.

Existen en la causa datos suficientes como para afirmar, que la situación del recurrente ha variado con respecto a la que tenía en el momento en el que fue establecida la pensión, y ello no le permite hacer frente al pago de la pensión en su día establecida. Su situación personal ha cambiado, ha contraído nuevo matrimonio, y tiene otra hija. En cuanto a su situación económica, se aportan declaraciones de la renta y recibos justifica-

tivos de salarios, que ponen de manifiesto que en la actualidad tiene un salario de 141.000 ptas. No puede exigirse al condenado mayor actividad probatoria de descargo en este aspecto. Corresponde por contra, la acusación el probar la existencia de todos los elementos que integran el tipo penal y la vista de los elementos de prueba aportados por el acusado y si se estima que dispone de mayores medios económicos, se debe de probar su existencia, pues de lo contrario se está exigiendo a quien está amparado por la presunción de inocencia que efectúe la prueba de un hecho negativo, cual es que no tiene más ingresos.

Que no existe voluntariedad en el impago, se desprende no sólo de lo expuesto, sino de la propia conducta del condenado, el cual a pesar de la situación económica que tiene y de las cargas que debe de afrontar (nueva familia, préstamo del coche, retención por impagos anteriores), mensualmente abona la cantidad de 20.000 ptas. y ello, reiteramos, con unos ingresos acreditados de 141.000 ptas. al mes.

En definitiva, no existe prueba acreditativa de la concurrencia del elemento subjetivo del delito imputado, no existe dolo, y además desde otra perspectiva se podría decir, como lo hacen alguna de las resoluciones citadas por el recurrente, que no existe tampoco prueba de que el bien jurídico protegido por el delito, la seguridad de la familia, se encuentre amenazado y ello por que

la denunciante además de los ingresos de su ex esposo, tiene trabajo estable y vivienda propia y no existe ninguna prueba de la que pueda extraerse una real situación acuciante o de necesidad para el menor.

No existe dolo y si no existe ataque al bien jurídico protegido tampoco existe anti-

juridicidad, y por tanto como inicialmente se ha dicho los hechos declarados probados no son constitutivos de delito, procediendo en consecuencia estimar el recurso interpuesto absolviendo libremente al recurrente del delito que se le imputaba declarando de oficio las costas de la instancia y las de esta apelación.

3. *No procede condenar a la madre por un delito de desobediencia ante el incumplimiento del mandato contenido en la resolución civil relativo al derecho de visita, al concurrir la eximente de miedo insuperable motivado por la existencia de unos posibles abusos sexuales del padre respecto de los hijos comunes, menores de edad.*

AP Las Palmas, Sec. 1.^a, Sentencia de 26 de diciembre de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Juan Castro Feliciano.

La cuestión planteada en el presente caso, de un interés jurídico indudable, consiste en determinar si es punible el incumplimiento de un pronunciamiento contenido en una resolución civil relativo al derecho de visita. Y a este respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia, cuando han tratado el delito de desobediencia, han sido unánimes al señalar que el mero incumplimiento de una resolución judicial o administrativa, no es punible, ya que el remedio jurídico que el ordenamiento prevé en ese supuesto no es la respuesta penal, sino la ejecución forzosa. Esto se viene reiterando, de modo especial, respecto de los pronunciamientos económicos, e incluso ha sido acogido por el legislador cuando, ante el impago de las pensiones señaladas en una resolución judicial o convenio regulador aprobado judicialmente en proceso de separación, no tipifica como delito el mero incumplimiento, sino solo el incumplimiento reiterado y no lo hace como infracción de desobediencia, sino

como una figura especial del abandono de familia.

Por tanto, para que pueda apreciarse el delito o la falta de desobediencia por incumplimiento es necesaria, en primer lugar, la existencia de una orden o requerimiento concretos y, en, segundo lugar, la constancia de su recepción por el destinatario, pues la base y requisito indispensable y esencial para que pueda ser cometido el delito de desobediencia radica en la existencia de una orden o mandato directo, expreso y terminante dictado por la Autoridad o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, que sea conocido real y positivamente por quien tiene la obligación de acatarlo y no lo hace (STS de 10 de julio de 1992). Cumplidos estos requisitos objetivos, ha de concurrir también el elemento subjetivo del tipo, constituido por la negativa u oposición voluntarias al cumplimiento de la orden o mandato (SSTS de 22 de junio de y 10 de julio de 1992), a lo que,

en ocasiones, añade la jurisprudencia, el específico ánimo por parte del autor de menospreciar el principio de Autoridad representado por quien emite o transmite la orden.

En el caso enjuiciado, a la vista de los hechos que se han declarado probados por remisión a los de la sentencia recurrida, no combatidos eficazmente por la apelante, no cabe duda de que los elementos objetivos de la falta de desobediencia concurren en la actitud de la apelante; pero, por lo que respecta al elemento subjetivo, entendemos (como entendió el Ministerio Fiscal en el acto del juicio) que no concurre, dado que el incumplimiento del mandato no es voluntario, sino motivado por unos hechos que la sentencia recurrida recoge en el Fundamento Primero: la existencia de unos posibles abusos sexuales por parte del padre respecto de los hijos menores, por los que se tramitaba un procedimiento penal.

A la hora de encuadrar tal exención de responsabilidad en alguno de las eximentes acogidas en el art. 20 del CP, entendemos puede encuadrarse en la 61, es decir, el miedo insuperable. El miedo insuperable (dice la STS de 26 de abril de 1999) encuentra la razón de ser causa de exención de la responsabilidad criminal, en constituir un estado emocional privilegiado, que hunde sus raíces en el instinto de conservación que le dota de una fuerza coactiva superior en el ánimo a las demás emociones y, aun cuando no faltan defensores de su consideración jurídica como causa de exención de la responsabilidad criminal por inexigibilidad de otra conducta distinta, o incluso como la cara negativa de la acción (SSTS de 26 de octubre de 1982 y 2 de noviembre de 1988), la ma-

yoría dominante de la doctrina científica y jurisprudencial, contemplan esta eximente como causa de inimputabilidad, al actuar sobre la psiquis de la persona dominando la voluntad de ésta y sometiéndola completamente a los dictados de su propio instinto, como si se tratara de una fuerza psíquica irresistible ante la que ceden, inermes, las demás inhibiciones de la persona. La circunstancia eximente precisa para su apreciación la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que se produzca como consecuencia de una situación de miedo o temor capaz de generar en el ánimo del acusado un estado emocional de tal intensidad que le prive del normal uso de su raciocinio y provoque la anulación de su voluntad o capacidad para autodeterminarse; b) que dicha situación proceda de un hecho real, cierto, grave, acreditado, inminente e injustificado; c) que el mal causado por el sujeto no sea de superior entidad al temido; d) que el miedo debe ser insuperable, en el sentido que no sea controlable o dominable por el común de las personas, con pautas generales de los hombres, huyendo de concepciones extremas de los casos de hombres valerosos o temerarios y de las personas miedosas o pusilánimes, y e) que el miedo ha de ser el único móvil de la acción (véanse, entre otras, SSTS de 13 de julio de 1994, 15 de diciembre de 1995 y 29 de enero de 1998 junto con las que en esta última se citan).

No puede, por ello, considerarse punible, ni como delito ni como falta, la conducta de la ahora apelante, por lo que, con estimación del recurso de apelación interpuesto, procede la revocación de la sentencia recurrida, absolviendo a la madre de la falta que le imputaba la acusación particular y por la que fue condenada.

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. FILIACIÓN

1.1. *Cuando se practica una inscripción de nacimiento dentro de plazo no puede ocultarse la identidad de la madre.*

RESOLUCIÓN de 17 de julio de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- La Dirección General de Atención a la Infancia solicitaba la inscripción de nacimiento de un niño nacido el día 14 de diciembre de 1999 al que se le imponía el nombre de L.-A. y como nombre de los padres a efectos identificativos C.C. y M.C. Inscrito el menor en dicho Registro Civil en la Sección Primera, tomo 504, pág. 107 con el nombre y los apellidos solicitados, la Juez Encargada dictó providencia con fecha 11 de enero de 2000 acordando la cancelación de dicha inscripción de nacimiento, al constar el inscrito con nombre y apellidos de uso corriente a los efectos identificativos, incumpliendo la Orden de 10 de noviembre de 1999 al ocultarse la identidad de la madre.
- La providencia se notificó al Servicio de Ginecología del Hospital A., a fin de que se reproduzca el parte facultativo conforme a Ley, y a la DGAI requiriéndoles la devolución del certificado de nacimiento en extracto a nombre de L.-A. C.C. Remitidos los documentos solicitados se unieron al expediente y se extendió una nueva inscripción de nacimiento de L.-A. L.A. hijo de C. a efectos identificadores y de I.L.A. la DGAI presentó recurso de

reposición contra la citada providencia alegando que cuando se practicó la inscripción del menor siendo los apellidos y nombre de los progenitores a efectos identificativos, y se fundamentó el parte facultativo del alumbramiento en el artículo 167 del Reglamento del Registro Civil, según el cual este documento no se ha de referir a la madre contra su voluntad, tanto el día del nacimiento como el de la formalización del acta de renuncia de la madre de sus derechos y deberes inherentes a la patria potestad, era de aplicación el modelo de declaración de nacimiento aprobado por Orden de 26 de mayo de 1998.

- La Juez Encargada dictó auto con fecha 3 de febrero de 2000 denegando lo solicitado ya que la providencia recurrida se limita a cumplir la legalidad vigente, significando que la primera de las inscripciones practicadas no es una inscripción completa, pues adolecía de la falta de la firma de la Encargada y de la Secretaria del Registro Civil, en prueba de su calificación, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley del Registro Civil. Por otra parte la confidencialidad de los datos de filiación están contemplados en los arts. 6 y concordantes de la Ley del Registro Civil y 21 y 22 del Reglamento del Registro Civil.
- La DGAI presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 se pronuncia de modo tajante sobre la inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 167 del Reglamento del Registro Civil, que permitía a la madre ocultar la maternidad, no descubriendo su identidad en el parte médico de asistencia al parto. El Tribunal Supremo declara que este sistema se opone frontalmente a diversos preceptos constitucionales. No puede permitirse que el hijo biológico pierda por completo el nexo que le permitiría conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes.

Tal criterio ha sido compartido por este Ministerio que, al aprobar el nuevo cuestio-

nario para la declaración de nacimiento (O.M. de 10 de noviembre de 1999), ha suprimido las referencias del antiguo cuestionario al citado artículo 167.

La maternidad queda, pues, determinada en nuestro Derecho por el hecho del parto, conforme al principio tradicional *mater semper certa est*, cuya vigencia en todo el territorio español se produce desde que España se adhirió en 1984 al Convenio internacional citado en los vistos. Además, en Cataluña, la vigencia de ese principio resulta hoy claramente de lo dispuesto en los artículos 87 y 93 del Código de Familia en cuanto se dispone en ellos, de un lado que «la filiación por naturaleza, en relación a la madre, resulta del nacimiento» y, de otro lado, que la filiación no matrimonial queda establecida, en

lo que se refiere a la madre, «por el informe médico o el documento que exija la legislación del Registro Civil para la inscripción».

Consiguientemente habiendo revelado este informe médico la identidad de la madre, la maternidad ha quedado determinada legalmente y la misma debe reflejarse en la

inscripción de nacimiento. El derecho a la intimidad de la madre y del hijo no matrimonial ya está garantizado suficientemente por la legislación del Registro Civil puesto que la respectiva inscripción de nacimiento es de publicidad restringida (cfr. arts. 51 L.R.C. y 21 y 22 R.R.C.).

1.2. Inscripción de la filiación paterna correspondiente al esposo —que se encuentra ingresado en prisión— al no haberse destruido la presunción legal.

RESOLUCIÓN de 30 de septiembre de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia ante el Registro Civil, doña M., de estado civil casada, solicitó la inscripción de nacimiento de su hija N., nacida el día 28 de febrero de 2000, fruto de su relación con V. Declara que está casada con R.A. desde el 11 de abril de 1997, quien desde octubre del pasado año está ingresado en la cárcel de «C.», y antes en «M.», y que durante este tiempo ha visitado al mencionado en «M.», y desde que está en «C.» no lo ha visto. La compareciente recuerda que el último vis a vis fue en el mes de abril del año pasado; la última visita fue el dos de julio de 1999.
- Admitido el escrito, mediante providencia de 28 de marzo de 2000, el Juez Encargado interesó se oficie al centro de detención de hombres de «C.» para recibir declaración al esposo de la promotora, y a la cárcel M. para saber cual es la última visita con vis a vis de los esposos, se practique la información testifical y se notifique a la promotora y al Ministerio Fiscal. Practicadas las diligencias interesadas, se practicó la información testifical por la que dos testigos manifestaron ser ciertos los hechos alegados. La Dirección General de Servicios Penitenciarios y de Rehabilitación de la Generalidad de Cataluña, por su parte, ofició que la última visita vis a vis de la promotora data del día 2 de julio de 1999 con una duración de 130 minutos, según consta en la copia del listado de visitas que acompaña al escrito. Por su

parte, R.A., en comparecencia ante el Juez de Paz de S. el día 5 de abril de 2000, manifestó que no sabe si es el padre de dicha menor o no.

- El Juez Encargado el día 25 de mayo de 2000, mediante auto acordó se practique la inscripción de nacimiento de la menor N., nacida en E. el 28 de febrero de 2000 como hija matrimonial de M.C.R. y de R.A. por no haber quedado destruida la presunción de paternidad del esposo de la madre de la menor.
- Doña M. interpuso recurso ante la DGRN al que, entre otros documentos, acompañó escrito del Ilustre Colegio de Abogados de B. en el que consta como asunto «separación», y declaración jurada de V. en la que se manifiesta su expresa voluntad de reconocer la paternidad de la menor N. Dicho recurso fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La cuestión básica que se discute en el presente expediente de inscripción dentro de plazo de un 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 separación 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) ya que la madre no ha llegado a demostrar la ruptura de hecho de la comunidad de vida conyugal, pese a que, por estar él en prisión, tengan marido y mujer domicilios distintos. El mantenimiento de la comunidad de vida se deduce de la circunstancia, comprobada oficialmente, de que el dos de julio de 1999 tuvo lugar en el Centro Penitenciario una comunicación «vis a vis» entre el preso y su esposa. Por lo demás, a los efectos de admitir como prueba la presunción de paternidad del marido, ha de bastar con que se solicite la inscripción de la filiación materna (cfr. art. 113 C.c.), de la cual se deriva por ley la filiación matrimonial.

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. 115-11 C.c. y 183 R.R.C.). 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 suficiente de la filiación matrimonial presumida, conforme el artículo 113 del Código civil y en las condiciones que precisa el precepto.

Acreditada así la filiación matrimonial, es evidente (cfr. art. 113, II, C.c.) que no es eficaz ni inscribible la filiación no matrimonial reconocida por la madre y por varón distinto del marido. Las alegaciones y pruebas médicas sobre la no paternidad de éste quedan reservadas a la vía judicial oportuna.

2. MATRIMONIO

2.1. *Aunque inicialmente se denegó la inscripción del matrimonio, los hechos posteriores acreditan la existencia de consentimiento matrimonial y, por tanto, procede su inscripción.*

RESOLUCIÓN de 25 de octubre de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escrito presentado en el Consulado General de España en Santo Domingo el 28 de agosto de 1998 don Juan, soltero, español y doña Rosalía, soltera, dominicana, solicitaban la inscripción de su matrimonio celebrado en Santo Domingo el día 14 de agosto de 1998. El Encargado del Registro Civil Consular de España en Santo Domingo con fecha 1 de febrero de 1999 denegó la inscripción solicitada por considerar que no existía verdadero consentimiento matrimonial; notificado el acuerdo a los promotores, éstos presentaron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, la cual con fecha 12 de mayo de 1999 desestimó el recurso planteado.
- Con fecha 8 de noviembre de 1999 los promotores presentaron en el Consulado General de España en Frankfurt escrito dirigido al Encargado del Registro Civil Consular de España en Santo Domingo solicitando nuevamente la inscripción de su matrimonio alegando que se encuentran conviviendo en Alemania desde abril de 1999, que ella tiene un visado para residir en dicho país con validez hasta abril de 2004, que la inscripción de su matrimonio fue denegada por falta de convivencia y desconocimiento mutuo y que esas circunstancias han variado puesto que llevan conviviendo bajo el mismo techo casi un año.
- El Encargado del Registro Civil Consular de España en Santo Domingo con fecha 29 de marzo de 2000 acordó denegar lo solicitado; tras haber examinado una vez más el expediente no se han encontrado nuevos datos o hechos que no fueran tenidos en cuenta en la primera decisión denegatoria, por lo que se trata de un negocio jurídico simulado con objetivos económicos y migratorios irregulares.
- Don Juan presentó recurso ante la DGRN que fue estimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

En el ámbito del Registro Civil no juega el principio de autoridad de cosa juzgada de modo que, mientras persista el interés público de lograr la concordancia entre el Registro Civil y la realidad (cfr. arts. 24 y 26 L.R.C.), es factible reiterar un expediente o unas actuaciones ya decididas por resolución firme, siempre que la nueva petición se base en hechos o circunstancias nuevas que no pudieron ser tenidas en cuenta en la primera decisión.

En el caso actual la inscripción del matrimonio celebrado en la República Dominicana el 14 de agosto de 1998 entre un español y una dominicana fue denegada por el Cónsul

Encargado y después en trámite de recurso por la DGRN, estimando que el matrimonio era nulo por falta de consentimiento matrimonial. Ahora bien en la nueva petición de inscripción ante el mismo Consulado se ha justificado suficientemente en las actuaciones que los interesados llevan conviviendo en Alemania desde hace varios meses y que ella reside legalmente en este país. Estos hechos posteriores al casamiento son indicios claros de que el propósito común de los interesados fue en su momento fundar una familia, cualesquiera que fueran las dudas y las sospechas que surgieron en la primera decisión.

2.2. Una persona extranjera que obtuvo sentencia de divorcio en el extranjero tiene capacidad para contraer matrimonio en nuestro país, sin que sea preciso el trámite de exequátur en la sentencia de divorcio.

RESOLUCIÓN de 6 de noviembre de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Josep, divorciado, español, y doña Concepción, divorciada, cubana, solicitaban autorización para contraer matrimonio civil. Adjuntaban al escrito: respecto de él certificación literal de nacimiento, certificado de estado civil, certificado de empadronamiento y certificación literal de matrimonio con marginal de divorcio, y respecto de ella, certificado de nacimiento, certificado de empadronamiento, certificado de estado civil y sentencia de divorcio.
- Ratificados los promotores, se practicó la audiencia reservada y por separado a los futuros contrayentes cerciorándose el Juez Encargado de la inexistencia del impedimento de ligamen o cualquier otro obstáculo legal para la celebración.
- La Juez Encargada dictó auto con fecha 4 de septiembre de 2000 denegando la autorización solicitada; el estado civil de la contrayente es el de divorciada.

da, presentado certificado de la sentencia de divorcio de fecha 28 de junio de 1985 dictada por un Tribunal cubano, el artículo 107.2 CC dispone que las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento, conforme a lo dispuesto en la LEC, por lo que, para poder prosperar el expediente de matrimonio, debía haber obtenido previamente la promotora el correspondiente *exequátur* del Tribunal Supremo.

- Los promotores presentaron recurso ante la DGRN alegando la interesada que en su país, una vez dictada la sentencia de divorcio, la persona afectada queda otra vez en estado de «soltería» adjuntando certificado del Consulado de Cuba en Barcelona en el que acredita que el estado civil de la promotora es el de divorciada. El recurso fue estimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La capacidad para contraer matrimonio de un extranjero se rige por su estatuto personal determinado por la ley nacional (art. 9.1 C.c.) y en este caso está acreditado por la documentación presentada que la interesada, nacional cubana, es de estado civil divorciada según sentencia firme dictada en Cuba, por lo que en principio no hay dificultad alguna para su matrimonio civil con un español.

No debe inducir a confusión que el artículo 107.II, del Código civil establezca que las sentencias de divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reco-

nocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley del Enjuiciamiento Civil, porque esta exigencia del *exequátur* de la sentencia extranjera de divorcio ha de entenderse limitada a sentencias extranjeras que afecten a ciudadanos españoles o a matrimonios previamente inscritos en el Registro Civil español, lo que no ocurre en el presente caso. Como señala el artículo 84.1.^º del Reglamento no es necesario que tengan fuerza directa en España las sentencias extranjeras que determinen o completen la capacidad para el acto inscribible. La sentencia de divorcio cubana tiene pleno valor probatorio para acreditar la capacidad matrimonial de la ciudadana cubana.

2.3. *Se autoriza el matrimonio de persona incapacitada parcialmente en el ámbito patrimonial, pese a la oposición del padre titular de la patria potestad prorrogada, porque hay dictamen favorable del Médico Forense.*

RESOLUCIÓN de 14 de noviembre de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Emilio y doña Encarnación solicitaban autorización para contraer matrimonio civil. Adjuntaban al escrito: por parte de él certificación literal de nacimiento, certificado de empadronamiento y declaración jurada de estado civil y, por parte de ella, certificación literal de nacimiento en la que figura nota marginal declarando la incapacidad parcial de la inscrita en todo lo que se refiere a la esfera patrimonial según la sentencia de 24 de marzo de 1994, certificado de empadronamiento y declaración jurada de estado civil.
- Con fecha 30 de junio de 2000 se practicó la audiencia reservada al futuro contrayente manifestando éste que conoce las obligaciones del matrimonio y accede libremente, que conoce a su novia desde hace tres años y llevan conviviendo juntos desde hace uno, conoce la minusvalía que le afecta y que tiene un hijo de 7 años que vive con el padre de ella porque no se lo deja su familia, y cree que ella es capaz de relacionarse normalmente y de cumplir sus obligaciones en la convivencia. Seguidamente se practicó la audiencia reservada a la futura contrayente manifestando que accede libremente a contraer matrimonio, que lleva conviviendo con su novio desde hace un año, que le gustan las tareas de la casa, hace la compra, sabe contar el dinero en cantidades pequeñas y no se considera gastadora ni caprichosa, que sus hermanos están de acuerdo con la celebración del matrimonio pero que su padre y su tío no, que trabaja en una empresa de limpieza, que tiene un hijo que nació en el año 1993 que vive con su padre porque su padre no quiere que viva con ella, y que conoce las obligaciones del matrimonio.
- El Juez Encargado interesó para que se uniera al expediente testimonio de la sentencia de incapacidad parcial de la contrayente y se notificase la incoación del expediente al padre de la misma. El Médico Forense, realizada la exploración a doña Encarnación, informó que tiene 31 años de edad, es soltera, tiene un hijo de 7 años fruto de una relación anterior y que en la actualidad vive con la persona que desea contraer matrimonio desde hace un año y anteriormente vivía con sus padres y su hijo del que se encargaba

personalmente, que su madre ha fallecido y trabaja en una empresa de limpieza. En la exploración se observa limitación intelectual con moderada capacidad de comprensión y ausencia de capacidad de abstracción, lo que significa una comprensión moderada de las diferentes situaciones que forman parte de la actividad cotidiana, comprende el significado del matrimonio y las consecuencias básicas que el acto implica y no presenta trastornos de la afectividad.

- Con fecha 24 de julio de 2000 compareció en el Registro Civil el padre de la contrayente manifestando que no está de acuerdo con que su hija se pueda casar, dado que se encuentra incapacitada mentalmente y no puede autogobernarse económicamente, tiene un hijo de 7 años que vive con él teniendo la guarda y custodia del mismo al estar su hija incapacitada, y que no consiente en su matrimonio. El Ministerio Fiscal informó favorablemente a la celebración del matrimonio.
- El Juez Encargado dictó auto con fecha 10 de agosto de 2000 autorizando la celebración del matrimonio.
- El padre de la contrayente presentó recurso ante la DGRN que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Se plantea en este recurso el problema de determinar si uno de los contrayentes que pretenden contraer matrimonio civil tiene, en el momento actual, la aptitud necesaria para prestar el consentimiento matrimonial, pues éste es un requisito imprescindible del matrimonio (cfr. art. 45 C.C.), cuya falta provoca la nulidad del enlace (cfr. art. 73.1 C.c.).

Pese a la presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil (cfr. art. 322 C.c.), esta presunción está sujeta a excepciones en las que debe comprobarse previamente la capacidad natural de la persona para prestar consentimiento a un acto determinado. Así sucede con el matrimonio porque el artículo 56 del Código Civil, después de señalar que en el expediente previo al matrimonio en forma civil debe acreditarse por los contrayentes

que reúnen los requisitos de capacidad establecidos en este Código, añade en su segundo párrafo que «si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

En este caso, existiendo una sentencia de incapacitación (aunque limitada únicamente a la esfera patrimonial) y estando la contrayente sujeta a patria potestad prorrogada, es necesario ese dictamen, que ha de ser emitido por el Médico Forense. En dicho informe el médico forense considera que la contrayente comprende el significado del matrimonio y las consecuencias básicas que el acto implica, por lo que en consecuencia no hay ningún motivo para negar la autorización.

2.4. Concesión de la dispensa de edad para contraer matrimonio de una menor de edad y mayor de catorce años al existir justa causa.

RESOLUCIÓN de 28 de noviembre de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Domingo y su esposa doña Juana solicitaron le fuera concedida dispensa matrimonial a su hija Gloria con el fin de que pueda contraer matrimonio con D. Abian.
- Incoado expediente de jurisdicción voluntaria conforme el artículo 48 del Código Civil, se procedió a oír a la menor quien manifestó su deseo de casarse con su prometido D. Abian de 19 años, con trabajo fijo, que sus padres están separados y que ella ha vivido con su abuela desde que nació, la cual les ha dejado un piso a su disposición.
- Notificado el Fiscal informó oponerse a la concesión de la dispensa para contraer matrimonio. La Juez Encargada dictó auto por el que acordó no haber lugar a conceder la dispensa de edad para contraer matrimonio a la menor, por no apreciarse que exista justa causa para ello.
- Los promotores interpusieron recurso ante la DGRN que fue estimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El menor de edad y mayor de catorce años necesita dispensa para contraer matrimonio, la cual puede concederla el Juez de Primera Instancia Encargado del Registro Civil si concurre justa causa.

Si se tiene en cuenta que en este caso está suficientemente acreditado que la menor

vive con independencia de sus padres, que éstos prestan su conformidad al matrimonio y que los interesados disponen de un piso para establecer en él su hogar, no hay motivos para denegar la dispensa por falta de justa causa.

2.5. *El transexual, operado quirúrgicamente y que ha obtenido sentencia judicial de cambio de sexo, puede contraer matrimonio con persona de distinto sexo legal, aunque coincida el sexo biológico.*

RESOLUCIÓN de 8 de enero de 2001.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don J. y doña M. solicitaron autorización para contraer matrimonio en el Registro Civil de M. Adjuntaban los siguientes documentos: por parte de él, certificado literal de nacimiento en la que figura inscrito como D., sexo hembra, y por inscripción marginal se rectifica por sentencia de 19 de febrero de 1999 del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de M. haciendo constar que el sexo de la inscrita no es el de hembra sino el de varón y el nombre propio es el de J. y no el de D., certificado de estado civil, certificado de empadronamiento y fotocopia del D.N.I. y, por parte de ella, certificado literal de nacimiento, certificado de empadronamiento, certificado de estado civil y fotocopia del D.N.I.
- Ratificados los promotores, el Juez Encargado interesó la remisión del testimonio de la Sentencia dictada con fecha 19 de febrero de 1999; remitida la misma se unió al expediente y el Ministerio Fiscal informó que, si bien la Sentencia de 19 de febrero de 1999 autoriza a la demandante al cambio de sexo y de nombre en el Registro Civil, esas rectificaciones tienen efectos limitados en cuanto a la posibilidad de otorgar ciertos actos o negocios jurídicos como es el matrimonio civil, por lo que no procede la autorización solicitada.
- El Juez Encargado dictó auto con fecha 23 de diciembre de 1999 denegando la autorización para contraer matrimonio solicitado, por entender que ambos contrayentes son biológicamente de sexo femenino. Argumentando que la situación jurídica del transexual no ha sido contemplada, al menos en el ámbito civil, por el legislador español, pero esta laguna se completa con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual ha admitido el cambio social de sexo que debe reflejarse en la inscripción de nacimiento en el Registro Civil de la persona interesada, no obstante ya la sentencia de 1987 precisó que la rectificación registral supone «una equiparación absoluta con la del sexo femenino para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de éstos exigiría la plena capacidad y aptitud en cada supuesto». Para el Tribunal Supremo el derecho fundamental del hombre y

de la mujer a contraer matrimonio (cfr. art. 32.1 de la Constitución) está limitado a personas de distinto sexo biológico, y aunque ni la sentencia firme de rectificación del Registro ni de la inscripción marginal misma expresan nada sobre la limitación del *ius nubendi* del inscrito, ello no autoriza a estimar que esa limitación no existe, porque se trata de un cambio de sexo y de nombre que tiene efectos en el ámbito social y que no faculta al interesado, mientras no se decida otra cosa judicialmente, a contraer matrimonio con otra persona de su mismo sexo físico.

- Los promotores recurrieron ante la DGRN, que estimó el recurso permitiendo el matrimonio de ambos.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La cuestión que se plantea en este recurso es la de si pueden contraer matrimonio entre sí una mujer y un transexual femenino puro, el cual, para adecuar su sexo biológico y anatómico a su comportamiento sexual psíquico y social, ha sufrido una intervención quirúrgica de cirugía transexual y a continuación ha obtenido una sentencia firme dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de M., por la cual se modifica su inscripción de nacimiento para hacer constar su sexo masculino en lugar del femenino que figuraba en el asiento.

