

LA PENSIÓN ALIMENTICIA DE LOS HIJOS MAYORES

Hay que ver lo contento que se pone uno cuando el Tribunal Supremo dicta alguna sentencia resolviendo algún recurso de casación en materia de derecho de familia. Hay temas, como las acciones de filiación o la sociedad de gananciales, que son frecuentemente objeto de pronunciamientos por nuestro más alto Tribunal, sin embargo existen otras cuestiones que no tienen fácil acceso al recurso de casación y que por tanto están sometidas a los criterios, muchas veces discrepantes, de las Audiencias Provinciales. Uno de esos temas es la pensión alimenticia a favor de los hijos tras la crisis de pareja de los progenitores. Afortunadamente, durante los últimos meses, el Tribunal Supremo ha dictado algunas sentencias que van poniendo las cosas en su sitio.

En su sentencia de 23 de febrero de 2000, con ponencia del Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra, se desestimó la petición de alimentos efectuada por una hija mayor de edad que abandonó el domicilio familiar. Señalaba el T.S. que no se puede pretender realizar un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta que atacan o contradicen a los del entorno familiar de los padres y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno, que se rechaza. En resumen, o se aceptan las “reglas” de convivencia impuestas por los progenitores o no hay pensión alimenticia.

Al poco tiempo de dictarse la anterior sentencia, el T.S. volvió a pronunciarse sobre el tema de los alimentos. En esta ocasión la sentencia de 24 de abril de 2000 (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda) abordó la controvertida cuestión referente a la legitimación de los padres para solicitar los alimentos de los hijos mayores de edad. A pesar de que esperábamos que la sentencia profundizase en todas las cuestiones de legitimación, solo centró el pronunciamiento en cuanto a la petición de alimentos en los procesos de separación y divorcio, señalando que, efectivamente, el progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad tiene legitimación para solicitar la pensión alimenticia de éstos. Así pues, ya queda atrás la polémica sobre este aspecto de la pensión de alimentos,

sin embargo quedó sin resolver qué sucede cuando en vez de solicitarse una pensión alimenticia la acción ejercitada está dirigida a rebajar o extinguir dicha pensión. Esperemos que en un próximo recurso de casación el T.S. nos clarifique la cuestión.

El 30 de diciembre de 2000, con ponencia del magistrado Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez, volvió a pronunciarse el T.S. sobre la legitimación de los progenitores para reclamar alimentos a favor de los hijos mayores; la peculiaridad del caso es que se trataba de una pareja de hecho. La madre instó demanda de menor cuantía contra su compañero y padre de los hijos, solicitando la atribución de la guarda y custodia del hijo menor de edad, la concesión del uso de la vivienda familiar y la fijación de una pensión para contribuir al sostenimiento de los hijos (uno menor y dos mayores de edad). Los hijos mayores de edad comparecieron en el juzgado de Instancia y otorgaron su representación a favor de la madre. En 1.ª Instancia se estimó la demanda, la Audiencia Provincial revocó la sentencia y excluyó la petición de alimentos de los hijos mayores de edad; el T.S. señaló que el progenitor con el que conviven los hijos mayores de edad tiene legitimación para instar la petición de alimentos, sin que sea necesario que estos acudan a un procedimiento independiente para solicitarlos.

Por último, en su sentencia de 1 de marzo de 2001 (Ponencia del Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra) se fijó un límite a la pensión alimenticia de los hijos mayores, “no cabe la menor duda que no hay base suficiente para que siga vigente tal obligación alimenticia, y ello por cuanto dos personas como las recurrentes, universitarias, con plena capacidad física y mental, y que superan los treinta años de edad no se encuentran, hoy por hoy, en una situación que se pueda definir de necesidad y que les pueda hacer acreedoras de una prestación alimentaria”.

Aunque es cierto que una sentencia del Tribunal Supremo no crea jurisprudencia, la verdad es que sirve de importante pauta de orientación a los tribunales. Como ejemplo puede citarse la famosa sentencia del T.S. de 2 de diciembre de 1987 que analizó la pensión compensatoria y la improcedencia de fijarla de oficio. Esperemos que en un futuro no muy lejano, y por vía del recurso por interés casacional, nuestro más alto Tribunal siga delimitando todas las cuestiones que afectan a los alimentos.

ÍNDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

- La prueba en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Su incidencia y aplicación en los procesos de familia. *Joaquín M.^a Andrés Joven* . 21
- La protección jurídica del anciano dependiente. *Esther Muñoz Espada* 49

JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 101
- I. **Menores** 101
 - 1. Suspensión de una resolución que acuerda la reinserción de una menor con sus padres adoptivos (*Auto de 18 de septiembre de 2000*) 101

	<u>Página</u>
II. Filiación	105
1. Acción de reclamación de filiación matrimonial respecto a una persona que tiene la vecindad civil catalana (<i>Auto de 26 de octubre de 2000</i>)	105
III. Separación matrimonial	108
1. Legitimación del tutor para instar la separación o el divorcio (<i>S. de 18 de diciembre de 2000</i>)	108
TRIBUNAL SUPREMO	113
I. Filiación	113
1. Reconocimiento de la filiación por vía del Registro Civil estando en trámite el procedimiento de reclamación de paternidad (<i>S. de 21 de mayo de 2000</i>)	113
2. Imprescriptibilidad de la acción de reclamación de paternidad (<i>S. de 18 de mayo de 2000</i>)	116
3. Doctrina general sobre la negativa al sometimiento de la prueba biológica (<i>S. de 22 de mayo de 2000</i>)	119
4. Desestimación de la demanda de reclamación de paternidad a pesar de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica (<i>S. de 30 de mayo de 2000</i>)	121
5. Legitimación para la reclamación de paternidad no matrimonial sin posesión de estado (<i>S. de 20 de junio de 2000</i>)	124
II. Regímenes económico-matrimoniales	127
1. Gestión, administración y disposición de bienes gananciales	127
1.1. Procedimiento declarativo ejercitando acción reivindicatoria instando contra uno solo de los cónyuges (<i>S. de 5 de mayo de 2000</i>)	127
1.2. Póliza de seguro suscrita por uno sólo de los cónyuges (<i>S. de 16 de mayo de 2000</i>)	129

	<u>Página</u>
2. Liquidación de la sociedad de gananciales	131
2.1. Valoración de bienes a efectos de liquidación de gananciales (<i>S. de 16 de mayo de 2000</i>)	131
2.2. Calificación de bienes: carácter ganancial de la vivienda y declaración de nulidad de la donación efectuada por el esposo (<i>S. de 24 de mayo de 2000</i>)	133
III. Patria potestad	137
1. Competencia territorial para solicitar la privación de la patria potestad (<i>A. de 4 de mayo de 2000</i>)	137
2. Improcedencia de la privación de la patria potestad de un progenitor ingresado en prisión (<i>S. de 24 de mayo de 2000</i>) ...	139
IV. Menores	141
1. Régimen de visitas del menor con sus abuelos (<i>A. de 3 de mayo de 2000</i>)	141
V. Uniones de hecho	143
1. Compra de una vivienda por dos personas que pensaban contraer matrimonio (<i>S. de 6 de abril de 2000</i>)	143
VI. Sucesiones	147
1. Régimen sucesorio de los bienes que componen el ajuar familiar de la vivienda habitual (<i>S. de 19 de mayo de 2000</i>)	147
2. Inexistencia de condominio en el saldo existente en una cuenta bancaria entre el causante y su compañera sentimental (<i>S. de 29 de mayo de 2000</i>)	149

	<u>Página</u>
VII. Penal	151
1. Delito de violencia doméstica: análisis del tipo penal (<i>S. de 24 de junio de 2000</i>)	151
VIII. Pensiones de viudedad	155
1. Cuantía de la pensión (<i>S. de 3 de mayo de 2000</i>)	155
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	159
I. Separación	159
1. Indemnización por extinción del régimen económico de separación de bienes a favor de la esposa que durante cuarenta años se dedicó al trabajo del hogar y al cuidado del hijo del matrimonio, sin que sea obstáculo para ello que en el procedimiento de divorcio se reconociese a la misma una pensión compensatoria (<i>TSJ CATALUÑA, S. de 27 de abril de 2000</i>)	159
II. Regímenes económico-matrimoniales	164
1. Carácter privativo del fondo de comercio de la farmacia propiedad exclusiva de la esposa sin que tenga derecho su consorte a cantidad alguna por este concepto cuando se liquide la sociedad de gananciales o cuando se venda, constante el matrimonio, la farmacia (<i>TSJ ARAGÓN, S. de 9 de mayo de 2000</i>)	164
2. Responsabilidad de los bienes privativos de la esposa respecto a la deuda que en concepto de seguridad social se devengó constante el matrimonio por el esposo comerciante, ya que cuando se otorgaron las capitulaciones matrimoniales no se formuló debidamente el inventario (<i>TSJ PAÍS VASCO, S. de 4 de abril de 2000</i>)	168

	Página
AUDIENCIAS PROVINCIALES	171
I. Causas de separación, divorcio y nulidad	171
1. No existe incongruencia en la sentencia que decreta la separación y no se pronuncia sobre la causa concurrente. <i>AP CÁDIZ, Sec. 7.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2000</i>	171
2. Los errores relativos a la conducta, comportamiento, afectividad, dedicación a la familia, generosidad, gustos, aficiones, en definitiva al carácter y forma de ser y actuar de cualquiera de los cónyuges a partir del inicio de la convivencia matrimonial, no pueden ser considerados nunca como esenciales a los efectos de declarar la nulidad matrimonial. <i>AP SEVILLA, Sec. 5.ª, Sentencia de 21 de julio de 2000</i>	172
II. Patria potestad, guarda y custodia, y régimen de visitas ..	174
1. Patria potestad	174
1.1. No procede privar al padre de la patria potestad al no existir prueba del incumplimiento de sus deberes ya que no existe dato alguno en autos del comportamiento violento o inadecuado del padre respecto al hijo. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 15 de mayo de 2000</i>	174
2. Guarda y custodia	175
2.1. Atribución de la guarda y custodia del hijo al padre sin que pueda prevalecer el principio de mantenimiento de la convivencia entre hermanos, habida cuenta que estamos en presencia de una situación consolidada en el tiempo. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, Sentencia de 26 de junio de 2000</i>	175
3. Régimen de visitas	177

	Página
3.1. Régimen jurídico de los gastos que genera la realización de las visitas cuando los progenitores residen en distintas ciudades. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 25 de abril de 2000</i>	177
3.2. No procede acceder a la petición de que sea la madre la encargada de recoger y entregar a los menores del domicilio del padre, en base a la insuficiencia de medios económicos y la carencia de vehículo propio. <i>AP CORDOBA, Sec. 2.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2000</i> ..	178
3.3. Teniendo en cuenta que el menor se encuentra en edad escolar no es procedente que la visita de los abuelos se extienda a comunicaciones entre semana. <i>AP ASTURIAS, Sec. 6.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2000</i> ..	178
III. Vivienda familiar	179
1. Preferencia del derecho que tiene el adjudicatario de un inmueble en subasta dimanante de un procedimiento del art. 131 de la LH sobre el derecho de uso concedido a la esposa e hijas en sentencia matrimonial. <i>AP BARCELONA, Sec. 11.ª, Sentencia de 5 de mayo de 2000</i>	179
2. Atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija a pesar de que en dicho domicilio ejercía su profesión el esposo. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2000</i> .	181
3. No se encuentra procedente atribuir el uso de la vivienda familiar durante seis meses a cada uno de los cónyuges. <i>AP ASTURIAS, Sec. 6.ª, Sentencia de 16 de mayo de 2000</i>	184
4. Después de decretarse la separación resulta improcedente acceder a la petición de atribución de uso compartido de la vivienda familiar entre ambos cónyuges, pues con toda seguridad esta medida generaría tensiones entre ambos. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2000</i>	185
IV. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio	186
1. Mantenimiento de la pensión alimenticia a una hija de 28 años que se encuentra en el último año de sus estudios universitarios. <i>AP CÁDIZ, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2000</i> ...	186

	Página
2. Si no se ha pedido en la demanda de divorcio el juez no puede de oficio extinguir la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad que se estableció en el procedimiento de separación. <i>AP SEVILLA, Sec. 2.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2000</i>	187
3. La causa de extinción de los alimentos por no poder atender el obligado a su pago a sus propias necesidades no es aplicable a los hijos menores de edad. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2000</i>	189
4. Reducción de la cuantía de la pensión alimenticia en base al cambio de circunstancia operado en el alimentante al haber tenido nueva descendencia. <i>AP TOLEDO, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de junio de 2000</i>	190
5. Desestimación de la petición de aumento de la pensión alimenticia cuando la enfermedad que sufre el hijo menor ya fue tenida en cuenta en su día para fijar la cuantía de la misma. <i>AP SEVILLA, Sec. 5.ª, Sentencia de 3 de julio de 2000</i>	191
6. Extinción de la pensión alimenticia de la hija mayor de edad, sin perjuicio de que en el futuro si se ve abocada a una situación de desempleo pueda volver a solicitarla. <i>AP VALLADOLID, Sec. 3.ª, Sentencia de 18 de julio de 2000</i>	191
V. Pensión compensatoria	193
1. Extinción de la pensión compensatoria al hacerse acreditado la convivencia “more uxorio” de la beneficiaria de la misma, sin que sea obstáculo para ello que el señor con el que convive se ausente durante temporadas por razones laborales. <i>AP ASTURIAS, Sec. 5.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2000</i>	193
2. Fijación de pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio aunque en el convenio regulador no se pactó nada al respecto si con posterioridad se produjo una reconciliación entre los cónyuges. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2000</i>	194
3. No fijación de la pensión compensatoria cuando el matrimonio ha tenido un año de duración y no ha existido descendencia. <i>AP TOLEDO, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de junio de 2000</i> . .	194

	Página
4. Extinción de la pensión compensatoria al haber quedado acreditada la relación análoga a la matrimonial que mantiene la beneficiaria con un tercero, sin que sea obstáculo para ello que el certificado del padrón acredite unos domicilios distintos, ya que este solo tiene carácter meramente informativo en relación con la residencia. <i>AP SEVILLA, Sec. 5.ª, Sentencia de 3 de julio de 2000</i>	196
VI. Cuestiones procesales	197
1. Improcedencia de aprobar un convenio regulador en el que se exime a uno de los progenitores de contribuir a la pensión alimenticia de hijos menores de edad. <i>AP TOLEDO, Sec. 2.ª, Sentencia de 2 de mayo de 2000</i>	197
2. Posibilidad de que la esposa inste una tercería de dominio respecto al embargo efectuado en un bien ganancial, dado el carácter privativo de la deuda contraída por el esposo después de la separación de hecho. <i>AP VALENCIA, Sec. 9.ª, Sentencia de 2 de mayo de 2000</i>	198
3. No es procedente interponer una tercería de dominio en la ejecutoria de un procedimiento matrimonial reivindicando la posesión de la vivienda familiar, en base a que la titularidad del mismo corresponde a los padres del cónyuge. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Sentencia de 5 de mayo de 2000</i>	200
4. Concorre la excepción de litispendencia cuando, estando en trámite un procedimiento matrimonial, se insta la liquidación de la sociedad de gananciales en base a una causa del art. 1393 del CC. <i>AP ALMERÍA, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2000</i>	201
5. No procede fijar litisexpensas cuando la propia solicitante obstaculizó la conclusión del expediente de justicia gratuita. <i>AP VIZCAYA, Sec. 6.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2000</i> ...	202
6. No puede resolverse dentro del procedimiento matrimonial la petición de que se le entregue la mitad de los ahorros generados durante el matrimonio. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 5 de junio de 2000</i>	203
7. No admisión como parte en el procedimiento para regular el cese de una unión de hecho de los hijos habidos en un anterior matrimonio, aun cuando estos ocupen el domicilio que puede ser atribuido al conviviente no progenitor. <i>AP MURCIA, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de junio de 2000</i>	204

	Página
VII. Ejecución de sentencias	205
1. Si en el convenio regulador se pactó que cuando el padre tuviese un empleo abonaría el 25% de sus ingresos, hay que interpretar que procede el abono igualmente cuando reciba algún tipo de pensión. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2000</i>	205
2. Abono mensual de la pensión alimenticia con independencia del tiempo que los hijos pasen con el progenitor no custodio. <i>AP BURGOS, Sec. 2.ª, Auto de 30 de mayo de 2000</i>	206
3. Ineficacia del pacto verbal que modifica la cuantía de la pensión alimenticia e imposibilidad de compensación de la deuda con las compras que haya realizado el padre a favor de sus hijos. <i>AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, Auto de 16 de junio de 2000</i> ...	207
4. El convenio regulador produce sus efectos desde la fecha de su perfección, pudiendo no obstante declararse la invalidez de alguna de las cláusulas que afecte a la pensión alimenticia de hijos menores de edad. <i>AP ALBACETE, Sec. 2.ª, Sentencia de 29 de junio de 2000</i>	208
VIII. Regímenes económicos	209
1. La determinación del régimen económico por el que se rija el matrimonio no es objeto del procedimiento de separación o divorcio, y por tanto dicha cuestión debe dilucidarse en procedimiento independiente. <i>AP MURCIA, Sec. 1.ª, Sentencia de 22 de mayo de 2000</i>	209
2. Ineficacia del compromiso verbal que pudieran pactar los cónyuges respecto al régimen económico por el que debería regirse el matrimonio. <i>AP LA RIOJA, Sentencia de 31 de julio de 2000</i>	210
3. Con ocasión de la liquidación de gananciales, y en virtud de lo establecido en el art. 1405 del CC, procede compensar la deuda que uno de los cónyuges tenía con el otro por pensiones debidas en virtud de las medidas acordadas en el procedimiento de separación. <i>AP ALICANTE, Sec. 6.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2000</i>	211

	<u>Página</u>
4. Los gastos de la liquidación de la sociedad de gananciales no deben incluirse en el pasivo de la misma, siendo de cuenta de ambos cónyuges el abono de los mismos y, si uno se hizo cargo de la totalidad de los mismos, puede reclamar al otro la mitad. <i>AP ALICANTE, Sec. 6.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2000 .</i>	212
5. Aplicación de la doctrina de los actos propios para determinar el carácter ganancial de un inmueble. <i>AP ALICANTE, Sec. 6.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2000</i>	213
IX. Filiación	214
1. Declaración de la filiación materna de la menor sin que ello implique que se le atribuya la guarda y custodia de la hija que actualmente se encuentra adoptada por unos terceros, sin perjuicio de que la madre inste la extinción de la adopción. <i>AP JAÉN, Sec. 1.ª, Sentencia de 8 de mayo de 2000</i>	214
2. Estimación de la impugnación de la paternidad matrimonial ejercitada después de más de trece años desde que tuvo lugar el nacimiento del menor. <i>AP VALLADOLID, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de mayo de 2000</i>	217
X. Procedimientos de menores	219
1. Procede declarar el desamparo de unos menores aunque las causas que lo originaron no hayan sido buscadas o producidas a propósito por los progenitores. <i>AP TOLEDO, Sec. 1.ª, Auto de 9 de febrero de 2000</i>	219
2. El guarda de hecho no confiere la representación legal del menor. <i>AP VIZCAYA, Sec. 5.ª, Sentencia de 7 de junio de 2000 .</i>	220
3. Procedencia de la adopción solicitada respecto a una menor que es hija biológica de la mujer con la que mantiene una relación «more uxorio». <i>AP VALLADOLID, Sec. 1.ª, Auto de 12 de junio de 2000</i>	221
XI. Uniones de hecho	223
1. Aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto a supuestos en los que, pese a no existir comunidad, ha existido algún tipo de aportación de uno de los convivientes a la adquisición de los bienes privativos del otro. <i>AP TOLEDO, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2000</i>	223

	Página
2. Fijación de una indemnización a favor de la conviviente de hecho por la circunstancia de que el otro conviviente haya venido utilizando de forma exclusiva la vivienda propiedad de ambos. <i>AP SEVILLA, Sec. 2.ª, Sentencia de 31 de mayo de 2000</i>	226
3. Indemnización a un conviviente de hecho por el desequilibrio que supone a uno de ellos el empeoramiento en su faceta de desarrollo profesional, ya que al inicio de la convivencia abandonó su trabajo. <i>AP VALENCIA, Sec. 9.ª, Sentencia de 17 de junio de 2000</i>	227
XII. Temas penales	229
1. Inexistencia de delito de abandono de familia por aplicación de la prescripción. Análisis de la legitimación para perseguir el delito. <i>AP ALICANTE, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2000</i>	229
2. Medida cautelar de prohibición de acercamiento al hijo por parte del padre acusado de un delito. <i>AP GERONA, Sec. 3.ª, Auto de 14 de junio de 2000</i>	231
3. Delito de incumplimiento de los deberes legales inherentes a la patria potestad al no matricular a su hijo en el Instituto después de que fueron requeridos por la Comisión de absentismo para que solicitaran plaza escolar, a lo que hicieron caso omiso. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 3.ª, Sentencia de 30 de junio de 2000</i> ..	232

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Filiación	237
1.1. Ineficacia del reconocimiento de filiación paterna no matrimonial cuando consta que aún no han transcurrido 300 días entre el nacimiento del menor y la separación de hecho de los cónyuges. Por tanto, deberá instarse un procedimiento judicial para la impugnación de la paternidad matrimonial y la reclamación de la no matrimonial. <i>R. de 14 de marzo de 2000</i> .	237

	<u>Página</u>
1.2. Inscripción de la filiación paterna matrimonial aun cuando el esposo manifieste que en la fecha de la concepción ambos se encontraban separados de hecho, al no llegarse a destruir la presunción que establece el art. 116 del CC, dejando abierta lógicamente la vía judicial para la impugnación de la paternidad. <i>R. de 29 de abril de 2000</i>	239
1.3. Imposibilidad de rectificar la inscripción de nacimiento de un menor en la que consta exclusivamente la filiación materna aunque, dado que la madre se encontraba casada, pudiese operar la presunción de filiación paterna del marido. <i>R. de 17 de junio de 2000</i>	240
2. Matrimonio	243
2.1. No se concede la dispensa de edad para contraer matrimonio al constar la oposición fundada del padre de la menor y del Ministerio Fiscal. La falta de medios económicos del novio y el abandono de los estudios de ella no ofrecen una garantía sólida para una vida normal ni para la crianza de los hijos. <i>R. de 29 de abril de 2000</i>	243
3. Separación y divorcio	244
3.1. Inscripción de la sentencia alemana de divorcio sin necesidad de tramitar el procedimiento de exequátur. <i>R. de 14 de abril de 2000</i>	244
4. Regímenes económico-matrimoniales	246
4.1. Admisión de la inscripción del nuevo régimen de gananciales establecido por los cónyuges aportando determinados bienes ya que el negocio jurídico de comunicación de bienes contemplado no plantea, desde ningún punto de vista, problema alguno de expresión de la causa. <i>R. de 8 de mayo de 2000</i>	246

DERECHO COMPARADO

- La adopción en Colombia. *Carlota Verbel Ariza* 253

DERECHO CANÓNICO

- Problemas procesales en el proceso canónico de nulidad matrimonial. *Lourdes Ruano Espina* 269

TRIBUNA ABIERTA

- Innovaciones y propuestas de modificaciones en el derecho de familia español 289
- Representación procesal en los procedimientos de mutuo acuerdo conforme a Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Comentario al artículo 777 296

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Ley 1/2001, de 15 de marzo, de mediación familiar en Cataluña 303
- Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho de la Comunidad Valenciana 313

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

— Publicaciones y Noticias	319
----------------------------------	-----

ESTUDIOS DOCTRINALES

LA PRUEBA EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. SU INCIDENCIA Y APLICACIÓN EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

JOAQUÍN M.^a ANDRÉS JOVEN

Magistrado-Juez

Juzgado de 1.^a Instancia (de Familia) n.º 12 de Palma de Mallorca.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.**
 - II. ESTUDIO DE LAS CUESTIONES GENERALES REFERENTES A LA PRUEBA.**
 - III. EL OBJETO DE LA PRUEBA.**
 - IV. PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA.**
 - 1. El principio de aportación de parte.
 - 2. El principio de valoración de la prueba.
 - 3. Principio de oralidad.
 - A) *Principio de intermediación.*
 - B) *Principio de concentración.*
 - C) *Publicidad.*
 - V. LÍMITES DEL DERECHO DE PRUEBA.**
 - VI. PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA.**
 - VII. ANTICIPACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA.**
-

INTERROGATORIO DE LAS PARTES. ARTÍCULOS 301 A 316
DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

- I. **INTRODUCCIÓN.**
- II. **DESARROLLO DEL INTERROGATORIO DE LAS PARTES EN LA PRÁCTICA.**
- III. **LA INCOMPARECENCIA DE LAS PARTES, SU NEGATIVA A DECLARAR Y LAS RESPUESTAS EVASIVAS O INCONCLUYENTES.**
 - 1. Incomparecencia.
 - 2. Negativa a declarar.
 - 3. Respuestas evasivas o inconcluyentes.
- IV. **ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DE LA NUEVA REGULACIÓN.**
 - 1. Admisibilidad expresa del interrogatorio del colitigante si existe conflicto de intereses.
 - 2. Interrogatorio por vía de auxilio judicial regulado en el artículo 313 de la NLECivil.
- V. **VALORACIÓN DE ESTE MEDIO PROBATORIO.**

DOCUMENTOS PÚBLICOS Y DOCUMENTOS PRIVADOS

- I. **ENUMERACIÓN.**
- II. **TIEMPO DE SU APORTACIÓN.**
- III. **FORMA DE SU APORTACIÓN.**
- IV. **VALORACIÓN DE ESTE MEDIO PROBATORIO.**
- V. **DISPOSICIONES COMUNES RELATIVAS TANTO A LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS COMO A LOS DOCUMENTOS PRIVADOS.**
 - 1. Deber de exhibición documental entre partes.
 - 2. Deber de exhibición de documentos por terceros.
 - 3. Deber de exhibición de entidades oficiales.