La situación jurídica del transexual sigue sin estar contemplada, al menos en el ámbito civil, por el legislador español, si bien esta laguna está resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual en las sentencias citadas en los vistos admitió la constancia en el Registro Civil de un sexo distinto por consideraciones de tipo psíquico y social y en consonancia con el principio de libre desarrollo de la personalidad recogido en el artículo 10.1 de la Constitución.

Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado contraria a reconocer al transexual aptitud para contraer matrimonio, apuntando que la diferencia biológica de sexos es esencial y que en otro caso el matrimonio sería nulo por ausencia de consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1.º C.c.). Ahora bien, estas afirmacio-

nes jurisprudenciales no constituyen la *ratio decidendi* de los respectivos fallos en los que se ordena la rectificación en el Registro Civil del dato sobre el sexo y, lo que es más importante, en la Sentencia de 3 de marzo de 1989 se deja a salvo que la extensión de los efectos a producir por los cambios de sexo judicialmente acordados pueda ser precisada por los órganos jurisdiccionales, bien en ejecución de sentencia, bien en otra litis diferente. Se deja, pues, abierta la puerta para que una decisión judicial declare la capacidad del transexual para contraer matrimonio, como han señalado, por cierto, las Resoluciones de este Centro Directivo que han tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión.

Siendo esto así y si, como se ha apuntado, la sentencia de cambio de sexo no contiene en el supuesto una declaración sobre la falta de capacidad matrimonial, no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo, aunque coincidan los sexos biológicos invariables de ambos contrayentes. Desde el momento que una sentencia judicial firme ha ordenado sin limitaciones el cambio de sexo, hay que estimar que este cambio se ha producido a todos los efectos. Si el principio constitucional de desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución justifica, tras el sín-

drome transexual, la correspondiente operación quirúrgica y el tratamiento médico oportuno, el cambio de sexo judicialmente declarado, sería dejar las cosas a medio camino, creando una situación ambigua al modo del reconocimiento de un tercer sexo, si no se entendiera que ese cambio de sexo habría de ser efectivo en todos los ámbitos.

No puede defenderse que el matrimonio entre una mujer y un transexual que ha pasado a ser varón sea, por este solo motivo, nulo por ausencia de consentimiento matrimonial. Si el cambio de sexo se ha producido, los sexos de ambos contrayentes son distintos y cada uno de ellos, al prestar el consentimiento, ha tenido en cuenta el diferente sexo del otro. Por lo demás, si ese matrimonio pudiera ser declarado nulo por errar en las cua-

lidades personales esenciales del otro contrayente (cfr. art. 73.4.^º C.c.), no ocurre así en este caso en el que la mujer conoce el proceso sexual de la otra parte, aparte de que la nulidad por error sólo puede ser invocada por el cónyuge que hubiera sufrido el vicio (cfr. art. 76 C.c.).

No debe olvidarse, por último, que la solución de permitir al transexual contraer matrimonio con persona de su mismo sexo biológico es la generalizada en Derecho comparado; tiene claro apoyo en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y es una posibilidad que se está admitiendo en la práctica registral.

3. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

3.1. *Procedencia de la anotación preventiva de embargo sobre bienes que se adjudicó la esposa en la liquidación de la sociedad de gananciales y dimanante de una deuda que tiene carácter ganancial.*

RESOLUCIÓN de 6 de junio de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- En la Agencia Estatal de Administración Tributaria de Las Palmas se sigue procedimiento administrativo de apremio contra doña J., como responsable solidaria de las deudas devengadas durante la vigencia de su sociedad de gananciales con don I., limitándose dicha responsabilidad a los bienes que le fueron otorgados en escritura pública de capitulaciones matrimoniales estableciendo el régimen de separación de bienes, de fecha 4 de diciembre de 1995.
- En escritura pública de 22 de junio de 1989, don I. fue nombrado Administrador único de la sociedad H. En fecha 26 de mayo de 1995, se notificó a

don I. la concesión del trámite de audiencia en relación con su posible declaración como responsable subsidiario de las deudas tributarias liquidadas en concepto de retenciones a cuenta del IRPF, ejercicio 1990 y 1991, a cargo de la entidad H. El 14 de junio de 1995, don I. presenta escrito declarándose insolvente.

- En fecha 4 de diciembre de 1995, los cónyuges don I. y doña J. otorgaron capitulaciones matrimoniales por las que disuelven la sociedad legal de gananciales vigente entre ellos, acordando que en lo sucesivo regirá el régimen de separación de bienes. En la liquidación de la sociedad se adjudica la esposa 12 fincas urbanas y el esposo dinero en metálico.
- El 7 de febrero de 1996 se notificó a don I. el acuerdo del Jefe de la Dependencia Regional de Recaudación por el que se le deriva la acción administrativa para el cobro de las deudas tributarias de la sociedad citada por los conceptos e impuestos que se consignan.
- Con fecha 13 de febrero de 1996 se inscribieron en el Registro Civil de Las Palmas las capitulaciones matrimoniales señaladas.
- En fecha 22 de enero de 1997, se ha instruido expediente de responsabilidad solidaria a la interesada como adjudicataria de bienes gananciales que, al tiempo de ser oponible a la disolución del régimen frente a terceros, respondían solidariamente de las deudas que conforme a lo dispuesto en los artículos 1356 y 1366 del Código Civil son de cargo y responsabilidad de la sociedad de gananciales.
- Con fecha 10 de marzo de 1996, se extiende mandamiento, por la Jefa de la Unidad de Recaudación, dirigido al Registrador de la Propiedad de Las Palmas número 1 ordenando la anotación preventiva de embargo sobre las fincas que se relacionan en el mismo.
- El Registrador de la Propiedad denegó la anotación preventiva de embargo que se ordena en el mandamiento que precede por hallarse las fincas inscritas a favor de doña J. desde el 16 de enero de 1996.
- El Abogado del Estado interpone recurso gubernativo ante el TSJ de Las Palmas que fue desestimado.
- El Abogado del Estado interpuso recurso ante la DGRN que fue estimado procediéndose a la anotación del embargo.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL TSJ DE CANARIAS

1. Alegaciones del Abogado del Estado recurrente.

Que es reiterada la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notaria-

do expresada, entre otras, en la Resolución de 8 de febrero de 1996; doctrina que «a sensu contrario» y por imperativo de los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, impone la

práctica de la anotación solicitada en todos aquellos supuestos en los que aparece como titular registral de las fincas respecto de las cuales se solicita la anotación preventiva de embargo, la persona contra la que se dirige el procedimiento. Que por la dependencia de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en Canarias se sigue procedimiento administrativo contra doña J. como responsable solidaria de las deudas que se detallan en el procedimiento y como medida cautelar, adoptada al amparo de lo establecido en el artículo 128 de la Ley General Tributaria, ha sido acordado el embargo preventivo de las fincas propiedad de la citada señora. Que denegada dicha anotación preventiva se considera infringidos los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria, así como la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, al respecto. Que como fundamento, se debe señalar que tanto la adopción de la medida cautelar como, y en su caso, la declaración de doña J. como responsable solidaria de las deudas es susceptible de recurso, correspondiendo el enjuiciamiento de la pertinencia, legalidad y conformidad o no a derecho de tales acuerdos a la jurisdicción contencioso-administrativa, tras el agotamiento de la preceptiva vía económico-administrativa y, en su caso, la interposición del potestativo recurso de reposición.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El obstáculo para practicar la anotación preventiva de embargo surge del Registro, ya que si bien la embargada es titular de los bienes, no es deudora y no puede ser parte en

el procedimiento; así pues, de acuerdo con la Resolución de 29 de mayo de 1989 y los artículos 20 y 38.3 de la Ley Hipotecaria y 144 del Reglamento, surge un obstáculo que impide la anotación. Que de la lectura del mandamiento resulta que doña J. no es deudora en absoluto; Que la deuda es de una sociedad, resultando como posible responsable subsidiario el marido de la titular registral. La deuda no es ganancial ni puede presumirse ganancial (artículos 1365 y siguientes del Código Civil y Resolución de 5 de enero de 1988]). Que la causa del embargo no es la deuda ni la responsabilidad, sino el fraude, como resulta del expediente. La anotación de embargo por posible fraude de acreedores no resulta del artículo 128 de la Ley General Tributaria, ni se considera procede la práctica de anotación de embargo basada en una sospecha de fraude. Que si el acreedor estima que las capitulaciones lo son en fraude de su derecho, parece procedente acudir a la impugnación judicial de las mismas, anotando preventivamente la demanda. Que se estima procedente confirmar la denegación conforme a la doctrina de las Resoluciones de 5 de enero de 1988, 29 de mayo de 1989 y 4 de octubre de 1993.

3. Resolución del Presidente del TSJ de Canarias.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Canarias confirmó la nota del Registrador fundándose en que la señora, de acuerdo con los artículos 1365 y siguientes del Código Civil, no puede considerarse deudora, pues la deuda cuyo pago se le exige no puede afectar a los bienes gananciales.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Abogado del Estado recurrente.

El Abogado del Estado apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegacio-

nes, y añadió: Que el auto infringe la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado manifestada, entre otras, en la Resolución de 8 de febrero de 1996, como lo

establecido en los artículos 20 y 38 de la Ley Hipotecaria y 99 del Reglamento Hipotecario. Que el procedimiento se dirige contra el titular registral, tal como acontece en este caso, en el que se instruye expediente de responsabilidad solidaria contra doña J., titular registral de los bienes respecto de los que se solicita la práctica de la anotación preventiva de embargo. Que es precisamente lo que «a sensu contrario» se desprende de la Resolución citada. Que los motivos en los que se fundamenta la no práctica de la anotación preventiva ordenada en el mandamiento, salen del ámbito de la función calificadora del Registrador tal y como aparece concebida en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

2. Doctrina de la DGRN.

El defecto tal y como ha sido planteado no puede confirmarse, toda vez que el procedi-

miento del que emana el embargo que se pretende anotar aparece dirigido contra el titular registral del derecho embargado, apareciendo, por tanto, plenamente satisfechas las exigencias del principio de tracto sucesivo (cfr. artículo 20 de la Ley Hipotecaria), sin que puedan discutirse ahora, dada la necesaria concreción impuesta al recurso gubernativo por el artículo 117 del Reglamento Hipotecario, otras cuestiones como la de la competencia de la Administración Tributaria para declarar la responsabilidad de los bienes gananciales por deudas tributarias de las que sea sujeto pasivo o responsable legal uno solo de los cónyuges o para ejecutar, por el procedimiento de apremio administrativo, bienes que pertenecen a persona distinta del sujeto pasivo de la deuda tributaria o del responsable de la misma conforme a la ley que la regule.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ACTUALES CRITERIOS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES MATRIMONIALES EXTRANJERAS

SARA RODRÍGUEZ VELILLA

Abogada

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.

II. FINALIDAD Y FUNCIONALIDAD DEL EXEQUÁTUR.

- 1. Regla general: reconocimiento judicial mediante exequátur.**
- 2. El objeto del exequátur: el principio de no revisión del fondo del asunto.**
- 3. Obtención de efectos jurídicos en España en casos especiales.**

III. DOS CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL EXEQUÁTUR EN MATERIA MATRIMONIAL.

- 1. Clases de resoluciones matrimoniales susceptibles de ser reconocidas.**
 - A) Sentencias y otras decisiones judiciales.*
 - B) Decisiones no judiciales.*
 - 2. Legitimación para solicitar el exequátur.**
-

IV. REGÍMENES DE RECONOCIMIENTO.

1. Principio de reciprocidad.
2. El régimen subsidiario de homologación de la LEC de 1881.
3. La específica normativa de carácter internacional sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales aplicable en materia matrimonial.

V. EL PRE-REQUISITO DE LA FIRMEZA.

VI. LAS CONDICIONES DEL ART. 954 DE LA LEC.

1. Número 1.º del art. 954 LEC.
2. Número 3.º del art. 954 LEC.
3. Artículo 954.4.º LEC: autenticidad de la resolución a reconocer.

VII. EL REQUISITO DE LA AUSENCIA DE REBELDÍA.

1. Clases de rebeldía.
2. Calidad de las notificaciones que han de efectuarse al demandado.
3. El comportamiento del demandado y su influencia en los efectos de la rebeldía.

VIII. OTROS CONTROLES RELACIONADOS CON EL ORDEN PÚBLICO.

1. Control de la competencia del Juez de origen y la excepción del fraude de Ley.
2. El control de la competencia legislativa.
3. Armonía con las resoluciones y procedimientos españoles.
 - A) *Armonía con las resoluciones del foro.*
 - B) *Armonía con los procesos pendientes en el foro.*
 - C) *La solución aportada en el Reglamento (CE) 1347/2000.*

IX. BREVE REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

En este siglo que comienza, los Abogados interesados en la esfera del Derecho de Familia habremos de enfrentarnos a una realidad cuya incidencia se

observa a simple vista: el imparable fenómeno del tránsito internacional y establecimiento transfronterizo de todo tipo de ciudadanos. Este movimiento constante de personas ha dado como resultado que cada vez resulte menos infrecuente que un cliente —español o no— esté interesado en las posibles consecuencias que pueda tener en España una decisión atinente a su matrimonio recaída en el extranjero.

El objeto de este estudio es exponer los requisitos sustantivos (y alguna particularidad de carácter procesal) que permiten dotar de eficacia en España a aquellos pronunciamientos de las resoluciones extranjeras que decretan la separación o el divorcio, o declaran la nulidad matrimonial; al mismo tiempo, se dejarán evidenciados los posibles elementos obstativos o de oposición a dicha eficacia. Tanto uno como otro extremo han de tenerse en cuenta para defender convenientemente los intereses de nuestro cliente.

Dada la finalidad práctica del trabajo, se analizan especialmente las directrices sentadas por nuestro Tribunal Supremo, que ha desarrollado una aperturista línea jurisprudencial en materia de reconocimiento de resoluciones matrimoniales, dando incluso cabida a instituciones desconocidas en nuestro Derecho positivo, cuidando al mismo tiempo de la defensa de los derechos que otorga la Constitución.

Para ello se han tenido en cuenta 158 Autos de exequátur⁽¹⁾. En este estudio pretendo reflejar esa doctrina jurisprudencial por su progresiva adecuación a los tiempos actuales y porque, a la postre, para un Abogado en ejercicio es, tanto o más imprescindible que conocer la letra de la Ley, tener muy presente la interpretación que los Tribunales hagan de la misma.

II. FINALIDAD Y FUNCIONALIDAD DEL EXEQUÁTUR

1. Regla general: reconocimiento judicial mediante exequátur.

El art. 117.3.º de nuestra Constitución atribuye la potestad jurisdiccional exclusiva a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes españolas, lo que significa que —en principio— las resoluciones emanadas de órganos extranjeros carecen de eficacia y no pueden ser ejecutadas en España directamente.

Pero cabe la posibilidad de lograr que una decisión extranjera tenga efectos en España si ésta obtiene “reconocimiento”.

⁽¹⁾ Los datos jurisprudenciales y normativos han sido tomados de las bases de datos de “El Derecho Editores” (que se consignan con las siglas *EDE*, seguidas del número de referencia de la editorial), y del Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia (siglas *RAJ*, y número marginal de la editorial).

Mediante el reconocimiento la resolución foránea queda homologada a las sentencias españolas, y puede desplegar en nuestro país los siguientes efectos (2):

a) El efecto de cosa juzgada material, que imposibilita el planteamiento en España de un nuevo proceso con idéntico objeto y partes.

b) El efecto constitutivo, por el que la resolución extranjera determina la creación, modificación o extinción de la relación jurídica matrimonial también en España.

c) El efecto ejecutivo, consistente en la conversión de la sentencia extranjera en un título de ejecución (efecto que, en puridad, no es predicable de los pronunciamientos de separación, divorcio y nulidad objeto de este trabajo, puesto que no cabe instar su ejecución en sentido propio).

d) El efecto registral, deviniendo la resolución extranjera título válido para acceder a los Registros públicos españoles tanto en lo referente a la situación de estado civil de las personas, como en lo atinente a las eventuales modificaciones de titularidad de inmuebles y muebles susceptibles de inscripción.

A la inversa, como señala F. F. GARAU SOBRINO (3), una resolución matrimonial extranjera que no haya obtenido el reconocimiento, no despliega sus efectos en nuestro país y no obstaculizará el planteamiento de un nuevo proceso en España entre los mismos sujetos, con el mismo objeto y *causa petendi*.

El mecanismo usual de reconocimiento en nuestro país es el denominado “exequátur”.

Técnicamente, y a tenor de su significación etimológica, el exequátur es el acto procesal de concesión del específico efecto ejecutivo a una resolución. Pero, en la práctica, se llama exequátur al **procedimiento de reconocimiento de resoluciones extranjeras regulado en los hoy aún vigentes arts. 951 y ss. de la antigua LEC**, mediante el cual no sólo se dota de ejecutividad al título extranjero (pudiendo instarse a continuación su ejecución en sentido propio), sino que también se le atribuye efecto de cosa juzgada material, efecto constitutivo y efecto registral.

Teniendo en cuenta que hay excepciones, en materia matrimonial el exequátur es necesario:

(2) Se encuentra una clara exposición de dichos efectos desarrollada por S. SÁNCHEZ LORENZO —en el manual editado junto a J.C. FERNÁNDEZ ROZAS— *Curso de Derecho Internacional Privado*; Ed. Civitas, Madrid, 2.ª edición, págs. 641 y 642.

(3) En “El reconocimiento en España de las resoluciones judiciales extranjeras en materia matrimonial”, que se recoge en el volumen colectivo *Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999, pág. 310.

- a) Para dotar de eficacia a las sentencias que afecten a algún ciudadano que ostentara la nacionalidad española en el momento de dictarse la resolución.
- b) Por razones obvias de coherencia interna, para que surtan sus efectos en España las resoluciones que afecten a matrimonios inscritos en Registro civil español, cualquiera que sea la nacionalidad de los cónyuges.
- c) Para aquellas Sentencias matrimoniales extranjeras que, pese a afectar sólo a nacionales extranjeros sin matrimonio inscrito en España, tengan pronunciamientos que pretendan o deban ejecutarse en territorio español⁽⁴⁾.

Por último, conviene tener en cuenta que se puede solicitar el exequátur parcial —de determinados pronunciamientos— de la resolución extranjera y, desde luego, cabe que el exequátur sea concedido sólo parcialmente, teniendo entonces eficacia en España sólo aquellos pronunciamientos de la resolución que hayan sido reconocidos.

2. El objeto del exequátur: el principio de no revisión del fondo del asunto.

En el procedimiento de exequátur no se efectúa una revisión del fondo del asunto ventilado ante el órgano extranjero; el exequátur es un procedimiento de **control de la concurrencia de las condiciones formales para la concesión del reconocimiento** porque, como ha declarado el Tribunal Constitucional⁽⁵⁾, *“no es un procedimiento contencioso articulado sobre una demanda, sino un trámite de homologación”*.

Esta naturaleza del exequátur determina que los motivos de oposición que contra la solicitud pueden esgrimirse queden limitados a las circunstancias obstativas especificadas en la LEC o en el instrumento internacional aplicable, en los términos determinados por la Jurisprudencia. Queda excluida, pues, la posibilidad de oposición fundada en motivos relativos al fondo del asunto que se ventiló en el extranjero. Gráficamente, el art. 5 del Tratado con Suiza, pese a su antigüedad, enuncia ya este principio de este modo: “La Autoridad a cuyo poder vaya la demanda de ejecución no entrará a discutir el fondo del asunto”.

(4) Como ya se ha dejado indicado, este supuesto no constituye objeto del presente estudio, puesto que ni la declaración de nulidad ni el pronunciamiento que decreta el divorcio o la separación son susceptibles de ejecución en sentido estricto. Sin embargo, habrá de tenerse en cuenta puesto que será necesario obtener el previo exequátur en aquellos casos en que el objetivo sea, por ejemplo, lograr la efectividad de una pensión compensatoria fijada en una sentencia extranjera de divorcio.

(5) Vid. Fundamento Jurídico 7.º de la Sentencia del T. Constitucional n.º 54/1989, de 23 de febrero de 1989.

Pero la verificación por parte del Tribunal español no queda constreñida a una mera revisión superficial del cumplimiento formal de los requisitos; como el propio Tribunal Constitucional apunta, el órgano español deberá comprobar **el respeto de las garantías constitucionales y la adecuación al orden público constitucional**, rechazando las decisiones extranjeras en cuya fundamentación o procedimiento se hayan vulnerado los derechos fundamentales garantizados en nuestra Constitución.

La doctrina del Tribunal Supremo es absolutamente concordante con las premisas expuestas. Por poner un ejemplo reciente, el Auto de 6-2-2001 ⁽⁶⁾ desestimó como circunstancia obstativa al reconocimiento la prescripción de la acción ejercitada de reclamación de alimentos razonando que “*la acción encaminada a realizar el derecho al reconocimiento —la acción de reconocimiento— es distinta y no puede confundirse con la acción ejercitada en el pleito de origen que motiva la sentencia por reconocer ni con la acción de ejecución de ésta, ya en el Estado de origen, ya en el foro una vez reconocida*”. Y, abundando en la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, declara que:

*“...el procedimiento de exequátur se caracteriza por la naturaleza meramente homologadora de los efectos propios de la decisión extranjera, singularmente los procesales —cosa juzgada, ejecutivos, preclusivos...— y se encamina a lograr una resolución que, sin examinar el fondo del asunto más allá de lo que obligue el control de la competencia legislativa cuando fuese procedente, y del orden público del foro —entendido en su sentido internacional—, autorice la eficacia de la resolución, desplegando sus efectos en España con el alcance y extensión que poseen en origen, sin otros correctivos que los derivados de su desconocimiento en el foro o del obligado respeto al **orden público**.”* ⁽⁷⁾

El mismo principio ha sido aplicado reiteradamente en la práctica en lo referente a la materia de este estudio. Ejemplos expresivos se encuentran en varios Autos de exequátur sobre sentencias chilenas en las que se declara la nulidad matrimonial por incompetencia territorial del funcionario autorizante del matrimonio ⁽⁸⁾ (causa de nulidad no contemplada en nuestro Derecho). Aunque alguno de estos ATS deniegan el exequátur, ninguno lo hace sobre la base de la causa determinante de la declaración de nulidad, puesto que tal cosa su-

⁽⁶⁾ *RJA 2001/1510*; Fundamento Jurídico Tercero.

⁽⁷⁾ En términos sustancialmente idénticos, véanse los Autos de 6-6-2000 (*RJA 2000/4653*), en el Fundamento Jurídico Cuarto, y Auto de 16-5-2000 (*RJA 2000/3576*) en su F. jurídico noveno.

⁽⁸⁾ Cfr. Autos de 16-5-2000 (*EDE 2000/28147*), de 13-10-1998 (*EDE 1998/41031*), de 14-7-1998 (*EDE 1998/41020*) y de 14-4-1998 (*RAJ 1998/3561*) .

pondría efectuar un análisis de fondo que excede de esa comprobación del respeto al orden público a que ha de ceñirse el exequátur⁽⁹⁾.

En definitiva, el órgano jurisdiccional español que deba reconocer la resolución extranjera habrá de revisar los elementos de la misma engarzados con la noción de orden público en el ámbito de los principios y garantías constitucionales, tanto en su vertiente sustantiva (analizando que el contenido de la decisión no atente contra el orden público), como en la procedimental (comprobando que en la tramitación del proceso extranjero se respetaron los derechos de defensa y garantías procedimentales de la Constitución).

3. Obtención de efectos jurídicos en España en casos especiales.

a) La resolución matrimonial foránea no requiere exequátur si de lo que se trata es de acreditar la **capacidad matrimonial del ciudadano extranjero** (arts. 9 del Código Civil y 84 y 152 del Reglamento del Registro Civil), o de obtener **efecto probatorio** en juicio una vez aportada en el procedimiento español que sea del caso conforme a los requisitos establecidos en la vigente LEC (arts. 323 y 144).

b) También hay que anotar que algunos instrumentos internacionales establecen un sistema de reconocimiento llamado “automático” que permite dotar a la resolución extranjera de ciertos efectos en España sin necesidad de tramitar previamente el exequátur.

En esta *modalidad* de reconocimiento es la autoridad judicial o administrativa ante la cual se solicita un concreto efecto de la resolución foránea quien otorga tal efecto si se dan las condiciones requeridas para el reconocimiento. Por ejemplo: una resolución de divorcio francesa puede provocar la correspondiente inscripción en el Registro civil español tras comprobar el Juez Encargado del Registro —dentro del exclusivo marco de sus facultades calificadoras, y sin necesidad de procedimiento judicial alguno— si dicha resolución es reconocible conforme a lo dispuesto en el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 (del que se hablará más adelante).

⁽⁹⁾ En concreto, el T.S. razona en todos ellos a este respecto:

“...la incompetencia territorial del funcionario autorizante determinante de defecto de forma invalidante en el Derecho chileno y de la nulidad del matrimonio que se pretende reconocer en España no puede ser considerada contraria al orden público español —en sentido internacional— aun cuando no sea causa de nulidad admitida en el Derecho patrio; aunque el art. 53 del Código civil hace excepción de la incompetencia del Juez o funcionario autorizante —entre otras— como causa de nulidad ex art. 78, in fine —que se exceptiona a su vez, a sí mismo, al salvar el art. 73.3.º— tal pronunciamiento legislativo no puede alzarse como principio de orden público en materia matrimonial obstativo del exequátur de la sentencia extranjera de nulidad, ya que no cabe colegir del conjunto de nuestras normas constitucionales y civiles esa consideración”.

La ventaja del reconocimiento automático es evidente: el interesado puede lograr dotar de determinada eficacia a la resolución sin incurrir en los gastos, molestias y dilaciones que comporta el procedimiento de exequátur. Los inconvenientes son básicamente dos: en primer lugar, este tipo de reconocimiento carece de la fuerza vinculante que otorga el exequátur, y cabe la posibilidad de que diferentes autoridades judiciales y administrativas tengan posturas opuestas respecto de la misma resolución extranjera; junto a ello hay que subrayar que el reconocimiento automático basta para hacer valer el efecto constitutivo, el registral e incluso el prejudicial de una resolución matrimonial extranjera, pero **no es suficiente para dotarla del efecto de cosa juzgada, ni tampoco del efecto ejecutivo que permite instar su ejecución en sentido propio**. Para que la resolución despliegue estos dos efectos resulta necesario en todo caso obtener el exequátur.

El sistema de reconocimiento automático se recoge en los Convenios con Alemania (art. 10 del Convenio hecho en Bonn el 14-11-83), Austria (art. 12 del Convenio hecho en Viena el 17-2-84), URSS (art. 24.1 del Convenio hecho en Madrid el 26-10-1990) y, con mayor complejidad y matices, el Convenio con Brasil hecho en Madrid el 13-4-89 (véase a este respecto el Auto del TS el 15-10-96; *RAJ 4285/1998*). También ha sido incluido en los puntos 1 y 2 del art. 14 del Reglamento (CE) n.º 1347/2000 del Consejo de 29-5-2000 antes citado.

c) Como novedad, es de mencionar que el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 del Consejo, de 29-5-2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, establece además del sistema de reconocimiento automático como criterio básico y principal, otras dos posibilidades de reconocimiento de tales resoluciones dictadas en los Estados miembros de la Unión Europea (con la excepción de Dinamarca):

1) La **declaración judicial de reconocimiento o de no reconocimiento** a solicitud de alguna de las partes interesadas (art. 14.3 del Reglamento).

El Reglamento dispone que esta solicitud de reconocimiento se ha de ajustar a las previsiones establecidas para la ejecución de resoluciones en materia parental, lo que supone que cada Estado miembro determinará el trámite correspondiente que, en todo caso, habrá de sustanciarse sin intervención alguna de la otra parte en la primera instancia y resolverse en breve plazo.

Ha de entenderse que, en este caso, la decisión de reconocimiento o de no reconocimiento tiene el carácter de **vinculante erga omnes**, al igual que el exequátur tradicional.

2) El **reconocimiento planteado de forma incidental** (art. 14.4 del Reglamento). Este se produce cuando, dentro de un proceso judicial español cualquiera, alguna de las partes alega la existencia de una decisión matrimonial extranjera no reconocida judicialmente con anterioridad. En este supuesto, el ór-

gano jurisdiccional español que conoce de la cuestión principal califica la resolución extranjera de “reconocible” o no a efectos de ese concreto procedimiento, sin que ello resulte vinculante para otros procesos o autoridades.

III. DOS CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL EXEQUÁTUR EN MATERIA MATRIMONIAL

Al enfrentarse a la posibilidad de tener que solicitar un exequátur, pueden surgir dos interrogantes prácticos de carácter previo. Por un lado, cabe plantearse si el exequátur queda limitado a lo que conocemos como “Sentencias”, o cabe solicitarlo para otras resoluciones distintas; y, por otro, también podemos cuestionarnos quién puede solicitarlo, dada la especial naturaleza de las sentencias matrimoniales. Veamos ambas cuestiones por separado.

1. Clases de resoluciones matrimoniales susceptibles de ser reconocidas.

A) *Sentencias y otras decisiones judiciales.*

La Ley de Enjuiciamiento civil se refiere expresamente en su texto al exequátur de “sentencias” y/o “ejecutorias”.

No obstante la literalidad legal, como pone de manifiesto A. REMIRO BROTONS⁽¹⁰⁾, la intención del legislador era amparar bajo el término “sentencia” toda clase de **resoluciones judiciales dictadas en un proceso contencioso, con independencia de su denominación**⁽¹¹⁾.

El Tribunal Supremo ha optado decididamente por esta interpretación amplia, llegando a declarar incluso susceptibles de reconocimiento resoluciones

⁽¹⁰⁾ En *Ejecución de sentencias extranjeras en España. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Ed. Tecnos; Madrid, 1974; págs. 179 y ss.

⁽¹¹⁾ El mismo autor señala que los laudos arbitrales, los actos de jurisdicción voluntaria y otras resoluciones en ocasiones pueden homologarse mediante este régimen de reconocimiento. Pero, a este respecto y en lo que se refiere a la materia del Derecho de Familia, ha de tenerse muy en cuenta el reciente ATS de 18-7-2000 (*RAJ 2000/7140*), que deniega el exequátur a una resolución recaída en un procedimiento de jurisdicción voluntaria en que se atribuye la guarda y custodia de un menor a la madre. Este Auto fundamenta la denegación en la imposibilidad de aplicar, ni siquiera analógicamente, las normas de los arts. 951 y ss. de la LEC a las decisiones dictadas en procedimientos de jurisdicción voluntaria.

tan particulares como son las actas de divorcio «Khole»⁽¹²⁾ otorgadas ante los Adules Notarios adscritos a los Tribunales de primera Instancia de Marruecos (cfr. Autos de 8-6-99, 27-1-98, y de 17-9-96⁽¹³⁾). Aunque su denominación puede hacer pensar otra cosa, parece que estas actas son resoluciones de naturaleza judicial puesto que vienen homologadas por un Juez Notarial, que es una autoridad jurisdiccional que dota de eficacia constitutiva al acto, en una actuación equiparable a la del Juez español que aprueba un convenio regulador.

La eventual duda acerca de la posibilidad de reconocer resoluciones distintas a las Sentencias en sentido estricto queda disipada cuando resulta de aplicación algún instrumento internacional para el reconocimiento y/o ejecución de la resolución matrimonial extranjera: los Convenios bilaterales frecuentemente aluden a *resoluciones* o *decisiones* judiciales, en vez de utilizar la más restringida voz *sentencias*⁽¹⁴⁾; y, de modo aún más contundente, en el ámbito de la Unión Europea, el instrumento específico para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones matrimoniales [el tantas veces mencionado Reglamento (CE) 1347/2000 del Consejo, de 29-5-2000] establece expresamente que dentro del término “resolución” ha de entenderse incluida “cualquier decisión” dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro “cualquiera que sea su denominación, ya sea sentencia, resolución o auto” (art. 13).

B) *Decisiones no judiciales.*

Pero, además, en materia matrimonial la doctrina jurisprudencial se ha conducido por un camino incluso más generoso, determinando que cabe otorgar el exequátur no sólo a las resoluciones emanadas de un órgano judicial, sino también admitiendo aquellas **decisiones de divorcio consensual emanadas de un fedatario público u otra Autoridad** no estrictamente jurisdiccional siempre y cuando la autoridad en cuestión tenga competencia para autorizar el divorcio conforme al ordenamiento de origen y actúe revestida de *imperium*. M.

(12) Este tipo de divorcio consiste en la disolución del vínculo matrimonial mediante un repudio “consensuado” de carácter irrevocable en el que media una compensación.

(13) Publicados respectivamente en *RAJ* 1999/4346, 1998/2924 y 1998/2908.

(14) Por ejemplo, los respectivos Convenios con la URSS y Bulgaria se refieren al reconocimiento de “resoluciones judiciales” (véanse sus respectivos Capítulos IV), al igual que el Convenio con Marruecos (Título II). El Tratado con China utiliza el término de “decisiones judiciales” (Capítulo IV), etc.

GUZMÁN ZAPATER ⁽¹⁵⁾ analiza en un estudio los casos de algunas resoluciones no jurisdiccionales de divorcio provenientes de Cuba, Egipto, Marruecos y México desde una interesante perspectiva.

Para ilustrar lo dicho, puede comprobarse cómo en la práctica el Tribunal Supremo ha declarado conformes al orden público español diversas decisiones matrimoniales emanadas de órganos no jurisdiccionales; así:

— Numerosas actas de divorcio consensual autorizadas por Notarios de Cuba (ejemplos: Autos de 5-10-99, de 23-2-99, de 7-7-98, de 12-5-98, etc.) ⁽¹⁶⁾.

— Una resolución de divorcio dictada por el Ministerio de Justicia y asuntos Eclesiásticos de Islandia por la que se otorga la licencia para un divorcio consensual (cfr. Auto de 13-10-98) ⁽¹⁷⁾.

— Varias decisiones de divorcio emanadas de Autoridades Municipales de Japón (ejemplos: Autos de 18-5-99, de 4-5-99 y de 24-11-98) ⁽¹⁸⁾.

— Una resolución administrativa de divorcio recaída en México, dictada por el Encargado del Registro Civil (Auto de 20-10-98) ⁽¹⁹⁾.

— Un acta de divorcio otorgada ante los fedatarios de la Oficina Notarial de los Estatutos Personales de Egipto (Auto de 21-4-1998) ⁽²⁰⁾.

— Sendas resoluciones de separación y divorcio provenientes de Dinamarca dictadas por una Oficina del Gobernador Civil (en el Auto de 14-10-97) ⁽²¹⁾.

⁽¹⁵⁾ En “Divorcios sin intervención judicial y repudio. «Exequátur»: los casos de Cuba, Egipto, Marruecos y México”. Publicado en la Revista *Aranzadi Civil*, de octubre de 1999 (n.º 11), págs. 15 a 32.

⁽¹⁶⁾ Respectivamente, en *RAJ 1999/8021*, *RAJ 1999/1892*, *RAJ 1998/6087* y *RAJ 1998/6087*. Según razona el TS, en este tipo de actas el Notario no se limita a actuar como fedatario, sino que ejerce unas funciones de “homologación de la voluntad de las partes” y tiene atribuida la competencia exclusiva para efectuar la comprobación del cumplimiento de determinadas condiciones para la disolución del vínculo, ello dentro de un procedimiento al que han de acomodarse las solicitudes consensuales de divorcio.

⁽¹⁷⁾ *RAJ 1998/7669* y *EDE 1998/41030*.

⁽¹⁸⁾ Referencias respectivas: *RAJ 1999/3167*, *1999/2883* y *1998/9226*.

⁽¹⁹⁾ *RAJ 1998/7380*.

⁽²⁰⁾ *RAJ 1998/3563*

⁽²¹⁾ *EDE 1997/21529*.

— Una resolución de divorcio dictada por un Gobernador Civil de Noruega (ver Auto de 16-2-99) ⁽²²⁾.

La posibilidad de homologación de decisiones matrimoniales de naturaleza no judicial se recoge también en el ámbito comunitario, donde el Reglamento (CE) 1347/2000 previene expresamente la posibilidad de reconocimiento y ejecución de “los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en un Estado miembro” (art. 13.3).

2. Legitimación para solicitar el exequátur.

Aunque ésta sea una cuestión de carácter procesal, y por tanto no objeto directo del presente estudio, resulta llamativo que ni la Jurisprudencia, ni la doctrina, ni nuestra normativa interna especifiquen expresamente las condiciones de legitimación para las solicitudes de exequátur en la materia que nos ocupa. Lo mismo sucede en los instrumentos internacionales, donde sólo se contienen referencias muy genéricas acerca de la legitimación ⁽²³⁾, sin especificar la legitimación en sede matrimonial.

En la práctica, normalmente solicita el exequátur a título individual una de las dos partes del procedimiento matrimonial en que recayó la resolución a homologar. Pero se admiten sin objeciones **solicitudes conjuntas** de ambas partes (por ejemplo, en los AATS de 14-7-1998, 24-11-98 y 12-5-98 ⁽²⁴⁾, entre otros), lo que puede resultar especialmente práctico para dar agilidad al procedimiento, ya que se evitarán las dilaciones que supone la notificación a la otra parte, sobre todo si se encuentra en el extranjero.

En teoría nada impide que gocen también de esta legitimación activa los eventuales representantes de las partes en el proceso matrimonial, sus causahabientes o incluso terceros ajenos que tengan un **interés legítimo** en que se efectúe el reconocimiento. Así lo admite tácitamente el Tribunal Supremo al otorgar el exequátur a que se refiere el Auto de 12-1-1999 (*EDE 1999/19199* y *RAJ 1999/135*). La solicitante de dicho exequátur en cuestión era la segunda esposa

⁽²²⁾ *EDE 1999/19204*.

⁽²³⁾ Así, el art. 2 del Convenio con Suiza dispone que “la parte interesada” pedirá la ejecución; en el art. 15 del Tratado con Francia y en el art. 23 del Convenio con Italia se habla de “la parte que pretenda el reconocimiento o solicitud de ejecución”; el art. 22 del Convenio con Bulgaria se refiere a “la persona que alegue el reconocimiento o que solicite la ejecución”, y más extensamente, el art. 15 del Convenio con Alemania establece que el exequátur podrá solicitarse “por toda persona que en el Estado de origen pueda deducir derechos de la resolución de que se trate”.

⁽²⁴⁾ En *EDE 1998/41020*, *RAJ 9487/1998* y *RAJ 1998/4345*.

de un señor que había sido divorciado previamente mediante la sentencia a reconocer, y que había fallecido después de contraer el segundo matrimonio con la señora que en el caso solicitaba el exequátur. Consta incluso que en este procedimiento de exequátur se personó el hijo de los entonces divorciados, mostrándose conforme con la solicitud.

Por lo demás, teniendo en cuenta la función de defensa del interés público encomendada al Ministerio Fiscal, y dado que las resoluciones matrimoniales pueden afectar el estado civil de la persona (por lo menos las que decretan el divorcio y la nulidad matrimonial), tampoco se encuentran inconvenientes teóricos para que sea el Ministerio público quien solicite el exequátur, aunque no se localizan antecedentes jurisprudenciales en este sentido.

La legitimación pasiva, en cambio, no plantea dudas: la solicitud ha de dirigirse contra la otra parte del procedimiento en que recayó la resolución extranjera, si la petición de exequátur se efectúa a título individual por una sola de las partes de aquel proceso. Y, en todo caso, resulta preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal ⁽²⁵⁾ (art. 956 de la LEC de 1881).

IV. REGÍMENES DE RECONOCIMIENTO

El art. 523 de la vigente LEC y la Disposición Derogatoria Única (punto 1.3.^a) del mismo texto legal determinan la pervivencia de los arts. 951 a 958 de la LEC de 1881 en tanto no entre en vigor una Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil.

Pues bien, la citada normativa de la LEC de 1881 establece un **régimen para el exequátur de las decisiones extranjeras de carácter subsidiario** al estipulado en los correspondientes Convenios y Tratados internacionales (bilaterales o multilaterales) ratificados por España, así como por la específica normativa comunitaria de la Unión Europea.

Teniendo en cuenta lo anterior, antes de solicitar la homologación de una decisión matrimonial habrá de comprobarse previamente si existe algún instrumento internacional cuyo ámbito abarque esta materia y que determine los requisitos para la obtención del exequátur. Sólo en caso negativo habremos de ceñirnos a las especificaciones que contiene la LEC de 1881.

(25) Respecto de la posición de demandado y Ministerio Fiscal, señala el Tribunal Constitucional, en la Sentencia n.º 54/1989, de 23-2-1989: “...la situación procesal de la parte contra quien se pretende ejecutar no es tanto la de un demandado cuanto la de quien, junto al MF, coopera en la verificación que ha de hacer el Tribunal español de las condiciones de que depende la concesión del exequátur y en la comprobación de que el interés de quien lo solicita coincide con el Estado del que se pide su concesión”.

1. Principio de reciprocidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, si no es de aplicación un régimen específico de reconocimiento y ejecución con el país de origen de la resolución extranjera (sea éste un convenio internacional o la normativa de la UE), habrá de estarse a los principios de “reciprocidad positiva” y “retorsión” establecidos en los arts. 952 y 953 de la LEC de 1881.

El **principio de reciprocidad positiva** consiste en que las resoluciones extranjeras tendrán la misma fuerza en España que la que se dé a las resoluciones españolas en el país de origen de la resolución. Por su parte, el **principio de retorsión o de reciprocidad negativa** supone no dotar de fuerza en España a aquellas resoluciones que procedan de una nación en que no se dé cumplimiento a las resoluciones españolas.

El art. 952 de la LEC podría hacer entender que corresponde a la parte que solicita la homologación acreditar que las ejecutorias españolas tienen fuerza en la nación de la que proviene la resolución a reconocer, pero el Tribunal Supremo viene efectuando una interpretación según la cual, **salvo que quede acreditada la reciprocidad negativa, se debe interpretar que existe reciprocidad positiva**; es decir, hay una inversión de la carga de la prueba de indudable trascendencia práctica: supone dispensar al solicitante de la demostración de un elemento constitutivo de su pretensión que, por otro lado, sería de difícil probanza; y, simétricamente, al demandado no le bastará la mera alegación de que existe reciprocidad negativa, sino que deberá demostrarlo.

Son numerosos los ejemplos de esta doctrina jurisprudencial, ya que el Tribunal Supremo ha declarado una y otra vez entender que existe reciprocidad positiva “al no estar acreditada la reciprocidad negativa”; cfr. Fundamento Jurídico segundo de los Autos de 29-2-00 (*RAJ 2000/772*), de 25-1-00 (*RAJ 2000/242*), de 16-11-99 (*RAJ 1999/9908*), y un largo etc.

Huelga decir que en los casos en que es de aplicación el régimen convencional o la reglamentación de la UE no cabe plantear que exista una reciprocidad negativa: la existencia de un instrumento internacional no es sino un reflejo de la reciprocidad positiva.

2. El régimen subsidiario de homologación de la LEC de 1881.

Ya se ha dicho que, en defecto de normativa internacional, será de aplicación el régimen subsidiario contenido en los arts. 951 a 958 de la LEC de 1881. Esta regla en términos prácticos se traduce en que, en defecto de previsión de carácter internacional específica, y siempre que no se acredite la reciprocidad negativa, ocurrirá lo siguiente:

a) La **competencia objetiva** para conocer de las solicitudes de exequátur corresponderá al Tribunal Supremo ⁽²⁶⁾.

Dado el carácter de *ius cogens* de las normas que determinan la competencia objetiva, el órgano ante el que se presente la solicitud examinará de oficio su competencia y, si se considera incompetente por razón de la materia, tras oír al Ministerio Fiscal, se abstendrá de conocer de la solicitud, previniendo a las partes que usen su derecho ante quien corresponda.

b) La solicitud de exequátur será tramitada conforme al **procedimiento** regulado en los arts. 956 a 958 de la LEC ⁽²⁷⁾; y

⁽²⁶⁾ En cambio, la normativa convencional atribuye a los Juzgados de Primera Instancia la competencia para tramitar el exequátur de las resoluciones matrimoniales provenientes de **China, Marruecos, Bulgaria, URSS** (art. 18, art. 25, art. 20.4 y art. 24.3 de sus respectivos Convenios).

Además, es interpretación inveterada del T.S. que el art. 2 del Tratado con **Suiza** efectúa la misma atribución a los Juzgados de Instancia, lo que ha desembocado en la desestimación de numerosos exequátur presentados ante el T. Supremo, evidentemente por desconocimiento de esta Jurisprudencia. Véanse, por ejemplo, los Autos del TS de 13-10-99 (RAJ 1999/7785), de 5-10-99 (RAJ 1999/8024), de 20-7-99 (RAJ 1999/5234), de 8-9-978 (RAJ 7260/7259), y un largo etcétera. Por último, es destacable el caso de **Brasil**, en cuyo Convenio se instituye un complejo régimen al que se refiere el ATS de 15-10-96 (RAJ 1998/4285) según el cual los pronunciamientos constitutivos o declarativos de las resoluciones en materia de estado y capacidad de las personas y derecho de familia están excluidos del ámbito del Convenio y, por tanto, habrán de ser reconocidos por el Tribunal Supremo si se dan las condiciones del art. 954 LEC; en cambio, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia la competencia para reconocer y ejecutar los pronunciamientos sobre obligaciones pecuniarias que deriven de los pronunciamientos constitutivos o declarativos antes mencionados y que deban producir efecto de cosa juzgada, o ser ejecutados en España, o cuando se formule oposición contra ellos al establecer el Convenio que en su ámbito se incluyen dichos pronunciamientos.

Las solicitudes para la declaración a título principal del reconocimiento o no reconocimiento, así como las que instan la ejecución de resoluciones matrimoniales dictadas en la **Unión Europea** al amparo del Reglamento (CE) 1347/2000 también han de presentarse ante los Juzgados de Primera Instancia (cfr. arts. 14, 22 y Anexo I).

⁽²⁷⁾ Por el momento no hay establecido ningún procedimiento al margen de la LEC, pese a que los Convenios con Alemania y con Austria prevén la posibilidad de que los Estados contratantes establezcan un procedimiento especial simplificado para el reconocimiento (no para la ejecución) de las resoluciones relativas al matrimonio y las relaciones familiares (cfr. art. 10.4 del Convenio con Alemania, y art. 12.2 del Convenio con Austria). Tampoco el Reglamento (CE) 1347/2000 de 29-5-00 establece un procedimiento específico, y para obtener la declaración judicial de reconocimiento o de “no reconocimiento” de carácter vinculante a que se refiere el art. 14.3, ha de acudir al procedimiento que determine al efecto cada país, que habrá de tramitarse sin audiencia del demandado en primera instancia y resolverse con celeridad.

c) Para que el exequátur sea otorgado, en la resolución extranjera habrán de concurrir las **circunstancias** enumeradas en el art. 954 de la LEC.

Por el contrario, si existe un régimen de reconocimiento específico con el país de origen de la resolución, habrán de concurrir los requisitos que dicho instrumento internacional disponga para que dicha decisión sea reconocida en España (art. 951 de la LEC de 1881).

Resulta muy frecuente que dentro de los requisitos convencionales para el reconocimiento se recojan con matices algunos de los exigidos en nuestro art. 954. Por ello, la doctrina jurisprudencial referida a cada requisito es aplicable tanto a las condiciones de la LEC como a sus “homólogas” en los instrumentos internacionales.

La normativa internacional recoge también otras exigencias de diversa naturaleza, como por ejemplo que el reconocimiento o ejecución de la resolución no afecte a la soberanía, seguridad o principios legales básicos del Estado requerido, la competencia internacional del Tribunal de origen, que el reconocimiento no implique un conflicto con la competencia exclusiva del Estado requerido, la ley de conflicto, etc. Así, en la práctica puede ocurrir que sea más sencillo argumentar la concurrencia de los requisitos establecidos en la LEC que acreditar el cumplimiento de las generalmente mucho más numerosas y complejas condiciones de reconocimiento que se establecen en los instrumentos internacionales.

3. **La específica normativa de carácter internacional sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales aplicable en materia matrimonial.**

La normativa de origen internacional de aplicación en el campo que nos ocupa es la que sigue (s.e.u.o.):

A) Con el rango de **convenio bilateral**, España ha suscrito varios instrumentos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias cuyo ámbito de aplicación bien incluye expresamente las decisiones de separación, nulidad y divorcio, o bien abarca en general todos los temas civiles y no excluye dichas materias:

— Con SUIZA, el Tratado hecho en Madrid el 10-11-1896 (*Gaceta de Madrid* de 9-7-1898).

— Con COLOMBIA, el Convenio hecho en Madrid el 30-5-1908 (*Gaceta de Madrid* de 18-4-1909).

— Con FRANCIA, el Convenio hecho en París el 28-5-1969 (*BOE* n.º 63, de 14-3-1970).

— Con ITALIA, el Convenio hecho en Madrid el 22-5-1973 (*BOE* n.º 273, de 15-11-1977).

— Con ALEMANIA, el Convenio de 14-11-1983 firmado en Bonn (*BOE* n.º 40 de 16-2-1988, pág. 4902; *EDE* 88/03900).

— Con AUSTRIA, el Convenio de 17-2-1984 hecho en Viena (*BOE* 207, de 29-8-1985, pág. 27262; *EDE* 85/18560).

— Con CHECOSLOVAQUIA, el Convenio de 4-5-1987 hecho en Madrid (*BOE* 290 de 3-12-88, pág. 34278; *EDE* 88/27848). El Tribunal Supremo se ha pronunciado en favor de la aplicabilidad de este Convenio tanto para los pronunciamientos provenientes de la República Checa (cfr. *ATS* de 12-5-98; *RAJ* 1998/4342), como para los recaídos en la República Eslovaca (cfr. *ATS* de 10-12-96; *RAJ* 1998/3558).

— Con BRASIL, el Convenio hecho en Madrid el 13-4-1989 (*BOE* n.º 164, de 10-7-1991; correc. errores *BOE* n.º 193, de 13 de agosto; *EDE* 1991/17793).

— Con la URSS, el Convenio firmado en Madrid el 26-10-1990 (*BOE* 151 de 25-6-1997, pág. 19579. *EDE* 1997/13924).

— Con CHINA, el Tratado de 2-5-1992 hecho en Pekín (*BOE* 26 de 31-1-1994, pág. 3015; *EDE* 94/02077).

— Con BULGARIA, el Convenio de 23-5-1993 hecho en Sofía (*BOE* 155 de 30-6-1994; pág. 20893; *EDE* 94/15122).

— Con MARRUECOS, el Convenio firmado en Madrid el 30-5-1997. (*BOE* 151 de 25-6-1997; pág. 19583; *EDE* 97/13925).

B) Con fecha de 1 de marzo de 2001, en el **ámbito de la Unión Europea** ha entrado en vigor el Reglamento (CE) n.º 1347/2001 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes⁽²⁸⁾.

El Reglamento es un instrumento jurídico comunitario vinculante que, contrariamente a lo que su nombre pudiera darnos a entender, tiene la máxima jerarquía normativa y es directamente aplicable en todos los países de la UE (en el caso de España, sin necesitar siquiera ser publicado en el *BOE*), salvo para Dinamarca (cfr. art. 1.3 del Reglamento).

Siendo el objeto del presente estudio los pronunciamientos de separación, nulidad y divorcio, ha de tenerse presente que este Reglamento sustituye en este específico sector a los Convenios bilaterales antes enumerados con Francia, Ita-

(28) Publicado en el DOCE n.º 160/2000, serie L, págs. 19-36 (*EDE* 2000/81112).

lia, Alemania y Austria a tenor de la previsión que se contiene en el art. 36.1. Pero ello no significa que tales Convenios hayan quedado por completo sin efecto, ya que el Reglamento es aplicable a los pronunciamientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial y a las decisiones en materia de “responsabilidad parental de los hijos comunes”, pero excluye de su ámbito materias tan conexas con este tipo de procesos como son el régimen económico matrimonial, las obligaciones alimenticias, la declaración de culpa de los cónyuges y demás medidas, que seguirán su correspondiente régimen de reconocimiento y que —por tanto— pueden determinar la aplicación de los Convenios citados.

V. EL PRE-REQUISITO DE LA FIRMEZA

En términos generales, una resolución es firme si no cabe contra ella recurso ordinario en el mismo proceso.

Independientemente del régimen de reconocimiento que hayamos de aplicar (el convencional o el subsidiario de la LEC), las solicitudes de exequátur han de referirse a decisiones extranjeras firmes. Así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, además de ser un requisito recogido en el art. 951 de la LEC de 1881 y en todos los convenios bilaterales sobre reconocimiento⁽²⁹⁾.

Como expone J. M. ESPINAR VICENTE⁽³⁰⁾ el requisito de firmeza constituye una precaución del foro para verificar que se esté ante una sentencia, y no ante una declaración que no constituye aún la respuesta definitiva de la jurisdicción de origen por ser susceptible de ser atacada y modificada por los Tribunales de aquel ordenamiento.

En materia matrimonial, es de destacar que el Tribunal Supremo entiende (aplicando un concepto de firmeza no estrictamente procesal) que **no gozan del elemento de firmeza las fórmulas de disolución del vínculo matrimonial con cláusula de revocabilidad** que se dan en algunos países como Egipto y Marruecos.

Así, el Auto del T.S. de 23-7-96 (*RAJ 1998/2907*) deniega el exequátur a un acta notarial marroquí que otorgaba un divorcio de naturaleza revocable; en igual línea, el Auto de 23-7-98 (*RAJ 1998/5337*) también desestimó la solicitud de exequátur de un acta de divorcio acordada ante Adules Notarios de Marruecos al no haber acreditado la solicitante el carácter definitivo e irrevocable de la disolución del vínculo.

⁽²⁹⁾ Vid. art. 2.3 del Tratado con Suiza, art. 15.4 del Convenio con Francia, art. 23.4 del Convenio con Italia, etc.

⁽³⁰⁾ En *Derecho procesal civil internacional*; Ed. La Ley (Madrid, 1988); págs. 151 y 152.

La misma suerte desestimatoria habría seguido una solicitud de homologación de un acta de divorcio revocable egipcia que, no obstante, fue reconocida por Auto de 21-04-1998 (*EDE 1998/40999* y *RAJ 1998/3563*) en atención a la especial situación que concurría: se daba el caso de que era imposible que dicha revocabilidad se hiciese efectiva porque el esposo había contraído nuevo matrimonio.

En el ámbito comunitario la firmeza se exige para el acceso de la resolución extranjera al Registro civil (art. 14.3 del Reglamento), pero no es requisito del reconocimiento: la interposición de recurso ordinario contra la resolución a reconocer **puede suspender el procedimiento de reconocimiento**, sin que el acuerdo de tal suspensión resulte imperativo [art. 20 del Reglamento (CE) 1347/2000].

VI. LAS CONDICIONES DEL ART. 954 DE LA LEC

Una vez determinado que para el reconocimiento no es de aplicación ningún instrumento de carácter internacional, y no existiendo una reciprocidad negativa acreditada con la nación de origen de la resolución firme a homologar, habrá de comprobarse que concurren las cuatro condiciones del art. 954 de la LEC.

De entre ellas, se analiza con detenimiento en epígrafe aparte la condición que establece el número 2.º, ya que reviste mayor complejidad que las otras al haber elaborado el Tribunal Supremo sobre ella una interesante y compleja doctrina. El breve análisis de los tres requisitos restantes es el siguiente.

1. Número 1.º del art. 954 LEC.

El art. 954.1.º exige que la resolución a reconocer se deba al **ejercicio de una acción personal**.

Este requisito no suscita duda alguna en materia matrimonial, ya que tienen naturaleza personal la acción de divorcio, la acción de nulidad matrimonial y la de separación conyugal.

Así lo ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo en el caso de la acción de divorcio (Autos de 25-1-00, en *RAJ 2000/243*; y de 7-9-99, en *RAJ 1999/6530*), y en los supuestos de ejercicio de la acción de nulidad matrimonial de (Auto de 15-6-99, en *RAJ 1999/4349*; y Auto de 14-7-98, en *EDE 1998/41020*). Al igual que las anteriores, la acción de separación conyugal es de naturaleza personal, aunque no hay antecedentes jurisprudenciales en que ello se declare expresamente.

Adviértase que ningún Convenio bilateral, ni tampoco el Reglamento (CE) 1347/2000, recogen este requisito, tal vez por su obviedad.

2. Número 3.º del art. 954 LEC.

El art. 954.3.º especifica que el otorgamiento del exequátur requiere que la **obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita** en España.

En la práctica nos encontramos con que en la gran mayoría de los Autos de exequátur en la materia que nos ocupa, el Tribunal Supremo se limita a constatar en este apartado que los pronunciamientos de divorcio y nulidad matrimonial (y, por lo mismo, los de separación conyugal ⁽³¹⁾) son perfectamente encajables en nuestro ordenamiento interno y resultan compatibles con nuestro orden público razonando que:

a) La reforma experimentada por nuestro Código civil por la Ley 30/1981, de 7 de julio, ha determinado que la institución del divorcio no pueda considerarse contraria al orden público interno.

b) La nulidad matrimonial también es una institución acogida en nuestro ordenamiento interno ⁽³²⁾. Y ello aun cuando la nulidad se decrete por una causa distinta de las recogidas en el Código civil español, como ya se ha visto ⁽³³⁾.

Si, por el contrario, la institución a reconocer no se corresponde exactamente con las mencionadas, podría entrar en juego el límite del orden público en su vertiente sustantiva.

Este podría ser, precisamente, el caso de la disolución del vínculo mediante repudio *en aquellos casos en que la facultad de repudiar se reconozca exclusivamente al consorte varón*, ya que en tal caso podrían entenderse vulnerados los principios constitucionales de igualdad, no discriminación (de la mujer) y dignidad consagrados en los arts. 14 y 10 de la CE. A este respecto, resulta muy expresivo el ATS de 27-1-1998 (*RAJ 1998/2924*), que concede el exequátur a un acta notarial judicialmente homologada de divorcio “Khole” o repudio tras haberse acreditado que esta disolución del matrimonio puede ser instado tanto por el marido como por la esposa.

Otro ejemplo práctico de colisión sustantiva de instituciones con el orden público acontece con aquellas disoluciones del vínculo que son de carácter re-

⁽³¹⁾ Como ha quedado expuesto en la nota al pie anterior, no se encuentran Autos que otorguen el exequátur a sentencias de separación, pero ha de entenderse que la *separación conyugal* cumple también el requisito del art. 954.3.º

⁽³²⁾ Cfr. Auto de 28-12-99 (*RAJ 1999/9892*).