DICTAMEN DE PERITOS

- I. **INTRODUCCIÓN.**
- II. **PERICIALES APORTADAS A INSTANCIA DE PARTE.**
- III. **PERICIALES EFECTUADAS POR DESIGNACIÓN JUDICIAL.**
- IV. **ASPECTOS RELEVANTES DE ESTE MEDIO PROBATORIO EN LOS PROCESOS DE FAMILIA.**

RECONOCIMIENTO JUDICIAL

- I. **EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. LA EXPLORACIÓN JUDICIAL.**
- II. **VALORACIÓN DE ESTE MEDIO PROBATORIO.**

INTERROGATORIO DE TESTIGOS

- I. **INTRODUCCIÓN.**
 - II. **DESARROLLO DE ESTE MEDIO DE PRUEBA EN LA PRÁCTICA.**
 - III. **ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES EN LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE ESTA PRUEBA.**
 - 1. Posibilidad de careo entre testigos.
 - 2. Careo entre partes y testigos.
 - 3. Introducción de la figura del testigo-perito.
 - 4. Admisibilidad de la testifical de los menores de catorce años.
 - 5. Posibilidad de limitación del número de testigos intervinientes.
 - 6. Rige el principio de idoneidad de cualquier persona para ser testigo —361.1—.
 - 7. Regulación del interrogatorio acerca de hechos que consten en informes escritos.
 - IV. **VALORACIÓN DE ESTE MEDIO PROBATORIO.**
-

DE LA REPRODUCCIÓN DE LA PALABRA, EL SONIDO Y LA
IMAGEN Y DE LOS INSTRUMENTOS QUE PERMITEN ARCHIVAR
Y CONOCER DATOS RELEVANTES PARA EL PROCESO

- I. **DE LA REPRODUCCIÓN DE LA PALABRA, EL SONIDO Y LA IMAGEN.**
- II. **DE LOS INSTRUMENTOS QUE PERMITEN ARCHIVAR Y CONOCER DATOS RELEVANTES PARA EL PROCESO.**

LAS PRESUNCIONES

- I. **CONCEPTO.**
 - II. **LAS PRESUNCIONES LEGALES.**
 - III. **LAS PRESUNCIONES JUDICIALES.**
-

I. **INTRODUCCIÓN**

Con carácter previo hay que señalar que el presente trabajo pretende, básicamente, efectuar un estudio necesariamente general y a la vez eminentemente práctico del desarrollo de la actividad probatoria en la nueva LEC y, asimismo, destacar algunos aspectos de la nueva normativa que pueden tener una cierta relevancia en los procesos especiales contemplados en el Libro IV de la Ley 1/2000 de 7 de enero, y en concreto en los procesos de familia.

Antes de entrar en el específico estudio de la regulación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil —NLECivil a partir de ahora— debe en todo caso establecerse que, a mi juicio, la nueva normativa procesal no va a solventar uno de los principales problemas, si no el principal, de la jurisdicción civil, cual es de su lentitud, y ello en razón de que, al no ir unida la reforma legislativa a una profunda reforma de la oficina judicial, ni al otorgamiento de unas mayores competencias para los secretarios judiciales, ni por último a la creación de más órganos judiciales, es previsible que lejos de alcanzarse el efecto pretendido —o al menos uno de ellos, el de una mayor celeridad en la resolución de

procesos civiles— se produzca un colapso en la resolución de los asuntos de dicha naturaleza, no así en su tramitación, toda vez que no cabe ignorar que, como ponía de manifiesto el magistrado del Tribunal Constitucional D. Vicente Gimeno Sendra en una entrevista reciente, la “ratio” de juez por número de habitantes, es en Alemania de 1/7000 y en España de 1/20000, por lo que cabe pensar que intermediación y oralidad no van a ir por desgracia unidas a celeridad.

La NLECivil, como expresamente refiere su exposición de motivos, unifica la regulación de toda la actividad probatoria, frente a la dispersión actualmente existente y carente de sentido, entre el Código Civil, la LECivil y muchas otras leyes especiales promulgadas con posterioridad, y además lleva a cabo la incardinación de las normas sobre la prueba, en sede de las disposiciones generales de la actividad jurisdiccional declarativa y no como hasta la fecha en el marco de un determinado procedimiento, lo que parece desde luego acertado.

II. ESTUDIO DE LAS CUESTIONES GENERALES REFERENTES A LA PRUEBA

En primer término, y antes de abordar cuestiones más concretas de la nueva normativa, debemos señalar la importancia de la actividad probatoria en el proceso civil, definiendo la prueba, en palabras de Guasp, como aquella actividad que trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos procesales que han de servir de fundamento a su decisión, siendo en consecuencia a través de la prueba el modo en el que han de resultar acreditados los hechos que una y otra parte alegan.

III. EL OBJETO DE LA PRUEBA

Conforme al artículo 281 de la NLECivil, son objetos de prueba “los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso”.

Se exceptúan de prueba, *ex* artículo 281.3 y 281.4 de la propia NLECivil, aquellos hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en materias no dispositivas, y aquellos hechos que gocen de notoriedad absoluta y general.

A su vez hay que hacer constar una excepción a la excepción previamente mencionada, toda vez que conforme a lo prevenido en el artículo 752.2 de la NLECivil, en sede de procesos especiales la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al Tribunal.

Por último el artículo 752.4 de la NLECivil determina a su vez la inaplicabilidad de la especialidad previamente estudiada a las pretensiones que formu-

ladas en estos procesos tengan por objeto materias sobre las que las partes pueden disponer libremente según la legislación civil aplicable.

IV. PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA

1. El principio de aportación de parte.

Conforme al artículo 282 de la NLECivil, las pruebas se practicarán a instancia de parte.

Como excepción se admite que el Tribunal pueda acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios cuando así lo establezca la ley. En consecuencia, se exige una habilitación legal expresa que faculte al juez para interesar la práctica de un determinado medio de prueba. En los procesos matrimoniales la habilitación legal es múltiple y con un contenido de muy variada extensión.

El artículo 752.1.2 de la NLECivil establece que el Tribunal podrá decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes en los procesos a los que se refiere este título —en concreto los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio, menores y 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”—.

El artículo 770.4.2 de la NLECivil, ya en sede de procedimiento matrimonial, señala que el Tribunal, durante el plazo de treinta días en el que se pueden practicar las pruebas cuya realización no sea posible efectuar en el acto de la vista, podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias *para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados*, limitando por consiguiente en este concreto precepto la actividad probatoria susceptible de ser acordada de oficio a los objetos fijados, esto es a comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, o a posibilitar un adecuado pronunciamiento sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados.

De otra parte, el artículo 774.2 de la NLECivil, al estudiar las medidas definitivas, señala que el Tribunal puede acordar de oficio *las pruebas sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas a adoptar*, ampliando por tanto los objetos sobre los que puede acordarse prueba de oficio.

Por último, el artículo 429.1.2 de la NLECivil, por remisión del artículo 443 de la precitada ley, también puede ser traído a colación en este tipo de procesos especiales, habida cuenta de que el artículo 770 de la ley ritaria se remite de forma expresa al juicio verbal, al referirse al procedimiento matrimonial; también prevé que “cuando el Tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo pondrá de manifiesto a las partes...” facultando posteriormente al Tribunal para que señale la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

2. El principio de valoración de la prueba.

El principio general que rige la NLECivil es el de la valoración de la prueba practicada en autos conforme a las reglas de la sana crítica, o de valoración libre de aquélla.

Excepciones a este principio general se encuentran en el artículo 316 de la NLECivil, en sede de interrogatorio de las partes, en el que se refiere que se consideran ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales, si en ellos intervino personalmente, y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial; en el artículo 319 de la misma, en sede de documentos públicos, y en el que se señala que, con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce dicha documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella, y asimismo, en el artículo 326 de la NLECivil, en sede de documentos privados, al establecer que los documentos privados harán prueba plena en el proceso en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen.

Como excepción a estas excepciones que previamente se han mencionado, cabe hacer referencia al artículo 752.2.2 de la NLECivil, que textualmente dispone que el Tribunal no quedará vinculado en los procesos a que se refiere este título —el primero del Libro IV— a las disposiciones de esta ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes, de los documentos públicos y de los documentos privados reconocidos —las que se han recogido en el párrafo previo—.

3. Principio de oralidad.

Se configura como la novedad fundamental de esta legislación. Ha de suponer en la práctica una flexibilidad, improvisación y agilidad inexistentes en la actual regulación procesal civil. Se trata de un principio que se iba imponiendo

en las últimas reformas de la actual LECivil. De este principio se derivan a su vez, en palabras del Profesor Joan Picó i Junoy, otros principios que él denomina principios-consecuencia, y en los que se integrarían el principio de inmediación, el de concentración y el de publicidad, los cuales pasamos a estudiar a continuación.

A) *Principio de inmediación.*

Supone la presencia judicial en la práctica de todas las diligencias que se desarrollen en un proceso civil —art. 289 de la NLECivil— so pena de nulidad de pleno derecho de las actuaciones que no fueran así efectuadas —art. 137.3 de la NLECivil— llevándose incluso, en similitud con la jurisdicción social, a que el juez que ha estado en la vista del proceso es el que posteriormente debe dictar la sentencia, salvo en supuestos excepcionales, *ex* artículo 194 de la NLECivil.

El principio de inmediación va a suponer necesariamente, y como en su momento ya se señaló, un retraso notable en la resolución de los conflictos planteados ante la jurisdicción civil, debido tanto a la falta de sala de vistas en la mayor parte de los partidos judiciales para que cada juzgado pueda organizar su calendario de actuaciones, como a la imposibilidad de practicar un número elevado de vistas cada día y la falta de previsión de creación de más órganos judiciales.

B) *Principio de concentración.*

Supone el desarrollo en unidad de acto de toda la actividad probatoria, —art. 290 de la NLECivil— admitiéndose la práctica de alguna prueba fuera de la vista con carácter excepcional y siempre que dicha prueba se lleve a cabo con anterioridad a aquélla.

Como excepción a este principio, el artículo 770.3 de la NLECivil, que ya hemos estudiado anteriormente, contempla la posibilidad de que se practique prueba en los procesos matrimoniales fuera de la vista, siempre que se lleven a cabo en un plazo no superior a treinta días, y el artículo 771.3 en sede de medidas previas a la de demanda de nulidad, de separación o divorcio establece un plazo de prueba de diez días para las pruebas que no puedan verificarse en la comparecencia allí prevista.

C) *Publicidad.*

Se recoge con carácter general en el artículo 138.1 de la NLECivil.

Se exceptúan de esta regla aquéllos supuestos en los que sea necesario para la protección del orden público o para la seguridad nacional en una sociedad

democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos o libertades así lo exijan —art. 138.2 de la NLECivil—.

Está claro a tenor de lo dispuesto previamente que la exploración judicial de menores siempre será una actuación reservada, que entiendo deberá llevarse a cabo en el despacho personal del juez o en otra habitación que reúna mejores condiciones para ello pero en todo caso fuera de la sala de vistas.

V. LÍMITES DEL DERECHO DE PRUEBA

1. *Pertinencia.* Supone inadmitir la prueba que no guarde relación con el objeto del proceso, conforme al artículo 283.1 de la NLECivil.
2. *Utilidad.* Supone inadmitir la prueba que según las reglas y criterios razonables y seguros en ningún caso pueda contribuir a esclarecer los hechos controvertidos, conforme al artículo 283.2 de la NLECivil.
3. *Licitud.* Supone inadmitir la prueba que constituya una actividad probatoria prohibida por la ley. Se trata de determinar que no existe infracción de los derechos fundamentales ni en la obtención preprocesal de la fuente probatoria ni en la práctica de la misma. Su tratamiento procesal se contempla en el artículo 287 de la NLECivil.

Surge un problema: qué sucede con la prueba lícita traída al pleito; se destruye, se devuelve a la parte que lo aportó, o se deja en custodia del Secretario por si existe recurso ante el órgano superior. Parece lo más adecuado dejarla en custodia del secretario con el fin de una correcta identificación de la misma ante ulteriores instancias.

VI. PROPOSICIÓN DE LA PRUEBA

La configuración general se contiene en el artículo 284 de la NLECivil; sin embargo en los procesos matrimoniales, al ser de aplicación a éstos en la fase de prueba las reglas del juicio verbal, *ex* artículo 753 de la NLECivil, las pruebas se propondrán en el acto de la vista, conforme a lo previsto en el artículo 443.4 de dicho texto legal.

El juez deberá admitir o inadmitir las pruebas que se le propongan en el propio acto de la vista y contra las resoluciones del Tribunal sobre inadmisión de pruebas o sobre admisión de las que se denunciaron obtenidas con violación de los derechos fundamentales sólo cabrá formular protesta, *ex* artículo 446, sin que quepa interponer el recurso de reposición que determina el artículo 285 de la ley ritaria.

VII. ANTICIPACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA

La configuración de la NLECivil es similar a la existente en derecho comparado, suponiendo una regulación mucho más completa que la existente en nuestra actual LECivil.

El fundamento de esta prevención está en la existencia de un temor fundado de que un acto de prueba, por causa de las personas, o por el estado de las cosas, no podrá realizarse en el momento procesal generalmente previsto, conforme al artículo 293.1 de la NLECivil.

El Tribunal al que deberá dirigirse la petición de su práctica se señala en el artículo 293.2, distinguiéndose si se ha iniciado o no el pleito en el que se pretende hacer valer dicha prueba para determinar la competencia.

La proposición y la práctica propiamente dicha se regulan en los artículos 294 y ss. de la NLECivil, sin que por razones de tiempo podamos alargarnos más en esta cuestión en la presente ponencia.

INTERROGATORIO DE LAS PARTES. ARTÍCULOS 301 A 316 DE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

I. INTRODUCCIÓN

Entrando a continuación en el estudio detallado de todos y cada uno de los medios de prueba contemplados en la NLECivil, procede, en primer lugar, examinar el denominado “interrogatorio de las partes”, contemplado como el primer medio probatorio en el artículo 299 del texto legal, y que asimismo, y según lo dispuesto en el artículo 300 de dicha ley, debe ser el que se practique en primer término en el juicio o vista. El interrogatorio de las partes supone una superación de la arcaica figura de la confesión judicial, y de la figura del juramento exigido en aquélla, buscando el legislador una prueba mucho más dinámica y adaptada a los principios que rigen el espíritu de la reforma, en especial el principio de oralidad.

II. DESARROLLO DEL INTERROGATORIO DE LAS PARTES EN LA PRÁCTICA

Las preguntas serán formuladas de modo oral, en sentido afirmativo y con la debida claridad y precisión, evitando valoraciones y/o calificaciones, que de ser incorporadas se tendrán por no puestas (artículo 302.1). El tribunal comprobará que las preguntas se corresponden a los hechos sobre los que el interrogatorio se hubiera admitido y decidirá sobre su admisibilidad en el acto en el que

se lleve a cabo el interrogatorio (artículo 302.2). La inadmisión debe efectuarse expresamente, entendiéndose que en tanto el tribunal nada manifieste las preguntas son admitidas —admisión tácita—. La parte que haya de responder las preguntas, o en su caso su abogado, puede impugnar las preguntas que se le formulen, haciendo constar las valoraciones y calificaciones que considere improcedentes (artículo 303). La respuesta a las preguntas debe ser afirmativa o negativa y, de no ser posible, deberá ser cuanto menos precisa y concreta. Se pueden agregar las explicaciones que se estimen convenientes y que guarden relación con las cuestiones planteadas (artículo 305.2). Finalizado el interrogatorio realizado por la parte que solicitó la prueba, los abogados de las demás partes, e incluso el de aquélla que declarase, podrán formular nuevas preguntas al declarante, rigiendo en su desarrollo una dinámica similar a la previamente señalada (artículo 306.1).

Por último, según la NLECivil, el tribunal puede interrogar al llamado con el fin de obtener aclaraciones y adiciones (artículo 306.2) si bien considero que en los procesos matrimoniales —y en general en todos los procesos especiales que se contemplan en el Título I del Libro IV— el interrogatorio no ha de quedar circunscrito a tales límites, sino que el tribunal puede formular cualesquiera preguntas que estime convenientes al declarante, toda vez que, si los artículos 752.1.2, 770.4 ó 774.2 posibilitan que el tribunal pueda acordar de oficio en estos procesos las pruebas cuya realización estime necesarias, es evidente que también ha de estar facultado para llevar a cabo el interrogatorio con la extensión que estime oportuna.

III. LA INCOMPARECENCIA DE LAS PARTES, SU NEGATIVA A DECLARAR Y LAS RESPUESTAS EVASIVAS O INCONCLUYENTES

1. Incomparecencia.

Viene regulada en el artículo 304 de la NLECivil, determinando este artículo que, si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, podrá el Tribunal considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, condicionando dicha posibilidad (artículo 304.2) a que en la citación a practicar al interesado se le aperciba expresamente de tal circunstancia. Igualmente prevé que se le podrá imponer la multa que contempla el artículo 292.4 siempre que también haya sido expresamente apercibido de ello.

Debe comentarse en este punto que en primer lugar se trata de una facultad del Tribunal y no de una sanción automática, que deberá entenderse limitada al supuesto de que la citación se haya realizado personalmente al llamado a decla-

rar y no a otra persona distinta, con el fin de estar en condiciones de garantizar que aquel era conocedor de la “sanción” que podría imponérsele, debiendo exigirse al proponente de la prueba que indique los hechos concretos que desea que se tengan por reconocidos. Entiendo además que no ha de ser nunca de aplicación en las citaciones edictales.

En sede de procedimiento matrimonial se contempla una norma de alcance similar, aunque de carácter más restrictivo en cuanto a su aplicación y que no lleva sanción económica aneja, concretamente en los artículos 770.3 y 771.3, al establecerse que la incomparecencia sin causa justificada al acto de la vista podrá determinar en uno y otro caso que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas de carácter patrimonial, exigiéndose asimismo que tal posibilidad conste expresamente en la citación.

2. Negativa a declarar.

Viene contemplada en el artículo 307.1 de la NLECivil, señalando dicho artículo que si la persona llamada a declarar se negara a hacerlo, el Tribunal le apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, puede considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido personalmente, y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte. Según es de ver, en este precepto se amplía la posibilidad de reconocer como ciertos hechos que le puedan ser perjudiciales “en parte” a quien se negare a declarar, frente a lo previsto en el artículo 304.1 para quien no comparezca, que exige que los hechos le sean “enteramente perjudiciales” para poder tenerlos como ciertos.

3. Respuestas evasivas o inconcluyentes.

Se regula este comportamiento en el artículo 307.2, señalando que el Tribunal, sea de oficio sea a instancia de parte, podrá hacer similar apercibimiento al indicado en el apartado anterior cuando el declarante diere a las preguntas que se le formularen este tipo de respuestas.

IV. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DE LA NUEVA REGULACIÓN

1. Admisibilidad expresa del interrogatorio del colitigante si existe conflicto de intereses.

El artículo 301.1 admite de forma expresa, a diferencia de la normativa anterior, el interrogatorio del colitigante, si bien lo limita a que entre el llamado

a responder y quien lo propone exista en el proceso oposición o conflicto de intereses; sigue con ello la línea que la jurisprudencia había ido configurando en la actual confesión judicial, ante la limitación que la LECivil establece actualmente de que un litigante sólo podía ser llamado a declarar por su “contrario” (artículo 579).

2. Interrogatorio por vía de auxilio judicial regulado en el artículo 313 de la NLECivil.

Procede cuando la parte que haya de responder al interrogatorio resida fuera de la demarcación judicial del Tribunal, y además concorra alguna de las circunstancias del párrafo segundo del artículo 169.4 de la ley rituaria, precepto que hace mención a que, por razón de la distancia, la dificultad del desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito o por cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del Juzgado o tribunal. Entiendo que esta posibilidad ha de ser interpretada restrictivamente y que siempre que sea mínimamente factible debe exigirse la presencia personal de las dos partes en el acto de la vista, máxime en el supuesto de los procesos matrimoniales, al prever la Ley que los litigantes puedan llegar a acuerdos sobre los objetos de la controversia en todo momento.

V. VALORACIÓN DE ESTE MEDIO PROBATORIO

Como principio general el artículo 316.2 de la NLECivil establece que el resultado ofrecido por esta prueba se efectuará según las reglas de la sana crítica.

Como excepción el artículo 316.1 de la propia NLECivil señala que en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial, siempre que no lo contradiga el resultado de las demás pruebas.

El artículo 752.2 de la NLECivil, por último, establece una excepción a la excepción que supone esta valoración tasada, refiriendo que en los procesos especiales el Tribunal no queda vinculado por las disposiciones de esta ley en materia de fuerza probatoria del interrogatorio de las partes.

DOCUMENTOS PÚBLICOS Y DOCUMENTOS PRIVADOS

I. ENUMERACIÓN

Los documentos públicos se hallan enumerados en el artículo 317 de la NLECivil, bajo un listado *numerus clausus*, en tanto que los documentos priva-

dos se recogen en el artículo 324 de la NLECivil, con una referencia negativa dado que según el meritado artículo 324 se reputan, a efectos del proceso, como documentos privados “aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del artículo 317 de la NLECivil”.

II. TIEMPO DE SU APORTACIÓN

El artículo 265.1 de la NLECivil señala que con carácter general deberán aportarse con la demanda o con la contestación:

1. Los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial.
2. Los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas con fines contables, si en ellos se fundan las pretensiones de tutela formuladas por las partes.
3. Certificaciones y notas sobre cualesquiera asientos registrales o sobre el contenido de libros registro, actuaciones o expedientes de cualquier clase.
4. Dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones, o en su caso el anuncio de dicho dictamen.
5. Informes elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados sobre hechos relevantes en que las partes apoyen sus pretensiones.

El artículo 270 de la NLECivil contempla la posibilidad de presentar documentos en un momento no inicial del proceso:

1. Cuando los documentos sean de fecha posterior a la demanda o contestación, *siempre que no se hubiera podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales*. Ello es importante porque en muchas ocasiones actualmente se presentan documentos fechados con posterioridad pero que pudieron haber sido confeccionados en fecha previa.
2. Cuando se trate de documentos, medios o instrumentos anteriores a la demanda o a la contestación cuando la parte que los presente *justifique* no haber tenido conocimiento de su existencia, no basta ya con que quien los presente “jure” no haber tenido conocimiento como el artículo 506.2 de la LECivil prevé.
3. Cuando no haya sido posible obtener con anterioridad los documentos, medios o instrumentos por causas que no sean imputables a la parte.

Conforme al artículo 270.2 de la NLECivil, cuando una parte presentase un documento, medio o instrumento sobre hechos relativos al fondo del asunto, una vez precluidos los actos a que se refiere el apartado anterior, podrá alegarse su improcedencia y el Tribunal deberá resolver en el acto sobre su admisibilidad y, en su caso, podrá imponer la correspondiente sanción de 30.000 a 200.000 ptas. si estima que ha habido ánimo dilatorio o mala fe.

Preclusión definitiva de la presentación de documentos y excepciones a la regla.

El principio general es de inadmisión de documentos, medios o instrumentos después de la vista o juicio, sin perjuicio de lo previsto en la regla tercera del artículo 435.

La excepción la configuran las sentencias o resoluciones judiciales o de la autoridad administrativa dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones y siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver, según el artículo 271.2.

III. FORMA DE SU APORTACIÓN

Los documentos públicos, conforme al artículo 267 de la NLECivil, pueden aportarse por copia simple y si se impugna ésta por la contraparte se deberá presentar el original o una copia o certificación que contenga los requisitos necesarios para que tenga efectos probatorios.

Los documentos privados conforme al artículo 268 de la NLECivil se aportarán por original o copia autenticada del fedatario público.

Si sólo se posee copia simple se presentará ésta, teniendo los mismos efectos siempre que no se cuestione su identidad.

IV. VALORACIÓN DE ESTE MEDIO PROBATORIO

Los documentos públicos, conforme a lo preceptuado en el artículo 319 de la NLECivil, harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha de esa documentación, de la identidad de los fedatarios y de las demás personas que en su caso intervengan en ella.

Por otra parte el valor de los documentos administrativos no referidos en el artículo 317 apartados 5 y 6 será el que se determine por las leyes que les reconozcan tal carácter, *ex* artículo 319.2.

Los documentos privados, conforme a lo prevenido en el artículo 326 de la NLECivil, harán prueba plena en los términos del artículo 319 si su autenticidad no ha sido impugnada por la parte a quien perjudiquen.

Si hubiera dicha impugnación, tratará de acreditarse la autenticidad del documento y, de justificarse, hará prueba plena, corriendo los gastos a cargo de quien impugne y, de no justificarse, el Tribunal valorará según las reglas de la sana crítica.

En lo referente específicamente a los procesos de familia hay que señalar:

De una parte, que el artículo 752.2.2 de la NLECivil, en sede de procesos especiales, establece expresamente la regla de que el Tribunal no quedará vinculado en estos procesos por las disposiciones de esta ley en materia probatoria de los documentos públicos y privados reconocidos.

De otra parte, que el artículo 770.1 de la NLECivil señala una serie de documentos que deberán acompañar a la demanda, como son la certificación de inscripción del matrimonio, la certificación de inscripción de nacimiento de los hijos, en su caso, los documentos en que el cónyuge funde su derecho y, si se solicitan medidas de carácter patrimonial, los documentos que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y en su caso de los hijos, tales como las declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales.

Por último, el artículo 777 de la NLECivil señala como documentos que deben acompañar al escrito iniciador de los procesos de separación y divorcio “consensuales” las certificaciones de inscripción del matrimonio y de inscripción de nacimiento de los hijos, en su caso, la propuesta de convenio regulador conforme a la ley civil sustantiva y en su caso los documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho.

V. DISPOSICIONES COMUNES RELATIVAS TANTO A LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS COMO A LOS DOCUMENTOS PRIVADOS

1. Deber de exhibición documental entre partes.

Se regula en el artículo 328 de la NLECivil, pudiendo cada parte solicitar de las demás la exhibición de los documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba.

Con la solicitud se acompañará copia simple o en su defecto se indicarán lo más exactamente posible los términos de aquél.

Ante esta petición, la contraparte puede exhibir el documento al que se hace mención —no hay entonces problema— o no exhibirlo y no dar causa

suficiente para no hacerlo; en este caso hay una doble opción (artículo 329 de la NLECivil):

- a) se atribuye valor probatorio a la copia simple;
- b) se le requiere mediante providencia la aportación al proceso de los referidos documentos si así lo aconsejan las características de los mismos, las otras pruebas, las pretensiones de las partes solicitantes o sus alegaciones.

2. Deber de exhibición de documentos por terceros.

Se contempla en el artículo 330 de la NLECivil y procede cuando una parte la pida y el Tribunal entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia.

Previo audiencia de la parte que tiene en su poder el documento el Tribunal resuelve sin ulterior recurso.

3. Deber de exhibición de entidades oficiales.

Se regula en el artículo 332 de la NLECivil, admitiendo la posibilidad de que se nieguen a dicha exhibición cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, debiendo en este caso dirigirse al Tribunal exposición razonada sobre dicho carácter.

DICTAMEN DE PERITOS

I. INTRODUCCIÓN

La regulación que lleva a cabo la NLECivil respecto de esta prueba puede calificarse de ciertamente novedosa respecto de la actualmente existente, y, en principio, y sin perjuicio de las cuestiones que puedan surgir en la práctica cotidiana, algo más sencilla que aquélla. Por otra parte, y como bien indica la Exposición de Motivos de la NLECivil, en el dilema existente acerca de la naturaleza de esta prueba, el perito como medio de prueba o el perito como auxiliar del juzgado, el texto actual se inclina decididamente por la configuración del perito como medio de prueba, no obstante regular la recusación de los

peritos conjuntamente con la recusación del personal adscrito al servicio de los Tribunales civiles —arts. 124 y ss. de la NLECivil—.

Se prevén dos modalidades básicas de dictámenes periciales, los aportados a instancia de parte y los llevados a cabo judicialmente.

II. PERICIALES APORTADAS A INSTANCIA DE PARTE

El dictamen pericial preconstituido se configura como la modalidad más común de aportación de dictámenes periciales al nuevo proceso civil, lo que resulta sorprendente, en razón de que, hasta ahora, la jurisprudencia nunca ha considerado a dichas actuaciones como una prueba pericial calificándola en unas ocasiones como prueba documental y en otras ocasiones como prueba testifical.

Dichos dictámenes, como regla general, deben ser aportados con la demanda o con la contestación —art. 336 en relación con el artículo 265.4 de la NLECivil— y deben ser formulados por escrito y acompañarse, en su caso, con aquéllos documentos, instrumentos o materiales necesarios para exponer el parecer del perito.

Como excepciones a la regla general de aportación del dictamen con la demanda o con la contestación se pueden señalar, en primer lugar, el denominado “anuncio de dictámenes” —contemplado en el artículo 337 de la NLECivil— debiendo presentarse en todo caso los mismos antes de la vista en el juicio verbal, o antes de la audiencia previa en el juicio ordinario. Las partes deben manifestar si desean que los peritos comparezcan en la vista, y en concreto para qué. Se exceptúan igualmente de la regla general aquéllos dictámenes cuya necesidad o utilidad se ponga de manifiesto a causa de las alegaciones efectuadas por el demandado. Deben presentarse en todo caso con cinco días de antelación a la vista.

III. PERICIALES EFECTUADAS POR DESIGNACIÓN JUDICIAL

Procede si la parte fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita o cuando, no siéndolo, la parte lo solicita por considerarlo conveniente para su interés, designándolo el Tribunal si considera pertinente y útil el dictamen pericial solicitado —art. 339.1 y 2 de la NLECivil—.

El perito será designado en cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda.

Si ambos solicitan la práctica de la prueba pericial, el pago será efectuado por mitad de iguales partes entre ambos, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en materia de costas.

Si ambos están de acuerdo en la designación de la persona que haya de llevar a cabo la pericia, se designará a ésta; si no están de acuerdo en la persona, la designación del perito se llevará a cabo en los términos prevenidos en el artículo 341 de la NLECivil.

En lo que se refiere al llamamiento del perito, aceptación por parte de éste, nombramiento y provisión de fondos a efectuar, se estará a lo prevenido en el artículo 342 de la NLECivil resultando imposible detallar más estas cuestiones si no se quiere dilatar en exceso la presente ponencia.

En cuanto a las condiciones de los peritos para ser designados, si es exigible título oficial para la materia objeto del dictamen deberá poseer el indicado título, y si no lo es la Ley habla de nombrarlo entre “personas entendidas en aquellas materias”.

Ha de precisarse asimismo que el artículo 343 de la NLECivil sólo contempla la posibilidad de recusación para el perito judicial, pudiendo ser únicamente objeto de tacha el perito designado a instancia de parte.

El artículo 345 de la NLECivil establece como principio general la posibilidad de que puedan intervenir las partes en el reconocimiento o en las operaciones periciales, si bien plantea como excepciones aquellos supuestos en que con dicha intervención se impida o estorbe la labor del perito y no se pueda garantizar el acierto e imparcialidad del dictamen. Una vez emitido el dictamen por escrito y en el plazo señalado se dará traslado a las partes por si consideran necesario que el perito concurra a juicio o al acto de la vista. El juez puede acordar de oficio que concurra al juicio o a la vista. En el supuesto de incomparecencia sin causa justificada, deberá estarse a lo preceptuado en el artículo 292, tanto en sus dos párrafos primeros respecto de las posibles sanciones a imponerle a consecuencia de tal comportamiento, como en su párrafo tercero respecto de la posible suspensión de la vista.

Por lo que respecta a la valoración de este medio de prueba, el artículo 348 de la NLECivil remite a las reglas de la sana crítica.

IV. ASPECTOS RELEVANTES DE ESTE MEDIO PROBATORIO EN LOS PROCESOS DE FAMILIA

Ha de señalarse que la intervención de los equipos psicosociales adscritos a los juzgados de familia deberá efectuarse siempre previo requerimiento judicial, bien sea como consecuencia de petición de las partes, de ambas o de una de ellas, bien sea por petición propia del juzgador, que considere preciso disponer de un informe de tal naturaleza para dilucidar las pretensiones objeto de controversia.

Resulta obvio que en la realización de los informes periciales por parte del equipo psicosocial adscrito a los Juzgados no podrán intervenir los letrados de los litigantes, ni tampoco éstos, salvo cuando se trate de la entrevista personal que deba efectuárseles.

De conformidad con lo prevenido en el artículo 339.5 de la NLECivil, puede el Tribunal acordar de oficio la práctica de esta prueba cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas o en los procesos matrimoniales, previsión legal directamente ligada con las previsiones que sobre la posibilidad de acordar prueba de oficio existen en sede de procesos especiales.

Entiendo por último que el dictamen pericial prejudicial, para que tenga un mínimo valor probatorio, deberá haberse realizado tras entrevistar a todos los integrantes del núcleo familiar, por cuanto en caso contrario es difícil no reputar “sesgado” o “parcial” el indicado informe reduciendo su credibilidad.

RECONOCIMIENTO JUDICIAL

No se introduce en este medio probatorio ninguna novedad de especial significación respecto de la regulación actual.

El artículo 353.1 de la NLECivil señala que procederá la práctica de esta prueba cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos objeto del pleito sea necesario o conveniente que el Tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona.

La parte proponente de la prueba habrá de expresar los extremos a que quiere que la misma se refiera; posteriormente y antes de su realización la otra parte podrá proponer otros extremos que le interesen, y sin perjuicio de todo ello el Tribunal puede señalar la amplitud que ha de tener dicho reconocimiento.

Ambas partes podrán asistir con personas técnicas o prácticas en la materia.

El artículo 354 de la NLECivil contempla, por otra parte, la posibilidad de que el Tribunal acuerde cualquiera medida necesaria para llevar a cabo el reconocimiento, incluida la de ordenar la entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto o la persona que se deba reconocer.

Pueden concurrir al reconocimiento las partes, sus procuradores y abogados así como personas técnicas o prácticas en la materia, quienes, de ser oídas, lo harán habiendo prestado juramento o promesa previos de decir verdad.

Los artículos 356 y 357 de la NLECivil admiten en una regulación similar a la existente en la actualidad la concurrencia del reconocimiento con la práctica de la prueba pericial —art. 356— que puede ser acordada de oficio o a instancia de parte, y la concurrencia del reconocimiento con la prueba testifical —art. 357—.

El artículo 358 de la NLECivil señala los extremos que deberán constar en el acta que del reconocimiento levantará el Secretario Judicial, y el artículo 359 de aquélla refiere que se “utilizarán medios de grabación de imagen y sonido u otros instrumentos semejantes para dejar constancia de lo que sea objeto del reconocimiento judicial y de las manifestaciones de quienes intervengan en él...”, debiendo realizarse copias con garantías de autenticidad de lo grabado o reproducido cuando ello sea posible, planteando ello el problema de quién y cómo grabará el reconocimiento, y quién llevará a cabo las copias a entregar a las partes, por cuanto parece claro que el Secretario no puede reconvertirse con esta reforma en un cámara de televisión, ni en un experto en montajes y grabaciones de vídeo.

I. EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. LA EXPLORACIÓN JUDICIAL

El artículo 355 de la NLECivil establece que el reconocimiento judicial de una persona se practicará por el Tribunal a través de un interrogatorio adaptado a las necesidades del caso, y garantizando, desde luego, el respeto a la dignidad e intimidad de la persona.

También podrá acordarse que se practique a puerta cerrada, e incluso fuera de la sede del Tribunal, pudiendo intervenir las partes, siempre que no se considere perturbador para el buen fin de la diligencia.

Entiendo que la exploración judicial de los hijos menores o incapacitados que ha de efectuarse en los procesos de familia se llevará a cabo fuera del acto de la vista, de ser posible inmediatamente después de ésta, y no en la sala en la que se ha desarrollado aquélla, sino en el despacho personal del juez, de no existir una habitación más adecuada a tal fin. Parece claro que el juez puede solicitar que en su realización le acompañe algún miembro del equipo psicococial adscrito al juzgado, en los órganos judiciales en que se dispone de él, o en su caso alguna psicóloga que trabaje habitualmente para el órgano judicial, algún miembro de los servicios sociales del municipio donde resida el menor, o incluso el psicólogo del Centro escolar al que éste pueda asistir, si la edad o circunstancias personales del niño así lo aconsejan y conforme lo contempla implícitamente el artículo 9.2.2 de la L.O. 1/1996 de 15 de enero.

II. VALORACIÓN DE ESTE MEDIO PROBATORIO

Por último, y en lo que respecta a la valoración de este medio probatorio, ha de recordarse que debe ser integrado con el resultado ofrecido por los restantes medios probatorios que se lleven a cabo en el procedimiento, sin que, como parece desearse por algunos intervinientes en estos procedimientos, haya de reputarse la única prueba que debe ser tomada en consideración a la hora de decidir cualquier pronunciamiento respecto del cuidado de los niños, por cuanto si bien es de todo punto necesario oír a los menores con carácter previo a adoptar decisiones que les afecten en su vida personal, conforme ya preveían el Código Civil y la L.O. 1/96 de 15 de enero, y ahora contemplan los artículos 770.4 último inciso de la NLECivil, y el artículo 777.5 de la misma, esa audiencia no ha de suponer la sustitución del juzgador por el menor al tiempo de la resolución de conflictos, máxime cuando en múltiples ocasiones la edad física de los doce años, señalada legalmente como límite a partir del cual debe ser oído por exigencia legal el menor, no va desde luego unida a la madurez que justificaría hacer recaer sobre la voluntad del niño una decisión de esta trascendencia.

INTERROGATORIO DE TESTIGOS

I. INTRODUCCIÓN

Se trata de una prueba que, como es sabido, está muy descalificada en el proceso civil actual y en especial en los procedimientos de familia, en donde, por las especiales circunstancias personales que concurren en los testigos —personas ligados en la mayoría de ocasiones por un vínculo de afectividad más o menos próximo con alguna de las partes o por un vínculo de amistad íntima con alguna de ellas, si no con ambas—, tienen en la mayoría de los casos una visión “sesgada” de la realidad, que es la que trasladan al deponer en las actuaciones. La idea principal que preside la nueva regulación es la de revalorizar esta prueba y que realmente vuelva a tener una significación.

II. DESARROLLO DE ESTE MEDIO DE PRUEBA EN LA PRÁCTICA

En primer término, cada testigo prestará juramento o promesa de decir verdad, con la conminación de las penas establecidas en el Código Penal para el delito de falso testimonio en causa civil, conforme al tenor del artículo 365 de la

NLECivil. Posteriormente se le formularán las preguntas que el artículo 367.1 de la NLECivil refiere, que son similares a las actualmente denominadas “generales de la ley” pudiendo, tras las respuestas que el testigo hubiera ofrecido, manifestar las partes la concurrencia de circunstancias relativas a su imparcialidad.

Las preguntas se formularán oralmente, en sentido afirmativo, con claridad y precisión, no debiendo incluirse en ellas ni valoraciones ni calificaciones (artículo 368 de la NLECivil).

Las respuestas serán igualmente orales y el testigo deberá dar razón de ciencia de su conocimiento, *ex* artículo 370.3 de la NLECivil.

La admisión de las preguntas se efectuará por el Tribunal de modo tácito, señalando éste tan solo de forma expresa las preguntas que considere han de ser inadmitidas.

Las partes distintas de quien formula las preguntas podrán impugnar la admisión de alguna de las preguntas y hacer notar las valoraciones y/o calificaciones que a su entender contengan. La parte a quien se le inadmitan preguntas podrá hacer constar su oportuna protesta —art. 369 de la NLECivil—.

Cuando la parte proponente de la prueba haya finalizado de interrogar al testigo, las restantes partes podrán formular nuevas preguntas a aquél, quien responderá en idéntico modo al descrito con anterioridad, *ex* artículo 372.1 de la NLECivil.

El Tribunal también puede interrogar al testigo, si bien, y conforme al artículo 372.2, sólo para obtener aclaraciones y adiciones. Entiendo no obstante que, al igual que explicamos en el estudio del interrogatorio de las partes, en los procesos especiales, como el proceso matrimonial, el Tribunal no queda limitado en modo alguno en su actuación por esta normativa y podrá interrogar al testigo sin sujeción alguna a las cuestiones que las partes ya hayan planteado.

Por último, reseñar de una parte que de ser más de uno los testigos a deponer, éstos deberán hacerlo separada y sucesivamente por el orden en que fueron propuestos y sin que exista comunicación con los restantes, *ex* artículo 366 de la NLECivil.

III. ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES EN LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE ESTA PRUEBA

1. Posibilidad de careo entre testigos.

Podrá acordarse por el Tribunal bien de oficio, bien a instancia de parte, cuando incurran en graves contradicciones los testigos que hubieran comparecido —art. 373.1—.

2. Careo entre partes y testigos.

Deberá ser solicitado por las partes al finalizar el interrogatorio del testigo con el que se pretenda el careo —art. 373.2 de la NLECivil—.

3. Introducción de la figura del testigo-perito.

Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieren los hechos del interrogatorio el Tribunal admitirá las manifestaciones que por tal causa agregue el testigo a sus respuestas —art. 370.4 de la NLECivil—.

4. Admisibilidad de la testifical de los menores de catorce años.

Se admite la testifical de los menores de catorce años si, a juicio del Tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente —art. 361.2—, si bien depondrán sin que se les tome juramento previo.

Debe precisarse aquí que, como en otras ocasiones, el legislador parece desear que el juzgador lleve a cabo una exploración previa del menor, para valorar si aquél tiene el discernimiento necesario para conocer y para declarar verazmente, y en el caso de que considere que sí será cuando pueda ser llamado como testigo; en caso contrario deberá rechazarse dicha posibilidad.

Se va a plantear en los procesos especiales el problema de si el menor que haya de intervenir en ellos, por ser por ejemplo hijo de los litigantes, puede hacerlo como testigo o si por el contrario debe ser objeto de exploración judicial. Mi opinión es que el interés del menor queda mejor protegido si éste puede comparecer ante el juez sin tener que responder a un interrogatorio, sin tener que estar presente en la sala de vistas a la par que lo están sus padres, y sobre todo sin que sus afirmaciones consten expresamente recogidas, por lo que considero que en los procesos especiales ha de rechazarse la testifical de los menores de edad en interés de los mismos y llevar a cabo la exploración judicial versando ésta sobre los extremos que se reputen oportunos por el Tribunal.

5. Posibilidad de limitación del número de testigos intervinientes.

Señala el artículo 363.2 de la NLECivil que cuando el Tribunal hubiera escuchado el testimonio de al menos tres testigos en relación con un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que faltaren referentes a ese mismo hecho si considera que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado.

Recoge la legislación una posibilidad que *de facto* había sido introducida poco a poco por numerosos órganos judiciales, con el fin de evitar unas testificales prolijas y en muchos casos carentes del rigor necesario, y cuya proposición más parecía tener por objeto que el abogado “contentara” a su cliente, que la de tratar de arrojar la necesaria luz sobre alguno de los hechos debatidos en el pleito.

6. Rige el principio de idoneidad de cualquier persona para ser testigo —361.1—.

La nueva normativa pretende superar la deficiente regulación existente respecto de la imposibilidad de determinadas personas para ser testigos, de la inhabilidad de otras para deponer y de las tachas que pueden formularse respecto de otras. Solo se excluyen las personas que se hallen permanente privadas de razón y las que se hallen permanentemente privadas del uso de sentidos respecto de hechos de los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos.