⁽³³⁾ Véase el apartado III, sobre el principio de no de revisión de fondo de la resolución en el exequátur.

vocable. Ya se han mencionado anteriormente⁽³⁴⁾ los ATS de 23-7-96 (*RAJ 1998/2907*) y de 23-7-98 (*RAJ 1998/5337*), que deniegan el exequátur a sendas actas notariales marroquíes al no quedar acreditado el carácter definitivo del divorcio, y la excepcional concesión de exequátur que efectúa el Auto de 21-04-1998 (*EDE 1998/40999* y *RAJ 1998/3563*) de un acta de divorcio revocable por resultar dicho divorcio inamovible en la práctica al haber contraído el esposo nuevo matrimonio.

En definitiva, el estudio del cumplimiento o no del requisito de la licitud de la obligación revestirá de cierto interés sólo en aquellas resoluciones relativas a instituciones que en algo difieran de la separación, divorcio y nulidad consagrados en nuestro entorno occidental, sobre todo si tienen un origen sustantivo de corte religioso.

3. Artículo 954.4.º LEC: autenticidad de la resolución a reconocer.

El art. 954.4.º exige la autenticidad de la resolución a homologar.

La autenticación puede efectuarse mediante la tradicional y bastante compleja **legalización** del documento o mediante la “**apostilla**” o legalización única regulada en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 (en vigor para España desde 1978), relativo a la supresión de la legalización de documentos públicos extranjeros, para los países firmantes de dicho Convenio.

Huelga decir que la autenticación ha de referirse a la resolución a homologar y a la Autoridad que la expidió, y no a otros extremos. Una declaración en este sentido se encuentra en el ATS de 5-10-99 (*RAJ 1999/8020*), que denegó el exequátur a una resolución belga no autenticada, ya que tanto la legalización como la apostilla obrantes en el expediente se referían a la firma del traductor jurado, y no a la sentencia y a su órgano emisor.

Debe advertirse que muchos de los Convenios bilaterales para reconocimiento y ejecución de resoluciones firmados por España contienen una dispensa expresa de legalización, como por ejemplo ocurre en el Convenio con Bulgaria (art. 23), en el Tratado con China (art. 26), Convenio con Austria (art. 16.2), Convenio con Rusia (art. 14), Convenio con Francia (art. 15, *in fine*), Convenio con Italia (art. 23, *in fine*) etc. La misma dispensa de legalización se contiene en el art. 35 del Reglamento (CE) 1347/2000.

(34) Cfr. el epígrafe V, dedicado a “El pre-requisito de la firmeza”.

VII. EL REQUISITO DE LA AUSENCIA DE REBELDÍA

1. Clases de rebeldía.

El art. 954.2 de la LEC plantea el requisito de que la resolución no haya sido dictada en rebeldía.

Pese a la literalidad del precepto, a partir del año 1985 y sobre la base de las garantías procesales a que se refiere el art. 24 de nuestra Constitución, el Tribunal Supremo inició una línea interpretativa (cuyo *iter* expone brillantemente R. RODRÍGUEZ CHACÓN⁽³⁵⁾), hoy consolidada, llegando a la conclusión de que sólo obsta el reconocimiento de la llamada **“rebeldía a la fuerza”**, que acontece cuando la incomparecencia del demandado se produce porque éste no ha sido **citado y emplazado regularmente** conforme a la ley rectora del procedimiento y **en tiempo útil para defenderse**.

Por contra, no obsta al exequátur la llamada “rebeldía por convicción”, que es el supuesto en que la incomparecencia del demandado se debe a que éste no reconoce la competencia del Juez de origen (no confundir con la interposición de la declinatoria, que sí podrá ponerse de manifiesto como posible motivo de oposición al exequátur). Tampoco será motivo de rechazo del exequátur la “rebeldía voluntaria o por conveniencia”, que es el caso en el que el demandado no se persona porque no le interesa, o porque deja pasar los plazos para ello por su propio interés.

El requisito de la ausencia de rebeldía en los términos aquí expuestos está recogido en todos los convenios bilaterales, que o bien exigen acompañar con la solicitud de exequátur el documento justificativo de la debida citación y notificación del inicio del pleito en tiempo útil para preparar la defensa, o bien incluyen de forma directa como motivo de denegación del reconocimiento la falta de dicha comunicación⁽³⁶⁾.

Para las resoluciones matrimoniales dictadas en los países de la Unión Europea (salvo Dinamarca, naturalmente), el art. 15.1.b) del Reglamento (CE) n.º 1347/2000 busca el aquí descrito objetivo de salvaguarda de los derechos del demandado especificando que no se reconocerán resoluciones de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio “cuando se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiera entregado o notificado al mismo el escrito de demanda o un documento equivalente de forma tal y con la suficiente antelación para que el demandado pueda organizar su defensa...”.

(35) En *Ejecución de sentencias matrimoniales canónicas en España*; Edit. de la Universidad Complutense de Madrid; Madrid, 1988; págs. 633 a 645.

(36) Véanse también en este mismo sentido el art. 24.2.c) del Convenio con Checoslovaquia, art. 18.2 del Convenio con la URSS, el art. 22.4 del Tratado con China, etc.

Los Autos que deniegan el reconocimiento por faltar la acreditación de la debida notificación del inicio del pleito son numerosos.

Por ejemplo, el ATS de 21-9-99 (*RAJ 1999/6807*) deniega el exequátur al no constar “*la recepción en tiempo útil de la cédula de citación que se ha aportado a los autos*”. Más reciente y expresivo es el ATS de 6-2-01 (*RAJ 2001/1511*), que se refiere a una sentencia de divorcio francesa dictada en un procedimiento en el que el esposo *no compareció ni designó Abogado*. La solicitante del exequátur alegaba una supuesta imposibilidad física de aportar los documentos acreditativos de la citación y emplazamiento al no existir archivo de los mismos. El TS razona que tal alegación “*se compadece mal con el hecho de que, en cambio, sí se haya aportado la documentación acreditativa de la notificación de la decisión extranjera al demandado*”, y añade que el exequátur se desestima al no acreditarse que la rebeldía en el pleito de origen fuera debida a la voluntad, interés o conveniencia del demandado.

2. Calidad de las notificaciones que han de efectuarse al demandado.

Es importante tener en cuenta que no puede reputarse bastante para entender satisfecho el requisito de ausencia de rebeldía cuando la citación y emplazamiento del demandado no se han efectuado bien personalmente, o bien por algún medio que le permita cabalmente conocer la existencia del procedimiento. No cabe detenerse, pues, en la eventual regularidad formal de dicho emplazamiento conforme a la “*lex fori*”, sino que es necesario que la citación haya dado al demandado una verdadera oportunidad de defenderse.

Así, el Tribunal Supremo ha declarado que no es suficiente la citación por medio de edictos⁽³⁷⁾ (cfr. Auto de 26-10-99, *RAJ 1999/7796*) o por medio de fórmulas análogas como “carteles” (vid. Auto de 15-2-00; *RAJ 2000/1773*), publicación en periódicos (Auto de 26-10-99; *RAJ 1999/7796*), etc.

Si la citación por edictos resulta insuficiente, con mayor razón se inadmitirán fórmulas que ni siquiera dejen rastro documental. Así ocurrió en el ATS de 2-6-98 (*RAJ 1998/7195*), que deniega el exequátur de una Sentencia de divorcio francesa recaída en un juicio en el que la demandada, al no tener residencia conocida, fue citada con el enigmático método que aquí se transcribe: “dejando copia en el Juzgado del Sr. Fiscal, o siendo hablado a uno de los Señores sustitutos del presente que ha recibido la copia y nos ha dado el visado” (sic).

⁽³⁷⁾ El Convenio con Rusia, que también recoge la rebeldía como causa denegatoria del reconocimiento, establece expresamente que “no será válida la citación hecha mediante edictos” (art. 18.2).

Aunque, en principio, han de acreditarse documentalmente las citaciones y notificaciones efectuadas en el pleito de origen, cabe utilizar también los comportamientos del demandado que demuestren que éste tuvo efectiva posibilidad de defenderse y que si no lo hizo fue porque decidió no hacerlo. Una buena muestra de ello se encuentra en el Auto de 28-4-98⁽³⁸⁾. En este caso, el TS entendió que la demandada había incurrido en rebeldía por conveniencia al quedar acreditado su emplazamiento en tiempo y forma para el juicio, así como su conocimiento de la sentencia por **manifestaciones propias** de la demandada, quien había consignado en una demanda de separación que interpuso en España que se había dictado sentencia de divorcio en Suiza a instancias de su marido.

3. El comportamiento del demandado y su influencia en los efectos de la rebeldía.

Podemos afirmar que el Tribunal Supremo entiende que las garantías procesales del art. 24 de la Constitución tienen un cierto carácter “personalista” que se manifiesta en una doble vertiente:

a) Es el propio demandado quien, como sujeto individual, debe ejercitar su derecho de defensa como crea más oportuno, sin que en ello pueda ser sustituido por otra persona no designada por él.

En este sentido, el TS ha declarado en el Auto de 16-5-00⁽³⁹⁾ que **no cabe considerar salvaguardadas las garantías procesales consagradas en el art. 24 de nuestra Constitución por el hecho de que en el pleito de origen se hubiese designado un “defensor judicial”** que represente al demandado durante el juicio. Razona el Tribunal Supremo que, independientemente del carácter y la naturaleza de dicha institución, lo cierto es que el demandado, defendido por un tercero ajeno no elegido por él, ve cercenada su posibilidad de designar libremente el profesional que considere más idóneo para representarle y asistirle, así como la ocasión de articular con él la estrategia que estime más oportuna.

b) Con base en lo anterior, ocurre que el interés por evitar la indefensión que se deriva de la incomparecencia no decidida por el demandado decae en los siguientes casos:

⁽³⁸⁾ RAJ 3595/1998 y EDE 1998/41000.

⁽³⁹⁾ RJA 2000/3578 y EDE 2000/28146.

1. Si la resolución recayó tras petición de común acuerdo de las partes⁽⁴⁰⁾.

2. Si dicha parte mostró su consentimiento a dicho pleito (allanándose, por ejemplo).

3. Cuando de los términos de la resolución resulte que la parte demandada en el extranjero se personó y mostró parte en el procedimiento foráneo⁽⁴¹⁾.

Obviamente, en estas tres situaciones ni siquiera puede hablarse de “rebeldía”, ya que hay una participación activa del demandado en el pleito.

Teniendo en cuenta las tres posibilidades dichas, el ATS de 9-6-1998 (*RAJ 1998/5322*) desestimó el exequátur al entender que no quedaba satisfecho el requisito del art. 954.2.º por no quedar acreditada la intervención del demandado en alguna de las tres modalidades (mediante personación en el pleito, consintiendo al mismo, en solicitud conjunta), ni haber quedado constatado que la rebeldía en el pleito de origen no fuese “forzosa”.

4. Si es el demandado rebelde el solicitante del exequátur. Ello se debe a que, dado que el requisito del art. 954.2.º se configura como una garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa, *quedan subsanadas las omisiones en materia de garantías en el juicio de origen* a efectos del reconocimiento cuando quien eventualmente pudo sufrir la indefensión es el que solicita el reconocimiento. En este sentido, véanse los Autos de 25-1-2000 (*RJA 2000/243*), de 8-6-1999 (*RAJ 1998/4347*), de 18-4-1998 (*RAJ 1998/3594*) y de 19-6-91 (*RAJ 1991/6543*).

En la misma línea de este razonamiento, el Reglamento (CE) 1347/2000 establece que se denegará el reconocimiento de la sentencia matrimonial dictada en rebeldía “...a menos que conste de forma inequívoca que el demandado acepta la resolución” [art. 15.1.b)]. Una forma para que el demandado muestre su aceptación de la resolución podría ser a través de un acta notarial de manifes-

(40) Son muy numerosos los Autos de exequátur en que se trata de homologar una resolución de divorcio recaída en un pleito tramitado consensualmente. A título de ejemplo, vid. Autos de 19-5-1992 (*EDE 1998/41012*) y de 12-5-1998 (*RAJ 1998/3245*) y, con contundencia, el Auto de 19-6-1991 (*EDE 1991/6543*), que declara expresamente que “*el tipo de procedimiento, mutuo acuerdo, elimina todos los problemas atinentes a la rebeldía y a la citación regular y en tiempo útil*”.

(41) Por ejemplo, en el Auto de 23-5-2000 (*EDE 2000/30346*), de 30-3-1999 (*RAJ 1999/2423*), y de 23-6-1998 (*RAJ 1998/6078*).

taciones; o, como señala A. BORRÁS ⁽⁴²⁾, puede entenderse que el demandado acepta la resolución (de divorcio o nulidad) si procede a contraer nuevo matrimonio.

Concluamos este punto haciendo notar que la cuestión de la rebeldía en el juicio de origen, o la falta de acreditación de la “participación” del demandado en el mismo, integra —con gran diferencia— **el mayor porcentaje de las resoluciones que deniegan el exequátur**. Por tanto, habremos de extremar el cuidado en dejar bien acreditado el cumplimiento de este requisito, aportando la documentación correspondiente.

VIII. OTROS CONTROLES RELACIONADOS CON EL ORDEN PÚBLICO

Ya ha quedado expuesto que en el exequátur se excluye la posibilidad de efectuar un análisis del asunto ventilado en el extranjero, sin perjuicio de que el órgano jurisdiccional español haya de constatar que la resolución respete en cualquier caso nuestro orden público en su dimensión constitucional.

También se ha señalado que, además de los eventuales choques con aquellos principios o normas de nuestro Derecho sustantivo que conforman dicho orden público, el órgano jurisdiccional español habrá de comprobar que la resolución a reconocer ha recaído en un procedimiento que respete las garantías y derechos de las partes constitucionalmente consagrados. Son tres los controles que se llevan a cabo a tal fin, y se desarrollan a continuación.

1. Control de la competencia del Juez de origen y la excepción del fraude de Ley.

Todos los convenios contienen una enumeración de criterios de atribución de competencia que determinan la denegación del reconocimiento en caso de incompetencia del tribunal de origen de la resolución.

La excepción a esta regla se encuentra en el ámbito comunitario, donde se parte de la base de una confianza recíproca entre los Estados miembros que ha determinado que el Reglamento (CE) 1347/2000 enumere los pertinentes criterios de atribución de competencia (art. 2.1), pero prohíba expresamente que se proceda al control de la competencia del juez de origen (art. 17): se da por su-

⁽⁴²⁾ En el informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al art. k.3 del Tratado de la UE, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones matrimoniales en materia matrimonial (más conocido como “Bruselas II”), y que constituye el antecedente normativo directo del Reglamento (CE) 1347/2000; DOCE C 221/27, de 16-7-1998, punto n.º 70.

puesto que los órganos jurisdiccionales de todos los Estados comunitarios aplicarán de oficio los criterios de competencia establecidos.

Cuando resulta de aplicación el régimen de condiciones de la LEC (es decir, en ausencia de instrumento internacional), y aunque el art. 22.3 de la LOPJ no establece fueros de competencia con carácter exclusivo, se ha de tener presente que el Tribunal Supremo exige que haya algún punto de conexión con la vida del matrimonio que, razonablemente, justifique la competencia de la jurisdicción extranjera, so pena de desestimar el exequátur.

Las razones para fijar criterios de competencia en los convenios, y de la exigencia jurisprudencial de un punto de conexión en el régimen de la LEC, tienen una misma explicación: **la proximidad del tribunal con el objeto del proceso permite que se aseguren los derechos y garantías procesales del demandado, y evita que las partes se acojan interesadamente a foros de favor o conveniencia** en los que se apliquen normas materiales más favorables o menos rigurosas (lo que la doctrina llama *forum shopping*).

En general, para las resoluciones matrimoniales se admiten como válidos distintos puntos de conexión que fundamenten la competencia del órgano extranjero: el más fácilmente admitido es el del domicilio de ambos cónyuges o del demandado al iniciarse el procedimiento matrimonial en el extranjero, pero también pueden tenerse en cuenta otros elementos, como son fundamentalmente el lugar de celebración del matrimonio y la nacionalidad de alguno de los litigantes o de ambos.

La inexistencia de un punto razonable de conexión ha determinado que el Tribunal Supremo encuentre indicios de la búsqueda fraudulenta de foro en varias ocasiones. Un buen ejemplo de ello lo encontramos en el Auto de 26-10-99 (RAJ 1999/7796), en el que consta que un español, tras fijar transitoriamente su residencia en Nicaragua, obtuvo en dicho país una resolución de divorcio dictada en rebeldía de su esposa (española y residente en España). Una vez obtenido el divorcio, este demandante volvió a instalarse en España de forma permanente y solicitó el exequátur. El Tribunal se cuestiona con toda razón si el demandante no buscaba precisamente provocar la incomparecencia de la esposa en el pleito de origen, vulnerando así sus posibilidades de defensa, por lo que deniega el exequátur⁽⁴³⁾.

El fraude de ley puede haberse intentado por parte de uno solo de los litigantes (como en el caso anterior), o por ambos de consuno. Un ejemplo reciente de intento de fraude coordinado se encuentra en el Auto del T.S. de 14-3-00

⁽⁴³⁾ El T.S. ha apreciado esa intención de búsqueda fraudulenta de foro en los Autos de 15-2-00 (RAJ 2000-1771) y —léanse con los matices propios del tiempo en que fueron dictados— los Autos de 27-5-85 (RAJ 1985-2813) y 5-10-82 (RAJ 1982/5539).

(RAJ 2000/1767), que deniega el exequátur a una resolución de divorcio dictada en Cuba entre un español y una cubana residentes ambos en España al tiempo de la demanda de común acuerdo de divorcio. Entiende en este caso el Tribunal Supremo que los litigantes buscaron un foro de conveniencia para defraudar los rigores de la ley española.

No es infrecuente que el Tribunal Supremo aprecie intenciones fraudulentas en los solicitantes cuando la decisión matrimonial a reconocer ha sido dictada en un país en el que ninguna de las partes tenía fijado su **domicilio con carácter estable o de cierta prolongación en el tiempo**, aunque se invoque algún otro punto de conexión de tipo “teórico”, como puede ser el lugar de celebración del matrimonio. Precisamente, además de en el ya mencionado Auto de 26-10-99 (RAJ 1999/7796), esto ha ocurrido en dos recientes casos: el Auto de 16-5-2000 (RAJ 2000/3577 y EDE 2000/28149) deniega el exequátur de una sentencia de divorcio dictada en la República Dominicana porque las partes, tras haber iniciado un procedimiento de separación en España, solicitaron el divorcio en dicha República fijando para ello su domicilio transitoriamente en dicho país. Para el T.S. resulta evidente que los litigantes pretendían eludir el trámite separatorio previo a que obliga el ordenamiento español. También es denegatorio el Auto de 21-11-2000 (EDE 2000/43551) por entender que, no siendo Cuba la residencia habitual de ninguna de las partes al tiempo del divorcio, y no constando que la residencia habitual del matrimonio o la última común se encontrara situada en dicho país, la Sentencia de divorcio allí obtenida obedece a una búsqueda fraudulenta de un foro de conveniencia. Razona el Auto que, en estas condiciones, *“cualesquiera otras conexiones con la jurisdicción cubana como pudieran ser el lugar de celebración del matrimonio o la sola nacionalidad cubana de la esposa, en principio atendibles aun cuando sean ajenas a los criterios de la ley española, deben ceder antes los hechos expuestos, como también debe ceder la voluntad sumisoria de las partes a las autoridades de aquel Estado”*.

A estos efectos, para sortear en la práctica el obstáculo que puede suponer no contar con un certificado que constate de forma directa el lugar de residencia (como puede ser una inscripción de empadronamiento, o algún tipo de certificación censal) podemos acudir a medios indirectos; por ejemplo, el Auto de 23-5-2000⁽⁴⁴⁾ da por probada la residencia efectiva de la esposa en México (país de origen de la resolución y donde la señora en cuestión negaba haber tenido su residencia durante la tramitación del pleito de origen) con la aportación de los justificantes de la Tesorería de la Seguridad Social relativas al seguro social de la demandada como trabajadora en México; su residencia

(44) EDE 2000/30346.

allí se desprendía, además, de que fue precisamente ella quien firmó las notificaciones y emplazamientos que se practicaron en su domicilio de México.

En definitiva, **se ha de acreditar convincentemente la existencia del punto de conexión efectivo que unía a los litigantes con el Estado de origen de la resolución** en cualquier caso, ya que:

— Si existe un convenio aplicable que determine los criterios de competencia, ello confirmará la competencia del tribunal extranjero.

— En defecto de Tratado, el documento en cuestión evitará una eventual oposición al exequátur basada en la “denuncia” de la falta de vinculación del Tribunal extranjero con el asunto allí ventilado, así como la desestimación al estimar de oficio el órgano español la búsqueda del fraude de ley⁽⁴⁵⁾.

2. El control de la competencia legislativa.

En teoría, no será otorgado el reconocimiento si el tribunal extranjero no aplicó al supuesto enjuiciado la misma ley material que habría sido aplicada por los órganos jurisdiccionales españoles.

Esta regla se ve atemperada por el llamado *principio de equivalencia de resultados*, que consiste en que sí cabe el reconocimiento cuando, pese a la falta de aplicación de esa misma ley material, el resultado que se alcanza coincide con el que se obtendría con la aplicación de nuestra Ley.

P. GONZÁLEZ POVEDA⁽⁴⁶⁾ ha observado que este principio queda incluso más diluido en los casos de matrimonios entre personas de distinta nacionalidad, ya que en la práctica no será denegado el exequátur por razón de la ley aplicada “salvo que, en el fondo, resulten contrarias al *orden público* sustantivo”.

⁽⁴⁵⁾ Ello teniendo presente el matiz que a este respecto incluye el Reglamento (CE) 1347/2000, en virtud de cuyo art. 2.1 la falta de competencia del tribunal de origen no determina la denegación del reconocimiento al darse por supuesto que el órgano jurisdiccional de origen sólo habrá tramitado el asunto por resultar competente conforme al Reglamento.

⁽⁴⁶⁾ En su trabajo “La Jurisprudencia en materia de exequátur de sentencias matrimoniales extranjeras”, que se recoge en el volumen colectivo *Puntos capitales de Derecho de familia en su dirección internacional*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999; págs. 231 y ss.

Este mecanismo de control se recoge en algunos de los tratados bilaterales aplicables en materia de familia, que añaden de forma expresa la matización del mismo con la equivalencia de resultados⁽⁴⁷⁾.

El Reglamento comunitario 1347/2000 llega aún más lejos: el art. 18 prohíbe negar el reconocimiento de los pronunciamientos matrimoniales “alegando que el Derecho del Estado miembro requerido no autorizaría el divorcio, la separación judicial o la nulidad del matrimonio basándose en los mismos hechos”.

3. Armonía con las resoluciones y procedimientos españoles.

El Tribunal Supremo ha *añadido* lo que puede calificarse como una “quinta condición” a las cuatro expresamente contenidas en el art. 954 de la LEC de 1881: la necesaria armonía con las resoluciones y procedimientos españoles.

De hecho, el T.S. siempre dedica un Fundamento Jurídico a constatar que “no consta contradicción o incompatibilidad material con decisión judicial recaída o proceso pendiente en España”⁽⁴⁸⁾.

Existen varios puntos de sustancial complejidad que han de ser analizados a la hora de determinar la ausencia de colisión —respectivamente— con decisiones recaídas y con procedimientos pendientes. En líneas generales, son de aplicación los principios que se exponen seguidamente.

A) *Armonía con las resoluciones del foro.*

1. No podrá otorgarse el exequátur a una resolución extranjera si ésta no es conciliable con una **sentencia dictada o reconocida en España con anterioridad** a la obtención del exequátur, ya que lo contrario supondría vulnerar el efecto de cosa juzgada.

A estos fines, puede resultar necesario acompañar el certificado del Registro civil español en que eventualmente obre inscrito el matrimonio, con lo que queda justificado que no existe un pronunciamiento dictado en España que obstaculice la estimación del exequátur (así lo declara el ATS de 5-10-99; *RAJ 1999/8020*).

(47) Lo incluyen el art. 22 del Convenio con Checoslovaquia, los respectivos art. 6 de los Convenios con Alemania y con Austria, el art. 5 del Convenio con Francia, el art. 15 del Convenio con Italia, el art. 22.2 del Tratado con China, etc.

(48) Son numerosos los ejemplos; cfr. Fundamento Jurídico Octavo de los Autos de 16-5-2000 (*RAJ 2000/3576*), de 25-1-2000 (*RJA 2000/242*), de 27-4-1999 (*RAJ 1999/2701*), de 16-11-1999 (*RAJ 1999/9908*), etc.

Las resoluciones dictadas en el foro determinan lo siguiente:

a) No cabrá el reconocimiento de una sentencia extranjera cuyo objeto, causa y partes coincidan con las de un procedimiento tramitado en España, aunque la fecha de la Sentencia extranjera sea muy anterior a la de la Sentencia española ⁽⁴⁹⁾.

Así, los Autos del Tribunal Supremo de 20-7-99 ⁽⁵⁰⁾, de 1-12-1998 ⁽⁵¹⁾, de 28-4-1998 ⁽⁵²⁾ y otros denegaron el exequátur a las respectivas sentencias de divorcio dictadas en el extranjero que se pretendían homologar al existir una resolución de divorcio española. En los tres casos la sentencia española era de fecha muy posterior a la extranjera.

b) *A fortiori*, tampoco cabrá homologar una sentencia extranjera de separación conyugal si una sentencia española ya ha disuelto el vínculo decretando el divorcio, ni reconocer las sentencias extranjeras de separación o divorcio que se refieran a matrimonios cuya nulidad ya haya sido declarada —o reconocida— en España ⁽⁵³⁾.

c) Inversamente, se puede concluir que una sentencia de separación recaída en España no debe resultar, en principio, un obstáculo para la homologación de una resolución posterior de divorcio dictada en el extranjero. Así lo entiende el Tribunal Supremo en el Auto de 5-5-1998 (EDE 1998/41006), que declara:

“...no resulta contrario al orden público el hecho de que las partes en el juicio de divorcio hubieran obtenido con anterioridad una sentencia de separación en España, pues nada impide a los cónyuges legalmente separados en un Estado pretender el divorcio en otro, cuando su conocimiento viene atribuido a los Tribunales de este Estado de forma fundada, excluyéndose la posibilidad de una sumisión fraudulenta en la búsqueda de la aplicación de una norma material más favorable, o de una atribución exorbitante de competencias”.

⁽⁴⁹⁾ Así lo establecen expresamente los convenios bilaterales: con Austria [art. 5.1.c)], con Francia [art. 4.4.ºb)], con Italia [art. 14.4.b)], con Checoslovaquia [art. 20.e) y g)], etc.

⁽⁵⁰⁾ RAJ 1999/5237. En este caso, la Sentencia de divorcio a reconocer recayó con fecha 10-2-1982, y la Sentencia de divorcio española era de fecha muy posterior: 28-9-1990.

⁽⁵¹⁾ EDE 1998/41041. En él, la Sentencia de divorcio a reconocer recayó con fecha 17-3-1983, y la Sentencia de divorcio española se dictó casi diez años después: el 30-9-1993.

⁽⁵²⁾ EDE 1998/41002. Con Sentencia de divorcio extranjera de 17-3-1983, y Sentencia de divorcio española de fecha cuatro años posterior: de 28-1-1987.

⁽⁵³⁾ No he encontrado Autos del T.S. en este sentido.

d) Tampoco se aprecian dificultades teóricas para que obtenga el exequátur una sentencia de nulidad matrimonial extranjera sobre un matrimonio cuya separación o divorcio han sido decretados.

Todo lo anterior es de aplicación también en el ámbito comunitario en lo referente a los concretos pronunciamientos que aquí se estudian (los que decretan la separación o el divorcio, o las declaraciones de nulidad matrimonial), puesto que el art. 15.1.c) del Reglamento (CE) 1347/2000 incluye como motivo para la denegación del reconocimiento que la resolución a reconocer “fuere inconciliable con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido”.

2. Tanto el Reglamento (CE) 1347/2000 [art. 15.d)]⁽⁵⁴⁾ como algunos de los Convenios bilaterales⁽⁵⁵⁾ amplían el ámbito de incompatibilidad con resoluciones recaídas a las sentencias dictadas en **terceros** Estados con anterioridad a la resolución a reconocer, si dichas sentencias reúnen los requisitos para ser reconocidas en el foro. En esos casos, la existencia de sentencias “reconocibles” de fecha anterior será causa de denegación del exequátur.

B) *Armonía con los procesos pendientes en el foro.*

La resolución a homologar tampoco ha de resultar contradictoria con un proceso matrimonial pendiente entre las mismas partes en España.

En este punto, la normativa convencional sólo suele admitir esta excepción como litispendencia propiamente dicha, es decir, si el proceso español se inició con anterioridad al procedimiento extranjero⁽⁵⁶⁾.

Más dudoso resulta el caso de que el procedimiento pendiente en España no tenga la misma causa que la que originó la sentencia que se intenta reconocer. La doctrina del Tribunal Supremo puede resultar un tanto confusa a primer golpe de vista en este punto, por lo que merece la pena tener en cuenta varios

(54) Es motivo de denegación del reconocimiento el hecho de que la resolución a reconocer “fuere inconciliable” con una resolución dictada en el foro para las mismas partes, o con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado (miembro o no) que sea susceptible de ser reconocida. Nótese que el término utilizado es el de “inconciliabilidad” (que, por cierto, también es utilizado en el Auto de 28-4-1998, al que nos referiremos), que hace referencia a una incompatibilidad de tipo material, efectiva, y no meramente “teórica”.

(55) Art. 4.4.º c) de los Convenios con Francia e Italia, y art. 19.6 (último inciso) del Convenio con Bulgaria.

(56) Cfr. art. 19.6 del Convenio con Bulgaria, art. 23.5 del Convenio con Marruecos, art. 18.3 del Convenio con la URSS, art. 4.4.º a) del Convenio con Francia, etc.

Autos en que se planteaba este problema. De ellos se anticipa que, tal como señalaba S. SÁNCHEZ LORENZO⁽⁵⁷⁾, no se precisa absoluta identidad de procedimiento, objeto y partes para que el exequátur sea denegado por falta de armonía, sino que bastará para la desestimación la existencia de una **incompatibilidad material** con la resolución que habrá de recaer en el procedimiento pendiente en España.

En esta línea, las resoluciones de nuestro Tribunal Supremo han sido como siguen:

— El Auto de 28-4-1998⁽⁵⁸⁾ denegó el exequátur a una Sentencia de divorcio sueca al haber pendiente ante la jurisdicción española un procedimiento de separación.

De este caso cabe destacar dos factores: el primero, que el procedimiento de separación fue instado con anterioridad a la presentación de la solicitud de exequátur; y, el segundo, que la resolución a reconocer se limitaba a la declaración de la disolución del vínculo por causa de divorcio, mientras que en el procedimiento pendiente se estaba solventando la cuestión de la procedencia y cuantía de una eventual pensión compensatoria para la esposa.

— También resultó denegatorio el Auto de 16-5-2000⁽⁵⁹⁾, que contemplaba el caso de una solicitud de exequátur que se refería a una sentencia de divorcio recaída en la República Dominicana dictada en un procedimiento que se inició una vez comenzado un procedimiento de separación en España, cuya sentencia de separación resultó algo posterior en el tiempo a la sentencia de divorcio que se quería reconocer.

En este caso, la compatibilidad de ambos procedimientos queda en un segundo plano ante la consideración del T.S. de que ha existido un intento de fraude de ley al acudir las partes al procedimiento extranjero de divorcio con inmediata posterioridad al inicio del pleito separatorio en España.

— Contrastando con el resultado de los anteriores Autos, merece destacarse el Auto de 13-3-1989 (*EDE 1989/2817*), que otorgó el exequátur a una sentencia de divorcio dictada también en Suecia pese a existir en España un procedimiento de separación conyugal civil y otro procedimiento matrimonial canónico pendientes, argumentando que el objeto de estos procedimientos es distinto.

(57) *Curso de Derecho Internacional Privado*; Ed. Civitas, Madrid, 2.^a edición; págs. 696 y ss.

(58) *RJA 1998/3595* y *EDE 1998/41000*.

(59) *EDE 2000/28149* y *RAJ 2000/3577*.

Como se deduce de lo anterior, la existencia de un proceso matrimonial pendiente en España puede resultar una interesante excepción para oponerse al reconocimiento planteado, si se argumenta convenientemente.

C) *La solución aportada en el Reglamento (CE) 1347/2000.*

En la esfera comunitaria, el art. 11 del Reglamento (CE) 1347/2000 articula las previsiones tendentes a evitar la eventual inconciliabilidad de resoluciones y procedimientos en materia matrimonial en la UE.

Dicho precepto, además de recoger en su núm. 1 la excepción de litispendencia propiamente dicha, crea la categoría de las llamadas “acciones dependientes” estableciendo que la presentación de demanda de separación, divorcio o nulidad, *sin el mismo objeto ni la misma causa pero entre las mismas partes* ante los órganos jurisdiccionales de dos Estados miembros distintos, determinará la suspensión de oficio del procedimiento incoado en segundo lugar en tanto no se establezca la competencia del órgano ante el que se interpuso la demanda primera en el tiempo, debiendo inhibirse el órgano que tramitaba la segunda demanda en favor del primero si dicha competencia queda determinada.

En la práctica, con esta norma se podrá evitar tanto la sustanciación de procedimientos con igual objeto en los Estados miembros, como la tramitación de procedimientos paralelos que, sin tener igual objeto, puedan conducir a resultados materialmente contradictorios.

IX. BREVE REFLEXIÓN FINAL

En la anterior exposición he intentado ofrecer una panorámica general de las líneas básicas de razonamiento expresadas por el Tribunal Supremo en los Autos sobre reconocimiento de decisiones matrimoniales extranjeras. En aras a la claridad el estudio ha tenido que ceñirse a los aspectos centrales de una doctrina muy matizada y a veces contradictoria.

Todo parece indicar que en un futuro no lejano el reconocimiento de una gran parte de las resoluciones matrimoniales extranjeras tendrá carácter semiautomático y que en todo caso los órganos jurisdiccionales encargados de implementar los oportunos mecanismos de control serán los Juzgados de Primera Instancia: ello es ya una realidad para las resoluciones procedentes de los países de la Unión Europea, a tenor del hoy vigente Reglamento (CE) n.º 1347/2000 del Consejo de 29-5-2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes; pero, en lo que se refiere a los demás países, se apunta una línea semejante en la hoy todavía no-nata Ley de cooperación jurídica internacional.

No por ello pierde interés el análisis de las resoluciones de nuestro Tribunal Supremo. Todo lo contrario: ante la previsible dispersión de criterios que puede provocar encomendar a los órganos jurisdiccionales inferiores el tratamiento de este tipo de asuntos, el contar con tan autorizada doctrina constituye una pieza de indudable utilidad para todos los operadores jurídicos. Pues aunque en varios aspectos ciertos controles y limitaciones desaparecen o se suavizan, no es menos claro que lo hacen precisamente en la línea progresista que ha venido marcando nuestro Alto Tribunal.

DERECHO CANÓNICO

REPERCUSIÓN DE LOS TRASTORNOS ALIMENTARIOS: ANOREXIA Y BULIMIA, EN LA VALIDEZ DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL

DRA. ÁNGELES LIÑÁN GARCÍA

*Departamento de D.^o Eclesiástico del Estado.
Universidad de Málaga*

D.^a INMACULADA MARÍN CARMONA

*Abogada del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica y
Miembro de la Asociación de Abogados de Familia*

SUMARIO

- I. PREÁMBULO.**
 - II. CONCEPTO Y DESCRIPCIÓN DE ESTOS TRASTORNOS.**
 - III. ANOREXIA Y BULIMIA NERVIOSA: CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO MATRIMONIAL CANÓNICO.**
-

I. PREÁMBULO

La anorexia y la bulimia nerviosa son dos de las patologías que constituyen los denominados “Trastornos de la conducta alimentaria”, según los criterios

del DSM-IV⁽¹⁾ que los clasifica de forma independiente en tres apartados: dos categorías principales, la anorexia y bulimia nerviosas, y una tercera que engloba, bajo el título “Trastornos de la conducta Alimentaria (TCA) no especificados”, a aquellos otros trastornos que no reflejen las características de los dos anteriores. Su relevancia e importancia actual va unida principalmente a dos factores:

— **Un factor cuantitativo:** el marcado aumento, durante las dos últimas décadas, de la incidencia de estas patologías, constatado en el caso de la anorexia por pasar de valores del 0,37 a valores de 6,3 en la década de los años 80 y, en el caso de la bulimia nerviosa, pese a que hace pocos años que adquirió entidad diagnóstica, ya presenta unos valores de incidencia superiores a los de la anorexia⁽²⁾.

— **La complicada etiología y patogenia** de estos trastornos⁽³⁾ que poseen altas tasas de mortalidad de los pacientes afectados (principalmente mujeres), hacen que aún no se haya obtenido un tratamiento adecuado⁽⁴⁾ con alta efectividad, ni siquiera a largo plazo.

(1) DSM-IV, *Breviario. Criterios diagnósticos*. Masson, 1998, págs. 255-258.

(2) Cfr. FERNÁNDEZ ARANDA, F. / TURÓN GIL, V., “Variables epidemiológicas en la anorexia y bulimia nerviosas”, en: *Trastornos de la alimentación. Guía básica del tratamiento en anorexia y bulimia*. Masson. Barcelona, 1998, pág. 3.

(3) En opinión de V. J. Turón Gil, su clasificación, su tratamiento, y, sobre todo, su diferenciación de otro tipo de trastornos específicos es muy difícil porque en la mayoría de los casos las personas afectadas han padecido, o terminan padeciendo, otras disfunciones psicológicas, afectivas, de la personalidad, que provocan confusión acerca de si son la causa o los efectos y manifestaciones. Téngase en cuenta que trastornos de la alimentación se dan en prácticamente todas las patologías psiquiátricas, apareciendo de forma episódica, fugaz y ligados a la propia enfermedad de base, como síntoma de ese otro trastorno.

(4) Lo usual es encontrar que los pacientes pasan por las diferentes categorías, alternando periodos restrictivos, en los que hacen dietas de muy bajo contenido calórico (anorexia nerviosa primaria de tipo restrictivo o abstinentes, hiperactiva, rígida y perfeccionista) con etapas de descontrol absoluto en las que ingieren grandes cantidades de alimentos, provocándose vómitos y sometiéndose a todo tipo de conductas purgativas (anorexia-bulimia vomitadora y/o abusadora de purgantes). En ambas etapas existe un motivo originario común: la excesiva preocupación por el peso unida a la distorsión de la imagen corporal.

II. CONCEPTO Y DESCRIPCIÓN DE ESTOS TRASTORNOS ⁽⁵⁾

2.1. **Anorexia nerviosa** es aquel trastorno alimentario que afecta mayoritariamente a mujeres prepúberes, pero también, en menor medida, a mujeres adultas y a varones jóvenes. Se caracteriza por: un fuerte deseo de pesar menos, cada vez menos; un miedo intenso a la gordura-obesidad y un peculiar trastorno del esquema corporal, que les hace verse más gruesas de lo que en realidad están. El método para conseguir la progresiva pérdida de peso está en la restricción alimentaria, en el ejercicio físico y las conductas de purga.

En la base de la conducta psicológica de la persona anoréxica hay siempre una situación conflictual, que tiene su origen sobre todo en un grave trastorno de las relaciones afectivas, en particular en una actitud ambivalente hacia la madre, con el temor de identificarse con ella. “Negación (en el caso de ser mujer) de su feminidad con fobia de embarazo y grandes dificultades para asumir la autonomía y competencia de persona adulta” ⁽⁶⁾.

Padece distorsiones cognitivas relacionadas con el aspecto de su cuerpo y con la valoración estética del mismo. Se siente aterrorizada al ver que su cuerpo comienza a tomar las formas de mujer. Expresiones como “estoy demasiado gruesa”, “no me puedo controlar”, “tengo que estar más delgada si quiero gustar”, etc., son significativas de que padece la anomalía cuando su reiteración va en aumento, llegando a ser una temática casi exclusiva. Incluso cuando están extremadamente delgadas, niegan de manera obstinada su enfermiza delgadez llegando en casos extremos, ya en plena inanición, incluso, a la restricción de la dieta líquida, con el peligro de la consiguiente deshidratación, lo que obligaría a una hospitalización urgente. Por tanto, estos pensamientos y percepciones anómalas, así como la conducta irregular que generan, se asocian dramáticamente a situaciones de ansiedad, fóbicas, obsesivas y depresivas ⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ La necesidad de ajustar, precisar y unificar diagnósticos hace que los criterios que sigamos sean los que nos ofrecen la APA (Asociación Psiquiátrica Americana) y la OMS (Organización Mundial de la salud) que elaboran periódicamente manuales para el diagnóstico y clasificación de las enfermedades mentales, que son fruto del consenso de un colectivo médico.

⁽⁶⁾ GARCÍA FAILDE, J.J., *Trastornos psíquicos y nulidad del matrimonio*, Salamanca, 1999, p. 429.

⁽⁷⁾ También pueden tener alguna relación, en determinados supuestos, con la esquizofrenia o la histeria. En la esquizofrenia el enfermo deja de comer, rechaza el alimento, adelgaza. En la personalidad histérica también en determinadas ocasiones se observan algunas características de las que hemos expuesto como propias de la anorexia, como son la pérdida de peso, vómitos, obsesiones, aunque sean patologías diferentes.

Asimismo, rechaza los placeres sensuales “carнаles”, de los que fisiológicamente ya sería capaz de disfrutar y a los que se niega de forma rotunda. Siente reacciones de pánico ante la hipotética idea de poder ser madre pues no considera en absoluto ser apta para esa misión. Piensa que es un ser “manco, inmaduro, incapaz de infundir en torno a sí misma y de dar a los otros aquel calor e intimidad que proviene de la seguridad y de la riqueza interior”⁽⁸⁾. Tiene un miedo absurdo e inmoderado a la suciedad: “teme el contacto con los objetos ante el peligro de ensuciarse, contaminarse o envenenarse”⁽⁹⁾. El comienzo de este trastorno generalmente va desde la pubertad al principio de la adolescencia, en torno a los 16 años. Su personalidad suele ser o hacerse tímida, introvertida.

2.1.1. Criterios para el diagnóstico de la anorexia nerviosa.

En Psiquiatría existen distintas corrientes en lo que concierne a la clasificación de las enfermedades mentales. Sin embargo, la necesidad de aunar y conciliar criterios ha llevado a la implantación de dos grandes sistemas de clasificación que son: por un lado, el DSM⁽¹⁰⁾, concebido por la Sociedad Americana de Psiquiatría y que se utiliza principalmente en el mundo anglosajón. Y por otro, CIE⁽¹¹⁾, Sistema de clasificación realizado por la Organización Mundial de la Salud utilizado, fundamentalmente, en el área cultural europea.

Tabla I: (DSM-IV)

- A) Rechazo a mantener el peso por igual o por encima del mínimo normal considerando la edad y talla.
- B) Miedo intenso a ganar peso o convertirse en obeso, incluso estando por debajo del peso normal.
- C) Alteración de la percepción del peso, o la silueta corporal, exageración de su importancia en la auto-evaluación o negación del peligro que implica el bajo peso corporal.
- D) En las mujeres post-puberales, presencia de amenorrea; por ejemplo, ausencia de al menos tres ciclos menstruales consecutivos apareciendo las menstruaciones únicamente después de aplicarles tratamientos hormonales.

⁽⁸⁾ BLEULER, *Trattato di psichiatria*, 1967, p. 535.

⁽⁹⁾ FERRIO, L., *Terminología médica*, 1946, p. 605; KATHERINE, A., “Trastornos de la conducta alimentaria: anorexia nerviosa, bulimia nerviosa y obesidad”, en: AA.VV., *Tratado de Psiquiatría*, 2.ª ed., Áncora, Barcelona, 1996, p. 908.

⁽¹⁰⁾ Cuya última edición (DSM-IV) ha sido publicada en 1995.

⁽¹¹⁾ Cuya última edición es la del año 1992 (CIE-10).

Especificar el tipo:

Tipo restrictivo: durante el episodio de anorexia nerviosa el individuo no recurre regularmente a los atracones o las purgas.

Tipo purgativo: durante el episodio de anorexia nerviosa el individuo recurre regularmente a los atracones y las purgas (vómitos, laxantes, diuréticos o enemas).

Tabla II: (CIE-10)

El diagnóstico de la anorexia debe hacerse de modo que han de estar presentes todas las alteraciones siguientes:

- A) Pérdida significativa de peso.
- B) La pérdida de peso está originada por el propio enfermo a través de evitar el consumo de alimentos que creen que “engordan” y por uno o más de los síntomas como: vómitos auto-provocados, purgas intestinales, ejercicio excesivo, consumo de fármacos anorexígenos o diuréticos ⁽¹²⁾.
- C) Distorsión de la imagen corporal.
- D) Trastorno endocrino generalizado que afecta al eje hipotálamo-hipofisario-gonadal, manifestándose en la mujer con amenorrea, y en el varón con una pérdida del interés y de la potencia sexual.
- E) Si el inicio es anterior a la pubertad, se retrasa la secuencia de las manifestaciones de la pubertad, o incluso ésta se detiene (cesa el crecimiento; las mujeres no desarrollan las mamas y hay amenorrea primaria; en los varones persisten los genitales infantiles).

2.2. **La bulimia nerviosa.** Es aquel trastorno de alimentación que provoca la pérdida del control sobre la conducta alimentaria de la que derivan los episodios de ingesta voraz, con el consumo de una gran cantidad de comida en un corto período de tiempo, seguidos por las conductas compensatorias para evitar el aumento de peso ⁽¹³⁾. Estos pacientes, al igual que los anoréxicos, presentan una importante preocupación por la figura y el peso, siendo éste el síntoma nuclear de ambas entidades.

(12) Suelen suprimir de su dieta las grasas, los hidratos de carbono, limitación en las proteínas. Además, cuando el trastorno se encuentra en estado muy avanzado, la persona puede llegar a pasar el día con uno o dos yogures, una pequeña porción de queso, algunas verduras, ensaladas sin aceite, alguna pequeña cantidad de carne a la plancha, etc.

(13) RUSSELL GFM. “Bulimia nerviosa: an ominous variant of anorexia nerviosa”. *Psychologia Medica* 1979; 9: pp. 429-448.

2.2.1. Criterios para el diagnóstico de la bulimia nerviosa.

Tabla III: (DSM-IV)

A) Presencia de atracones recurrentes. Un atracón se caracteriza por:

1. Ingesta de alimento en un corto espacio de tiempo (por ejemplo, en un espacio de dos horas) en cantidad a la que la mayoría de las personas ingerirían en un período de tiempo similar y en las mismas circunstancias.
2. Sensación de pérdida de control sobre la ingesta del alimento (por ejemplo, de no poder parar de comer o no poder controlar el tipo o la cantidad de comida que se está ingiriendo).

Hemos de tener en cuenta varios aspectos para el reconocimiento y objetivación de los episodios de atracones presentes en pacientes aquejados por bulimia, como:

- a) El contexto en el que se produce el atracón.
- b) El tiempo durante el que suele ocurrir el atracón suele ser generalmente inferior a dos horas.
- c) No tienen por qué producirse en un sólo lugar (puede empezar en un restaurante y continuar después en su casa).
- d) No se considera atracón “ir picando pequeñas cantidades de comida” a lo largo del día.
- e) Se realizan por lo general a escondidas o lo más disimuladamente posible.
- f) El tipo de comida puede ser variado, pero generalmente se trata de dulces y alimentos de alto contenido calórico.
- g) La ingesta de alimento se produce de manera rápida.
- h) Pueden prolongarse hasta que el enfermo no pueda más, incluso llegue a sentir dolor por la plenitud.
- i) Los estados de ánimo disfóricos, situaciones inter-personales estresantes pueden desencadenar este tipo de conducta.
- j) Estos atracones pueden reducir la disforia de manera transitoria pero, a continuación, suelen provocar sentimientos de auto-desprecio y estado de ánimo depresivo.

B) Conductas compensatorias inapropiadas, de manera repetida, con el fin de no ganar peso, como son provocación del vómito; uso excesivo de laxantes, diuréticos, enemas u otros fármacos; ayuno, y ejercicio excesivo.

- C) Los atracones y las conductas compensatorias inapropiadas tienen lugar, como promedio, al menos dos veces a la semana durante un periodo de tres meses.
- D) La auto-evaluación está exageradamente influida por el peso y la silueta corporales.
- E) La alteración no aparece exclusivamente en el transcurso de la anorexia nerviosa.

El tipo puede ser:

Tipo purgativo: durante el episodio de bulimia nerviosa, el individuo se provoca regularmente el vómito o usa laxantes, diuréticos, enemas en exceso y/o empleo de dietas.

Tipo no purgativo: durante el episodio de bulimia nerviosa, el individuo emplea otras conductas compensatorias inapropiadas, como el ayuno o el ejercicio intenso, pero no recurre regularmente a provocarse el vómito ni usa laxantes, diuréticos o enemas en exceso ⁽¹⁴⁾.

Tabla IV: (CIE-10)

- A) Preocupación permanente por la comida, con deseos irresistibles de comer, y el enfermo termina por sucumbir a ellos, presentándose episodios de polifagia durante los cuales consume grandes cantidades de comida en cortos periodos de tiempo.
- B) El enfermo intenta contrarrestar el aumento de peso mediante uno o más de los siguientes métodos: vómitos auto-provocados; abusos de laxantes, periodos de ayuno, consumo de fármacos tales como los supresores del apetito, estrictos tiroideos o diuréticos.
- C) La psicopatología consiste en un miedo morboso a engordar, y el enfermo se fija estrictamente un dintel de peso muy inferior al que tenía antes de la enfermedad, o al de su peso óptimo o sano. Con frecuencia, pero no siempre, existen antecedentes previos de anorexia nerviosa con un intervalo entre ambos trastornos de varios meses o años. Este episodio precoz puede manifestarse de una forma florida, o por el contrario, adoptar una forma menor o larvada, con una moderada pérdida de peso o una fase transitoria de amenorrea.

⁽¹⁴⁾ DSM-IV. *Manual Diagnóstico y estadístico...* op. cit.

TABLA V: CRITERIOS DIAGNÓSTICOS DIFERENCIALES DE LA ANOREXIA Y BULIMIA NERVIOSA

	Anorexia nerviosa		Bulimia nerviosa	
	Restrictiva	Purgativa	Purgativa	No purgativa
Bajo peso	+	+	+	-
Dieta restrictiva	+	+	+	+
Atracones	-	+	+	+
Vómitos, purgantes .	-	+	+	-
Ejercicio físico	+	+	+/-	+
Actitud	+	+	+	+

En los criterios diagnósticos básicos diferenciales entre la anorexia y la bulimia nerviosas, como se observa en el DSM-IV, los dos síntomas básicos que sirven para diferenciar entre una y otra patología son: presencia o no de bajo peso y presencia o no de atracones con sentimiento posterior de culpa y consiguiente conducta compensatoria. Aunque también hay que decir que, si bien estos criterios ayudan, no son suficientes, ya que el clínico deberá tener en cuenta otros aspectos como evolución e historia del trastorno.

III. ANOREXIA Y BULIMIA NERVIOSA: CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO MATRIMONIAL CANÓNICO

El consentimiento es la base donde se fundamenta la institución matrimonial. Es un acto humano por el que ambos contrayentes, conscientes y libremente, eligen y aceptan el matrimonio. Esto hace que tenga que emitirse con aquel conocimiento pleno y con aquella independencia de la voluntad exigidos tanto por el Derecho Natural como por el Derecho Positivo⁽¹⁵⁾. La necesidad de que se dé un verdadero acto humano a la hora de prestar el consentimiento matrimonial ha sido puesta de manifiesto en reiteradas ocasiones, tanto por la doctri-

(15) Cfr. LIÑÁN GARCÍA, A., “La psicosis maniaco-depresiva y su incidencia en el consentimiento matrimonial”, en: *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal para profesionales del foro*, Salamanca, Vol. XII, 1996, p. 175.

na⁽¹⁶⁾ como por la jurisprudencia⁽¹⁷⁾. Pero el acto libre no debe considerarse como un compuesto de dos actos independientes y perfectos, es decir, de un acto del entendimiento y un acto de la voluntad, sino como el resultado unitario de la actuación de esa unidad sustancial que es la persona humana; por ello, aunque con fines didácticos podamos a veces estudiar separadamente los factores somáticos y anímicos que la integran, la persona no puede dividirse, es una unidad.

Para comprender cómo afectan al consentimiento matrimonial, es importante señalar que los llamados trastornos de la conducta alimentaria (TCA) son, en realidad, expresiones de una compleja patología que incluye un variado número de disfunciones psicológicas, afectivas y de la personalidad, tales como: desequilibrios emocionales, desórdenes de la personalidad, conductas autolíticas, distorsiones perceptivas, pensamientos obsesivos, autovaloraciones negativas... todo ello mezclado con la existencia de un inadecuado hábito alimentario o un deseo excesivo de adelgazar. Ya que la validez del consentimiento precisa, por un lado, una actividad mental equilibrada y proporcional a la importancia del acto que se realiza (teniendo en cuenta la trascendencia de los derechos y obligaciones matrimoniales) y, por otro, una capacidad mínima para las cargas que el mismo genera y de la que el afectado por el trastorno puede carecer.

Este apartado de nuestro estudio se centra en determinar, dentro de la medida posible, si la persona afectada por la anorexia nerviosa o la bulimia nerviosa puede emitir un consentimiento matrimonial válido. Y para ello es conveniente apuntar que, para que esta afección psiquiátrica⁽¹⁸⁾ incida en el consentimiento, debe reunir los requisitos que, con carácter general, debe tener cualquier ano-

(16) Dentro de la abundante bibliografía sobre el tema, pueden verse, entre otros, a: AZNAR GIL, F., *El nuevo Derecho Matrimonial Canónico*, 2.ª ed., Salamanca, 1985, 299-300. PANIZO ORALLO, S., "La normalidad/anormalidad para consentir el matrimonio canónico: criterios psicológicos y canónicos", en: *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, vol. X, Salamanca, 1992, p. 168.

(17) Cfr. c. Wynem, S. de 1 de marzo de 1930: "Un acto humano sólo se da cuando procede del hombre en cuanto tal, o sea, de su voluntad deliberada; esto es, si la acción es puesta por quien sabe y puede..." Coram Caiazzo, de 30 de julio de 1940, "sólo se llaman propiamente humanas las acciones de las que el hombre es dueño de sus acciones por la razón y la voluntad. Por tanto, sólo se llaman acciones propiamente humanas las que proceden de la voluntad deliberada. Coram Quattrolo de 10 de marzo de 1944: "Para realizar el consentimiento se requiere un acto humano en el que concurren dos elementos, a saber, el entendimiento y la voluntad".

(18) H. EY - P. BERNARD - CH. BRISSET, *Tratado de psiquiatría*, Toray-Masson, Barcelona, 1965, p. 614.

malía psíquica para poderse encuadrar dentro de una de las causas jurídicas de nulidad prescritas en el Código de Derecho Canónico.

Concretamente, ambos trastornos suelen encuadrarse en la grave falta de discreción de juicio, canon 1095,2, o en la incapacidad para asumir los derechos y deberes esenciales del matrimonio, canon 1095,3.

En el caso de la **anorexia nerviosa**, como acertadamente afirma J.J. García Failde, cuando el matrimonio se contraiga durante las *crisis anoréxicas agudas*, se podrá invocar el canon 1095,2, ya que:

- La perturbación fóbica-obsesiva que comporta afecta a dos aspectos esenciales de la discreción de juicio: la facultad crítica y la voluntad. Y es que, por un lado, el sujeto centra la atención y pensamiento en un único tema: no subir de peso, bajar de peso..., no permitiendo la deliberación sobre los motivos que aconsejan o desaconsejan el matrimonio y, por otro, la obsesión puede condicionarle tan fuertemente que no le deje querer otra cosa. La Jurisprudencia rotal reconoce que estas obsesiones dejan la libertad disminuida, gravemente deteriorada, lo que hace a la persona radicalmente incapaz de una elección libre⁽¹⁹⁾.
- La perturbación en la esfera sexual fácilmente puede impedir que el contrayente pueda valorar sin motivación patológica y con un juicio práctico del entendimiento la relación erótico sexual conyugal, derecho-obligación que se ha de dar y aceptar en el matrimonio.

Cuando el vínculo se contraiga en los estados anoréxicos crónicos podrá invocarse el canon 1095, 3, incapacidad para asumir/cumplir los derechos y deberes esenciales del matrimonio, porque:

- “El contrayente afectado con ese trastorno es incapaz de entregar y aceptar el objeto del contrato matrimonial, es decir, de asumir la obligación de entrega perpetua y exclusiva de su propia persona hacia su cónyuge, para constituir el consorcio conyugal, para conseguir el bien íntegro de ambos contrayentes, así como la generación y educación de la prole”⁽²⁰⁾. Además habría que preguntarse si dada la distorsión que padece de su propia imagen y persona podría entregar algo de lo que carece.
- Impide la propia relación interpersonal, ya que para el anoréxico el principal problema y propósito lo constituye el cuidado de su propio cuerpo y “quien vive obsesivamente pendiente de sí mismo difícilmen-

(19) C. FUNHGINI, S. de 18 de julio de 1990.

(20) C. RAGNI; S. de 23 de marzo de 1993.

te podrá estar capacitado para ocuparse de levantar las cargas del matrimonio; además de lo insoportable que a la otra parte tiene que resultarle aguantar las excentricidades, las fobias, las obsesiones del anoréxico”⁽²¹⁾.

- Resaltan en ellos rasgos de inseguridad, dependencia, agresividad reprimida, inadaptación social, represión, tienen tendencia al aislamiento, retraimiento y la soledad. Sus contactos sociales están prácticamente abolidos, tanto con conocidos, como con personas nuevas. Rasgos todos, que impiden el desarrollo de una vida normal no solo en el propio ámbito familiar interno, sino también en el externo social.
- En la esfera afectiva el contrayente anoréxico manifiesta una gran tendencia al aislamiento, la irritabilidad, una seria dificultad para comprender los sentimientos propios y ajenos. La comunicación con su pareja suele ser superficial, las relaciones sexuales se rechazan o son dolorosas. Su miedo a contaminarse con todo lo que le rodea puede hacer intolerable la comunidad de vida. Las relaciones amorosas son, por lo general, cuando existen, inadecuadas y/o deformadas.