7. Regulación del interrogatorio acerca de hechos que consten en informes escritos.

Se recoge tal posibilidad en el artículo 380 de la NLECivil. Aportado a los autos el informe sobre hechos que por ejemplo se contempla en el artículo 265.4.1 de la Ley y no siendo reconocidos tales hechos por las partes a quienes pudiera perjudicar, podrá interrogarse como testigos a los autores del informe en la forma que dispone la Ley, si bien con unas reglas especiales:

- a) No procederá la tacha del testigo por razón de interés en el asunto.
- b) En primer lugar el autor del informe deberá reconocerlo y ratificarse en su contenido.
- c) El interrogatorio se limitará a los hechos consignados en los informes.

IV. VALORACIÓN DE ESTE MEDIO PROBATORIO

Conforme al artículo 376 de la NLECivil los Tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica tomando en consideración la razón de la ciencia que hubieran dado, las circunstancias que en ellos concurran y en su caso las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubieran practicado.

DE LA REPRODUCCIÓN DE LA PALABRA, EL SONIDO Y LA IMAGEN Y DE LOS INSTRUMENTOS QUE PERMITEN ARCHIVAR Y CONOCER DATOS RELEVANTES PARA EL PROCESO

I. DE LA REPRODUCCIÓN DE LA PALABRA, EL SONIDO Y LA IMAGEN

Se introduce este medio probatorio como una novedad de la presente regulación aunque en la práctica la presentación de casetes y vídeos era algo frecuente en los juzgados.

Se señala que la parte “podrá acompañar”, en su caso, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se traten y que resulten relevantes, aunque entiendo que debería decir “deberá acompañar”, pudiendo acompañarse también dictámenes y otros medios de prueba instrumentales que considere convenientes.

Se levantará acta de la reproducción efectuada en sede judicial por parte del Secretario, y el Tribunal puede acordar que se lleve a cabo transcripción literal de las palabras y voces filmadas siempre que sean de relevancia.

Su valor probatorio, *ex* artículo 382.3 de la NLECivil, se determinará conforme a las reglas de la sana crítica.

II. DE LOS INSTRUMENTOS QUE PERMITEN ARCHIVAR Y CONOCER DATOS RELEVANTES PARA EL PROCESO

Se trata igualmente de un medio probatorio novedoso introducido por la NLECivil, que pretende regular el acceso de estos soportes —disquetes, correos electrónicos— al proceso civil.

El artículo 384 preceptúa que dichos soportes o instrumentos serán examinados por el Tribunal por los medios que la parte proponente aporte o que el Tribunal disponga utilizar —está pensando el legislador, sin duda, en la carencia de medios materiales para examinar estos instrumentos en la casi generalidad de los órganos judiciales existentes en España—.

Las restantes partes pueden alegar y proponer lo que a su derecho convenga.

Como en el supuesto anterior se pueden aportar dictámenes y medios de prueba instrumentales.

Se levantará acta de la reproducción efectuada en sede judicial por parte del Secretario, en idénticos términos a lo señalado para la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen.

Su valor probatorio *ex* artículo 384.3 de la NLECivil se determinará conforme a las reglas de la sana crítica.

LAS PRESUNCIONES

I. CONCEPTO

La presunción puede ser definida como el juicio lógico por el cual, argumentando según el vínculo de causalidad que liga uno con otros los acontecimientos naturales y humanos, podemos inducir la existencia de un determinado hecho que nos es desconocido, en consecuencia de otro hecho o hechos que nos son conocidos. La presunción es por tanto un medio de prueba indirecto.

Las presunciones a su vez se dividen en legales y judiciales, según la deducción lógica venga ya hecha por la Ley o haya de realizarla el juzgador.

II. LAS PRESUNCIONES LEGALES

El artículo 385 de la NLECivil determina que las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca.

El principio general que rige estas presunciones será el de que contra ellas cabe prueba en contrario, estamos en consecuencia como principio general ante presunciones *iuris tantum*.

Cabe no obstante la excepción de que la ley prohíba expresamente la prueba en contrario, *ex* artículo 385. 3 de la ley rituaria, estando entonces frente a las presunciones *iuris et de iure*.

III. LAS PRESUNCIONES JUDICIALES

A partir de un hecho admitido probado, el Tribunal puede presumir la certeza de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace propio y directo según las reglas del criterio humano, artículo 386.1 de la NLECivil.

La sentencia en que se aplique la presunción deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el Tribunal ha establecido la presunción, conforme al artículo 386.1.2 de la NLECivil.

En las presunciones judiciales siempre cabe prueba en contrario, *ex* artículo 386.2 de la NLECivil.

En los procesos de familia se utilizan en muchas ocasiones ante la dificultad probatoria que plantean ciertos hechos, así la infidelidad conyugal, el importe de los ingresos de alguno de los cónyuges o de ambos, las necesidades de un núcleo familiar “medio”, etcétera.

LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL ANCIANO DEPENDIENTE

ESTHER MUÑOZ ESPADA

*Profesora Titular
Facultad de Derecho
Universidad de Valladolid*

SUMARIO

- I. REALIDAD Y JUSTIFICACIÓN.**
- II. TERMINOLOGÍA Y DEFINICIÓN.**
- III. LONGEVIDAD Y DEPENDENCIA.**
- IV. NORMATIVA CONSTITUCIONAL.**
- V. NORMATIVA INTERNACIONAL.**
- VI. UNA VISIÓN ASISTENCIAL.**
- VII. SU ASPECTO JURÍDICO: ÁMBITO DE REVISIÓN O REFLEXIÓN**
 - A) En materia de incapacitación.
 - B) Instituciones de guarda.
 - C) Autoprotección jurídica.
 - D) Internamiento.
 - E) Obligación de alimentos.
 - F) Soluciones de protección por vía sucesoria.
- VIII. BIBLIOGRAFÍA.**

I. REALIDAD Y JUSTIFICACIÓN

La importancia que han adquirido los ancianos en función del número que representan en las sociedades modernas y su progresivo aumento originará a corto plazo reformas sociales y decisivos cambios en los que el Derecho, especialmente la disciplina privatística, está llamada a convertirse en la guía que oriente y ordene las nuevas exigencias de esta realidad, cuyo carácter multidimensional advierte de antemano de las innumerables dificultades.

La población mundial ha experimentado la transición de unas tasas de natalidad y mortalidad muy elevadas a unas tasas de natalidad y mortalidad bajas. Un factor esencial de esa transición ha sido el aumento del número y de la proporción de las personas de edad o ancianos. Jamás en la historia de la civilización se había asistido a un crecimiento igualmente rápido, amplio y general. Y se prevé que la actual revolución demográfica seguirá hasta bien entrado el nuevo siglo.

Como datos más destacados de esta realidad pueden citarse los siguientes (informa *United Nations Population Division, World Population Prospects*):

— En 1950 había en todo el mundo alrededor de 200 millones de personas de 60 años de edad o mayores. Su número asciende hoy día a casi 550 millones. Alrededor del 2020 la población mundial en proceso de envejecimiento pasará el umbral de los 1.000 millones y en el 2025 alcanzará los 1.200 millones.

— Más impresionante es el aumento que se espera en el número de mayores de 80 años, puesto que se prevé que en el período de 1950 a 2025 este grupo se habrá multiplicado entre 8 y 10 veces a escala mundial.

— Se espera que el incremento más importante de la población de edad en todo el mundo se produzca en los países en desarrollo. Actualmente la mayoría (61%) de las personas de edad vive en estos países. Para el año 2025 se prevé que más del 70% de este colectivo habitará en lo que hoy día se denomina el mundo en desarrollo.

— La mayoría (55%) de las personas de edad son mujeres. En algunos países las mujeres de edad doblan en número a los hombres.

— Hoy en día en algunos países desarrollados uno de cada cinco habitantes es una persona de edad. En la primera mitad del nuevo siglo la proporción será uno de cada cuatro habitantes y en algunos países uno de cada dos.

— El proceso de transición de una sociedad juvenil a una sociedad más madura se está produciendo en los países en desarrollo con mucha más celeridad que en los países desarrollados. En Francia pasaron 115 años (de 1865 a

1980) para que la proporción de personas de edad (de 65 años o más) se elevara del 7 al 14%. En Japón el mismo proceso se produjo en 26 años (1970 a 1996). En Jamaica llevará 18 años (2015 a 2033) y en Túnez 15 años (2020 a 2035). En los países en desarrollo lo más notable es el aumento del número absoluto de personas de edad y la velocidad con que se produce.

En total, a nivel individual, el final del siglo XX ha añadido más de 20 años a la duración de la vida media. El aumento de la longevidad ha otorgado a la humanidad una nueva frontera, de modo que los países deberán reconocer y tener en cuenta sus tendencias demográficas y los cambios de estructura de su población a fin de optimizar su desarrollo. El aumento de la longevidad afecta a la sociedad en general, de este modo, las repercusiones sociales tienen una infinidad de variantes y entre ellas figuran las que afectan a las pautas de producción, consumo, ahorro e inversión, a las condiciones del mercado laboral y a la productividad, a los tipos de servicios necesarios y a los patrones del gasto público.

Estamos asistiendo a un proceso de envejecimiento de la población mundial que no tiene precedentes históricos. Nunca en la historia de la humanidad han existido tantas personas con un ciclo vital tan prolongado ni con una expectativa de vida tan larga.

En España había 6 millones de ancianos en el año 2000. El incremento de la esperanza de vida ha hecho que su porcentaje haya pasado del 40% entre 1980 y el año 2000. La población entre 70 y 74 años aumentará progresivamente, aunque de forma lenta, hasta el año 2005. Y el mayor incremento se produce entre los mayores de 80 años.

Un creciente índice de envejecimiento y un incremento del índice de la expectativa media de vida definen a la población española como una población envejecida que tiende a ser cada vez más envejecida.

En este contexto el envejecimiento de la población castellano-leonesa alcanza niveles verdaderamente elevados: en 1971 había 114.018 personas mayores entre 65 y 69 años, en 1998 se llega a la cifra más alta 150.230, para reducirse a 118.643 en el año 2005; el aumento es constante entre la población de 70 a 74 años (en 1971 había 80.393 personas en esta franja, que llegará a 135.112 en el 2005); entre los 75 y 79 años de 54.243 personas se pasa a 120.258 en el año 2005 tomado como referencia. De los 80 a 84 años de 30.457 del año 1971 se pasará a 89.384 en el año 2005, y de 85 años en adelante de 16.303 del año 1971 se alcanzarán los 72.806 en el año 2005.

Las regiones del centro se encuentran en este momento más envejecidas que la periferia debido a los procesos migratorios de mediados de este siglo; la emigración ha dejado al conjunto de la región en precaria situación para la

reactivación demográfica, ofreciendo una imagen cuyo cambio de tendencia resulta difícil de imaginar.

El aumento de la esperanza de vida, los movimientos migratorios y la baja natalidad justifican los actuales índices demográficos:

— AMARTYA SEN (Premio Nobel de Economía) manifiesta que en los países donde la mujer puede educarse, trabajar y decidir sobre su futuro la tasa de natalidad se reduce; el cambio de *status* en la mujer es, sin duda, el acontecimiento que más ha transformado el paisaje social de este siglo; así, los tres niveles que justifican las profundas mutaciones de cualquier sociedad: “progreso”, nivel socio-económico y familia, se envuelven recíprocamente y se relacionan directamente.

El crecimiento de la población a principios de siglo se explica por una tasa de natalidad importante vinculado a una edad muy joven para contraer matrimonio (especialmente para la mujer); cuando la edad aumenta y el matrimonio se hace más tardío la tasa de natalidad se reduce, y si es baja la cifra en mujeres casadas se reduce mucho más en aquéllas que viven en pareja.

En este índice también influyen, como no podría ser de otro modo, causas externas, entre las que se pueden citar los conflictos internos o internacionales y hostilidades bélicas; en los años 40 o entre guerras se reduce la población para situarse en un crecimiento sostenido después de la segunda guerra mundial hasta 1960, para después descender la tasa de natalidad progresivamente y convertirse en la más baja de los últimos 20 años.

El modelo actual de la familia explica además estos índices; estamos lejos del modelo uniforme de una familia reputada ideal, la estructura familiar se ha complicado y cada vez es menos resistente, una de las características de este fin de siglo es la multiplicación de las rupturas en el interior de la familia. Vivimos en un momento en que el gran problema es la dificultad de mantener los vínculos y pocos factores llevan a defenderlos. A ello ha de añadirse que los avances —aunque algunos de verdadero progreso tienen poco—, la técnica, las modernas investigaciones y otros factores han revolucionado las formas de vida, y algunas han influido de tal manera que cada vez con mayor dificultad la sociedad puede apoyarse sobre el elemento estructural y fundamental que es la familia.

Por todo ello, la disminución de la natalidad es un fenómeno progresivo que ha ido acentuándose durante la década de los 80. En 1980 el número medio de hijos por mujer en España superaba el nivel de reemplazo generacional (2,04 hijos por mujer) mientras que el resto de países se encontraba por debajo. En 1991, mientras éstos ya se habían estabilizado, España comparativamente con otros países de la Unión Europea presenta el índice más bajo.

— Otro factor que configura la actualidad de los datos presentados es la inmigración, la inmigración hacia los países desarrollados se ha mantenido a niveles bastante elevados, lo que contribuye al crecimiento de la población a pesar de una natalidad débil.

— La mejor calidad de vida es otro valor que justifica los actuales índices demográficos. Factores semejantes a los que incrementaron la calidad de vida en la infancia y en la adolescencia en las décadas pasadas contribuyen ahora a mejorar la calidad de vida en la vejez. La prevención y el tratamiento de las enfermedades, los avances científicos, las mejores condiciones de vida... que contribuyeron decididamente a la reducción de la mortalidad infantil a principios y mediados de siglo están favoreciendo un incremento espectacular en la expectativa de vida de las personas mayores (VEGA/BUENO, p. 67). La lucha contra las enfermedades ha dado importantes resultados, aunque aún queden problemas graves por resolver.

Esta realidad, sobradamente conocida, explica la rapidez con la que se está generando una cultura en torno a la vejez. Mientras que hace años la preocupación y el estudio se centró sobre todo en la protección de la infancia resumida en la expresión *tout pour l'enfant*, ahora los científicos concentran sus esfuerzos en el campo del envejecimiento. Los actuales datos demográficos no pueden por menos que sensibilizar a la comunidad científica en relación con el estudio del anciano (lo que no quiere decir que no existan manifestaciones precientíficas de la ancianidad, y que el período inicial de las investigaciones sobre los procesos de envejecimiento comience en los momentos presentes, pero sí es en la actualidad cuando esta rama es tratada con mayor proyección y especial atención). Y a este interés no escapa el mundo del Derecho: ¿se impone una reflexión sobre la evolución necesaria de las soluciones actuales del Derecho positivo para responder a estas nuevas situaciones?, con ocasión de esta realidad ¿es necesaria alguna reforma legislativa?, ¿exige en el Código Civil un régimen especial o un estatuto de conjunto sobre la protección de los ancianos dependientes a semejanza de la prevista para los menores?

Puede comenzarse advirtiendo que el objetivo de este trabajo no es proponer la fundación de “un Derecho de los derechos del anciano”, ni es cuestión de elaborar un estatuto de los ancianos. Una legislación particular y específica en este sentido terminaría por crear probablemente nuevas barreras de marginación (DOGLIOTTI, p. 56). Se trata de individualizar adecuadas soluciones para su protección no en cuanto a su edad avanzada sino para una situación de particular debilidad. No una tutela del anciano en sí sino una tutela del anciano efectivamente dependiente.

El anciano no es considerado por el Ordenamiento por sí mismo, como sucede con el menor; mientras la minoría de edad se caracteriza necesariamente

como momento evolutivo-formativo de la personalidad del individuo, la tercera edad no implica necesariamente un deterioro de la capacidad psico-física que justifique en cualquier caso una intervención integrativa o sustitutiva de las manifestaciones volitivas de la persona en relación a sus propios intereses (LISELLA, p. 74). Sólo cuando se encuentra en una condición particular los legisladores han de ir fomentando una cultura jurídica que tenga en cuenta que las personas mayores dependientes necesitan de una protección que de algún modo esté contemplada en la legislación actual.

En consecuencia, se trataría de buscar un reforzamiento especial en la protección jurídica de las personas mayores, sobre todo de las personas mayores dependientes.

II. TERMINOLOGÍA Y DEFINICIÓN

Antes de entrar en estas cuestiones conviene una delimitación de algunos de los conceptos que se manejan habitualmente en relación con la ancianidad y la longevidad, aunque estemos lejos de haber logrado un consenso generalizado en el uso de un vocabulario satisfactorio que sea adecuado a la situación de la persona que se trata de exponer (como ha dicho GARCÍA CANTERO, 1988, p. 296).

El “envejecimiento individual” hace referencia al conjunto de fases que atraviesa cada persona según avanza su edad. En este momento, como se ha visto, destaca la duración cada vez mayor de la etapa de la vejez.

El “envejecimiento de la sociedad” alude a los cambios que tienen lugar en la estructura social como consecuencia del envejecimiento de las personas.

La “expectativa de vida” o esperanza de vida se refiere al número de años que se calcula que va a vivir una persona a partir de una edad determinada, (valor que ha ido cambiando a lo largo de la historia, hasta alcanzar en el siglo XX niveles próximos al límite máximo de la vida, pronosticándose para el siglo XXI la estabilización de los índices de envejecimiento y el fortalecimiento de los logros alcanzados en el siglo XX) (VEGA/BUENO, pp. 58 y ss.).

Definir la “vejez” es más complicado puesto que es una etapa muy diversa y heterogénea, el envejecimiento viene a ser el último período de la vida normal caracterizado por una ralentización de las funciones. En todo caso, ésta es una etapa donde la variabilidad alcanza su grado máximo, y las diferencias entre unas personas y otras del mismo grupo superan las que existen entre aquéllas que se encuentran en otras etapas de la vida. ¿Y cuándo se es viejo o cuándo se comienza a envejecer? No hay criterios exactos para responder y la edad no es un valor seguro, cuando además puede distinguirse entre la edad cronológica, la

edad biológica (la real del organismo) y la funcional (la que mide la capacidad para desenvolvernó); aun con esta inseguridad que impide fijar una edad incontestable, se suele utilizar por las estadísticas como límite inferior la partida hacia la jubilación (que en los momentos actuales con los nuevos planes de jubilaciones anticipadas no es un dato nada relevante).

Para una mayor concreción se precisaría situarlo en un determinado contexto social, personal y familiar. La capacidad de los individuos para adaptarse dependerá de cómo perciban la vejez y de las actitudes que imperen en la sociedad; el entorno de la familia es un dato importante en la determinación de la vejez, la familia es el círculo ideal para situar esta perspectiva, la integración adecuada del anciano en la familia puede atenuar e incluso retrasar los síntomas propios del envejecimiento; en este sentido, no es aventurado decir que reactivar la familia es promover el antídoto contra el envejecimiento. En general, el bienestar psicológico en la vejez está relacionado con el apoyo social; si se considera que la vejez puede conferir sentido y orientación al desarrollo del individuo y de la sociedad, podría contribuir a crear una civilización más benigna y apacible que beneficie a todos por igual.

Pero, con todo, la definición de anciano siempre es problemática, difusa y ambigua. Lo que ha justificado, quizá, el retraso del jurista en la aproximación a este tema.

III. LONGEVIDAD Y DEPENDENCIA

Existe una cierta relación entre vejez y dependencia. El envejecimiento es una de las causas de la dependencia, y sólo respecto de este grupo (mayores dependientes) tiene interés plantearse el tema de la protección jurídica.

La vejez no es sinónimo de dependencia, pero muy mayor a menudo dependiente es una ecuación más exacta. La franja demográfica situada a partir de los 80 años aumenta progresivamente, lo que aumenta el riesgo de los fenómenos de dependencia. Y la dependencia plantea problemas jurídicos.

En un estudio realizado sobre 2.000 personas ancianas el 28% no presentaba ningún tipo de afección, el 8% tenía demencia inicial, el 14% demencia leve, el 20% demencia moderada, el 18% demencia moderada grave y el 12% demencia grave. Puede vaticinarse que en el año 2026 existirán alrededor de dos millones de ancianos con problemas de dependencia, con lo que se estará cerca de haberse doblado la cifra actual, aunque dentro de este grupo, como es lógico, existan grados de dependencia muy diversa.

Deben desaparecer los mitos y el estereotipo de que los cambios que se producen en la vejez son exclusivamente negativos, y desterrarse los prejuicios erróneos típicos que acompañan a la longevidad, pero tampoco se puede olvidar

que la dependencia física, psíquica y económica en la mayoría de los casos está vinculada al fenómeno del envejecimiento (*Demain la famille*, p. 386). Según estadísticas, el 50% de las personas mayores presentan algún tipo de deficiencia o demencia. Entre las enfermedades más frecuentes que acompañan a las personas de edad se citan las enfermedades del aparato circulatorio (hipertensión, enfermedades del corazón y cerebrovasculares); aunque el cáncer es de las principales causas de muerte, disminuye su frecuencia a partir de los 69 años; las dolencias del sistema osteomuscular, sin ser decisivas, afectan a la calidad de vida en la vejez, como el aumento de las enfermedades crónicas; pero fundamentalmente afectan las enfermedades mentales (la demencia tipo alzheimer, lewy, la enfermedad de Huntington, parkinson, demencias multifactoriales...). Y por seguir ofreciendo datos poco tranquilizadores, el Informe sobre la Salud en el Mundo de 1997 manifestaba que los denominados “estilos de vida opulentos” que se están enraizando en los países desarrollados, caracterizados por el consumo de tabaco, alcohol, los llamados “alimentos basura”, el estrés y la contaminación, están causando un rápido aumento de las enfermedades crónicas que pueden prevenirse pero no curarse, y la adopción durante la juventud de estos estilos de vida poco saludables conducen a un período prolongado de debilidad en la vejez que impondrá una pesada carga a las familias y a la sociedad en materia de prestación y cuidados.

No debe olvidarse que la idea central sobre el envejecimiento en la actualidad es que lo importante no es la longevidad sino la calidad de vida en los últimos años. Una de las frases acuñadas por la Organización Mundial de la Salud es que lo importante no es dar años a la vida, sino vida a los años, la batalla no es vivir más, sino que se viva más tiempo joven.

Los datos, en efecto, corroboran el riesgo de dependencia que, para el grupo o individuo afectado, se traduce en la necesidad de asistencia, en función del grado de discapacidad, para cumplir los actos cotidianos, que habitualmente se efectúan sin ayuda. En efecto, el término dependencia, si bien es polisémico, se refiere en el contexto de la protección social a la necesidad de atención y cuidados que precisan las personas que no pueden hacer por sí mismas las actividades de la vida cotidiana. El Consejo de Europa ha propuesto la siguiente definición: “son personas dependientes quienes, por razones ligadas a la falta o a la pérdida de capacidad física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de una asistencia y/o ayuda importante para la realización de las actividades de la vida diaria”.