Por todo lo afirmado podemos concluir que estamos en presencia de un trastorno grave, jurídicamente hablando, porque afecta gravemente a las facultades intelectual y volitiva de quien lo padece y a la capacidad de la persona para asumir deberes de la importancia de los matrimoniales. Esa gravedad hace que, incluso en algunos casos en que se consideraba curada la enfermedad, después de bastantes años, siga aún presente una personalidad obsesivo-compulsiva. Ciertamente que pueden darse remisiones transeúntes en el trastorno⁽²²⁾, si se aplican medios adecuados, pero, por lo general, la terapia conlleva una gran dificultad, ya que el enfermo suele ser opuesto a cualquier tipo de medicina, por lo que se tiende a considerar el trastorno como incurable⁽²³⁾.

De cara a la declaración de nulidad del matrimonio, tiene enorme trascendencia comprobar si, al tiempo de contraer, existían esas fobias y obsesiones, y si las mismas provienen de la enfermedad que estudiamos.

(21) GARCÍA FAILDE, J.J., *Trastornos psiquiátricos y nulidad del matrimonio*, Salamanca, 1999, p. 432.

(22) C. RAGNI, S. de 23 de marzo de 1993: “así se puede concluir que el afectado por anorexia mental, aunque él después afirme que dio un consentimiento matrimonial verdadero, no fue un ‘acto humano’ sino solamente un ‘acto de hombre’, por el cual, carece el sujeto de la debida libertad interna y ello es claro ya se trate de la existencia pasiva de la anomalía (si está oculta), ya se trate de la activa, es decir, manifestada exteriormente”.

(23) GIL DE LAS HERAS, F., *Apuntes del Estudio Rotal 1999*.

Es decir, conviene, a pesar de su dificultad, determinar si se trata o no de una verdadera anorexia nerviosa, porque así sabremos que estamos ante una personalidad con los rasgos ya descritos y que son incompatibles con una dichosa o al menos tolerable vida matrimonial.

También debemos intentar determinar qué grado alcanzó la anomalía al momento de prestar el consentimiento, sobre todo de cara a poder probar la existencia de la “grave” falta de discreción de juicio.

La Jurisprudencia de la Rota Romana se ha pronunciado acerca de la incidencia de esta anomalía en el consentimiento matrimonial en la causa Mutinem, a través de las sentencias coram Stankiewicz de 16 de diciembre de 1982; coram Funghini de 18 de julio de 1990 y coram Ragni de 23 de marzo de 1993⁽²⁴⁾.

En el caso de la **bulimia nerviosa**:

Aunque comparte con la anorexia las mismas causas desencadenantes de la enfermedad, y el ser ambas graves desórdenes psicológicos que afectan la personalidad del paciente, existen importantes diferencias entre ambos trastornos.

La edad de aparición suele ser más tardía en la bulimia. Al contrario que en el caso de la anorexia, sí existen tratamientos farmacológicos con efectos positivos para controlar la ingesta masiva de alimentos y las correspondientes purgas; entre ellos⁽²⁵⁾, se incluyen antidepresivos y anticonvulsivos. Por lo general no se acepta que el comportamiento bulímico remita de forma permanente sólo con terapia farmacológica, pero sí con la acción conjunta de ésta con una terapia nutricional y psicológica. En los casos en que el tratamiento tiene éxito, la recuperación sin recaídas es la regla.

Se dan también trastornos obsesivos-compulsivos y es frecuente que se asocien en el bulímico otro tipo de trastornos, o síntomas de los mismos, como:

- El trastorno límite de la personalidad, en cuyo caso, siguiendo el DSM IV, el sujeto es portador de un patrón de inestabilidad en las relaciones interpersonales, la autoimagen y los afectos. Se caracteriza también por una fuerte impulsividad.
- Síntomas de depresión, más severos que en la anorexia, padecen tristeza, insomnio, falta de concentración, fatiga, pesimismo, ideas autolíticas, etc.

(24) CAMERO SUÁREZ, V., “La incidencia de la anorexia nerviosa y bulimia nerviosa en la capacidad consensual”, en: *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Vidal Guitarte Izquierdo*.

(25) GARCÍA FAILDE, J.J., obra citada en nota 21.

- Para algunos, sería una forma de adicción, por el descontrol de los impulsos que la caracteriza, siendo frecuente observar en sujetos afectados un abuso de sustancias estimulantes y una tendencia a la ludopatía y la cleptomanía.

En lo que se refiere a cómo afectan estas características del bulímico a su capacidad para emitir el consentimiento matrimonial, debemos dar por reproducido todo lo expuesto para la anorexia, siendo también en este caso el canon 1095, en sus párrafos 2 y 3, el que habrá de fundamentar jurídicamente la pretensión de una posible causa de nulidad matrimonial.

Por consiguiente, el contrayente que celebre matrimonio en una crisis de bulimia nerviosa lo hará con grave falta de discreción de juicio, porque los trastornos de personalidad, sobre todo los obsesivos-compulsivos que padece, perturban notablemente los procesos del pensamiento y la volición, limitando la capacidad psicológica deliberativa y autodeterminativa.

Estos mismos trastornos y los trastornos límite de personalidad, depresivo y adictivo, pueden hacer que tengan graves dificultades para crear y realizar la relación interpersonal matrimonial e incluso las materno-paterno filiales. Siendo el matrimonio en estos casos nulo, a tenor de la incapacidad, recogida en el canon 1095, 3, para asumir y cumplir los derechos y deberes esenciales del matrimonio.

TRIBUNA ABIERTA

ESTA SECCIÓN PRETENDE SER UN FORO PERMANENTEMENTE ABIERTO, DONDE TODOS LOS LECTORES PUEDAN PARTICIPAR ACTIVAMENTE COMENTANDO EN ARTÍCULOS BREVES TEMAS DE DERECHO DE FAMILIA, COMENTARIOS DE SENTENCIAS, ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS, ETC.

EN LAS CARTAS MECANOGRAFIADAS CONSTARÁ LA FIRMA, EL DNI, LA DIRECCIÓN Y UN TELÉFONO DE CONTACTO. DEBERÁN SER ENVIADAS A EDITORIAL LEX NOVA, C/ GENERAL SOLCHAGA N.º 48, 47008 VALLADOLID; LA DIRECCIÓN DE LA REVISTA SE RESERVA EL DERECHO A EDITAR LAS CARTAS POR RAZONES DE ESPACIO Y CLARIDAD.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS SECUESTROS INTERPARENTALES DE MENORES

Adolfo Alonso Carbajal ⁽¹⁾

*Abogado, miembro de la Asociación Española de Abogados
de Familia y de la International academic of matrimonial lawyers.*

En España, en los últimos años, se ha perfilado un modelo de relaciones familiares, en donde la intervención de los poderes públicos, en materia de infancia, tutela y protección de los derechos de los menores, se va haciendo cada vez más patente. En este cuadro intervencionista, las distintas Administraciones levantan el velo familiar fuertemente, con importantes medios pagados a través de la presión fiscal, y penetran en el entorno emblemático de la privacidad, supeditándola al interés social colectivo, de que los menores, puedan acceder a la mejor educación integral posible, entre la que se encuentra la más amplia y pacífica relación con sus dos progenitores, para que puedan incorporarse plenamente a la sociedad, en la que han de convivir y desarrollarse como personas, por su propio beneficio y por el de sus conciudadanos. Estos poderes públicos exigen, también, con coactividad en última instancia, un esfuerzo a esos ciudadanos, para relacionarse, primero, adecuadamente entre sí, alejándose de violencias domésticas de pareja o contra sus hijos, y segundo, con sus hijos configurando la relación como un binomio derecho-obligación. El Estado

(1) <http://www.derecho-familia.com> / adolfoalonso@derecho-familia.com / nuria-chamorro@derecho-familia.com / consulta@derecho-familia.com

se convierte en garante de su cumplimiento en caso de crisis, mediante el reconocimiento del derecho de visitas y la patria potestad compartida, y sancionando su incumplimiento. El Derecho de familia, en la noción de Abandono de familia, modalidad de impago de pensiones, se penalizó, y en estos momentos se tramita un proyecto unificado de Ley Orgánica de modificación del Código Penal o del Código Civil en materia de secuestro interparental de menores. También la intervención pública en materia de “violencia doméstica” se ha concretado en el impulso de planes gubernamentales.

Son estos los terrenos del “Limes” fronterizo, a que suelo acudir en mis intervenciones públicas, traspasado al derecho, y desarrollado a partir del sistema filosófico de Trías. Es, el espacio jurídico, en donde se produce el cerco y la protección de los ciudadanos, el conflicto entre civilización y barbarie, al modo en que se daban las relaciones entre los ciudadanos romanos sujetos al “ius”, los “limitanei” habitantes del limes, y los “barbari” exteriores, y en donde rige el “Derecho del Límite” dotado de unas interrelaciones peculiares, basadas en la alternancia de paz y conflicto.

En España también, por otro lado, se vino configurando un modelo de responsabilidad civil por culpa que, tras evolución jurisprudencial, ha llevado a exigir una mayor diligencia en el actuar, y consecuentemente a una mayor responsabilización en el pago de los daños y perjuicios ocasionados ya sean físicos, económicos o morales, hasta desembocar en la inversión de la carga de la prueba, la culpa leve y, en su caso extremo, la responsabilidad objetiva.

La Administración pública no quedó, tampoco, exenta de esta responsabilidad, hasta incluso llegar a considerarse, que los daños producidos por su funcionamiento, pueden llegar a entrar dentro del campo de la responsabilidad objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debería ser en principio indemnizada. El artículo 106.2 de la Constitución Española establece que, “Los particulares, en los términos establecidos por la Ley tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia de los servicios públicos”. Del mismo modo los artículos 130.1 y 139 a 144 de la Ley 30/1992, de Régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, luego desarrollado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, establece el mismo principio y el procedimiento a seguir por las administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

A quien más capacidad y medios de todo tipo tiene, para actuar adecuadamente más diligencia le es exigible, y en esta creciente intervención pública en el campo familiar, la actuación administrativa tampoco puede quedar fuera de la posible declaración de responsabilidad, si resulta inadecuada para la eficacia de la tutela de los intereses y derechos de los menores, o de aquellos en que ha asumido intervención dentro del ámbito familiar.

Aparece como un campo nada, o poco, explorado que deja abiertos a la reflexión, además del de la responsabilidad civil de la administración derivada de la intervención familiar, otros temas, tales como los supuestos en los que podría plantearse, o la cuantía de la indemnización, o los criterios de determinación de los daños, o los sujetos beneficiarios de esa pretendida indemnización.

Partiendo de esta concepción que acabo de exponer, asumí en un momento determinado la defensa de una madre víctima de una situación de “violencia doméstica” inferida mediante un secuestro interparental de menores. El hecho concreto se producía en el año 1997, en un entorno en el que, en general, la Administración del Estado no estaba preparada, salvo en la parte de cooperación Jurídica internacional del Ministerio de Justicia en materia de convenios internacionales, para enfrentar la problemática. El tema ha quedado resuelto en primera instancia por la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 8.^a, de fecha 17 de enero de 2001, siendo Ponente doña Margarita Robles Fernández, resultando el Estado condenado a indemnizar a la solicitante. Fue inicialmente objeto de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, tanto por el Letrado del Estado como por la madre, y solicitada por ésta su ejecución provisional, pero ha sido dejado desierto por el Estado, y en estos momentos sólo se sigue por la madre aunque solamente en cuanto a la cuantía de la indemnización.

El supuesto es el siguiente: Antes de la prescripción de la acción, la madre interpuso reclamación administrativa contra el Ministerio del Interior, pues a pesar de haber sido dictada por un Juzgado de Familia una orden de cierre de fronteras, para evitar la salida del país de una menor, se había consumado el secuestro interparental de la niña, estando desde entonces desaparecida. Tras las comprobaciones efectuadas por el propio Ministerio durante la fase de instrucción del expediente, se llegó al conocimiento de que se habían producido una serie de circunstancias, en la tramitación de la orden judicial que llevaron a que, detectada la salida de la menor por un puesto fronterizo, no se hubiera podido impedir, al no estar grabada en el ordenador restricción alguna. Cuando la orden quedó grabada ya era tarde, pues la niña había sido sacada.

Durante la instrucción, la propia administración admitió su responsabilidad, centrándose el debate del expediente a partir de un determinado momento, en la fijación de los daños y perjuicios indemnizables, y en el día final de los mismos.

La posición de la parte reclamante fue doble. En cuanto a la legitimación se partió de que cuando se produce un secuestro existe una doble victimización: la del menor secuestrado y la del progenitor privado de la relación con su hijo, del que además es representante legal como titular de la patria potestad. Se reclamó, actuando en nombre propio y en representación de la menor, por los daños y perjuicios producidos tanto a una como a otra. En cuanto a lo indemnizable, se reclamó tanto por el daño emergente, moral y material ocasionado a ambas,

como por el lucro cesante o pérdida de ingresos derivada de la necesidad de dedicar tiempo y horas a las gestiones para la recuperación de la menor, y ello hasta que la niña fuese recuperada o hasta que se produjera su declaración de fallecimiento. En descripción extensa se partía de que era preciso indemnizar el daño moral, y el daño material. El daño material se concretaba en la cuantificación de todos los gastos justificados que por todos los conceptos la madre estaba soportando para lograr la recuperación de la niña (gastos de teléfono, viajes, atenciones, defensa, traducciones juradas y en general todos a los que ha de hacer frente un padre o una madre que sufre el secuestro de su hija). El daño moral se concretaba en la *pecunia doloris* o la indemnización del sufrimiento moral o psicológico derivado de la separación personal no querida, tanto para la madre como para la menor. El lucro cesante se concretaba en la pérdida de ingresos derivada de la disminución de horas dedicada a su negocio por parte de la madre.

Por parte de la administración, se admitieron algunos daños económicos y se rechazaron los meramente presupuestados, y aquellos otros que no podían ser probados. En cuanto a los daños morales se llegó a establecer como criterio económico objetivo de indemnización, el previsto en la resolución de 24 de febrero de 1998 de la Dirección General de Seguros, 7.368 pesetas día de dolor, que la administración consideraba único y que la madre consideraba doble por ser dos las víctimas y actuar en representación de la menor.

La discrepancia última llegó a establecerse respecto del día final de lo indemnizable y respecto de la forma de pago de las cantidades. Para la administración el día final de cualquier indemnización era el día de terminación del expediente. Para la madre no podía limitarse la indemnización a esa fecha puesto que la situación de secuestro es continuada y la niña seguía desaparecida, por tanto planteaba la tesis de la indemnización continuada también, hasta que la niña fuese encontrada, viva o muerta, o hasta que la niña fuera declarada fallecida. Si la niña aparecía muerta, entonces sería preciso plantear seguramente una nueva situación puesto que la indemnización del daño debía ser por muerte y por tanto se operaría una sustitución de lo indemnizable pasando a ser una cantidad única. La fórmula de pago podría ser mediante entregas mensuales a modo de pensión, o mediante pago por estimación de la fecha en la que procedería la declaración de fallecimiento, con capitalización, y con obligación de restitución a la administración si se encontraba antes, o mediante pago contra justificación de gastos reconocidos sin límite de cantidad.

Así la situación, en fecha 24 de junio de 1999 el Consejo de Estado emitió un dictamen desfavorable al reconocimiento de responsabilidad en la Administración, por entender que no cabía imputar a la administración la salida de España de la menor, sino directamente a la conducta del padre “frente a cuya diligencia el funcionamiento de los servicios administrativos no alcanza a tener el carácter causal del hecho por el que se reclama” (sic). Evidentemente la

Administración no había hecho desaparecer a la menor, si esa hubiera sido la causa, la cuestión sería distinta. Resultaba chocante también la mención de diligencia del padre en estos hechos.

Ante ese informe, que era contradictorio con todo lo actuado, y con la propuesta de indemnización de la Administración, se intentó que la cuestión fuese tratada por el Consejo de Ministros, puesto que ante un dictamen contrario, poco margen de disposición le queda al Ministro del Interior. Esta petición no fue contestada, y efectivamente, en fecha 7 de octubre de 1999, se dicta por el Ministro del Interior acto administrativo desestimando la reclamación, con los argumentos del Consejo de Estado. Ante este acto se alza la madre a la Jurisdicción contencioso-administrativa interponiendo recurso, el cual es resuelto el 17 de enero de 2001, de acuerdo a la doctrina que resumo. Con independencia de las vicisitudes de todo tipo que siguió el diligenciamiento o la ejecución de la orden judicial de cierre de fronteras se aprecia una clara relación causal entre una omisión de la Administración y la salida de la menor de España, pues si se hubiera dado efectivo cumplimiento a lo acordado por el auto de 14 de junio de 1996, de cierre de fronteras, el padre no hubiera podido pasar por el puesto fronterizo con su hija, como lo hizo, sin dificultades de ningún género. Es obvio por tanto, según la sentencia, que surge para la Administración la obligación de indemnizar por esa omisión y es sabido también que los perjuicios susceptibles de indemnización han de quedar suficientemente probados y no basados en conjeturas. Por eso y junto con los gastos efectuados para la averiguación del paradero de la menor se ha derivado, evidentemente según la resolución, un daño moral al privársele de su hija menor, por todo lo cual estimó ponderado señalar como cantidad global la de 12.000.000 de pesetas a ser satisfecha como indemnización, comprensiva dicha cantidad del total de perjuicios ocasionados, más los intereses legales desde la reclamación en vía administrativa.

La sentencia es importante en sí misma, puesto que es la primera que se dicta en materia de secuestro interparental de menores, pero resulta sumamente atractiva pues además de declarar la responsabilidad de la Administración en el caso concreto, sirve también su existencia de elemento de reflexión sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración dentro del ámbito del Derecho de Familia más allá de los casos del secuestro interparental. Aquí debe quedar abierto el debate.

LAS PAREJAS ESTABLES NO CASADAS: LA LEY ARAGONESA 6/1999, DE 26 DE MARZO

Octavio Tobajas Gálvez.

Abogado - Titulado en Derecho Aragonés.

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro derecho, el modo normal de fundar una familia es el matrimonio, si bien cada día, desde hace tiempo, y con mayor profusión, junto a este modo “normal” aparece otro embrión familiar distinto, el constituido por la unión de dos personas de igual o distinto sexo.

Para referirse a tales situaciones, en la historia jurídica, se han utilizado multitud de expresiones que pretenden ser sinónimas, tales como “concubinato”, “familia de hecho”, “familia no matrimonial”, “unión extramatrimonial”, “parejas no casadas”, “unión de hecho”, “unión marital de hecho”, “unión libre”, “unión estable de parejas” o “parejas estables no casadas”, expresión ésta que es la que se va a utilizar en el presente trabajo por varios motivos: 1.^º) Porque la expresión “concubinato” tiene un evidente sabor despectivo e inmoral; 2.^º) Porque las expresiones “familia de hecho” o “familia no matrimonial”, como señala MERINO GUTIÉRREZ⁽¹⁾, formulan el concepto de familia de forma negativa, con referencia obligada al matrimonio; 3.^º) Porque la expresión “unión extramatrimonial”, a pesar de ser utilizada por ESTRADA ALONSO⁽²⁾ parece excluir a las uniones homosexuales; 4.^º) Porque la expresión “unión marital de hecho” o “unión de hecho” parece acentuar el carácter jurídico de las uniones de derecho —el matrimonio— frente al significado ajurídico de las uniones de hecho⁽³⁾, y 5.^º) porque la expresión “pareja estable no casada” refleja claramente el carácter de tales parejas, englobando tanto a las

(1) MERINO GUTIÉRREZ, A., “Las uniones libres y su perspectiva actual (las parejas no casadas)”, *Revista Jurídica Española*, La Ley, año 1988, Tomo I, p. 1005.

(2) ESTRADA ALONSO, E., *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Civitas, Madrid, 1986.

(3) MERINO GUTIÉRREZ, ob. cit., p. 1005.

parejas heterosexuales como a las homosexuales, careciendo de notas negativas y peyorativas, a la par que refleja la realidad social de la unión⁽⁴⁾.

Hasta fechas recientes, la actitud del ordenamiento jurídico ante la existencia de las parejas estables no casadas era la de la más absoluta indiferencia (ya preconizada por Napoleón al redactar su Código: “Quien se sustrae al Derecho debe ser ignorado por el Derecho”) y ello en el mejor de los casos ya que en la mayoría de las ocasiones estas personas se hallaban en peor situación que los matrimonios⁽⁵⁾; actitud esta que en los últimos años ha venido cambiando como consecuencia de un cambio en la mentalidad social, la cual admite y acepta sin problema alguno el fenómeno de las parejas no casadas, lo que conlleva la necesidad de una regulación normativa que resuelva los problemas que al hilo de tal situación existen, tanto para los propios miembros de la pareja, como para su descendencia y por supuesto para los terceros que en el tráfico jurídico con ella se relacionan.

En 1982, auspiciado por el Departamento Jurídico del Consejo de Europa, se celebró en Italia el primer y único Congreso Internacional de Parejas No Casadas, y a partir del mismo varios países de la Unión Europea han ido adaptando sus legislaciones tendiendo a equiparar en mayor o menor grado a las parejas estables no casadas con los matrimonios. En España, fuera de algún tímido esfuerzo, que veremos más adelante, son los Tribunales de Justicia⁽⁶⁾ y el Tribunal Constitucional⁽⁷⁾ los que están paliando y resolviendo algunos de los problemas que se suscitan, aunque ello, como a nadie se escapa, de forma concreta, singular y particular, siendo por ello por lo que se hacía necesaria una actuación normativa del legislador que resolviera de forma general los diversos problemas que pudieran suscitarse y, precisamente en cumplimiento de esta obligación normativa encomendada por la Constitución, tanto el legislador ca-

(4) Esta es la terminología utilizada por la Ley Aragonesa 6/1999 de 26 de marzo objeto de este comentario, que es también sinónima de la utilizada por la Ley Catalana de 15 de julio de 1998 denominada “Uniones estables de parejas”. Igualmente reflejan este carácter las expresiones “unión libre” y “pareja no casada”.

(5) SANCHO REBULLIDA aducía para ello tres motivos: a) porque el tráfico extramarital se consideraba inmoral y contrario al orden público, de donde se aplicaba la máxima “ex turpi causa non oritur actio”; b) Porque había que acentuar el interés social de que la relación entre hombre y mujer se ciñera al matrimonio, en particular habiendo hijos, y c) Por la dificultad de determinar con precisión cuál ha de ser la relación protegida (*Elementos de Derecho Civil*, IV, Derecho de Familia” Librería Bosch, 1984, pp. 577 y 578).

(6) Por todas podemos señalar las Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986, 18 de mayo de 1992, 18 de febrero de 1993 o 27 de mayo de 1994.

(7) Por todas se señalan las Sentencias 184/90, 222/92, 6/93 o 155/98.

talán (Ley de 15 de junio de 1998) como el aragonés (Ley de 26 de marzo de 1999) han dado el oportuno tratamiento legislativo a este fenómeno.

II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Las parejas estables no casadas han sido definidas de muy diversas formas, así de entre ellas podemos señalar: A) Para BROMLEY⁽⁸⁾ era la unión de dos personas de distinto sexo que vivían como marido y mujer y no están casados entre sí; B) Para STRÄTZ⁽⁹⁾ era una comunidad heterosexual de dos personas que viven juntas por un tiempo indeterminado y quieren mantener una comunidad total de vida bajo reserva de que en cualquier momento y unilateralmente pueden terminar su relación; C) ESTRADA ALONSO⁽¹⁰⁾ la define como la unión duradera, exclusiva y estable de dos personas de sexo diferente y capacidad suficiente que con ausencia de toda formalidad y desarrollando un modelo de vida en comunidad como cónyuges, cumplen espontánea y voluntariamente los deberes de responsabilidad y solidaridad recíprocos; D) El Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de mayo de 1992 la define como aquella comunidad que se desarrolla en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, proclamada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un único hogar; E) La Ley Catalana en sus arts. 1 y 19 la define como aquella unión de dos personas mayores de edad, ya sean de distinto sexo, sin impedimento para contraer matrimonio, ya sean de igual sexo, que hayan convivido maritalmente como mínimo, un periodo ininterrumpido de dos años o hayan otorgado escritura pública manifestando la voluntad de acogerse a lo que se establece en la propia Ley, manifestación de voluntad ésta que es obligatoria para las uniones homosexuales, y siempre que en todo caso no se encuentren unidos por vínculo matrimonial alguno, formen pareja estable con otra persona, o sean parientes en línea recta o colateral hasta el segundo grado bien por consanguinidad o por adopción; F) La Ley Aragonesa por su parte, a la vista de los arts. 1, 3 y 4, la define como aquella unión de dos personas mayores de edad entre las que existe una relación de afinidad análoga a la conyugal median-do una convivencia marital ininterrumpida de al menos dos años, o hayan manifestado su voluntad de constituirla mediante escritura pública, siempre y cuando no se encuentren ligados con vínculo matrimonial, formen pareja estable con

(8) Citado por SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 575.

(9) Citado por SANCHO REBULLIDA, ob. cit., p. 575.

(10) ESTRADA ALONSO, ob. cit., p. 76.

otra persona y no sean parientes en línea recta por consanguinidad o adopción o colaterales por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado.

De todas estas definiciones podremos establecer las notas básicas y directivas del concepto, así: 1.^o) Que exista una convivencia marital desarrollada de forma pública y externa, lo que impediría las simples convivencias formadas por amigos o parientes, así como las basadas en relaciones ocultas, secretas o por motivaciones distintas a las afectivo sexuales; 2.^o) Que dicha convivencia sea duradera y estable, lo que impediría las meras convivencias de carácter temporal; 3.^o) Que sea monogámica, lo que impediría uniones grupales; 4.^o) Que no se haya realizado en fraude de ley, lo que impediría para las parejas heterosexuales eludir por esta vía el impedimento de vínculo matrimonial anterior (art. 46 C.c.); 5.^o) Que la unión no fuera contraria a la moral o al orden público, lo que impediría tanto parejas heterosexuales como homosexuales en las que algún miembro ya estuviera ligado con otra persona de igual forma, o que fueren parientes en línea recta por consanguinidad o adopción y en línea colateral hasta el segundo grado también por consanguinidad o adopción, y para las homosexuales que alguno de sus miembros estuviere ligado por vínculo matrimonial subsistente; y 6.^o) Que ambos miembros de la pareja fueren mayores de edad.

III. DERECHO ESPAÑOL

A) La Constitución.

Resulta cierto que la Constitución no prevé las parejas estables no casadas, pero también resulta cierto que tampoco las prohíbe, tal y como se desprende del art. 39 (“*Los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia*”) que proyecta la protección de la familia de forma genérica y no vinculada al matrimonio, tal y como lo establece la jurisprudencia (por todas, sentencia de 18 de mayo de 1992) y la doctrina, así MERINO GUTIÉRREZ⁽¹¹⁾ señala “el análisis de la Constitución española del 78 me lleva, pues, a considerar que las uniones libres no están prohibidas por la misma y pueden ser, en consecuencia, objeto de protección jurídica sin que necesariamente estas deban considerarse como un matrimonio de segundo grado o de peor condición; simplemente se trata de una familia alternativa”.

(11) MERINO GUTIÉRREZ, ob. cit. p. 1006.

FERNANDO SAURA⁽¹²⁾, muy acertadamente, señala: “Es obvio que quien no contrae matrimonio es porque no quiere —partiendo siempre de la persona que convive maritalmente con otro de distinto sexo— sean cuales fueren —y todas deben parecer legítimas ‘prima facie’— las íntimas razones que a mantener tal postura les induce. Y cierto es, asimismo, que el matrimonio es vínculo, y vínculo es tanto como lazo, unión, atadura de una cosa con otra —de una persona con otra en nuestro caso— que, inexcusablemente, genera facultades y deberes recíprocos. Pero si por vínculo seguimos entendiendo la unión o atadura de una persona a otra ¿qué diferencia puede haber entre el vínculo que origina el matrimonio y aquel otro que nace de la simple y mera conjunción de voluntades orientadas al establecimiento de una comunidad de vida? Pues, nada más ni nada menos que, en el primer caso, las facultades y obligaciones recíprocas pueden ser exigidas legalmente, mientras que no ocurre lo propio en la segunda hipótesis. Ahora bien, mantener a ultranza que sólo la unión matrimonial ha de gozar de protección legal, y que a sólo éste debe disciplinar el ordenamiento jurídico, viene a resultar dislate de tal envergadura en los tiempos que corren que pocos tendrían la osadía de sostener. De donde la lógica consecuencia de arbitrar soluciones aplicables a aquellas situaciones que siendo idénticas en la realidad, las diferencian usos, costumbres, convenciones y convicciones.”

B) El resto del ordenamiento jurídico

1. En el ámbito civil: A) En materia de adopción, la Ley de 11 de noviembre de 1987 ha reconocido efectos jurídicos a las parejas no casadas el establecer la Disposición Adicional Tercera que *“las referencias de esta ley a la capacidad de los cónyuges para adoptar simultáneamente a un menor serán también aplicables al hombre y mujer integrantes de una pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal”*. B) La Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994 equipara al cónyuge arrendatario al miembro de la pareja unida de forma permanente en análoga relación de afectividad cualquiera que fuere su orientación sexual (art. 12, art. 16 o Disposición Transitoria Segunda). C) El art. 320 C.c. al establecer que el Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de 16 años si estos la piden y previa audiencia de los padres, cuando quien ejerce la patria potestad conviviera maritalmente con persona distinta del otro progenitor. D) El art. 101 C.c. al establecer que el derecho a la pensión se extingue por vivir el acreedor maritalmente con otra persona.

(12) FERNANDO SAURA, L., “Uniones libres y la configuración del nuevo Derecho de Familia” Tirant lo Blanch, Valencia, 1995 pp. 72 y 73.

2. En el ámbito penal son varios los preceptos que aluden al tema, así podemos señalar el art. 23 (circunstancia mixta de parentesco), el art. 153 (delito habitual de lesiones), el art. 424 (soborno), el art. 444 (abusos de funcionario público en el ejercicio de su función), el art. 454 (encubrimiento), el art. 468 (quebrantamiento de condena) o el art. 617 (falta de lesiones).

3. En el ámbito procesal: A) El art. 3 de la Ley Orgánica reguladora del “habeas corpus”, que legitima para instarlo a la persona unida al detenido por análoga relación de afectividad. B) El art. 955 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que legitima para promover e interponer recurso de revisión al que haya mantenido convivencia como cónyuge con el penado difunto. C) La Ley del Jurado.

4. En el ámbito judicial, la Ley Orgánica del Poder Judicial establece como causa de abstención y recusación de Jueces y Magistrados la situación de hecho asimilable al matrimonio.

5. En el ámbito social, la Disposición Adicional Décima de la Ley 30/81 de 7 de julio reconoce como beneficiarios de una prestación de Seguridad Social a los que hubieran vivido como matrimonio con anterioridad a la entrada en vigor de dicha ley sin haber podido contraer matrimonio por impedirlo la legislación anterior.

IV. LA LEY ARAGONESA

A) Requisitos de existencia.

1. Vecindad civil.

La Ley 6/1999 de 26 de marzo en su art. 1 establece cuál será su ámbito de aplicación: *“La presente Ley será de aplicación a las personas mayores de edad que, cumpliendo los requisitos y formalidades que en la misma se establecen, formen parte de una pareja estable no casada en la que exista relación de afectividad análoga a la conyugal”*. Ahora bien, curiosamente no señala nada al respecto de la vecindad civil de los componentes de la pareja, a diferencia de lo que acaece en la Ley Catalana que en su art. 1 “in fine” establece que es *“necesario que como mínimo uno de los miembros de la pareja tenga vecindad civil en Cataluña”* (en igual sentido el art. 20.2 respecto de las parejas homosexuales), es por ello por lo que a la vista del art. 9 del Estatuto de Autonomía de Aragón, y del art. 14 C.c., parece cierto que será necesario que ambos componentes de la pareja han de ostentar vecindad civil aragonesa y ello con independencia del lugar de su residencia.

2. *Requisitos personales.*

Los mismos se encuentran residenciados en los arts. 1 y 4 de la Ley —que son aplicables tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales—, así de conformidad con el primero de los preceptos es preciso que ambos miembros de la pareja sean mayores de edad y que exista entre ambos una relación de afectividad análoga a la conyugal. Al respecto de la mayoría de edad conviene puntualizar una excepcionalidad aragonesa, y es que de conformidad con el art. 4 de la Compilación, los menores de edad tendrán la consideración de mayores de edad desde el momento en que contraen matrimonio, mayoría de edad que se otorga no por el matrimonio en sí sino por el hecho de haberlo contraído, con lo que disuelto dicho matrimonio, mantendría inalterable su situación de mayoría de edad; por lo tanto por mayor de edad ha de entenderse no solo al mayor de 18 años, sino también al menor de dicha edad y mayor de 14 años (por imperativo de los arts. 46 y 48 C.c.) cuyo matrimonio haya sido disuelto. En cuanto al requisito de existencia de una relación de afectividad análoga a la conyugal, por la misma se ha de entender la existencia de una relación, comportamiento y actuación externa e interna equiparable a la que nace por el matrimonio, pero sin que medie tal unión conyugal, es decir, una convivencia “*more uxorio*”⁽¹³⁾.

El art. 4 por su parte preceptúa que no podrán constituir una pareja estable no casada las personas que: A) Se encuentren ligadas por vínculo matrimonial, es decir, los que se encuentren casados, y ello tanto alguno de los miembros con un tercero, como ambos entre sí; B) Sean parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, y ello sin limitación en grado; C) Sean parientes colaterales por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado; difiere este requisito con lo que señala la Ley Catalana en su art. 1 pues en esta se requiere que no haya impedimento para contraer matrimonio entre sí, por lo que por aplicación del art. 47.2.^o C.c., en Cataluña no podrán formalizar este tipo de unión los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, y D) Los que formen pareja estable con otra persona.

3. *Requisito material: la convivencia marital.*

a) *Planteamiento.*

La Ley Aragonesa siguiendo en este punto a la Ley Catalana establece en su art. 3.1 que: “*Se considera que hay pareja estable no casada cuando se*

⁽¹³⁾ Valga en este punto por reproducido todo lo señalado al respecto en el apartado “Delimitación conceptual” de este trabajo.

haya producido la convivencia marital durante un periodo ininterrumpido de dos años, como mínimo, o se haya manifestado la voluntad de constituir la mediante escritura pública". A la vista de este precepto se podría decir pues que la regla general es esa efectiva convivencia marital ininterrumpida de dos años, pero constatando una excepción: no será necesaria tal convivencia marital cuando la pareja en escritura pública haya manifestado su voluntad de constituir la.

b) Regla general.

Como se ha señalado la regla general es la convivencia marital ininterrumpida durante un tiempo mínimo de dos años, periodo este que habrá de contarse desde el momento en que nazca esa afectividad análoga a la conyugal, de forma tal que iniciada una convivencia con fines distintos, por ejemplo económicos, que luego se reconduce a marital, el plazo de los dos años no se empezará a computar desde el momento en que empezó la convivencia, sino desde el momento en que de común acuerdo decidieron continuar conviviendo "more uxorio".

Para acreditar, fuera de los casos en que medie escritura pública (es decir, salvo los supuestos que hemos denominado excepción), la convivencia "more uxorio", el párrafo 2 del art. 3 permite utilizar cualquiera de los medios probatorios admitidos en derecho, citando expresamente dos medios de prueba privilegiados cuales son el acta de notoriedad y el documento judicial. El acta de notoriedad es un documento público extendido y autorizado por un Notario que tiene por objeto la comprobación y fijación de hechos notorios sobre los cuales pueden ser fundados y declarados derechos, y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica. Por lo que se refiere al documento judicial, no existe en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil procedimiento alguno que pueda ser utilizado para obtener dicho documento judicial, aunque considero que el mismo podría obtenerse mediante un acto de conciliación celebrado entre ambos convivientes concluido con avenencia en la situación fáctica de la convivencia; considero también plausible la confesión judicial de ambos miembros de la pareja obtenida en cualquier procedimiento judicial en el que ambos intervengan como parte (ya sea uno frente a otro, ya sean ambos frente un tercero), también incluso la declaración testifical en tal sentido de ambos, o una sentencia en la que se constaten como hechos probados esa relación de convivencia "more uxorio", y por supuesto una sentencia judicial que declarara tal situación tras el correspondiente procedimiento judicial seguido por un conviviente contra el otro, siendo el procedimiento adecuado el declara-

tivo ordinario de menor cuantía a la vista del art. 484.4 LEC (“*Cualquier tipo de demanda para la que no se disponga otra cosa*”)⁽¹⁴⁾.

c) ***La excepción: la escritura pública del régimen de convivencia.***

Al igual que acaece en la Ley Catalana (art. 1), la Ley Aragonesa en el párrafo 1 del art. 3 establece la posibilidad de constatar la existencia de una convivencia marital “ab initio”, es decir, sin esperar el transcurso de los dos años, a través de una escritura pública en la que los convivientes manifiesten expresamente su voluntad de constituirla, bastando tal declaración de voluntad para que se tenga por iniciada y acreditada la situación de pareja estable no casada (la Ley Catalana requiere un plus, cual es que los miembros de la pareja manifiesten también su voluntad de acogerse a lo que establece la ley).

Nótese que la ley requiere escritura pública, no siendo bastante un acta de notoriedad, siendo la diferencia entre una y otra profunda, baste aquí reseñar simplemente que a tenor del Reglamento Notarial el contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases, mientras que la órbita propia de las actas notariales afecta exclusivamente a hechos notorios sobre los cuales pueden ser fundados y declarados derechos, y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica que no pueden ser calificados de actos o contratos.

4. ***Requisito formal.***

Preceptúa el art. 2 de la Ley que se comenta: “*Toda pareja estable no casada deberá ser inscrita en un Registro de la Diputación General de Aragón para que le sean aplicables las medidas administrativas reguladas en la presente Ley, así como anotada o mencionada en el Registro Civil competente si la legislación estatal lo previera*”. Resulta pues evidente que la inscripción en el Registro administrativo es un requisito de obligado cumplimiento, de forma tal

(14) Nótese que en definitiva estamos interpretando la expresión “*documento judicial*” en sentido amplio, es decir, como todo aquel documento preparado o realizado ante o por cualquier órgano judicial, y no en un sentido estricto, es decir, sinónimo de Sentencia, Auto o Providencia, ya que considero que si basta un acta de notoriedad realizada ante Notario para acreditar la situación de convivencia, con mayor motivo bastará una declaración de voluntad realizada ante un órgano judicial (ejemplo, una confesión judicial) o una manifestación en tal sentido realizada por dicho órgano judicial (ejemplo: una sentencia en la que figure como hecho probado tal relación de convivencia), aunque tal hecho no sea el punto esencial de la litis, o no se discuta, y a este respecto las hipótesis no son de laboratorio, pues pensemos en una reclamación de cantidad en el que el actor es el vendedor de una cosa enajenada a ambos convivientes.

que aquellas parejas que no hayan procedido a su inscripción no verán amparados sus derechos por esta Ley, en principio. Y digo en principio porque considero que si bien es cierto que la falta de inscripción impedirá la aplicación de los preceptos de la ley a falta de convenio de régimen de convivencia, o mediando tal convenio, el mismo no surtirá efectos frente a terceros, no es menos cierto que algún efecto habrá que reconocer a los acuerdos patrimoniales que los miembros de la pareja hayan pactado en dicho convenio de convivencia, acuerdos estos que no hacen más que disciplinar la comunidad de bienes o la sociedad irregular constituida entre ambos⁽¹⁵⁾.

Con ello pues nos encontramos con que en Aragón coexisten cuatro tipos de uniones: 1.^a) la matrimonial —que se rige por el régimen económico matrimonial correspondiente—, 2.^a) las parejas estables no casadas inscritas —que se rigen por la Ley Aragonesa 6/99 y/o el convenio de régimen de convivencia—, 3.^a) las parejas estables no casadas y no inscritas pero con convenio de régimen de convivencia —que se regirán por tal convenio, y en su defecto por las normas de la comunidad de bienes o la sociedad irregular, tal y como entiende nuestro Tribunal Supremo— y por último, y 4.^a) las parejas estables no casadas, no inscritas y sin convenio de régimen de convivencia —que se regirán por las normas de la comunidad de bienes o de sociedad irregular según los casos—.

B) Régimen jurídico de la pareja estable no casada.

1. El convenio de régimen de convivencia.

Establecen los núms. 1 y 2 del art. 5 de la Ley: *“La convivencia de la pareja y los derechos y obligaciones correspondientes podrán regularse en sus aspectos personales y patrimoniales mediante convenio recogido en escritura pública, conforme al principio de libertad de pactos, siempre que no perjudiquen los derechos o dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a normas imperativas aplicables en Aragón. No podrá pactarse la constitución de una pareja estable no casada con carácter temporal ni someterse a condición”*.

Antes de continuar, hemos de hacer una precisión terminológica, pues como es de ver, al documento suscrito por los miembros de la pareja estable, la Ley lo denomina convenio, siendo en este punto el legislador aragonés respo-

(15) Recordemos que el Tribunal Supremo ha venido declarando que para resolver los problemas de reclamaciones entre miembros de una pareja “more uxorio” habría que acudir a las normas de la comunidad de bienes o de la sociedad irregular (Sentencias de 11 de diciembre de 1992, 18 de mayo de 1992, 18 de febrero de 1993 o 27 de mayo de 1994 entre otras).

tuoso con la jurisprudencia la cual en ningún momento ha utilizado la expresión capitulaciones cuando se ha enfrentado a pactos de este tipo, y ello por dos razones, la primera porque como señala MUÑOZ DE DIOS ⁽¹⁶⁾ “quizá es que considera —la jurisprudencia— bastante avanzada la doctrina sustancial y se reserva el concepto a las uniones matrimoniales, respetuosos con el legislador en la letra, que en los arts. 1325 y 1326 C.c. determina que es documento típicamente matrimonial” y la segunda porque mientras en los capítulos básicamente pueden pactarse cuestiones relativas al régimen económico matrimonial (art. 1325 C.c.) y ocasionalmente estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio (art. 25 Compilación), en el convenio lo básico es conjuntamente las estipulaciones personales y patrimoniales.

La forma de este convenio habrá de ser mediante escritura pública, en el sentido antes visto en el epígrafe anterior, a diferencia de lo que acaece con la Ley Catalana que establece una forma más amplia al permitir tanto la forma verbal como el documento privado o el documento público ⁽¹⁷⁾.

El momento para realizarlo podrá ser bien antes de iniciar la convivencia, aunque por aplicación del art. 1334 C.c. si en el plazo de un año no se ha iniciado tal convivencia dicho convenio perderá su eficacia, bien al comienzo de la convivencia, bien con posterioridad al inicio de la misma, en cuyo caso la eficacia del mismo tendría efectos desde ese momento salvo que hayan pactado efectos retroactivos y ello por aplicación del propio art. 5.1 que permite libertad de pactos siempre que no perjudiquen los derechos o dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a norma imperativa aplicable en Aragón, y el otorgar tales efectos retroactivos considero que no vulnera norma imperativa alguna, antes al contrario ⁽¹⁸⁾. Obviamente el convenio podrá ser modificado en cualquier momento por ambos comparecientes actuando conjuntamente.

En cuanto al contenido, este puede ser muy amplio, así pueden limitarse los convivientes a regular un determinado aspecto de su convivencia, en cuyo caso el resto de sus relaciones se disciplinarán conforme a la ley, o pueden convenir todos y cada uno de los aspectos de su relación: así pueden prever un régimen

⁽¹⁶⁾ MUÑOZ DE DIOS, G., “Régimen económico en las uniones extramatrimoniales”, *Revista Jurídica Española*, La Ley, año 1987, tomo II, p. 1166.

⁽¹⁷⁾ El art. 3 de la Ley Catalana establece: “*Los miembros de la pareja estable pueden regular válidamente, en forma verbal, por escrito privado o en documento público, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, así como los respectivos derechos y deberes*”.

⁽¹⁸⁾ El art. 26 de la Compilación que puede aplicarse por analogía establece: “*Los capítulos matrimoniales pueden otorgarse y modificarse antes del matrimonio o dentro de él. En este último caso podrá darse a sus estipulaciones efectos retroactivos sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros*”.

económico particular y propio, estableciendo pormenorizadamente sus reglas o acogiénzose a cualquiera de los regímenes económicos que para el matrimonio prevé la ley, ya sea el régimen económico conyugal aragonés (arts. 36 y ss. Compilación), ya sea el de gananciales (art. 1344 y ss. C.c.), el de participación (art. 1411 y ss. C.c.), el de separación de bienes (art. 1435 y ss. C.c.) o cualquiera de los previstos en los Derechos forales distintos al aragonés (el de conquistas de Navarra o el consorcio alternativo vizcaíno por ejemplo).

Podrán pactar cuestiones eminentemente personales, cuestiones relativas a la prole común, a la forma de actuar en caso de extinción de la convivencia, y lo que a mi juicio resulta más interesante, disposiciones de carácter sucesorio cuyo estudio se verá más adelante.

Ahora bien, toda esta libertad de pactos a tenor del art. 5 se encuentra triplemente limitada por: 1.^º) Que los pactos no perjudiquen los derechos o dignidad de cualesquiera de los otorgantes, es decir, que no resulten menoscabados los Derechos y Libertades Fundamentales reconocidos por nuestra Constitución. 2.^º) Que no sean contrarios a norma imperativa aplicable en Aragón; nótese que el texto no dice solamente normas aragonesas, con lo que, y ello resulta lógico, habrá que estar tanto a las leyes aragonesas como a las leyes del Estado aplicables en Aragón. Por último y 3.^º) Que los pactos no se encuentren sometidos a tiempo o condición, aunque personalmente considero que esta limitación ha de ser reconducida a sus justos términos y referida exclusivamente al hecho de la razón por la que se convive, es decir, lo que estaría prohibido es establecer límites temporales o condicionamientos a la convivencia (conviviremos durante cuatro años, o conviviremos mientras tú tengas trabajo, por ejemplo) pero no cualquier otra condición o término establecido en las reglas de convivencia, por ejemplo, las “cargas de la pareja” serán sufragadas exclusivamente por uno de los convivientes hasta tanto el otro encuentre trabajo, momento en el cual cada uno sufragará las cargas en proporción a sus ingresos.

2. Régimen económico legal.

Entra en juego en defecto de convenio, así los núms. 3 y 4 del art. 5 preceptúan: *“En defecto de pacto, los miembros de la pareja estable contribuirán al mantenimiento de la vivienda y gastos comunes con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos y, si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios, sin perjuicio de que cada uno conserve la propiedad, administración y disfrute de sus propios bienes. Tendrán la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su mantenimiento y el de los hijos comunes o no que convivan con ellos, incluyendo el derecho a alimentos, educación, atenciones médico-sanitarias y vivienda. Ambos miembros de la pareja responden solidariamente ante terceras personas de las obligaciones contraídas por los gastos a que se refiere en número anterior, si se adecuan a los usos sociales; en*

cualquier otro caso, tan solo respondería quien hubiera contraído la obligación”.

Así pues los miembros de la pareja contribuirán al mantenimiento de la vivienda familiar y de todos los gastos comunes en proporción a los ingresos que cada uno obtenga, y si los mismos resultan insuficientes para el levantamiento de las cargas de la pareja, responderán cada uno con su propio patrimonio ⁽¹⁹⁾, aunque ello, obviamente, siempre que no haya patrimonio común, pues si lo hubiere a él habría que acudir primeramente. Esta obligación de contribuir al levantamiento de las cargas familiares deriva directamente del art. 39 de la Constitución, tal y como acertadamente señala FERNANDO SAURA ⁽²⁰⁾.

Consecuencia de dicha obligación es la correspondiente solidaridad frente a terceros por los gastos realizados encaminados al levantamiento de las cargas familiares de la pareja, siempre y cuando sean por un lado gastos necesarios para subvenir las necesidades familiares, y por otro sean adecuados a los usos sociales, pues en caso contrario, en caso de incumplir cualquiera de esos condicionantes, de dicho gasto sólo responderá quien específicamente hubiere contraído la obligación, con su propio patrimonio y con la parte que le corresponda en el caudal común de la pareja. Nótese que la responsabilidad por las deudas familiares es solidaria, así pues de dichas deudas responderá cada conviviente con la totalidad de su patrimonio, ya sea común, ya sea “privativo”, pero ello sin perjuicio del ulterior derecho de repetición frente al otro conviviente.

Pero qué debemos entender por gastos comunes; prima facie el párrafo 3 del art. 5 señala los necesarios para el mantenimiento de la vivienda, así como los necesarios para el mantenimiento de la pareja y de los hijos, comunes o no, que con ellos convivan, incluyendo el derecho a alimentos, educación, atención médica y vivienda; pero no solo esos, pues considero que por aplicación analógica serán también cargas familiares las que señala el art. 41 de la Compilación (*“Son cargas de la comunidad: 1.º Las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, incluso la crianza y educación de los hijos de uno sólo de ellos que sean menores de edad o, siendo mayores, convivan con el matrimonio* ⁽²¹⁾. 2.º *Los réditos e intereses normales devengados durante el matrimonio por las obligaciones de cada cónyuge. 3.º Las atenciones de los bienes privativos propias de un diligente usufructuario. 4.º Los alimentos legales debidos por cualquiera de los cónyuges. No obstante, los alimentos prestados a los hijos mayores de edad de uno sólo de los cónyuges, habidos con*

(19) En similar sentido se inclina la Ley Catalana.

(20) FERNANDO SAURA, ob. cit., p. 121.

(21) Nótese que este apartado viene a ser coincidente con el párrafo 3, art. 5 “in fine” de la Ley.

persona distinta constante matrimonio y que no convivan en la casa, darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación. 5.º las deudas del marido o de la mujer, en cuanto redunden en beneficio común o hayan sido contraídas en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad”), por ende considero también aplicable la regla presuntiva que establece el art. 40 de la Compilación (“Se presumen comunes todos aquellos bienes cuyo carácter privativo, con arreglo a los artículos anteriores, no pueda justificarse. La adquisición de bienes de cualquier clase a título oneroso, constante matrimonio, se considerará hecha a costa del caudal común”), y a falta de bienes comunes sería de aplicación el art. 43 de la Compilación que establece, “Los cónyuges, en defecto de bienes comunes, responderán solidariamente por las deudas enunciadas en el apartado 1 del art. 41, si bien en la relación interna contribuirá cada uno por mitad. En igual supuesto, responde cada cónyuge por las restantes deudas comunes que contrajo; pero podrá repetir del otro la mitad de lo pagado, si demuestra que la deuda redundó, efectivamente, en utilidad común”)(²²).

Debo aclarar que considero de aplicación el art. 40 en aras a la mayor protección de los derechos de los terceros, pues a estos les resultaría casi imposible acreditar cuando una deuda asumida por un conviviente resulta un gasto necesario para la pareja y adecuado al uso social, ya que ello, al igual que acaece con los matrimonios, dependerá de cada caso concreto, pues lo que para unos es en atención a su status social y/o capacidad económica un gasto superfluo o extraordinario, para otros no merece tal calificativo, siendo además que luego el conviviente perjudicado podrá repetir a su pareja (²³).

De los bienes propios, cada conviviente mantiene su propiedad, administración, uso y disfrute, estableciendo así el legislador aragonés en este punto un a modo de régimen económico de separación de bienes (arts. 1435 y ss. C.c.), afirmación ésta que no empee mi anterior afirmación de aplicabilidad del art. 40 de la Compilación pues: 1) La presunción del art. 40 se referiría a aquellas adquisiciones de bienes sobre los que hubiere dudas acerca de la privación o comunidad de las mismas, y 2) el art. 1441 C.c. establece una presunción de comunidad similar.

(22) Todo ello con las correspondientes variaciones terminológicas, así cuando se habla de “matrimonio”, habría que entender “convivencia”, “cónyuge” habría de ser interpretado por “conviviente”, y “bienes privativos” por “bienes propios”.

(23) Además esta tónica de proteger al tercero es la línea que actualmente mantiene el legislador tanto estatal (por ejemplo en la nueva Ley de Propiedad Horizontal) como el aragonés (por ejemplo el art. 55 de la Ley de Sucesiones).

Del rastreo jurisprudencial realizado por el magistrado SEGOVIA LÓPEZ⁽²⁴⁾ parece ser también la mejor alternativa pues dicho jurista establece: “las adquisiciones efectuadas durante la convivencia, salvo que expresamente se trate de donaciones de uno de los convivientes al otro, formarán una comunidad de bienes, en proporción a la participación de los ingresos, o por partes iguales si no pueden estos determinarse”.

3. *Aspecto personal.*

a) *La adopción.*

Al igual que sucede en la Ley Catalana (art. 6) el art. 10 de la Ley Aragonesa permite a las parejas estables no casadas heterosexuales adoptar conjuntamente, excluyendo de dicha facultad a las parejas homosexuales, exclusión ésta que quizá sea producto del propio ánimo social que todavía no ha aceptado tal posibilidad. En cualquier caso esta facultad de adoptar no supone innovación alguna pues tal y como hemos visto anteriormente la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre ya reconoció esta posibilidad.

b) *Representación del ausente.*

Preceptúa el art. 11 de la Ley que “*En caso de declaración judicial de ausencia de un miembro de la pareja, a efectos de su representación y administración de su patrimonio, el otro ocupará la misma posición que el cónyuge, en los términos previstos en el art. 8 de la vigente Compilación del Derecho Civil de Aragón*”. Quiere ello decir que con anterioridad al heredero contractual o al presunto heredero abintestato (art. 8 Comp.) será llamado el conviviente al cual se le confiere, salvo motivo apreciado por el Juez, no solo la representación del ausente, sino también la administración de sus bienes propios y cumplir con las obligaciones por el ausente asumidas (cfr. art. 8 Comp. y 11 Ley de Parejas), así como la administración y disposición del patrimonio común (cfr. art. 7 Comp.).

c) *Delación dativa de la tutela.*

“*En el supuesto de que uno de los miembros de la pareja sea declarado judicialmente incapacitado, el otro ocupará el primer lugar en el orden de preferencia para la delación dativa de la tutela*” (art. 12 de la Ley). Así pues,

(24) SEGOVIA LÓPEZ, L., “Parejas no casadas”, *Revista Jurídica Española*, La Ley, año 1993, tomo I, p. 962.

también en este aspecto se propugna una total equiparación entre el cónyuge y el conviviente, ello salvo que por aplicación del art. 15 Comp. los padres, los que ostenten la Autoridad Familiar (art. 10 Comp.) o quien nombre heredero o legatario al menor haya establecido por instrumento público, sea o no testamento, un tutor, nombramiento este que vincula al Juez que no lo podrá modificar.

d) ***Derecho de alimentos.***

Al igual que acaece en la Ley Catalana (art. 8 para las parejas heterosexuales y art. 26 para las homosexuales) el art. 13 de la Ley Aragonesa establece la obligación de los miembros de la pareja a prestarse entre sí alimentos con preferencia a cualesquiera otras personas —lo que conlleva la correspondiente modificación del art. 144 C.c. para este caso— con la excepción recogida en el art. 145.3 “in fine” C.c. en que será preferido el hijo sujeto a patria potestad si el obligado no tuviere bastante fortuna para atender a su descendiente y a su conviviente.

e) ***El parentesco.***

A pesar de la equiparación que la Ley hace de las parejas estables no casadas con el matrimonio en muchos aspectos, ello no supone que surja una identidad entre ambas instituciones, es por ello por lo que en el art. 14 establece que “*La pareja estable no casada no genera relación alguna de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro*”, y en consecuencia, no nacerá de esta relación el parentesco por afinidad.

f) ***Derechos sucesorios.***

El art. 9 preceptúa: “*En caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el supérstite tendrá derecho, cualquiera que sea el contenido de la escritura de constitución, del testamento o de los pactos sucesorios, al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar. Asimismo, el supérstite podrá, independientemente de los derechos hereditarios que se le atribuyeran, residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año*”. A la vista de este precepto resulta evidente que siempre y en cualquier caso corresponderá al supérstite:

1.^º) El mobiliario y los útiles e instrumentos de trabajo que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, quedando excluidos pues: a) los instrumentos de trabajo de la actividad profesional, b) las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario y c) los bienes de procedencia familiar. Esta última exclusión

parece lógica y acorde con la tradición jurídica aragonesa, pues la expresión “*bienes de procedencia familiar*” puede sustituirse a mi juicio por bienes troncales, sean o no de abolorio (arts. 211 y 212 de la Ley de Sucesiones Aragonesa); mayores problemas plantea la excepción relativa a las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario ya que pueden plantear problemas de difícil solución pues ¿cuándo estamos ante un bien de extraordinario valor?, ¿qué sucede si ese bien ha sido donado por el supérstite y no hubiere descendencia común?; por lo que se refiere a los instrumentos de trabajo del ajuar de la vivienda habitual, parece que estos se referirán exclusivamente a los instrumentos propios del bricolaje.

2.º) El conviviente supérstite podrá residir gratuitamente en la vivienda habitual durante el plazo de un año. Considero que el alcance de este derecho se encuentra limitado a un único supuesto de hecho, cual es que la vivienda pertenezca en exclusiva al premuerto y este no haya otorgado al supérstite derecho alguno sobre la misma.

Ahora bien, cabe plantearse si esta norma es imperativa o dispositiva, en otras palabras, ¿pueden los convivientes vía convenio o vía testamentaria suprimir estos derechos? La respuesta es que no ya que nos encontramos ante una de esas normas imperativas a las que se refiere el art. 5, y ello es así a la vista del tenor literal del art. 9, pues obsérvese que taxativamente establece que “*en caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, el supérstite tendrá derecho, cualquiera que sea el contenido de la escritura de constitución, del testamento o de los pactos sucesorios...*”, precisamente esa expresión “*cualquiera que sea el contenido*” muestra a las claras la intención del legislador. Ello salvo que el conviviente supérstite haya expresamente renunciado a esos derechos “*ex ante*” o “*ex post*” al fallecimiento de su pareja⁽²⁵⁾.

En otro orden de cosas, los arts. 15 y 16 permiten a los miembros de la pareja estable no casada testar mancomunadamente y otorgar pactos sucesorios, de conformidad en ambos casos con lo dispuesto en la legislación sucesoria aragonesa —los arts. 90 y ss. de la Ley de Sucesiones en lo que respecta al testamento mancomunado, y los arts. 62 y ss. respecto de la sucesión paccionada—. Igualmente, a tenor del art. 17, “*Cada miembro de la pareja estable no casada podrá ordenar la sucesión del otro mediante la fiducia de acuerdo con lo regulado en la legislación sucesoria aragonesa*”, es decir, de conformidad con los arts. 124 y ss. de la Ley de Sucesiones.