Todos los expertos que estudian las consecuencias que para las sociedades modernas va a tener el fenómeno del envejecimiento coinciden en afirmar que el gran problema del mismo será cómo lograr dar cobertura a las necesidades y atención de las personas dependientes, que se verán enormemente incrementadas aunque sólo incidiera sobre ellas el aumento del número de personas de

avanzada edad. Habrá de irse asumiendo de forma generalizada la necesidad de incluir entre las políticas sociales la protección específica de la dependencia como situación o riesgo protegible.

IV. NORMATIVA CONSTITUCIONAL

Entre las normas constitucionales que podrían incidir en la protección de los ancianos están los arts. 10, 14, 15 y 18; y de los preceptos constitucionales en los que se regulan las obligaciones de los poderes públicos en cuanto sirven para organizar y tutelar las circunstancias que facilitan el cumplimiento de las directrices generales de la política económica y social, han de tenerse en cuenta los arts. 39, 41 y 43.2.

Pero el que más directamente afecta a esta cuestión es el art. 50: “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

El precepto contempla dos tipos de acciones: la garantía de la suficiencia económica de los ciudadanos durante la llamada tercera edad y la promoción de servicios sociales que atiendan el problema específico de los ancianos en materia de salud, vivienda, cultura y ocio. Mandatos que se integran en la actualidad en tres ámbitos institucionales de la política social (SAGARDOY, p. 376):

- 1.º el nivel básico de prestaciones de la seguridad social,
- 2.º el nivel de asistencia social estatal,
- 3.º y el sistema complementario de servicios sociales de la seguridad social y de otras administraciones públicas.

Si bien no todos los artículos de la Constitución tienen el mismo alcance y significado normativo, aun cuando la eficacia del art. 50 se incardine en el conjunto de los llamados principios rectores de la política social y económica, tiene valor normativo inmediato y directo; afectando la vinculación normativa de la Constitución a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos sin excepción (GARCÍA DE ENTERRÍA, pp. 312 y ss.).

Fijadas las prestaciones de la seguridad social, uno de los problemas que existen en la actualidad es el de adaptar, conforme a las exigencias constitucionales, las estructuras sociales a un número cada vez mayor de personas de edad

avanzada. Desde hace años se han puesto en marcha programas de adaptación escalonada a las concretas necesidades de la llamada tercera edad: información educacional, exámenes de salud, hogares de ancianos, hospitales de día —centros diurnos multidisciplinarios que atienden a pacientes con discapacidades o que necesitan cuidados sanitarios especiales, sin que la gravedad de su afección requiera un ingreso hospitalario convencional— y hospitales geriátricos.

En el marco de lo dispuesto en la Constitución la Comunidad Autónoma de Castilla y León asume como competencia exclusiva la asistencia social y los servicios sociales, correspondiéndole, por tanto, en esta materia la potestad legislativa, reglamentaria, de gestión y ejecutiva de acuerdo con lo establecido en el Estatuto de Autonomía y demás disposiciones que son de aplicación. En cumplimiento de estas competencias, el 28 de diciembre de 1988 se promulga la Ley de Acción Social y Servicios Sociales de la Comunidad de Castilla y León, donde se consagra el sistema de Acción Social y se establece que la Junta de Castilla y León desarrollará programas y planes de prestaciones sociales dirigidos a apoyar al sector de la tercera edad mediante servicios tendentes a mantener al individuo en su entorno social, promover su desarrollo y, en su caso, procurar un ambiente residencial adecuado. Y para ello se han elaborado una serie de normas legales dirigidas a este sector poblacional, como el Decreto 107/1990, de 21 de junio, en el que se regulan las condiciones y requisitos de los centros de la tercera edad, modificado por Decreto 109/1993, de 20 de mayo, sobre acreditación, registro y autorización de centros de servicios sociales, completado con la Orden de 21 de junio de 1993 de la Consejería de Sanidad y Bienestar Social que regula los requisitos mínimos y específicos de los centros de tercera edad para su apertura y funcionamiento; la Orden de 4 de mayo de 1994, y el Decreto 37/1997, de 20 de febrero, por el que se dictan normas sobre financiación de actuaciones en cumplimiento de objetivos en materia de residencias del Plan Regional Sectorial de Personas Mayores, aprobado por Decreto 65/1995, de 6 de abril. A lo que se pueden añadir las normas comunes a los sectores de personas mayores y personas con discapacidad, como el Decreto 12/1007, de 30 de enero, y las Resoluciones de 5 de febrero de 1997. Asimismo, con el fin de disponer de una estrategia global de acción sobre el colectivo de mayores que permita considerar y ordenar el conjunto de acciones y recursos tanto públicos como privados en materia de servicios sociales para la tercera edad en el ámbito de la Comunidad Autónoma, periódicamente se diseña y aprueba el Plan Regional Sectorial de Personas Mayores.

V. NORMATIVA INTERNACIONAL

La relevancia que ha adquirido la intervención sobre los ancianos ha trascendido las fronteras nacionales, y ha sido la propia Asamblea de las Naciones

Unidas en su Resolución 4715, de 16 de octubre de 1992, la que designó el año 1999 como año internacional de las personas mayores, fijando toda una serie de principios y objetivos dirigidos a la promoción del bienestar de los ancianos, bajo el lema “hacia una sociedad para todas las edades”.

La Asamblea General ha tomado diversas iniciativas, primero para una concienciación sobre esta evolución, después para promover una reflexión en orden a una adecuada orientación, realizar propuestas sobre la integración del envejecimiento en los planes de desarrollo de los países que se encuentran en distintas etapas de transición demográfica y socioeconómica, para finalmente marcar los objetivos y recomendaciones para el año 2001.

En su quincuagésimo segundo período de sesiones, realizado a finales de 1997, se adoptó una resolución originada por la Comisión de Desarrollo Social anteriormente en el curso del año por recomendación del Consejo Económico y Social (1997/18). Entre otros asuntos, dicha resolución pide a todos los Estados que aprovechen el año para hacer que haya una mayor conciencia de las sociedades que envejecen, para formular directrices y programas que promuevan el bienestar de las personas mayores de edad, y que establezcan centros nacionales de coordinación.

Asimismo, la Asamblea General, con motivo de la organización de una conferencia internacional sobre envejecimiento (1992), aprueba la Proclamación sobre el envejecimiento:

— Observando el envejecimiento sin precedentes de las poblaciones que tiene lugar en todo el mundo; consciente de que constituye un desafío; consciente de que está ocurriendo en las regiones en desarrollo mucho más rápidamente de lo que ocurrió en el mundo desarrollado; teniendo presente que un cambio revolucionario de la estructura demográfica de las sociedades exige un cambio fundamental en la propia organización de las sociedades; reconociendo la necesidad de una estrategia práctica sobre el envejecimiento para comienzos del próximo siglo.

— Se insta a la Comunidad Internacional a que promueva la aplicación del Plan de Acción Internacional sobre el envejecimiento; a que se dé amplia difusión a los principios; a que se apoye las estrategias prácticas para alcanzar los objetivos mundiales sobre el envejecimiento para el año 2001; a que se refuerce el Fondo Fiduciario para el envejecimiento, como medio de dar apoyo a los países en desarrollo en la labor de adaptación del envejecimiento de las poblaciones; a que los medios de información desempeñen una función central en la toma de conciencia sobre el envejecimiento de la población y las cuestiones conexas; a que se promueva la cooperación interregional e internacional y el intercambio de recursos; y que se fomente la conciencia y la participación de la

comunidad en la formulación y la aplicación de programas y proyectos con la participación de personas de edad.

En definitiva, las directrices para mejorar la situación de las personas de edad comprenden: a) los Principios de las Naciones Unidas en favor de los mayores de edad (vinculados con la independencia, la participación, los cuidados, la autorrealización y la dignidad, cuya promoción constituye el objetivo global del Año); b) el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento, cuyas 62 recomendaciones fijan las bases de las actividades sobre el envejecimiento que se centran, entre otras cosas, en la educación, la seguridad en el empleo y los ingresos, la vivienda y el medio ambiente, la salud y la higiene, el bienestar social y la familia; y c) la Observación General n.º 6 (1995) sobre los Derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad, aprobada el 24 de noviembre de 1995 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Plan, los Principios y la Observación General establecen un marco amplio de acción en materia de envejecimiento y centran la atención en ciertos grupos que por lo general han quedado excluidos del desarrollo socioeconómico general.

Dado que las tendencias demográficas son previsibles a lo largo de períodos extensos y que un cambio importante en la estructura de la población tiene repercusiones profundas en muchos aspectos de la sociedad se está examinando la viabilidad de formular un plan de perspectivas a largo plazo para el año 2020.

Pero cuesta que la creciente sensibilización se traduzca en políticas y programas de acción. En el plano macroeconómico las preocupaciones se han concentrado principalmente en cuestiones relacionadas con el costo de la seguridad social, que se calcula en términos del incremento de la relación de dependencia de las personas de edad. Aunque haya intención de apoyo y de ejecución de estos planes, la dificultad es conseguir la debida asistencia técnica y financiera para llevarlos a cabo.

VI. UNA VISIÓN ASISTENCIAL

Como se ve, la preocupación por el bienestar y la integración de los ancianos está bien presente en la sociedad, como lo demuestran también los diversos congresos y conferencias que se han celebrado y se están celebrando tanto a nivel nacional como internacional.

Y asimismo se halla en la mente del legislador; recientemente, la Comunidad Autónoma de Andalucía ha aprobado una Ley específica sobre esta mate-

ria, la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las personas mayores, justificada por la necesidad de establecer un marco adecuado que desde una perspectiva integradora asegure una respuesta uniforme y coordinada a los problemas de las personas mayores, pues el fenómeno social del envejecimiento de la población constituye uno de los más serios retos al que ha de enfrentarse nuestra sociedad y cuya complejidad requiere respuestas particulares y coordinadas de los distintos sistemas de protección social. En consecuencia, esta Ley se plantea una actuación integral para atender al bienestar de las personas mayores, como mejora de su calidad de vida. Por todo ello subyacen en ella los principios generales de responsabilidad pública, mediante la adscripción de recursos, el mantenimiento, inspección y control de los mismos, y el apoyo de los poderes públicos a los cuidadores informales, fomentando la ayuda a las familias y el voluntariado; el principio de solidaridad, mediante la distribución de los recursos entre las personas y grupos sociales, así como entre los diferentes ámbitos territoriales; el principio de corresponsabilidad de la familia y de la sociedad, mediante la implicación de aquélla y la participación ciudadana; el principio de normalización e integración asegurando la permanencia de las personas mayores en su medio familiar y social, evitando situaciones de desarraigo; el principio de participación, mediante la intervención de los mayores a través de instancias de representación en la planificación, promoción y control de los recursos destinados a los mismos; el principio de planificación y coordinación, mediante la adecuación de los recursos a las necesidades de los mayores y la armonización de las iniciativas públicas entre sí y de éstas con la iniciativa privada; el principio de globalidad, mediante la aproximación a las necesidades de las personas mayores desde un enfoque integral, global e interdisciplinario; el principio de prevención, mediante la adopción de medidas que favorezcan el bienestar y la calidad de vida de los mayores; el principio de eficacia y eficiencia, mediante una gestión de los recursos públicos que evite duplicidades y dispersión de los mismos. El Título II se refiere específicamente a la participación de las personas mayores. El Título III regula los diversos niveles prestados a las personas mayores: Servicios sociales comunitarios y Servicios sociales especializados. El Título IV se ocupa de la “atención sanitaria”. El Título V de la “atención sociosanitaria”. En el Título VII se recogen las medidas de promoción de la educación, del conocimiento sobre la vejez y sobre la preparación a la jubilación. En el Título VIII se desarrollan los derechos de las personas mayores en materia de cultura, ocio, turismo, deporte..., mediante la necesaria integración de las personas mayores en las actuaciones destinadas a toda la población, adecuándolas a las necesidades de éstas. El Título IX se refiere a la protección económica. El Título X se ocupa del establecimiento de medidas sobre prevención de situaciones de maltrato y de protección para aquellas personas mayores que se encuentran en situación de desvalimiento, senilidad, con enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan

a las personas gobernarse por sí mismas y que las hacen merecedoras de especial protección por parte de las Administraciones públicas. Y el Título XI regula el régimen sancionador, orientado a prevenir y evitar situaciones de riesgo social que puedan originar el maltrato y la desasistencia de las personas mayores.

En consecuencia, la característica de este tipo de leyes es plantear una actuación integral para atender al bienestar de las personas mayores como mejora de su calidad de vida, pero desde un aspecto fundamentalmente social, más que jurídico.

Y más que plantearse este tipo de reformas sociales, que por supuesto son necesarias, y cuyas bases y condiciones, según se ve, están fijadas y establecidas con claridad para avanzar en este sentido, la reflexión ahora más oportuna debiera centrarse en el ámbito estrictamente técnico-jurídico. Es decir, ha de superarse la óptica meramente asistencial en la aproximación al tema de la tercera edad.

VII. SU ASPECTO JURÍDICO: ÁMBITO DE REVISIÓN O REFLEXIÓN

Si la prolongación de la duración de la vida está teniendo como consecuencia un incremento del número de personas dependientes se impone una reflexión sobre la evolución necesaria de las soluciones existentes actualmente en el Derecho positivo para responder a las nuevas situaciones. El Derecho español, como casi el resto de los Ordenamientos, no tiene respuesta específica a los problemas que originan las dependencias; existen algunas medidas ocasionales repartidas a lo largo del articulado del Código Civil, pero las soluciones generales no son satisfactorias. Encontrar soluciones jurídicas adaptadas a estas nuevas formas de dependencia no es nada fácil, las incapacidades mentales o psíquicas producen grados de dependencia muy variable; ¿merecería entonces esta situación un estatuto particular?, si ello no lo justificase, como parece, al menos sí procedería cierta reforma legislativa que eliminara las barreras que impiden el desarrollo de la protección de dichas personas, construyendo las rampas que favorezcan la debida asistencia y protección jurídica tanto en el ámbito personal como patrimonial.

Y las materias que afectan más directamente a dicha protección podrían ser las siguientes:

A) En materia de incapacitación.

Desde luego que la edad avanzada no constituye para el ordenamiento una razón de exclusión o limitación de la capacidad de obrar; la vejez por sí sola no

es ni prueba ni indicio de incapacidad, pero sí se relaciona en una proporción elevada, según se ha visto, con diferentes formas de demencia senil y origina numerosas situaciones que se encuentran en la frontera o en el límite de la capacidad.

En este sentido la normativa actual de la incapacitación sólo responde en parte a los particulares problemas que surgen con el envejecimiento y más en concreto con la dependencia:

a) No puede negarse el acierto del art. 200 del CC al optar por una fórmula amplia y flexible: no se compromete con el desarrollo de los avances científicos o aparición de nuevas enfermedades, permitiendo incluir toda aquellas causas o enfermedades que vayan surgiendo y se vayan clasificando en un futuro. Así manifiesta el precepto que “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. La consecuencia no sólo es la concesión de un amplio arbitrio a favor de la autoridad judicial para valorar con más flexibilidad las circunstancias del caso concreto, sino sobre todo, y con referencia a la situación anterior, que la incapacidad ha dejado de ser, como se ha dicho, obra arbitraria de la ley, al dejar fuera de la incapacitación la prodigalidad y la interdicción, no habiendo más causas de incapacitación que aquellas que provengan del estado de incapacidad natural del sujeto.

Pero al mismo tiempo esta fórmula amplia y genérica que utiliza el art. 200 del CC va necesariamente en detrimento de la concreción y determinación, originando como cualquier otra de las mismas características cierta inseguridad nada deseable. En este sentido manifiesta MARTÍNEZ DIE que una de las razones que se oponen a la iniciación de los procesos de incapacitación es el de la propia indeterminación legal de sus causas y la inexistencia de una denominación fiable y universalmente aceptada para distinguir los diversos grados de incapacidad.

Así, la ventaja de la flexibilidad tiene su contrapunto en la “inseguridad por falta de uniformidad en su aplicación” (como también ha dicho DIEZ-PICAZO). Riesgo que sobre todo se evidencia o se destaca para las denominadas enfermedades transitorias de carácter cíclico, especialmente significativas o más frecuentes en esta etapa de la ancianidad. Los requisitos que fija el citado art. 200 del CC para declarar la incapacitación no resuelven su tratamiento jurídico.

Las características fundamentales son en efecto dos, el carácter persistente o prolongado del trastorno o deficiencia y la falta de autogobierno, “las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma” (es decir, la posibilidad de adoptar decisiones y realizar actos concernientes a su propia esfera tanto en el plano personal

como patrimonial). Con lo cual lo que el Juez debe valorar es la incidencia que la enfermedad o deficiencia tiene en la capacidad de autogobierno, según el tipo de relaciones propias que afecten al concreto sujeto, y sólo cuando sea grave o de cierta magnitud será procedente la incapacitación.

Más allá de estas consideraciones y criterios generales es la jurisprudencia del Tribunal Supremo la que, resolviendo sobre casos concretos, habrá de ir integrando el texto legal, aportando una seguridad y concreción de la que carece originalmente. En este sentido, interpretando el texto legal, ha declarado la incapacitación también en el caso de las enfermedades de carácter cíclico que impliquen una imposibilidad de autogobierno intermitente.

La falta de especificación legal podría admitir aquí las más variadas opciones, y este tipo de incertidumbre no puede por menos que desincentivar la iniciación de cualquier proceso de incapacitación.

Prueba de esta variedad es el caso conocido por la tan citada sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1986, que fue una de las primeras sentencias en aplicación de la reforma en materia de incapacitación y tutela por Ley de 24 de octubre de 1983. El Ministerio Fiscal interpone demanda de incapacitación para que se declare la incapacidad de quien padece psicosis fásica maníaco-depresiva, de evolución crónica y acusada sintomatología que cuando entra en fase cíclica o crítica le produce pérdida de juicio de la realidad y otras deficiencias, instándose al mismo tiempo su internamiento en un establecimiento psiquiátrico adecuado cuando fuese preciso y la constitución del organismo tutelar pertinente.

Petición que se resuelve en cada una de las instancias de forma radicalmente distinta, destacándose la discrepancia entre las sentencias dictadas por los distintos jueces que conocieron del caso. El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda de incapacitación. En el recurso de apelación la Audiencia Territorial dictó sentencia estimando el recurso, declarando la incapacidad, debiendo procederse por el organismo judicial de origen de este procedimiento a la constitución de la tutela correspondiente en forma legal, que ha de quedar limitada, en cuanto a la persona, durante los períodos de la fase activa de la enfermedad que padece, incluyéndose la posibilidad de internamiento en un establecimiento adecuado, y en cuanto a la administración de sus bienes, dejando en manos de la incapaz solamente la cantidad dineraria que el órgano tutelar estima necesaria para los gastos ordinarios de manutención y vestido, de la que podrá disponer libremente dicha incapaz en los períodos de tiempo en que la enfermedad no se muestre activa, y se ordena anotar en el Registro Civil, sin especial imposición de costas en ninguna de las instancias. Y el Tribunal Supremo, casando la sentencia de la Audiencia Territorial y revocando también la del Juez de Primera Instancia, declara la incapacitación con extensión y límites a los actos que excedan de una normal, ordinaria y regular

administración de su patrimonio en proporción al contenido de éste y a los actos de disposición y gravamen sobre el mismo patrimonio, a cuyo fin deberá procederse a la constitución de la correspondiente curatela.

Las divergencias no pueden ser mayores, no hay coincidencia en ningún aspecto, ni en la procedencia de la incapacitación, ni en la institución de guarda y protección, ni en la extensión o límites de la incapacitación.

A falta de concretas especificaciones legales adquiere especial importancia entonces la doctrina del Tribunal Supremo fijando criterios que vayan perfilando el contenido y los límites del art. 200 del CC; habrá de respetarse su flexibilidad pero intentando reducir su alto grado de inseguridad, a no ser que se opte por una cierta reforma en materia de incapacitación que tuviera en cuenta las variables que afectan o son características de estas situaciones intermedias, tarea que no carecería, por otro lado, de grandes dificultades dada la enorme diversidad que concurre en este tipo de enfermedades.

A este respecto el Tribunal Supremo tiene declarado que las enfermedades mentales crónicas y de carácter cíclico pueden ser causa de incapacitación, de acuerdo con el art. 200 del CC, ya que lo que el referido precepto está considerando es únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impide a la persona gobernarse por sí misma, y no la fase temporal en que esta consecuencia de no posibilidad de gobierno personal se produzca. La persistencia de la enfermedad no es incompatible con el carácter cíclico de la misma, ya que lo que la persistencia significa a efectos jurídicos, como ya lo revela su sentido gramatical, es su permanencia firme y constante o, lo que es lo mismo, su duración permanente en el tiempo, con independencia de su mayor o menor intensidad periódica. El carácter cíclico de la enfermedad mental sí que debe tenerse en cuenta en el momento de determinar la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Lo que implica que no sea adecuado someter a la persona incapacitada a tutela, sino a curatela. Y lo que implica también que las restricciones de la capacidad en la esfera patrimonial deben ser reducidas a los actos de administración extraordinaria y a los actos de disposición y que la incapacitación no se extienda a la esfera personal.

Sin embargo, algunos de estos criterios no podrían ser extrapolados o generalizados a otros supuestos en los que se pretenda valorar el carácter cíclico de la enfermedad para determinar el grado de incapacitación. De ahí la dificultad de completar y especificar el alcance del art. 200 del CC. Las enfermedades cíclicas o con fases intermitentes pueden dar lugar a la incapacitación de quien las padece, el problema es el alcance que ha de tener la incapacitación. La opción por este modelo de abstracción y generalidad paradójicamente ha conducido a resultados contrarios de los que se proponía la reforma. La inexistencia de soluciones claras y concretas, el laconismo legal, la inseguridad jurídica que

resulta no pueden por menos de originar cierta desconfianza que se manifiesta evitando el proceso de incapacitación.

b) El propio procedimiento de incapacitación también induce a numerosos reparos. El modo de iniciar el procedimiento es motivo de importantes reticencias para los propios familiares implicados, que les disuade enormemente de la puesta en marcha de dicho proceso; con respecto a la legitimación, el legislador ha querido fundamentalmente que las personas ligadas por estrechos vínculos de carácter familiar al presunto incapaz posean la facultad de accionar. No cabe, por tanto, una especie de acción popular, aunque cualquier persona podrá poner en conocimiento del Ministerio fiscal que un sujeto padece alguna enfermedad o deficiencia incapacitante para que ese órgano público inicie el procedimiento si lo estima oportuno, pero esta puesta en conocimiento no puede entenderse como una denuncia en sentido estricto.

Así, los parientes llamados a promover la incapacitación de quien carece de aptitud para defenderse por sí mismo se ven abocados a dirigir una demanda “contra” su familiar y a seguir un proceso que tiene por objeto “restringir” o “limitar” la capacidad de obrar del demandado (el padre respecto del hijo o en nuestro caso el hijo respecto del padre). Iniciado el procedimiento mediante una demanda, las personas legitimadas para ello por la Ley ponen en conocimiento del órgano judicial la existencia de un sujeto supuestamente incapaz, convirtiendo a aquéllas en parte activa del proceso que inician; debe constar explícitamente, entonces, en la demanda la acción ejercida y la persona contra quien se ejerce, así como los hechos en que se basa la acción, aunque sea sin grandes formalismos estrictos.

“No es de extrañar —dice MARTÍNEZ DIE— que estas características, que destilan abstractas concepciones de escuela muy desligadas de la realidad cotidiana, contribuyan poderosamente a que el proceso de incapacitación sea considerado como vejatorio, y explica la dificultad de convencer de lo contrario”. Y si no tanto como vejatorio, sí al menos incómodo y muy doloroso, originando contradictorios sentimientos de culpabilidad.

Por eso, aunque el enfermo mental no tenga consciencia suficiente de su estado para actuar por sí mismo, en esas situaciones un tanto límites, características en especial de la ancianidad, donde la debilidad no logra borrar del todo la autodeterminación o sobre todo en este tipo de enfermedades de carácter cíclico en las que existen momentos de plena lucidez, podría ser oportuno especialmente desde un punto de vista psicológico hacer que el enfermo solicitase él mismo el inicio del procedimiento de incapacitación y la correspondiente medida de protección tutelar, de modo que no tenga el sentimiento de que la acción va dirigida en su contra, sino que se trata de una medida de protección que él pide: vid. art. 493 del Código Civil francés; más específicamente, el art. 372 del CC suizo precisa que “todo mayor puede pedir que sea puesto bajo tutela, si él

demuestra que está impedido para gestionar sus asuntos *a causa de debilidad senil* o de su inexperiencia”; y con carácter bastante amplio también en el art. 345 del CC italiano. Respecto al Derecho español no debe olvidarse que la facultad de poner en conocimiento del fiscal los hechos determinantes de la incapacitación la ostenta toda persona, por tanto incluso el presunto incapaz.

c) Algunas apreciaciones pueden hacerse también respecto del alcance de la sentencia de incapacitación.

Sin que la edad sea un factor de subdivisión entre las personas sí requiere de una diversidad de soluciones en relación con los fenómenos disciplinados por el Derecho o interfiere con los fenómenos regulados por él, y esta diversidad precisamente se pone de relieve con especial intensidad sobre todo en relación con las personas mayores a través de la declaración del art. 210 del CC y tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 760. A tenor, pues, de este precepto la sentencia determinará el alcance de la incapacitación, señalando los actos que pueda realizar por sí solo el incapacitado, o aquellos para los que necesita de un representante o una mera asistencia, especificándolos o señalándolos con carácter general por su pertenencia a una categoría (o de cualquier otro modo que no ofrezca duda sobre los concretos límites de la capacidad). Y la resolución determinará, por último, las instituciones de tutela o guarda a que el incapacitado haya de quedar sometido, existiendo una correlación entre el grado de incapacidad y el carácter de la guarda, pudiendo asimismo la autoridad judicial configurar el alcance y los poderes concretos de quien personifica el órgano de guarda, aunque sin transgredir los parámetros institucionales que se marcan en la ley: y esto es especialmente interesante cuando se trata de aplicarlo a las personas mayores por la escasa homogeneidad que existirá entre un caso y otro, o por la variedad de matices que distinguirá un supuesto de otro.

Como han indicado DESCHENAUX y STEINAUER (p. 229) la elección de la medida tutelar debe ser hecha con el siguiente criterio: “la protección que resulte de la medida debe tener toda la eficacia buscada salvaguardando al máximo la libertad de la persona protegida. Como la medida constituye una intervención en la esfera de la libertad del individuo, conviene aplicar a la elección de esta medida los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad. Es proporcional cuando es tan eficaz como necesaria, que permite conseguir el fin de protección buscado, siendo desproporcionada no sólo cuando sea demasiado radical, sino también cuando sea demasiado débil, y si hay varias medidas posibles a aplicar, pues consiguen el mismo fin, hay que elegir la más leve —principio de subsidiariedad—”.

Si se siguen con rigurosidad estos criterios, como así ha de ser, en la práctica junto a la dificultad de establecer los verdaderos límites de la capacidad determinando exactamente los actos que puede o no llevar a cabo por sí mismo

el incapacitado, y por tanto delimitando el grado de representación o asistencia que necesita en la medida precisa para la defensa de sus intereses, existe otro problema que también puede ser tratado en relación con la debida protección que merecen las personas de edad avanzada: con el nuevo sistema de graduación de la capacidad y pluralidad de guarda puede ocurrir que personas para las que el Juez haya fijado un determinado *status*, que presupone una cierta capacidad, no coincida con la apreciación del notario en el momento de ser sometidas al juicio notarial de capacidad con ocasión del otorgamiento de algún documento. Tema que ha sido tratado brillantemente por TORRES ESCÁMEZ para el homenaje a Hernández Gil. Y cuya importancia ya había resaltado BALLARÍN MARCIAL (p. 532) en relación a los mayores con el siguiente dato sociológico: más de la mitad de las grandes fortunas de Francia se hallan en manos de septuagenarios, el aumento del número de ancianos y por tanto de ancianos que acuden al notario a veces con más de ochenta o noventa años situados en una zona gris de incapacitación significa en muchas ocasiones un verdadero compromiso.

Esta realidad es susceptible de un tratamiento jurídico más amplio y diversificado del que aquí se va a hacer, pero lo que interesa sobre todo es llamar la atención sobre la posible disociación a que puede conducir el actual sistema de regulación de la incapacitación entre la incapacitación judicial y el juicio de capacidad notarial.

Si la sentencia de incapacitación es el dato formal, el “discernimiento” es el objeto de valoración por el notario en cada ocasión que el consentimiento se presta ante él. “La apreciación notarial de la capacidad lleva consigo un juicio sobre la capacidad natural del otorgante, una calificación jurídica referida a su capacidad de obrar y legal y una dación de fe en cuanto a la propia actividad del notario a ese respecto” (TORRES ESCÁMEZ). Entre los requisitos de la comparecencia de toda escritura el art. 156.8 del Reglamento notarial enumera “la afirmación, a juicio del Notario y no apoyada en el solo dicho de los otorgantes, de que éstos tienen la capacidad legal o civil necesaria para otorgar el acto o contrato a que la escritura se refiera” y según el art. 167 “el Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate”. Sobre la dificultad y el riesgo de esta actividad basta con imaginar la infinita variedad de situaciones complejas que se presentan cada día ante el notario.

Como resultado de esta actividad el conflicto a que nos referíamos se produce cuando el notario no aprecia capacidad natural en el incapacitado sujeto a curatela o en el tutelado al que se le faculta en la sentencia para realizar por sí mismo algún acto, y cuando el notario aprecia capacidad natural en el judicialmente incapacitado que pretende realizar una concreta actuación notarial.

Por lo que se refiere al tercer supuesto, a juicio de TORRES ESCÁMEZ “el notario que conozca dicha circunstancia no debe autorizar el acto, aunque aprecie capacidad natural, pues la seguridad jurídica a la que se debe no consiente la producción de actos claudicantes, por tanto debe negar su función, sin perjuicio de que aconseje al compareciente los trámites judiciales oportunos para el levantamiento de su incapacidad”. (La verdad es que poco ha insistido el Código sobre la obligación de comunicar también cualquier cambio que afecte a la recuperación de la capacidad, a diferencia de la rotundidad con la que expresa la promoción de la incapacitación y sanciona la falta de promoción de la constitución del correspondiente órgano de guarda respecto del sujeto afectado por alguna anomalía física o psíquica —art. 229 del CC—.) “En caso de extrema urgencia, haciendo todas las advertencias y salvedades oportunas y valorando con la mayor prudencia las circunstancias del caso, se podría autorizar el acto, habida cuenta de que, como ha dicho alguna vez la jurisprudencia, lo característico del acto verdaderamente humano es que se realice con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer lo que, con él mismo, se persigue”.

El primero de los supuestos enumerados será en la práctica el más frecuente, afectando en mayor grado a la protección de los ancianos, pues como dice el mismo autor citado “cabe apreciar un ligero abuso —en el mejor sentido del término— en cuanto a la utilización de la curatela... vemos en la vida diaria casos de curatela constituida, que realmente deberían ser de tutela.... No debe olvidarse que la persona sometida a curatela ha de tener un mínimo de discernimiento, de capacidad natural, que le lleva a prestar consentimiento —aunque necesitado de asistencia— en los actos y negocios en que interviene”. La amplia graduación de la incapacidad y la rigurosidad del régimen de la tutela inclinan a la constitución de la curatela y en consecuencia se favorecen situaciones de desconexión con la realidad, y sobre todo respecto de la situación de las personas de edad avanzada a las que suelen afectar enfermedades de tipo degenerativo. Entiende TORRES ESCÁMEZ que apreciada esta situación por el notario debe denegar la autorización del acto que se pretende llevar a cabo, poniendo la situación en conocimiento del Ministerio Fiscal en cuanto que el grado de incapacidad podría ser determinante de tutela, por ejemplo; el incapacitado compareciente, sometido a curatela, ha de prestar consentimiento y por tanto tener cierto conocimiento del alcance del acto en cuestión, objeto del juicio notarial; aunque dicho conocimiento no sea completo, dada su situación de incapacidad, la intervención del curador implica únicamente una función de asistencia, de complemento, que en ningún caso llega a suplantar la voluntad del incapacitado.

Por lo que cabe concluir insistiendo en la importancia de la revisión de las sentencias de incapacitación, del análisis cada ciertos períodos del grado de capacidad de la persona sometida a cualquier órgano de asistencia o protección,

especialmente cuando se trata de ancianos y sobre todo cuando se padezca enfermedades de tipo progresivo o crónico con fases variables que aquejan de manera particular como se ha dicho a personas bastante ancianas.

B) Instituciones de guarda.

La heterogeneidad es la nota más destacada que caracteriza a la ancianidad. La variedad de enfermedades o de incapacidades mentales típicas o propias de estas edades engendran grados de dependencia muy variables, cuya respuesta jurídica no es fácil de formular. A pesar de la gran flexibilidad que concede el art. 210 del CC, y ahora el art. 760 de la LEC, para determinar la extensión de la incapacitación y en consecuencia la institución de guarda o tutela a que haya de quedar sometido el incapaz, no puede ser fácil para estos casos la elección del sistema que se ajuste exactamente a sus concretas necesidades en cuanto que el Código Civil instaura un régimen de guarda muy delimitado aplicable además tanto a menores, mayores como ancianos; es decir, la flexibilidad del art. 210 del CC es más aparente que real.

El Derecho español regula una asistencia continua para los incapacitados (a través exclusivamente de la tutela y curatela), aunque también existan disposiciones a lo largo de todo el articulado del Código Civil que pueden incidir de alguna manera en su protección, como los arts. 1300 y ss., 1376, 1377, 1388 del CC... o en materia de arrendamientos urbanos. Pero no existe una institución que sirva a una protección de menor intensidad para aquellos casos de cierta debilidad o que no merezca de una incapacitación.

En el Derecho comparado, como muy bien ha puesto de relieve SANTOS MORÓN, esta tendencia ha tenido plasmación legislativa en Alemania, a través de la denominada *Betreuungsgesetz* de 12 de septiembre de 1990, que ha suprimido la tradicional figura de la incapacitación para sustituirla por una figura, la *Betreuung*, que no afecta a la capacidad de obrar. “Con ello se pretende respetar al máximo los derechos de la personalidad de los disminuidos psíquicos y enfermos mentales y, en concreto, su derecho al libre desarrollo de la personalidad”. “La principal finalidad de la reforma —como comenta la autora— ha sido reforzar los derechos y la posición jurídica de los discapacitados físicos y psíquicos, garantizar el respeto a los derechos de la personalidad y en especial el ejercicio de su derecho a la determinación. De ahí que uno de los principios que inspiran la nueva regulación legal sea el denominado principio de necesidad con base en el cual sólo debe imponerse a un sujeto un *Betreuer* cuando sea estrictamente necesario, esto es, cuando no sea posible proteger sus intereses de otro modo. Asimismo, el ámbito de actuación del *Betreuer* sólo debe extenderse a aquellos asuntos en que sea necesaria su intervención dada la situación de la persona sometida a su cuidado (a la que se denomina *Betreute*).

El párrafo 1896 expresa los presupuestos para que tenga lugar este tipo de asistencia:

— Está prevista para una persona mayor de edad [aunque se permite la adopción de esta medida a partir de los 17 años —párrafo 1908.a)— cuando la situación que lo justifica persistiera llegada la mayoría de edad, pero las medidas no producirán efecto hasta que se alcance la mayoría de edad].

— Presupone asimismo la existencia de una enfermedad psíquica o una discapacidad física o psíquica que impida a la persona valerse por sí misma total o parcialmente, y puede ser solicitada la medida por el propio interesado o impuesta de oficio por el Juez.

— El *Betreuer* sólo es nombrado para aquellas funciones que sean imprescindibles para la atención del incapaz, puede nombrarse sólo para la administración de los bienes o del patrimonio, o para el cuidado de la persona o para otra función más limitada. La asistencia no será necesaria en tanto que los asuntos del mayor de edad puedan ser administrados por apoderados u otras personas sin representación legal de forma igual que un asistente.

Del nombramiento se ocupa el párrafo 1897: se nombrará como *Betreuer* a una persona física idónea para el ejercicio de las funciones que haya de desempeñar, en cuyo ámbito ostentará la representación —párrafo 1902—, sin que ello afecte a la capacidad negocial del sujeto afectado, que puede actuar por sí mismo; la excepción es la ordenación por el Juez de la denominada *Einwilligungsvorbehalt*, una especie de reserva de consentimiento (párrafo 1903), en cuyo caso el sujeto a *Betreuung* no puede realizar eficazmente negocios comprendidos en este ámbito a no ser con consentimiento de su asistente o cuidador; y como tampoco falta la excepción de la excepción, este régimen de complementariedad no se aplicará cuando se trate de actos de carácter personalísimo.

En algunos casos, cuando el *Betreute* carezca de capacidad negocial el *Betreuer* puede actuar en representación del *Betreute* pero sólo de forma subsidiaria, siendo además necesaria la autorización judicial.

En el ejercicio de las funciones que son competencia del *Betreuer*, como no podría ser de otro modo, y hace constar expresamente el párrafo 1901, debe actuar en interés y en beneficio de la persona protegida por esta institución y de acuerdo con los deseos y las directrices que le diera esta persona.

En caso de que el mayor de edad proponga a una persona que pueda ser nombrada asistente se atenderá a esta propuesta siempre que no resulte contraria a sus intereses, del mismo modo que se tendrá en cuenta la exclusión que hiciera respecto de cualquier persona, y en caso de que no propusiese a ninguna

se tomarán en cuenta en la elección del asistente las relaciones de parentesco y demás relaciones personales con el mayor y los posibles conflictos de intereses. En todo caso, la persona designada ha de aceptar el cargo. También es posible, según las necesidades del caso concreto, nombrar a varios asistentes delimitando las funciones de cada uno, y en el caso de que se ocupen varios actuarán de forma solidaria, pudiendo ser designados para actuar de forma subsidiaria, de manera que uno actúe en defecto de otro en la administración de los asuntos del asistido (parágrafo 1899). Asistencia que puede también otorgarse a una institución o entidad pública (parágrafo 1900).

En el Derecho francés esta misma filosofía viene representada por la *sauvegarde de justice*, presentada como una innovación de la Ley de 3 de enero de 1968. Se caracteriza por que asegura un *minimum de protection*, tanto que la persona protegida no es propiamente un incapaz y conserva el ejercicio de todos sus derechos; es esencialmente concebido como un *régimen de protección temporal*.

Según el art. 491 “*peut être placé sous sauvegarde de la justice le majeur qui, pour l’une des causes prévues à l’article 490, a besoin d’être protégé dans les actes de la vie civile*”, es decir, para aquellos que padecen una alteración pasajera o limitada de sus facultades, enfermedades mentales con crisis temporales de carácter cíclico, o personas con enfermedades o deficiencias mentales duraderas pero como medida provisional previa a la constitución de la tutela o curatela, o ancianos con cierta debilidad mental. Y puede constituirse de forma ordinaria, mediante iniciativa de un facultativo, o de forma excepcional, mediante la intervención de la autoridad judicial, distinción que tiene importancia respecto de los efectos que produce la *sauvegarde de justice* (WEILL/TERRÉ, pp. 856 y ss.).

El interés de esta medida es triple:

— Los actos de la persona mayor que no pudieran ser anulados por causa de demencia todavía podrían ser impugnados o bien por simple lesión o a través de una acción de reducción por exceso.

— Se aplican por analogía las normas del mandato y de la gestión de negocios ajenos.

— Las personas legitimadas para solicitar la apertura de la tutela tienen la obligación de realizar los actos necesarios para la conservación del patrimonio de la persona protegida cuando tengan conocimiento tanto de su urgencia como de la declaración a los fines de la *sauvegarde de justice*.

En nuestro Ordenamiento básicamente sólo dos instituciones sirven a la protección: la tutela y la curatela, y ambas requieren una previa incapacitación

(incapacitación absoluta o incapacidad parcial). La tutela está concebida respecto de una persona que necesita estar representada de una manera continua en casi todos los actos de la vida civil. Sin perjuicio de la graduación y delimitación a la que se refiere el art. 210 del CC modificado por el art. 760 de la LEC, el tutor asume, para hacer efectiva la potestad tuitiva en que consiste la tutela, el cuidado de la persona del menor o incapacitado (art. 269 del CC) y la gestión de sus bienes (art. 270 del CC) y a este fin está investido de poderes generales de representación (art. 267 del CC). Suple la imposibilidad de actuar del representado, el tutelado queda sustituido por el representante legal, y las decisiones de éste le son impuestas en su esfera jurídica y en su patrimonio con todas sus consecuencias jurídicas, regla de la que sólo se exceptúan los actos que puede realizar el pupilo por sí mismo, ya sea por disposición expresa de la Ley o según la extensión que conceda la sentencia de incapacidad al incapacitado.

Mientras que si estuviera sometido a curatela no serían válidos los actos realizados por el incapacitado sin el complemento de capacidad necesario del curador. La curatela así se aplica cuando se tiene la necesidad de ser aconsejado o controlado en ciertos actos de la vida civil, pero presupone también la incapacidad. El crecimiento espectacular del número de curatelas refleja la voluntad de los jueces de no privar totalmente de capacidad al sujeto en cuestión y de garantizar al máximo el respeto de los derechos fundamentales de los incapacitados y el libre desarrollo de su personalidad.

En nuestro Derecho, la curatela delimitada en función de las necesidades del sujeto en concreto, pensando en las particulares limitaciones de los mayores o ancianos, puede ser una alternativa a la mayor rigidez de la tutela, pero con todo no alcanza o no puede abarcar la variedad y diversidad de tipos de dependencia que genera la longevidad, como tampoco puede exceder, por mucha flexibilidad que se le quiera otorgar, de sus propios límites institucionales.

En este sentido la figura de la guarda de hecho para estos supuestos podría tener una trascendencia especial, pero parece que la guarda de hecho está regulada en el Código Civil precisamente para que no se utilice. Tres lacónicos preceptos para un supuesto harto frecuente en la vida diaria. Es extraordinariamente elevado el número de personas que por diversas causas no pueden valerse de forma suficiente por sí mismas, y el aumento de la longevidad otorgará a esta institución un gran desenvolvimiento y una importancia cada vez mayor; en este sentido, merecería la pena que fuera regulada de forma exhaustiva teniendo en cuenta las necesidades que están empezando a plantear las nuevas realidades sociales.

Es curioso que algunos autores hayan mirado con reticencia y desconfianza, incluso alguno calificándolo de ilegal, el hecho de que personas necesitadas de protección o ayuda sean protegidas o asistidas por otras que, al margen de cualquier formalidad legal, asumen funciones similares a las que confiere la ley

a los tutores, y que en la mayoría de las ocasiones se explica por tratar de evitar la intromisión en la esfera familiar de instituciones y órganos ajenos. Igual que algunos autores, ese mismo recelo parece que ha tenido también el legislador cuando la fórmula del art. 303 del CC parece dar a entender que ante una situación de este tipo la actuación inmediata es que se tomen las medidas necesarias para poner en marcha otros remedios, que la guarda de hecho desaparezca cuanto antes, una pura situación temporal a la que es deseable poner fin de forma inmediata, algo al margen del Derecho; bien presente se hace la amenaza del art. 229 del CC. Actitud de desconfianza que como dice ROGEL VIDE (p. 30) no se comprende bien si se tiene en cuenta que para situaciones similares, como las derivadas de la gestión de negocios ajenos sin mandato, la actitud difiere sensiblemente. La guarda de hecho, aunque sin formalidades legales, informal o irregular no es por ello jurídicamente irrelevante, la expresión “de hecho” no tiene que tener connotaciones peyorativas, equivalentes a fáctico como contrapuesto a jurídico (p. 80).

En general, puede decirse que la guarda de hecho es una figura contemplada o regulada de un modo bastante particular, cuya importancia reclama un nuevo tratamiento que comprenda las realidades actuales, lo que implicaría a su vez una ampliación de su concepto o de los supuestos que se encuadrarían en esta institución; el término guarda siempre se ha entendido equiparable a tutela en sentido amplio, equiparable a instituciones tutelares, que viene a paliar el “desamparo”, según se ha dicho, tanto respecto de menores, de personas ya incapacitadas, o susceptibles de incapacitación, como habría de añadirse ahora o no necesariamente susceptibles de incapacitación, ni siquiera incapacitación parcial, de manera semejante a la filosofía que presenta el Derecho alemán a través de la *Betreuung* o el Derecho francés, cubriendo la infinita variedad de formas de asistencia que originan las situaciones o dependencias propias de la ancianidad. La utilidad de esta institución de cara a este nuevo fenómeno es que la guarda de hecho abarca tanto la esfera patrimonial como personal, y que puede estar dotada de los caracteres de generalidad y permanencia.

Cada vez existen más ancianos con problemas de dependencia que demandan cuidados de larga duración. Estos cuidados se siguen prestando fundamentalmente en el contexto familiar, sobre todo por las mujeres, pero cada vez serán menos las que se ajusten a este rol tradicional, cuando además algunas de las atenciones que precisan las personas dependientes han de ser seguidas y controladas por profesionales. No se quiere plantear la sustitución del protagonismo familiar en los cuidados de la vejez, sino que se considera imprescindible admitir que en el futuro los cambios sociales experimentados se traducirán en la imposibilidad para muchas familias de asumir todo el cuidado a sus expensas, mucho menos si se encuentra a cargo de una sola persona. De esta manera, reflexionar sobre la crisis del apoyo informal y el advenimiento de la dependencia como nueva necesidad social induce a profesionalizar esta nueva materia,

exigiendo a las personas a cargo de estos expedientes un mínimo de conocimientos jurídicos y patrimoniales en relación con las tutelas o asistencias que han de llevar.

C) Autoprotección jurídica.

En general puede decirse que el sistema carece de instrumentos de autoprotección, falta también el molde o los parámetros adecuados para integrar este fenómeno, y en el tema sobre todo de la protección de los mayores o ancianos tiene especial trascendencia porque las incapacidades mentales o psíquicas engendran diversos grados de dependencia tan variables que no es fácil que un texto legal pueda uniformar criterios o dar respuesta adecuada a todos ellos; no existen medidas adaptadas a las personas ancianas aquejadas de una incapacidad temporal o cuyas facultades mentales estén poco afectadas, por tanto, qué mejor que puedan disponer de un medio para organizar su propia protección.

a) El tema de la autonomía de la voluntad, o la eficacia de las disposiciones adoptadas por el propio interesado, está en relación con el tema de la mal llamada “autotutela”, que ha recibido un sin fin de denominaciones, como “tutela fiduciaria” que denominara CREHUET, “mandataria”, “voluntaria”, “autodelación de la tutela”... Con cuyas expresiones la doctrina ha venido entendiendo la legitimación del propio interesado para regular su tutela ante la eventualidad de una futura incapacitación.