(25) Argumentos para ello los encuentro, salvando las distancias, tanto en los arts. 74 y 76 Comp. relativos al derecho de viudedad, en el art. 86 Comp. relativo al usufructo viudal, y en el art. 177 de la Ley de Sucesiones, relativo a la legítima.

Señalar por último que al conviviente supérstite no se le reconoce usufructo viudal y que tampoco, a diferencia de lo que sucede en la Ley Catalana (arts. 34 y 35) se le reconocen derechos sucesorios “ab intestato”.

4. *Otras consecuencias jurídicas.*

Podemos constatar dos, la primera establecida en la Disposición Adicional Primera a cuyo tenor: *“El régimen de convivencia y de derechos y obligaciones de la pareja estable no casada, pactado en escritura pública, adquirirá el valor de capitulaciones matrimoniales, en caso de que los miembros de la pareja contrajeran matrimonio, si así lo hubieran acordado expresamente en la escritura”*. Entiendo que aunque no lo hubieran acordado expresamente en el convenio, también adquirirá el mismo valor si en escritura pública los futuros, o ya, cónyuges hacen manifestación a tal efecto, ya que tanto en un caso como en el otro cumplen los requisitos de contenido y forma exigidos por el art. 25 Comp.

La segunda hace referencia al Derecho Público, pues a tal efecto señala el art. 18 que: *“Los derechos y obligaciones establecidos para los cónyuges en la normativa aragonesa de Derecho público, que no tenga carácter tributario, serán de igual aplicación a los miembros de la pareja estable no casada”*, con lo que y por imperativo de esta norma, la equiparación entre matrimonios y parejas estables no casadas es absoluta en derecho público —excepto el tributario—, equiparación esta de indudable trascendencia, sobre todo en el régimen jurídico de los funcionarios públicos.

C) **Extinción de la pareja estable no casada.**

1. *Causas de extinción.*

A tenor del art. 6.1 *“La pareja estable no casada se extingue:*

a) Por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de sus integrantes. Ello de forma similar a lo establecido en el art. 85 C.c. a excepción hecha, obviamente, del divorcio.

b) De común acuerdo. Que viene a ser como un a modo de divorcio consensual.

c) Por decisión unilateral. Viene a ser también como un a modo de divorcio unilateral, aunque sin necesidad de acreditar causa alguna, basta la mera voluntad encaminada a poner fin a la relación de convivencia, aunque mediaticada por el párrafo del art. 6 que obliga a notificar tal revocación de forma fehaciente al otro conviviente.

d) Por separación de hecho de más de un año.

e) Por matrimonio de uno de sus miembros. Causa esta lógica ya que tal y como manifestamos al principio de este trabajo una de las notas características de la convivencia es la monogamia. Resulta evidente por tanto que también se incardinarán dentro de este supuesto la situación de matrimonio de ambos convivientes entre sí, siendo en su caso de aplicación en su caso lo ya visto respecto del convenio (Disposición Adicional Primera).

2. *Efectos de la extinción respecto del convenio.*

La primera consecuencia es la obligación que impone la Ley en el núm. 3 del art. 6 a ambos convivientes de dejar sin efecto la escritura pública en la que hubieren pactado el convenio, así dicho precepto establece: *“Los dos miembros de la pareja están obligados, aunque sea separadamente, a dejar sin efecto la escritura pública que, en su caso, se hubiera otorgado”*. Nótese que esta obligación viene impuesta a ambos convivientes sea cual sea la causa de extinción de la pareja, siendo además que esa obligación habrá de documentarse también en escritura pública a pesar de que al respecto guarda silencio la Ley, ya que si por escritura pública se pactó el convenio, del mismo modo habrá de extinguirse.

Igualmente, aunque en este punto también guarda silencio la Ley, entiendo que dicha escritura pública habrá de inscribirse en el registro administrativo de parejas estables no casadas.

La segunda consecuencia es la preceptuada en el párrafo 4 del art. 6: *“En caso de ruptura de la convivencia, las partes no pueden volver a formalizar una pareja estable no casada mediante escritura pública hasta que hayan transcurrido seis meses desde que dejaron sin efecto el documento público correspondiente a la convivencia anterior”*. Obsérvese que por un lado el plazo de seis meses empieza a computarse desde el día en que dejaron sin efecto el anterior convenio y no desde que efectivamente, o de hecho, la pareja disolvió su convivencia, y por otro lado que lo que impide la ley es formalizar una nueva pareja mediante escritura pública, pero no a iniciar una nueva convivencia.

3. *Efectos personales.*

Respecto de los poderes que se hubieren otorgado los miembros de la pareja, los mismos quedarán revocados (art. 6.5) de modo similar a lo que acaece con la disolución matrimonial “ex” divorcio (arts. 102 y 106 C.c.). Igualmente cesará el régimen económico pactado por la pareja o en su defecto el legalmente establecido (art. 5) perdiendo los convivientes los derechos sucesorios concedidos en el art. 9, el derecho de alimentos (art. 13), perderán el derecho de representación del conviviente ausente (art. 11), el derecho de ser tutor del incapacitado (art. 12) o la facultad de adoptar conjuntamente (art. 10).

Ahora bien, ¿qué sucede con las atribuciones sucesorias?, ¿podrían aplicarse los arts. 89, 123 y 125.2 de la Ley de Sucesiones⁽²⁶⁾? “Prima facie” parece que no ya que por un lado la Ley de Parejas Estables no dice nada al respecto, y por otro porque los preceptos de la Ley de Sucesiones expresamente hablan de matrimonio, pero yo mantengo una opinión distinta y considero que efectivamente tales atribuciones sucesorias quedarían sin efecto por aplicación de los arts. 15, 16 y 17 de la Ley, ya que en dichos preceptos se establece que la posibilidad de testar mancomunadamente, de otorgar pacto sucesorio o de ordenar la sucesión mediante fiducia ha de hacerse de conformidad con la legislación sucesoria aragonesa, es decir con todos y cada uno de los preceptos que la regulan, entre los cuales se encuentran los anteriormente señalados, siendo además que la ratio de los mismos es precisamente la extinción de la pareja matrimonial, que puede predicarse a la extinción de la pareja no matrimonial.

4. Efectos patrimoniales.

Preceptúan los párrafos 1 y 2 del art. 7: *“En caso de extinción de la pareja estable no casada por causa distinta a la muerte o declaración de fallecimiento, y si la convivencia ha supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos convivientes que implique un enriquecimiento injusto, podrá exigirse una compensación económica por el conviviente perjudicado en los siguientes casos: A. Cuando el conviviente ha contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja estable no casada. B. Cuando el conviviente, sin retribución o con retribución insuficiente, se ha dedicado al hogar, o a los hijos comunes o del otro conviviente, o ha trabajado para éste.*

Al producirse la extinción de la convivencia por las causas previstas en el párrafo anterior, cualquiera de los convivientes podrá exigir al otro una pensión, si la necesitase para su sustento, en el supuesto de que el cuidado de los hijos

(26) Art. 89: *Salvo que del contrato resulte otra cosa, las atribuciones sucesorias pactadas entre cónyuges quedarán sin efecto si, al fallecimiento de uno de ellos, estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin.*

Art. 123: *Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efectos las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviere decretada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin.*

Art. 125.2: *Salvo disposición del comitente, no surtirá efecto el nombramiento del otro cónyuge como fiduciario si al fallecimiento de aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin.*

comunes le impida la realización de actividades laborales o las dificulte seriamente. La pensión se extinguirá cuando el cuidado de los hijos cese por cualquier causa o éstos alcancen la mayoría de edad o se emancipen”⁽²⁷⁾.

Como puede apreciarse la Ley Aragonesa reconoce dos tipos de compensaciones económicas distintas, la compensación económica estricta para los casos en que un conviviente resulte perjudicado, y la pensión económica para el sustento del conviviente necesitado, siendo que, dado el tenor de la Ley, ambas pueden coexistir.

Centrándonos en primer lugar en lo que hemos llamado compensación económica estricta, hemos de partir de que su previsión es una honda reivindicación de la doctrina estudiosa de este tema; así, y por todos, SANCHEZ REBULLIDA —aunque para supuestos de ruptura intempestiva— señalaba que “dejar al conviviente, por el hecho de la ruptura, de la noche a la mañana sin recursos y sin que pueda hacer frente a la nueva situación, supone un daño cuya causación es responsable quien abandonó el hogar común. Si él aceptó que la mujer, al dedicarle toda su actividad y cuidados, se pusiera en un estado de dependencia económica, parece que debe ser responsable de su mantenimiento mientras no pueda salir de ese estado”⁽²⁸⁾; también FERNANDO SAURA⁽²⁹⁾.

Para que nazca el derecho a exigir tal compensación es preciso que concurren los siguientes requisitos:

1.º) Que la extinción de la convivencia se haya producido bien de común acuerdo de los convivientes, bien por decisión unilateral de uno, bien por separación de hecho superior al año, o bien por matrimonio de uno de sus miembros con una tercera persona.

2.º) Que entre ambos convivientes se haya producido una situación de desigualdad patrimonial que implique un enriquecimiento injusto; a este respecto conviene recordar la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 que acudió a la teoría del enriquecimiento sin causa para admitir y resolver favorablemente la pretensión de una mujer a ser indemnizada por su trabajo no retribuido en el aumento de patrimonio de su pareja. En cualquier caso será labor de los tribunales determinar en cada caso no tanto solo el “quan-

⁽²⁷⁾ En similares términos la Ley Catalana establece: “*Cuando la convivencia cesa en vida de los dos convivientes, aquel que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para el hogar común o para el otro conviviente, tiene derecho a recibir una compensación económica en caso de que haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos que implique un enriquecimiento injusto*”.

⁽²⁸⁾ SANCHEZ REBULLIDA, ob. cit., pp. 592 y 593.

⁽²⁹⁾ FERNANDO SAURA, ob. cit., pp. 126 y ss.

tum” de dicha compensación —cálculo de por sí dificultoso—, o el cómo —pues considero que esa compensación podría ser dineraria, o con entrega de bienes o derechos—, sino el cuándo se haya producido efectivamente tal enriquecimiento injusto.

3.º) Que el conviviente perjudicado se encuentre en alguno de los siguientes supuestos: A) Que haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja; considero acertada esa mención a los bienes comunes pues en los mismos se crea una suerte de copropiedad, con lo que también supondría un enriquecimiento injusto para uno de los convivientes si el otro por ejemplo hubiere dedicado su patrimonio a la conservación del mismo sin mediar contraprestación por su parte. B) Que el conviviente se haya dedicado al hogar, a los hijos comunes o propios del otro conviviente o haya trabajado para éste, y en cualquiera de los casos no haya sido retribuido, o habiéndolo sido, esta retribución sea insuficiente.

Por lo que se refiere a la pensión, esta solamente cabrá cuando produciéndose la extinción de la pareja por cualquiera de las causas antes señaladas [residenciadas en las letras b) a e) del párrafo 1 del art. 6], concurren tres circunstancias: 1.ª) Que le sea necesario para su sustento, lo que la aleja de forma radical de la pensión prevista en el art. 97 C.c., acercándola más bien a una pensión de alimentos de la prevista en el art. 142 C.c., dada la identidad terminológica en ambos preceptos: “*sustento*”; 2.ª) Que a dicho ex conviviente le corresponda el cuidado de los hijos comunes; y 3.ª) Que como consecuencia de dicha dedicación al cuidado de los hijos comunes, tenga impedida la realización de actividades laborales o las dificulte seriamente, término éste que puede ser catalogado de concepto jurídico indeterminado que habrá de ser deslindado caso a caso por los tribunales ya que, a vuelo pluma: ¿podría considerarse que dificulta seriamente la realización de una actividad laboral a media jornada? ⁽³⁰⁾, y ¿si es a jornada completa pero de duración determinada?; es decir con todos estos interrogantes, al lector se le pueden ocurrir varios más, lo que quiero poner de manifiesto es la absoluta falta de seguridad jurídica que dicho concepto puede crear.

Esta pensión de sustento se extinguirá cuando el cuidado de los hijos cese por cualquier causa, razón esta fácilmente comprensible, o cuando estos alcancen la mayoría de edad o se emancipen, circunstancias ésta que no considero razonables salvo en el supuesto de la emancipación, pues el hecho de alcanzar la mayoría de edad, hoy por hoy, no supone que salgan de la esfera del cuidado

⁽³⁰⁾ Para el caso afirmativo: ¿y si recibiera un salario por esa media jornada superior al salario mínimo interprofesional?; y para el caso negativo, ¿y si recibiera un salario inferior al mínimo interprofesional?, y para ambos casos ¿en cuánto más o menos?, etc.

de sus progenitores, y además podemos encontrarnos ante casos de discapacidad física o psíquica del menor que no van a curarse en el momento en que dicho incapaz alcance la mayoría de edad, con lo que los cuidados seguirían siendo constantes. Es cierto que había que poner algún límite temporal, pero desde luego no tan rígido, es por ello por lo que considero que “de lege ferenda” se establezca una flexibilización a la norma para no crear situaciones indudablemente injustas.

Concluye el art. 7 estableciendo que *“La reclamación por cualquiera de los miembros de la pareja de los derechos regulados en los párrafos anteriores deberá formularse en el plazo máximo de un año a contar desde la extinción de la pareja estable no casada, ponderándose equilibradamente en razón de la duración de la convivencia”*, precepto éste que considero por un lado erróneo y por otro inaplicable. Erróneo porque la pensión de sustento se encuentra íntimamente unida al hecho de que el cuidado de los hijos le impida o dificulte la realización de actividades laborales, y este hecho puede producirse dentro del año siguiente a la extinción, o tres años más tarde (ejemplo: el hijo común que sufre un gravísimo accidente que le incapacita físicamente). Inaplicable porque, respecto de la compensación por la causa a) del párrafo 1.^º, esta vendrá dada por el efectivo enriquecimiento producido como consecuencia del correlativo empobrecimiento del conviviente reclamante, y ello con independencia de la duración de la convivencia, y respecto de la pensión de sustento porque ésta viene pautada por lo necesario para el sustento y el cuidado de la prole común, y ello también con independencia de la duración de la convivencia.

5. Efectos para con la prole común.

Preceptúa el art. 8 de la Ley: *“En caso de ruptura de la convivencia por causa distinta a la muerte o declaración de fallecimiento, se estará en cuanto a la guarda y custodia de la prole común y al régimen de visitas, comunicación y estancia, a lo que la pareja haya convenido. No obstante, el Juez podrá moderar equitativamente lo acordado, cuando a su juicio sea gravemente lesivo para cualquiera de los miembros o para la prole común. En defecto de pacto, el Juez podrá acordar lo que estime procedente respecto de la prole común, en beneficio de los hijos y previa audiencia de éstos si tiene suficiente juicio o son mayores de doce años”*.

Será pues lo pactado por los miembros de la pareja en el convenio lo esencial en cuanto a los efectos para con la prole común, excepto cuando a juicio del Juez dichos pactos sean gravemente lesivos para cualquiera de los miembros de la pareja o de la prole, en cuyo caso equitativamente moderará lo acordado, estableciéndose así un sistema análogo al previsto en el art. 90 C.c. aunque con una sustancial diferencia, y es que mientras que en el Código civil si el Juez considera lo convenido gravemente perjudicial, los cónyuges habrán de

presentar una nueva propuesta de convenio, actuando él en última instancia cuando no hay acuerdo o en caso de no aprobación (art. 91 C.c.), en la Ley Aragonesa no se establece esa “devolución”, obligando al Juez a establecer lo que considere oportuno sin dar una nueva oportunidad de acuerdo a los ex convivientes.

A falta de pacto será el Juez el que adopte lo que corresponda previa audiencia de los hijos siempre que sean mayores de doce años o, si son menores, si poseen suficiente juicio, siguiendo de esta forma un sistema similar al previsto en el art. 92.2 C.c.

6. Cuestiones procesales.

La ley Aragonesa no señala cauce procesal alguno para articular la posible intervención judicial en esta materia, por ello hacemos nuestras las conclusiones que de forma general hace DE FRUTOS VIRSEDA⁽³¹⁾ —que coincide sustancialmente con SEGOVIA LÓPEZ⁽³²⁾—; así la competencia objetiva en esta clase de procesos corresponderá a los Juzgados de Familia, aserto éste que fundamenta el citado jurista en base a que el concepto de familia contenido en el art. 39.1 de la Constitución abarca tanto la familia matrimonial como la extramatrimonial⁽³³⁾.

El procedimiento a seguir será el juicio declarativo ordinario de menor cuantía a la vista del art. 484 LEC, no siendo aplicables las normas previstas en la Ley de 7 de julio de 1981 porque: 1.º) El propio tenor literal del art. 484.4.º LEC (“*Cualquier tipo de demanda para la que no se disponga otra cosa*”); 2.º) Los procesos de dicha ley se crearon única y exclusivamente para sustanciar demandas de separación, divorcio y determinados casos de nulidad matrimonial, siendo por tanto procesos exclusivamente matrimoniales; y 3.º) las medidas que se adoptan en torno a los hijos, si no van unidas a la acción de separación, divorcio o nulidad matrimonial se tramitarán bien dentro del proceso civil, por el procedimiento declarativo correspondiente, del penal o de jurisdicción voluntaria “ex art. 158 “in fine” C.c.”⁽³⁴⁾.

(31) DE FRUTOS VIRSEDA, F.J., “Uniones no matrimoniales. Procedimiento a seguir si existe acuerdo”, *Revista Jurídica Española*, La Ley, año 1996, tomo V, pp. 1374 a 1381.

(32) SEGOVIA LÓPEZ, ob. cit., p. 963.

(33) DE FRUTOS VIRSEDA, ob. cit., p. 1379.

(34) DE FRUTOS VIRSEDA, ob. cit., p. 1377.

CRÓNICA LEGISLATIVA

PROPOSICIÓN NO DE LEY EN COMISIÓN SOBRE MEDIDAS A IMPULSAR A FIN DE PROMOVER EL DESARROLLO DE PUNTOS DE ENCUENTRO FAMILIAR

Nº 161/000699

AUTOR: GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR EN EL CONGRESO.

TEXTO DE LA INICIATIVA
(BOCG SERIE D: 30 DE ABRIL
DE 2001 NÚM. 170 GENERAL)

A la Mesa del Congreso de los Diputados.

El Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, al amparo de lo dispuesto en los artículos 193 y siguientes del Reglamento de la Cámara, tiene el honor de presentar la siguiente Proposición no de Ley sobre medidas a impulsar a fin de promover el desarrollo de Puntos de Encuentro Familiar, para su debate en Comisión.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Uno de los problemas de más difícil solución que se presenta como consecuencia de la ruptura, separación o divorcio de los cónyuges es el del incumplimiento del régimen de visitas fijado al progenitor no custodio con sus hijos menores. Son muy frecuentes los casos en que el progenitor custodio obstaculiza o impide el cumplimiento del régimen de visitas acordado; por otra parte, en supuestos en que sí se lleva a efecto ese régimen de visitas, surgen conflictos entre los progenitores con ocasión de la recogida y

entrega de los hijos, conflictos que pueden desencadenar consecuencias de extrema gravedad en los supuestos de ruptura de la pareja por violencia familiar.

Otra cuestión a tener en cuenta es la relativa a las visitas tuteladas, es decir, aquellas en que, por los motivos de que se trate, el progenitor no custodio debe estar acompañado de una tercera persona en las visitas a sus hijos menores. Los problemas que plantea este supuesto son variados, desde la designación del mediador hasta el local en que ha de desarrollarse la visita.

Asimismo, el creciente número de menores afectados por medidas de intervención social (como son las guardas o acogimientos) que no suponen una ruptura total con sus familias de origen, pone de manifiesto la necesidad de contar con un recurso social que permita ofrecer un marco adecuado para que ese menor siga relacionándose satisfactoriamente con su familia biológica.

Para dar una solución a estas cuestiones, han surgido los Puntos de Encuentro Familiar, promovidos generalmente desde la iniciativa privada por entidades sin ánimo de lucro, a partir de la experiencia promovida por la Asociación para la Protección del

Menor en los Procesos de Separación de sus Progenitores (APROME) que crea en Valladolid en 1994 el primer PEF de nuestro país.

Los PEF ofrecen la posibilidad de desarrollar una intervención temporal en un lugar idóneo y neutral donde se produce el encuentro de los miembros de la familia en crisis, atendidos por profesionales, facilitando la relación paterno-filial y garantizando la seguridad y el bienestar del menor y del padre o madre vulnerable. Cumplen, entre otros, el objetivo de favorecer el derecho fundamental del menor a mantener la rela-

ción con ambos progenitores y sus respectivas familias.

Por todo lo expuesto, el Grupo Parlamentario Popular presenta la siguiente Proposición no de Ley.

El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a impulsar, en el ámbito de sus competencias, las medidas oportunas a fin de promover el desarrollo de Puntos de Encuentro Familiar en orden a facilitar las relaciones de familia en los supuestos que afectan a la naturaleza y objetivos de los mismos.

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

**TÍTULO: ADICCIÓN AL JUEGO Y CAPACIDAD
PARA EL MATRIMONIO**

*Autor: Jorge García Montagud.
Prólogo de Mons. Santiago Panizo Orallo,
Auditor del Tribunal de la Rota de la Nunciatura
en España y Profesor Titular Universitario.
Edicep, Valencia, 2000, 348 páginas.*

El autor es sacerdote, Vicario Judicial de la Diócesis de Valencia y Doctor en Derecho canónico, además de profesor de Derecho canónico en las Facultades eclesíásticas. Como bien dice el autor que hace el prólogo, se trata de una obra pionera en la materia, en primer lugar, porque el autor es un joven sacerdote-canonista, lo cual no deja de ser una muestra del vanguardismo de la Iglesia en la toma de consideración de todo aquello que pueda impedir que un ser humano sea capaz de prestar válidamente consentimiento matrimonial; y, en segundo lugar, porque la obra se adentra en un tema muy poco analizado jurídicamente, no obstante las evidentes repercusiones que puede tener sobre el consentimiento y la validez del matrimonio, tanto en el caso del matrimonio canónico como en el supuesto del matrimonio civil.

El objetivo del trabajo se dirige a ofrecer un riguroso análisis del influjo que las adicciones, y en especial el juego, ejercen sobre la capacidad consensual, hasta el punto de poder desembocar en la nulidad del matrimonio. Para ello, el autor ha contado con el asesoramiento de destacados expertos profesionales en el campo del Derecho civil, canónico, psiquiátrico y psicológico.

El libro se estructura en dos extensas partes. La primera parte, de carácter más general y válida tanto en el ámbito canónico como en el civil, trata de la adicción al juego como patología adoptando un enfoque fundamentalmente clínico y médico del asunto, mientras que la segunda parte, estrictamente jurídico-canónica, se ocupa de los elementos para la calificación del supuesto de hecho concreto.

Las dos partes en que está estructurada la obra están divididas en un total de ocho capítulos, divididos, a su vez, en distintos apartados.

El Capítulo I trata el fenómeno del juego patológico y su tipología. Nos ofrece un concepto de juego patológico y una clasificación de los tipos de

jugadores, pues no todos reúnen las características de aquellos que interesan para el objeto de este trabajo, y que no son otros que el jugador problema y, fundamentalmente, el jugador patológico.

El Capítulo II se ocupa de las causas y diagnóstico del juego patológico. Comienza con un estudio de las características que presentan las personas predispuestas a la realización de conductas de juego patológico, poniendo el énfasis en los rasgos de personalidad del jugador patológico y en los factores tanto biológicos como sociales y socio-ambientales que predisponen para la adquisición de conductas de juego patológicas. A continuación enumera los síntomas que actualmente permiten diagnosticar una conducta como juego patológico.

El Capítulo III aborda el perfil psicológico del jugador patológico. Comprende el estudio de las distintas variables de personalidad, psicopatológicas y cognitivas del individuo propenso al juego patológico, para realizar seguidamente un análisis pormenorizado de la alexitimia, trastorno que afecta al mundo afectivo del jugador patológico y que está siendo muy tratado en las últimas investigaciones científicas.

El Capítulo IV está dedicado al proceso de la adicción al juego. Comienza el capítulo reflejando las distintas fases que se observan en el desarrollo del juego patológico, para pasar después a explicar cómo se mantiene esta conducta, así como los factores que contribuyen al mantenimiento de la misma. Termina el capítulo con el estudio de distintos métodos y técnicas para el tratamiento del juego patológico y el abandono del mismo por parte del sujeto, si bien se advierte de las posibilidades reales de curación y del grave peligro de las recaídas.

El Capítulo V se adentra en el problema del juego patológico en la comunidad conyugal. Se incide en las consecuencias que el juego patológico produce tanto en el cónyuge como en los hijos y en los ascendientes del jugador patológico, consecuencias que pueden ser devastadoras, tanto de índole física como mental.

El Capítulo VI, con el que se inicia la segunda parte de la obra, trata de la incapacidad consensual. En este capítulo, el autor profundiza en los criterios del can. 1095, especialmente en sus párrafos segundo y tercero, para medir la capacidad/incapacidad consensual. Comienza con una introducción dedicada a la noción de consentimiento matrimonial desde el punto de vista canónico, así como al objeto de este consentimiento y a la capacidad para prestar válidamente el mismo. Seguidamente, analiza la jurisprudencia más reciente de la Rota Romana acerca de la falta grave de discreción, la incapacidad para asumir y la inmadurez como causas de incapacidad consensual.

En el Capítulo VII, el autor efectúa un tratamiento jurisprudencial de las adicciones, en el que analiza la más reciente jurisprudencia eclesiástica en materia de adicciones, fundamentalmente la ludopatía, pero también el alcoholis-

mo y las toxicomanías. Esta parte de la obra es sumamente interesante y de ayuda para el jurista que intervenga ante los Tribunales Eclesiásticos, ya que las Sentencias existentes sobre la materia, así como las publicaciones científicas en torno a ella, son más bien escasas.

El Capítulo VIII ofrece pautas concretas para considerar en la calificación jurídica del supuesto de hecho. Esta parte de la obra es también de gran utilidad práctica, pues contiene notas relativas a la calificación jurídica de los casos concretos y notas a tener en cuenta cuando se realice una prueba pericial del sujeto. Todas estas notas son útiles para aumentar el rigor tanto de la calificación jurídica como de la pericia.

A la luz de lo expuesto de estos ocho capítulos, el autor extrae una serie de conclusiones a modo de resumen de la obra, que termina con una abundante relación bibliográfica de autores españoles y extranjeros, así como de Sentencias de la Rota Romana y de otros Tribunales.

Jesús Morant Vidal.
Juez suplente.

CORRECCIÓN DE ERRORES DE LA LEC

En el BOE de 28 de julio de 2001 (nº 180, página 27.746) aparece el siguiente texto:

CORRECCIÓN de errores de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Advertido error en la correcciones de errores de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, publicada en el “Boletín Oficial del Estado” número 90, del día 14 de abril de 2000, se procede a dejar sin efecto la corrección contenida en el citado boletín, página 15.278, primera columna, párrafo octavo, relativa al artículo 778, apartado 2, última línea, por lo que debe decirse en este precepto “...dispuesto en el artículo 770”, de acuerdo con la publicación inicial de la Ley 1/2000, de 7 de enero, que tuvo lugar en el “Boletín Oficial del Estado” número 7, de 8 de enero de 2000.

6.º PREMIO DE LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA

La Asociación Española de Abogados de Familia ha acordado establecer un premio que llevará su nombre, y cuya concesión se establece en base a las siguientes condiciones:

1. Se establece un premio anual denominado “Concurso de artículos de la Asociación Española de Abogados de Familia”, que se convoca por medio de la presente.
2. El premio está dotado con la suma de 1.500 euros.
3. Podrán optar al mismo todos los Abogados en Ejercicio pertenecientes a cualquier Colegio de Abogados de España.
4. El tema del trabajo será libre, siempre que tenga relación con un problema relativo al Derecho de Familia de carácter práctico.
5. La extensión del trabajo será de 15/20 folios mecanografiados por una sola cara y a doble espacio.
6. Los trabajos redactados en lengua castellana serán presentados en tres ejemplares en el domicilio de la Asociación Española de Abogados de Familia, Princesa, 3 duplicado, apartamento 1225 (28008 Madrid), en sobre cerrado dirigido al “Presidente del Jurado - Premio Asociación Española de Abogados de Familia”.
7. Los originales se presentarán con seudónimo y acompañados de plica cerrada dirigida al Presidente del Jurado, que contenga fotocopia del DNI y una tarjeta o ficha con los siguientes datos: seudónimo, nombre y apellidos, domicilio, Colegio de residencia, número de Colegiado, teléfono y fax, en su caso.
8. El plazo de admisión de trabajos finalizará el día 31 de enero del año 2002.
9. El Jurado, presidido por el Presidente de la Asociación, estará formado por el mismo o persona en quien delegue y dos vocales designados por la Junta Directiva de la Asociación entre juristas especialistas en Derecho de Familia, no pudiendo formar parte quienes hayan concurrido al concurso.
10. El fallo se hará público dentro de los tres meses siguientes a la conclusión del plazo de admisión.
11. El trabajo premiado podrá ser publicado por la Asociación, en cuyo caso quedarían cedidos los derechos de autor. En caso de no ser publicado en el plazo de seis meses a contar desde la concesión del premio, el autor quedará facultado para su publicación, haciendo constar que es Premio de la Asociación Española de Abogados de Familia.
12. Los trabajos no premiados deberán ser retirados durante el mes siguiente a la publicación del fallo y, transcurrido este plazo, podrán ser destruidos.
13. La participación en el concurso supone la aceptación de estas bases.