Uno de los primeros autores en referirse a esta institución fue CREHUET DEL AMO en su discurso de recepción en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia (Madrid, 1921), proponiendo *de lege ferenda* añadir a los tres tipos de tutela del art. 204 del CC uno más que merece ser tenido en cuenta para acoplarlo en el Código Civil cuando se efectúe su reforma, y a esa nueva clase la llamó “tutela fiduciaria” (por la particular confianza que le merece la persona designada al posible tutelado).

Su utilidad fue destacada por SÁNCHEZ TORRES, quien difundió el término de “autotutela”, a raíz de un caso publicado en la revista *Deutsche Juristen Zeitung* que describía la situación de un joven de 19 años afectado por una tara hereditaria que hacía su aparición con el transcurso del tiempo y en previsión de tal circunstancia designaba en documento privado su tutor.

El *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, o también conocido como proyecto SEREM (p. 22), asumió el encargo de defender la novedad en un futuro texto legislativo. En su Título dedicado a la incapacitación el capítulo segundo prevé la incapacitación voluntaria, “la posibilidad de que puedan someterse voluntariamente a incapacitación los ebrios y toxicómanos, aunque en ellos no concurren las circunstancias determinantes de

su posible incapacitación legal, así como las personas en *avanzado estado de senilidad* o con un alto grado de inexperiencia, a quienes estos hechos dificulten notablemente el gobierno de sus asuntos e intereses”, que pasa al art. 211 de su articulado.

Sin embargo, no pasó de ser una propuesta que no superó la discusión parlamentaria a la que se sometió la Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código Civil en materia de tutela; al relacionarse en una enmienda la autosolicitud de incapacitación y la autotutela el rechazo de aquélla ocasionó el de ésta, sin llegarse casi a debatir este particular. La verdad es que ninguna de las razones por las que se denegó fue significativa, lo que más bien se puso de manifiesto es el poco interés en regular esta figura que no fue en absoluto comprendida, y cuya mala formulación partió incluso de sus propios defensores.

Pero el hecho de que no se plasmara finalmente en el articulado del Código Civil no quiere decir que carezca de cualquier trascendencia; el acto de exteriorizar la voluntad reflejándola sobre sí debe considerarse, en concreto por lo que afecta al órgano tutelar, perfectamente válido. Numerosas razones abundarían en esta consideración y sobre ello ya se ha dicho casi todo: se comenzó asimilándolo a las herencias en favor del alma (SÁNCHEZ TORRES, p. 348); por su analogía con el albaceazgo, en el sentido de que ambas instituciones dan continuidad a la voluntad de la persona para situaciones en que ya no pueden manifestarla válidamente o físicamente (RODRÍGUEZ-ARIAS, p. 353); la instrumentalidad en la capacidad de obrar no se concilia con que la legitimación para la designación de tutores se limite a los padres, la ley y el Juez, dejando al margen al propio interesado. La ampliación de las causas que impiden a una persona gobernarse por sí misma significa —explica BADOSA COLL, p. 924— una inversión en el tema de la incapacitación, se pasa de la visión esencialista de la capacidad de obrar en sí misma a la visión instrumental en función de la capacidad natural; si pueden nombrar tutor los titulares de la patria potestad no hay ninguna objeción para que la propia persona interesada nombre a su tutor; la reforma de 1983 concebida, en algunos sentidos, con amplios márgenes de flexibilidad en aras de la consecución del propio beneficio o interés del tutelado acogería perfectamente en su filosofía esta facultad, justificaría por tanto tal admisión el beneficio o interés del pupilo; en este sentido se ha dicho que antes que el cariño o afecto de los demás (tutela testamentaria, legítima o dativa) está el propio cariño o afecto más egoísta y previsor (SÁNCHEZ TORRES, p. 349); ¿por qué ser más válidas en este aspecto las formales fuentes legales que la autonomía de la voluntad?; el argumento principal se ha basado en la consideración de que la designación del tutor para el futuro es un reflejo de los derechos de la personalidad del individuo (como ya apuntara RODRÍGUEZ-ARIAS, p. 349, y ha dicho recientemente SANTOS MORÓN, “debe apoyarse en la consideración como un acto de ejercicio del derecho al

libre desarrollo de la personalidad —art. 10 de la Constitución—, tanto la incapacidad como la tutela han de ser analizadas a la luz de los preceptos constitucionales y esto implica que una y otra han de respetar los derechos fundamentales de los individuos”); el fundamento, insiste BADOSA COLL (p. 906), es la habilitación que atribuye la plena capacidad para el autorregimiento de la propia persona y bienes, y como también expresó SÁNCHEZ TORRES (p. 347), “la autotutela... es la manifestación práctica que más acusa la cristalización jurídica del discutido problema de los derechos sobre la propia persona”.

Sin embargo, tanto la eficacia que tienen las disposiciones que conforme al art. 223 del CC adoptaran los titulares de la patria potestad en este sentido, como en su caso las que dispusiera el propio interesado, según la regulación actual no tendrían una eficacia absoluta sino más bien limitada, el Juez debería estar vinculado cuando de forma objetiva y atendidas las concretas circunstancias del caso tales disposiciones redundaran en interés del pupilo, aunque el art. 234 del CC —no teniendo en cuenta las previsiones del futuro tutelado, dado que no se plasmó legislativamente la denominada “autotutela”— sitúa en primer lugar para el nombramiento de tutor al cónyuge que conviva con el tutelado, a los padres y en tercer lugar “a la persona o personas designadas por éstos en sus disposiciones de última voluntad”.

Contra todo esto LEÑA FERNÁNDEZ propone que se permita a los padres la regulación de la tutela como tengan por conveniente; la autoridad judicial no tiene la misma seguridad en lo que conviene al hijo como sus propios padres, siendo en los supuestos de conflicto o abuso cuando el Juez ha de intervenir pero no antes con tanto riguroso intervencionismo como plantea la Ley, dando entrada a la tutela de autoridad con carácter subsidiario, es decir, bien cuando los padres no hagan uso de sus facultades o cuando falle la tutela por ellos organizada. “La circunstancia de que el régimen tutelar sea tan inquisitivo... hace fácilmente comprensible que se trate de eludir la incapacidad para evitar la judicialización de la vida familiar” (MARTÍNEZ DIE).

Por tanto, lo mismo cabría plantear para la persona que la dispusiera en orden a su futura incapacidad y en consecuencia que sirviera al colectivo al que nos venimos refiriendo de instrumento para organizar su protección y asistencia.

Propuesta su aceptación, por lo que se refiere a sus requisitos esta declaración exige que se haga por una persona capaz, o mejor podría decirse que se efectúe en un momento que tenga plena capacidad, con lo que podría realizarse en un período lúcido si padeciese una enfermedad de carácter fásico, pues lo determinante de la validez de un consentimiento sería la consciencia de su valor por parte de quien lo emite, esa aptitud de entender y querer lo que se está haciendo, y con pleno conocimiento de sus consecuencias.

La designación se hace en previsión de una declaración de incapacidad y en orden a esta eventualidad puede disponer todo lo oportuno para la organización del correspondiente órgano tutelar, teniendo en cuenta que no es posible desplazar el régimen legal.

El documento ha de estar causalizado en el sentido de hacerse en previsión de una futura declaración judicial de incapacidad. El contenido de este documento únicamente será las disposiciones de autotutela, aunque éstas puedan también formar parte del documento, pero lo normal es que sea autónomo. Puede tratarse tanto de una escritura pública como de un acta de manifestaciones; a lo largo de la discusión parlamentaria se puso de manifiesto la admisión del documento notarial como el instrumento adecuado para que el interesado previniera medidas tutelares; el medio de constitución de la “tutela fiduciaria”, decía CREHUET, era el mandato tutelar; para RODRÍGUEZ-ARIAS (p. 354) lo importante era el contenido de la voluntad y no el vehículo que se utilizara, siempre que la forma usada ofrezca las garantías mínimas de autenticidad.

El problema será la falta de publicidad; el otorgante puede comunicarlo al nombrado o a los parientes más allegados para que acaecidos los hechos se adopten las medidas necesarias, pero lo propio es la existencia de un Registro donde conste esta voluntad, un registro de tutelas y autotutelas donde se inscriban estas declaraciones, con lo que se haría necesario organizar el funcionamiento y la publicidad de este registro, como de todo documento donde aparezcan estas disposiciones puede tomarse cuenta en el correspondiente folio registral en el Registro Civil, mediante la remisión del notario autorizante (como ejemplo puede señalarse la creación en Valencia de un registro de autotutelas organizado por el Colegio Notarial de Valencia).

Por tanto la institución de la “autotutela”, que debería comenzarse por cambiar la denominación, se configura como un instrumento muy idóneo en orden a la protección especial de los mayores o ancianos. Posibilita, en definitiva, mediante un documento apropiado, público, formal y revocable, la previsión del mecanismo de protección en caso de una eventual discapacidad, estableciendo, como se ha visto, ciertos mecanismos de control o excluyendo a determinadas personas de dicha protección.

Debe insistirse que igual que otros Ordenamientos jurídicos admiten expresamente esta figura, como en Suiza (junto a la figura de la autoincapacitación) o en Francia (donde se habla de la Carta de Intención que tiene el mismo objetivo de previsión para que el Juez la tenga en cuenta en el momento de constitución de la tutela), en nuestro Derecho puede tener cierta trascendencia aun a falta de sanción legal. Sólo es regulada por el art. 172 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña, y debe completarse con un Registro de nombramientos tutelares no testamentarios (art. 251); sólo a falta de tutor nombrado por la propia persona interesada o por el padre o la madre, o si la persona

designada es incapaz para ejercer el cargo, se excusa o es removida del mismo, corresponde a la autoridad judicial dicha designación (art. 178), y el propio art. 172 permite que “cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en este Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas. En caso de pluralidad sucesiva de designaciones, prevalece la posterior. También puede establecer el funcionamiento, la remuneración y el contenido, en general, de su tutela, especialmente en lo que se refiere al cuidado de su persona. Estos nombramientos pueden realizarse tanto de forma conjunta como sucesiva. Los nombramientos y las exclusiones pueden ser impugnados por las personas llamadas por la ley para ejercer la tutela o por el ministerio fiscal, si al constituirse la tutela se ha producido una modificación sobrevenida de las causas explicitadas o que presumiblemente hayan sido tenidas en cuenta al efectuar la designación o exclusión”.

Partiendo del incremento de determinadas demencias y en especial de la enfermedad de alzheimer, y teniendo en cuenta el elevado número de personas que previsiblemente van a tener carencias importantes en relación con su capacidad de autogobierno, sería interesante que el art. 234 del CC previera como posible tutor de la persona mayor incapacitada aquél a quien se hubiera designado.

La defensa de esta institución ha quedado bien palpable en las conclusiones que se formularon en el Congreso Internacional del Notariado sobre “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad” (Buenos Aires, 1998):

Primera: “el Notario latino, jurista, como depositario de la fe pública, nacido por exigencia social como receptor de declaraciones de voluntad de particulares, asesor, redactor, y controlador de la legalidad, es el instrumentador adecuado para formalizar las disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, mediante el documento público pertinente y causalizado, que debe ser suficiente en sí mismo. Debe reconocerse que el derecho de autoprotección procede del derecho a la libertad y a la dignidad, por lo tanto es un derecho fundamental.

Segunda: la autoprotección, nacida de lo más íntimo del ser humano y como manifestación de su autonomía de la voluntad, es una necesidad nueva a la que las legislaciones de los países que acogen el sistema del Notariado latino, deben de dar respuesta adecuada mediante las reformas que fueren necesarias en sus disposiciones legales.

Tercera: se reconoce que toda persona capaz puede adoptar medidas que tiendan a la autoprotección para el supuesto de su eventual incapacidad.

Cuarta: con el objeto de proteger los intereses del otorgante se recomienda que éste establezca en el documento de autoprotección un mecanismo de control.

Quinta: el incapaz, en la medida que tuviera suficiente juicio, deberá conservar el derecho de hacer propuestas y dar directrices a su representante, quien deberá observarlos si son beneficio del primero.

Sexta: se recomienda a la unión Internacional del Notariado Latino la adopción de un protocolo de uniformidad para reconocer la validez y equivalencia de formas de las disposiciones de autoprotección en todos los países miembros.

Séptima: se recomienda a todos los miembros de la Unión Internacional del Notariado Latino la creación de los registros necesarios para la debida publicidad de las disposiciones de autoprotección, preferentemente a cargo de los colegios de notarios” (sobre estas cuestiones RIVAS MARTÍNEZ, pp. 179 y ss.).

b) El mismo tema de autoprotección está en relación con otra cuestión especialmente interesante que es la del apoderamiento preventivo, que por la función que están llamados a cumplir bien merecería que fueran objeto de algún tipo de regulación.

Se ha definido como aquel acto unilateral y revocable formalizado en escritura pública por el que una persona capaz, en previsión de una pérdida gradual o repentina de facultades, designa a otra persona para que ésta pueda actuar en nombre y representación de aquélla durante la fase que media entre la concurrencia de una causa de incapacitación y la sentencia por la que se declare dicha incapacitación (que tiene carácter constitutivo y carece de efectos retroactivos) o al menos hasta que al iniciarse el procedimiento de incapacitación el Juez adopte ciertas medidas cautelares (MARTÍNEZ GARCÍA). Es el problema de una persona con alzheimer incipiente que ante la previsible disminución o alteración de sus facultades quiere encomendar la gestión de sus intereses.

En el momento de su realización es necesario tener, como siempre, capacidad general. Ha de efectuarse en escritura pública que exprese la causa, en atención a una futura pérdida de la capacidad, es decir, ha de ser un poder causalizado.

Apoderado puede ser tanto una persona física como una persona jurídica, que puede ser además la misma que se convierta luego en su tutor. A este último respecto hay que dejar constancia que desde la reforma del Código Civil en materia de tutela por Ley de 24 de octubre de 1983 el art. 242 del CC sanciona la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser también tutoras, novedad que ha tenido un gran desenvolvimiento, y están llamadas en el futuro a desempeñar un papel trascendental también en materia de protección de ancianos.

El nombrado apoderado actúa en una especie de transición hasta la declaración de incapacidad según la definición, lo que plantea la incidencia de la sentencia de incapacidad sobre el poder. A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, de tipo anglosajón, en nuestro Derecho la incapacidad extingue la representación; el art. 1732 del CC prescribe que “el mandato se acaba por:... muerte, *incapacitación*, declaración de prodigalidad, quiebra o insolvencia del madante o del mandatario” (incluida la incapacidad por Ley Orgánica de 15 de enero de 1996). El precepto se refiere literalmente al mandato. La teoría de la representación ha depurado los conceptos, y la diferencia entre ésta y el mandato ha llevado a distinguir la disciplina de una y otra institución. Sobre esta base nuestro Ordenamiento no lleva a la confusión entre poder y mandato, como ocurre en el Derecho francés; sin incurrir en confusión, en cuanto que se distingue entre mandato representativo y mandato sin representación, “se parte de la básica realidad de que la representación voluntaria conecta con el mandato genética y funcionalmente, viniendo a consistir en una modalidad en el desempeño del mismo. A partir de ello está más que justificada la unificación del régimen de extinción de ambos” (GORDILLO CAÑAS, p. 1.581), por tanto, la extinción de la representación voluntaria está incluida en la regulación del mandato, la incapacidad del poderdante determina el fin de la representación. Y aunque el precepto menciona de forma expresa “la incapacidad”, la pérdida de capacidad natural conduce del mismo modo a la extinción del poder por la ya clásica afirmación de que el apoderado puede hacer todo lo que le esté permitido al poderdante. Se ha dicho que es imposible obrar en nombre de quien está legalmente imposibilitado para hacerlo por sí mismo, sin embargo el actual art. 210 del CC impone ciertas matizaciones. Si es posible la graduación de la incapacidad, determinar los límites y la extensión de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que en consecuencia haya de quedar sometido el incapacitado, puede no ser necesaria ni útil la extinción total de la representación, compatible con el régimen y las facultades del nuevo órgano de guarda que se hubiera instituido; sin olvidar las propias exigencias, a su vez, que derivan de la protección a los terceros de buena fe. Aunque en opinión de León Alonso (p. 483) “no habiendo lugar a ello no parece técnicamente aconsejable mantener una relación de tan sólida base personalista sobre una nueva relación establecida entre un representante legal y otro voluntario del mismo mandante”.

Pero sostener que el poder también pierde su vigencia cuando aún no ha tenido lugar la incapacidad judicial haría prácticamente inútil —dice RIVAS MARTÍNEZ, p. 229— la figura del apoderamiento preventivo. A juicio de CABRERA HERNÁNDEZ —p. 107— “debe admitirse la renuncia parcial a la revocación, basándose en: a) que la Ley autoriza a las personas a regular sus intereses durante su vida plenamente capaz, por el poder, y aun después de muerto, mediante el testamento; ¿por qué no en este tiempo intermedio entre la

incapacidad y la muerte o la constitución de tutela?; b) que es perfectamente posible un amplio poder de personas que han de permanecer ausentes mucho tiempo, sin posibilidad real de ejercer la revocación y sólo a su regreso podrán saber si se usó bien de él o no; c) que también en el caso estudiado, el mandatario deberá rendir cuentas de su gestión, bien al poderdante si recobra su capacidad, bien al tutor o a los herederos de aquél en su caso; d) que el art. 1732.1 del CC dice que el mandato se acaba por su revocación, pero lo que no dice es que dicha facultad de revocación sea inseparable del poder, por voluntad del que lo da y si la jurisprudencia admite los casos en que el poderdante lo otorga con carácter irrevocable, cuando se da en favor del mandatario y no en interés del mandante, mejor ha de admitirse cuando la irrevocabilidad, temporal nunca absoluta, es en interés del propio poderdante; e) el mandante puede revocar durante su etapa de capacidad, y el poder se extingue con la constitución de la tutela; la irrevocabilidad sólo se da durante un tiempo casi siempre no muy largo; f) durante este tiempo puede haber y de hecho surgen situaciones urgentes cuya solución no se puede demorar: contratos con residencias, atenciones médicas... y otras, para la que puede ser necesario incluso la realización de actos dispositivos sobre los bienes del minuscapaz”.

Para RIVAS MARTÍNEZ (p. 229) es posible que el nombrado apoderado una vez producida la incapacidad de hecho del *dominus* se convierta en guardador de hecho del poderdante o mandante en el espacio de tiempo que media desde la incapacidad de hecho hasta la declaración judicial de incapacidad. El que puede llegar a ser guardador de hecho no es una persona que empieza a actuar *ex novo*, sino que fue nombrado representante voluntario por el que ha devenido incapaz, por la evolución, por ejemplo, de la enfermedad degenerativa que precisamente tuvo presente el poderdante o mandante cuando otorgó su representación y fue esa previsión de la enfermedad la que causalizó su otorgamiento. El cambio de capacidad del representado es lo que le hace ver al autor como lícito y admisible este posible trueque de figuras en el sentido de pasar de ser apoderado a ser guardador de hecho.

c) Se suele citar Canadá como ejemplo de legislación que regula la técnica del mandato como forma de protección en caso de incapacidad. La persona en cuestión nombra un mandatario que pueda ejercer los derechos de su mandante y administrar su patrimonio. Con ello se evita, en caso de inaptitud, la apertura de un régimen de protección como la tutela o la curatela.

El mandato es general si alcanza todos los asuntos del mandante, y especial cuando concierna sólo a aspectos particulares (administración de un bien concreto, por ejemplo). El mandatario puede tomar a su cuidado a la persona del mandante, será responsable de la gestión de sus asuntos como administrador de sus bienes. Con lo que existirían tres tipos de mandatos:

— El mandato de simple administración, que permite actos simples como conservación de los bienes del mandante (como la gestión de cuentas corrientes, por ejemplo, o la percepción de alquileres...).

— El mandato de plena administración, que permite celebrar actos más importantes, sin necesidad de autorización especial en el momento de la firma (venta de un bien inmueble, hipotecar un bien...).

— El mandato parcial, cuando se completa o se acompaña de otra medida de protección, la tutela o la curatela, en cuyo caso es necesario reglamentar las relaciones entre el mandatario, por un lado, y el tutor o curador, por otro.

Tipos que existen también en el Derecho francés, pero que no pueden ser aplicados a partir del momento en que la persona esté judicialmente incapacitada.

La legislación que estamos poniendo como ejemplo prevé también que el mandato debe redactarse en forma notarial o en documento privado en presencia de dos testigos. En el momento de su redacción el mandante debe poseer toda su capacidad civil y el mandatario debe tener también la aptitud suficiente, y por supuesto aceptar o prestar su consentimiento; y puede ser tanto una persona física como jurídica (en cuyo caso sería posible sólo en el ámbito patrimonial). La autenticidad es la garantía de una seguridad incontrovertible para evitar toda impugnación sobre la fecha del acto y la capacidad del mandante. En los términos del contrato, se trata, en efecto, de consagrar la designación de un tercero para una persona capaz en la hipótesis en la que él llegue a ser dependiente.

Para el ejercicio del mandato es necesario la ineptitud y la homologación por un tribunal (demanda de homologación que debe ir acompañada de un certificado médico y psico-técnico donde conste la ineptitud del mandante); los actos celebrados por el mandante antes de su homologación pueden ser anulados o reducidas las obligaciones que se derivan de él.

Como todo mandato, en su ejecución el mandatario tiene ciertas obligaciones frente a los terceros y el mandante, pero no es responsable de los daños causados por el mandante a no ser que haya incurrido en culpa o negligencia.

Y se extingue el mandato por renuncia del mandatario, por muerte del mandante o mandatario, por quiebra, por apertura de un régimen de protección, y por el supuesto típico de la revocación (*Demain la famille*, p. 402).

En el 94 Congreso de Notarios franceses se propuso que fuera organizado y previsto en el *Code Civil* la posibilidad de que cualquier persona física, en vista de que pueda ser incapaz, permita a un representante de su elección contratar en su nombre para organizar y mantener su estado de vida, respetando las indica-

ciones que figuran en el mandato y según sus costumbres. Y que este mandato sea gratuito, previsto de forma auténtica, autónoma e independiente de los regímenes de protección existentes; que tenga efecto desde el día de la constatación de la incapacidad de la persona por la autoridad judicial que conservará el control de su ejecución, y cuya extinción se produce con el fallecimiento del mandante.

El mandato puede referirse a actos de administración o de disposición, como para actos concernientes a la persona del mandante. Siendo deseable asegurar el conocimiento del mandato a los terceros.

Habría que dejar total libertad al mandante para designar al mandatario, es el fundamento mismo de tal mandato en la medida que se trata de organizar su propia inaptitud; sin embargo, la incertidumbre de la fecha a partir de la cual tendrá efectos hace plantear la idoneidad de la elección de un mandatario de sustitución eventual. En cualquier caso la preocupación sería si los mandatarios presentan el mínimo de competencias requeridas para asegurar correctamente la gestión de los negocios del mandante (*Demain la famille*, pp. 406 y ss.).

No es fácil tampoco diseñar esta modalidad de manera que se garanticen debidamente los intereses y la debida protección del anciano.

D) Internamiento.

Otro asunto que tendrá especial significación en la salvaguarda de los derechos de los ancianos es el internamiento o ingreso en centros de salud mental o simplemente residencias o geriátricos.

Sobre el internamiento, la última reforma del Código Civil por Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor no ha sacado al art. 211 del CC de la imprecisión que le caracterizaba. La regulación de los internamientos por enfermedad ha sido siempre insuficiente: lo era el Decreto de 3 de julio de 1931, especialmente tras la Constitución y los numerosos tratados internacionales firmados por España; lo fue también con la Ley 13/1983, de reforma del Código Civil en materia de tutela, que inaugura un nuevo sistema de internamiento cuyo control deja de ser gubernativo para recaer sobre la autoridad judicial, pero a pesar del progreso respecto al texto anterior su redacción ha sido objeto de numerosas críticas como no podría ser de otro modo respecto de un texto ambiguo, impreciso y deficiente; la reforma a través de la Ley de 1996 introduce una importante referencia en relación al menor de edad, pero el art. 211 sigue teniendo una regulación insuficiente, y se echa en falta por su trascendencia y frecuencia la preocupación por el internamiento de los ancianos. En el informe del Defensor del Pueblo sobre la atención sociosanitaria en España desde una perspectiva gerontológica se advierte que “si la redacción del art. 211 del CC tenía dificultades de interpretación, la reciente reforma sobrevenida

como consecuencia de la Ley del Menor, ha sido realmente perjudicial para el colectivo de personas mayores, hasta el punto de que hay interpretaciones constatadas de juzgados que indican la no aplicabilidad de este texto legislativo al internamiento de las personas mayores en centros residenciales. E incluso interpretaciones contradictorias dentro de la misma circunscripción judicial”.

Tampoco la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil se manifiesta muy exhaustiva. Por ello, debe insistirse en una nueva revisión del texto que tenga en cuenta los problemas del anciano y las previsiones que sobre ellos sean oportunas en relación con su ingreso.

El art. 211 del CC, que quedará derogado en breve cuando entre en vigor la LEC, expresamente sólo se refiere al “internamiento por razón de trastorno psíquico”, lo que no quiere decir que se excluya ningún otro que sea involuntario, aunque principalmente el internamiento se refiere a establecimientos psiquiátricos; pero el hecho es que puede responder a otras causas, tanto médicas como de otra índole, y especialmente en el caso de los mayores de edad debe extenderse también a otros internamientos en centros sanitarios o asistenciales cuya finalidad sea asistir al anciano. “Habida cuenta de que la incapacidad de una persona —dice BERCOVITZ, p. 197— se relaciona con cualquier clase de enfermedad o deficiencia, no creo que exista razón para no comprender en el art. 211 —de la reforma de 1983— todo internamiento que obedezca a la hipotética oportunidad de atender a una persona en su enfermedad o deficiencia. Por otra parte, ello evita tener que deslindar entre los supuestos que quedan claramente comprendidos dentro del campo de la salud mental y aquellos otros que pertenecen al mismo sólo parcialmente o que se encuentran colindantes con él”. Los internamientos no sólo afectan a los enfermos mentales. Sin embargo, una generalización excesiva planteará también numerosas dificultades prácticas de aplicación.

Por insistir, en la redacción del art. 763 de la LEC podría parecer que la autorización judicial se limitaría al internamiento de aquellas personas que padecen enfermedad mental (“trastorno psíquico” como razón de ese internamiento), con lo que, aparentemente, excluiría a otros colectivos implicados en tales ingresos y que, con una interpretación literal del nuevo precepto no requerirían tal autorización para su ingreso. Tales colectivos serían los mayores con demencia senil y los disminuidos psíquicos.

En este particular punto en el informe del Defensor del Pueblo se afirma que tras la reforma operada por Ley Orgánica de 1996 “las pautas hermenéuticas que contempla el art. 3.º del CC y, en especial, la aplicación de un criterio teleológico acomodado al espíritu de la norma y conforme con los antecedentes legislativos lleva a entender que la expresión «trastorno psíquico» abarca tanto la enfermedad mental como la deficiencia mental”.

Frente a esta circunstancia, como compensación, hay un criterio común a las diversas redacciones que ha tenido el art. 211 del CC y actual art. 763 de la LEC sobre internamientos no voluntarios, de especial acierto y utilidad ahora para los particulares problemas que presentan los internamientos de personas mayores, cual es la concesión de un generoso margen de arbitrio a favor de la autoridad judicial, que le permite decidir sobre la oportunidad y régimen del internamiento, tanto ante la petición previa como para los supuestos de urgencia. Y, como no podría ser de otro modo, “antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos del art. 758 de la presente Ley. En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación” (art. 763.3 de la LEC).

Al tiempo la Ley garantiza que las actuaciones judiciales y su decisión se producirán inmediatamente en los casos de internamiento de urgencia, que deberá ratificarse en un plazo máximo de 72 horas desde que el internamiento llega a conocimiento del tribunal una vez que el responsable del centro hubiera dado cuenta del ingreso a su vez dentro del plazo de 24 horas.

Sin embargo, una vez autorizado el internamiento el control se deja prácticamente en manos de los facultativos que atienden a la persona internada, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente; cada seis meses serán emitidos tales informes, aunque se puede establecer un plazo inferior; y recibidos dichos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento. Y finalmente el término del internamiento queda también en manos de los facultativos que simplemente lo comunicarán al tribunal competente (art. 763.4 de la LEC).

Con mayores precisiones que los textos anteriores aún, el art. 763 de la LEC no proporciona una regulación completa, que se hará en un futuro imprescindible para cubrir el ámbito específico de protección que requieren los ancianos. En el proyecto del Defensor del Pueblo, ya citado, a este respecto se “aconseja establecer sistemas intermedios de validación de manifestación de voluntad de una persona mayor, sistemas que por otra parte ya vienen funcionando en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Esto garantizaría la toma de decisiones de aquéllos que sin estar incapacitados pueden verse presio-

nados por determinados condicionantes o por intereses personales no propios sino de las personas que se sienten obligadas a atenderles. Estos sistemas de validación intermedios son eficaces para determinadas decisiones personales, para las que sí estaría capacitada la persona mayor, y dejaría la ineficacia para otras decisiones más complejas... No son pocos los que entienden que el desarrollo adecuado del (precepto) hubiera requerido una ley específica que contemplara los distintos tipos de internamientos y los diferentes colectivos de personas a los que se dirige, pero cuando menos la situación del interno requerirá la aprobación de un estatuto *ad hoc* que regulara y garantizara la salvaguarda de los derechos de las personas mayores tantas veces vulneradas. Este estatuto podría ser similar al que regula la situación de los internos de instituciones penitenciarias. Evitaría la mayor parte de las ilegalidades que pueden producirse en este tipo de centros que únicamente están salvaguardados por las normas de carácter general”.

Como conclusión debe recogerse la Instrucción número 3/1990, de 7 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre régimen jurídico que debe regir para el ingreso de personas en residencias de la tercera edad; se establece que:

— Debe estarse al consentimiento del titular del bien jurídico, siempre que se manifieste como expresión de una voluntad libre y consciente. Es el propio anciano quien contrata con el Centro las condiciones y servicios a prestar por este último durante el tiempo que dure el internamiento.

— En caso de enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, deberá recabarse preceptivamente la autorización judicial. Autorización que deberá acordarse de conformidad con el art. 21 del CC y por tanto previo cumplimiento de los requisitos que en el mismo se establecen.

— En el caso de que el deterioro físico o mental, como consecuencia del avance de la vida, se produzca con posterioridad al momento del internamiento, deberá comunicarse por el centro a la autoridad judicial y, previos los trámites previstos en el art. 211 del CC, dictar la correspondiente autorización judicial.

Así, cualquier ingreso de un anciano en un centro debe requerir su consentimiento, y en los casos en que no sea posible prestar tal consentimiento se necesitaría autorización judicial.

E) Obligación de alimentos.

Puede seguirse planteando la existencia de disposiciones y de instituciones que no estando exclusiva o directamente dirigidas a las personas de edad avanzada pueden asumir, en cualquier caso, un papel no secundario en su protec-

ción. Con referencia al anciano privado de suficientes medios económicos se puede hacer llamada a específicas aplicaciones de la solidaridad familiar, como el deber de los cónyuges de ayudarse y socorrerse mutuamente (art. 67 del CC), el derecho a la pensión en caso de separación (art. 97 del CC), o la obligación del hijo de contribuir equitativamente, según sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras conviva con ella (art. 155.2 del CC), pero sobre todo la atención debe centrarse en la obligación de alimentos de los arts. 142 y ss. del CC.

El fenómeno del envejecimiento plantea un difícil equilibrio entre el principio de solidaridad familiar y la intervención del Estado en materia de asistencia social.

El Estado tiene la obligación de contribuir al bienestar personal de cada individuo; el fundamento de la acción social no puede encontrarse fuera del mismo individuo, la sociedad debe ayudar a mejorar la forma de vida de las personas más necesitadas, para ello una multitud de instrumentos se superponen, y cuyo alcance y extensión dependen de medidas de política legislativa.

Las personas mayores presentan unas características que les diferencian de otros colectivos, lo que justifica una atención específica, cuya meta es, en efecto, mejorar la calidad de vida de los mayores. Los planes de intervención toman especialmente en consideración, entre otros datos: la cobertura económica básica para cubrir estados de necesidad permanente o situaciones concretas de necesidad específica; la autonomía e independencia; la permanencia en su medio natural; la adaptación psicológica; la mejora de las relaciones sociales; la atención especializada, y el problema del alojamiento.

La dependencia económica en la mayoría de los casos también está vinculada al fenómeno del envejecimiento. Según un estudio sobre “Necesidades y Demandas” realizado por el INSERSO la principal demanda de las personas mayores es la autosuficiencia económica, habiéndose encontrado una correlación negativa entre el nivel de ingresos declarados y las necesidades expresadas en cuanto a la autosuficiencia económica, lo que demuestra que la demanda responde, en efecto, a una necesidad real.

La respuesta institucional para garantizar unos ingresos mínimos a las personas mayores se integra por las siguientes prestaciones:

- Fondo de Asistencia Social.
- Pensiones no contributivas.
- Ayudas de emergencia social.

El Fondo de Asistencia Social está destinado a ancianos y enfermos o inválidos incapacitados para el trabajo que carezcan de medios económicos

para la subsistencia. (Este tipo de ayudas fueron suprimidas por Real Decreto Ley 5/1992, de 21 de julio; no obstante, seguirán percibiendo dicha ayuda aquellas personas que la disfrutaron hasta la fecha de supresión.)

Las prestaciones no contributivas son una prestación económica individual de la Seguridad Social a la que tienen derecho las personas de 65 años o más cuyas rentas o ingresos sean inferiores a los límites establecidos según normativa aplicable.

Las Ayudas de emergencia social son una de las prestaciones económicas para situaciones de emergencia o de urgente necesidad social que tienen como finalidad cubrir total o parcialmente situaciones de extrema urgencia o gran necesidad de personas físicas con carácter individualizado.

Pero la política del Estado en materia de ayudas a las personas mayores o a las personas mayores dependientes ha de tomar en cuenta siempre las mutaciones económicas permanentes, esta variante origina a su vez cambios extremadamente rápidos en el contexto familiar, afectando a la relación de la participación estatal, de tal manera que los fenómenos de envejecimiento modifican sin cesar las relaciones entre la solidaridad familiar y la solidaridad pública; la desvinculación total de la sociedad conduciría a imponer cargas y obligaciones a los familiares que no podrían soportar, y la sobrecarga para la sociedad desincentiva la intervención familiar. Se asiste a una socialización de la vejez o de la dependencia, donde el Estado debe intervenir simplemente para regular y compensar los desequilibrios económicos. El constante aumento de personas mayores cuya dependencia es cada vez más fuerte aumentará la importancia del papel de la familia en el futuro, las intervenciones compensatorias de la sociedad serán obligatoriamente más limitadas, a la familia corresponderá asumir cada vez más la dependencia de las personas mayores a riesgo de originar, si no, un coste económicamente insoportable para la sociedad.

La solidaridad interna familiar debe primar sobre la intervención de la sociedad, aunque el sistema de protección sea al mismo tiempo cada vez más elevado para mantener las ventajas sociales, que constituyen una prerrogativa individual para aquellos que cumplan los requisitos reconocidos en las leyes y reglamentos. Concesión sometida, a su vez, al principio de subsidiariedad, en cuanto no se puede recurrir a la ayuda social más que a condición de que por sus propios medios o por la percepción de derechos sociales de créditos alimenticios el demandante no pueda satisfacer la necesidad en virtud de la cual haya sido solicitada, con lo que sería posible la recuperación de las prestaciones de la ayuda social, recurso que podría dirigirse contra el beneficiario cuando llegue a mejor fortuna, o contra el donatario, como sería igualmente posible contra los deudores que tienen la obligación de alimentos.

No obstante esta posibilidad, más bien la dificultad para la recuperación de este tipo de ayudas aportadas por el Estado, junto con la evolución de la estruc-

tura de la familia, como su concreta situación económica, hará sumamente complicado hacer frente a los futuros costes que originen las situaciones de dependencia de las personas mayores.

Se impone, por tanto, dinamizar el funcionamiento de la obligación de alimentos prevista en los arts. 142 y ss. del CC.

Este deber legal representa una pretensión fundamentalmente familiar; nace del parentesco, dentro de ciertos límites y concurriendo determinadas circunstancias —la necesidad del alimentista y la posibilidad del obligado, circunstancias que matizan el *quantum* de la prestación, arts. 146, 148 y 152.2 y 3 del CC—. La obligación de alimentos se presenta como una obligación personal cuyos sujetos se determinan por una concreta relación de parentesco o vínculo familiar, cuyo contenido es eminentemente patrimonial, y se fundamenta específicamente en el caso de los ancianos en el derecho a la vida.

El derecho de alimentos, que está perfectamente estructurado en la línea ascendente, no funciona con la misma naturalidad por lo que respecta a la línea descendente (padre que reclama a un hijo). Convendría tener en cuenta que esta situación de solidaridad familiar es recíproca y como tal debe entenderse. Las dificultades se producen sobre todo porque es el propio anciano quien tiene que solicitarlo: pero un cierto orgullo o enfrentamientos personales hacen que muchas veces no se plantee la demanda. De ahí que se pida que sea el Ministerio Fiscal el que en determinados casos pueda ser el que inicie el expediente de reclamación. FÁBREGA RUÍZ (p. 32) propone en general para la protección de los ancianos la decisiva intervención del Ministerio Fiscal, cuya misión queda incluida en la labor habitual del Ministerio Público.

Por el momento, el mal funcionamiento de la solidaridad familiar (causado en parte por el mal funcionamiento de la obligación alimenticia) añadido a las dificultades de recuperación de las ayudas aportadas por el Estado dificultará hacer frente a los costes futuros del fenómeno de dependencia de las personas mayores. Lo que hace oportuno reflexionar sobre la noción de seguro-dependencia como complemento de la solidaridad familiar.

Por último, resaltar que el recurso a la obligación de alimentos en todo caso resultaría un remedio incompleto, en cuanto se dirige sólo a satisfacer exigencias sobre todo patrimoniales, y porque debiendo encontrar su presupuesto en el estado de necesidad del anciano ha de reconocerse esta condición indudablemente difusa entre las personas de edad avanzada.

La renta vitalicia y el vitalicio son también modalidades de protección que podrían tener una gran trascendencia práctica en el futuro. La finalidad económica reside en proporcionar al perceptor un ingreso fijo periódico para su subsistencia; es frecuente encontrar, así lo demuestran las numerosas sentencias del Tribunal Supremo, una obligación de alimentos que figura como contraposición de una atribución de bienes.

Una persona en previsión de su futura incapacidad de hecho o judicial puede en pleno uso de su capacidad de obrar constituir a título oneroso una renta vitalicia o un vitalicio teniendo asegurada una renta o asistencia suficiente hasta el último momento de su existencia, ya que se constituye esa relación tomando como módulo y duración del contrato su propia vida; sin embargo, no debe perderse de vista que el elemento de la aleatoriedad puede ir en contra del mismo anciano.

Se ha afirmado que la misma edad avanzada, posible causa de exclusión del alea, y por tanto de nulidad del negocio, puede constituir un motivo relevante en la determinación volitiva del anciano para realizar el mismo objetivo de intereses, con plena consciencia de la falta de alea. Si no se puede negar autonomía a las partes para predisponer este instrumento negocial, dice SANFILIPPO, p. 117, habría que dudar si sería posible reconducirlo al esquema de renta vitalicia o más bien a un esquema contractual distinto e innominado. No se trataría de ver si el anciano intenta una liberalidad o no, sino más bien reconocer legitimidad a una valoración subjetiva del anciano que desborda los límites señalados para el esquema del contrato típico.

Hablando de liberalidades, si el negocio encubriera una donación, no podría perjudicar las legítimas de los herederos forzosos, en caso contrario serían de aplicación las normas sobre reducción de disposiciones inoficiosas. Como comenta RIVAS MARTÍNEZ, p. 228, la renta vitalicia y el vitalicio pueden plantear y de hecho plantean en la práctica problemas y colisión con la institución de la legítima en aquellos supuestos en los que se simule un negocio a título oneroso y se disimule una donación, por eso debe quedar determinado con la máxima nitidez la cuantía y certeza de la pensión que recibirá el beneficiario.

En general tendrán gran interés todas las medidas cuyo objetivo sea garantizar la seguridad futura, por lo que puede llamarse la atención sobre la posibilidad de suscribir un seguro para caso de dependencia —el reconocimiento de la dependencia como un nuevo riesgo del seguro—.

F) Soluciones de protección por vía sucesoria.

La institución de heredero como “la designación libre y voluntaria que hace el testador en su testamento de la persona o personas que han de sucederle a título universal en sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles”, puede servir también de instrumento de autoprotección. La designación de heredero en favor de la persona que preste al testador enfermo los cuidados que precise hasta el día de su fallecimiento es otra forma de garantizarse o de conseguir las atenciones y asistencia que precise la persona anciana antes de su muerte. En este sentido, en cuanto a su objetivo y finalidad guarda cierta semejanza con la

renta vitalicia y el vitalicio, con la profunda diferencia de que en éstos la eficacia transmisiva de los bienes y los efectos se produce, como es sabido, *inter vivos*.

Esta modalidad tiene la ventaja de permitirle al testador hacer dicho nombramiento de la forma que más convenga a sus intereses. Es posible, como refiere RIVAS MARTÍNEZ (p. 347): a) que el heredero no esté determinado nominativamente en el momento de hacer la institución de heredero, y a la apertura de la sucesión se concretará la persona que le asistió hasta el último momento, valorando si la conducta del instituido era causa de la disposición misma a su favor (art. 772.2 del CC); b) que se designe al heredero de forma expresa y nominativa, siempre que cuide del testador hasta el momento del fallecimiento, “en este supuesto está designado el heredero nominativamente y deberá acreditarse el haberse cumplido la condición o causa del llamamiento testamentario”; c) que la obligación de cuidar al testador se configure como un modo, y en este caso habrá que estar a lo ordenado por el testador para el caso de incumplimiento; y d) que los cuidados que deban prestarse al testador se configuren como causa de la disposición, de manera que resulte que el testador no la habría hecho de no haberle asistido, cuyo incumplimiento haría ineficaz la disposición por aplicación del art. 767 del CC.

Dentro del orden sucesorio también la delegación de la facultad de mejorar del art. 831 del CC podría revitalizar en cierta manera la posición del cónyuge viudo ya anciano, en cuanto que en testamento o en capitulaciones matrimoniales puede ordenarse que muriendo el cónyuge otorgante el viudo o la viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuya a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, entre ellos el que atienda o cuide de éste hasta sus últimos días, sin perjuicio de las legítimas y demás disposiciones del causante.

Mencionado el cónyuge viudo, la modificación de los derechos legales de éste favorecería su situación, evitando el recurso a prestaciones sociales o a la solidaridad familiar, entre otras consecuencias.

El Código Civil coloca al cónyuge supérstite con carácter absoluto en tercer lugar, y frente a los herederos de más rango el derecho del cónyuge se caracteriza por ser parcial y por su cuota en usufructo. Que sea en usufructo, con independencia de una u otra cuota, demuestra la debilidad de los derechos del cónyuge sobreviviente, colocándosele en una posición delicada frente a descendientes o ascendientes. Aunque no haya problemas familiares la situación del cónyuge no es perfecta, en cualquier momento puede sobrevenir un cambio de actitud de un heredero o suceder el fallecimiento de uno con la transferencia de sus derechos a una nueva generación nada bien dispuesta.

Incluso aunque el cónyuge supérstite estuviera mejor protegido mediante derechos parciales en propiedad más que en usufructo su situación tampoco

sería ideal. La gestión en indivisión no es nada fácil. Y ante la opción de seleccionar determinados bienes del patrimonio, en una economía media cada elemento patrimonial le sería de utilidad y necesidad.

En todo caso, y respecto de una posible revisión de la posición o de los derechos del cónyuge viudo, podría tenerse en cuenta:

— Que en el plano afectivo, la familia se reduce cada vez más en torno a la pareja y los hijos, el vínculo afectivo con los otros miembros de la familia es menos fuerte.

— En el ámbito patrimonial, los bienes domésticos constituyen la principal riqueza de la familia en detrimento de los bienes de familia, aunque ciertos tipos de esta clase mantienen su antigua consideración sobre todo en las zonas rurales; asegurar la transmisión de la explotación familiar a un pariente de sangre perdura como una tradición viva, como ciertas casas llamadas “de familia” que son portadoras de un fuerte valor afectivo. Pero hoy en día el patrimonio de los esposos está constituido mayormente por adquisiciones de la pareja, ante lo que podría plantearse si es una prioridad mantener al cónyuge supérstite en un rango inferior para proteger “el patrimonio familiar”.

En el Derecho aragonés la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, modifica aspectos sucesorios tan importantes como las legítimas. No existen más legitimarios que los descendientes. Se reduce la porción a la mitad del caudal cuando antes era de dos tercios, lo que favorece una posición más generosa para el cónyuge viudo, aunque en contrapartida reduce las expectativas de los ascendientes.

— Desde otra perspectiva no debe olvidarse que cada vez más el Derecho de sucesiones está influenciado por la idea de justicia social.

— Y por otra parte, el aumento de las parejas de hecho y las dificultades prácticas planteadas por el fallecimiento de uno de ellos suscita numerosas cuestiones que obligarían a reflexionar también sobre su suerte.

En ambos casos, en éste y en el del cónyuge sobreviviente, su situación dependerá en su mayor parte del grado de toma de conciencia de uno en relación a la precariedad en la que puede quedar el otro. Y en este sentido y por ahora, la sucesión testada y el campo de los seguros se muestra de una gran amplitud y sumamente propicio para cubrir su protección y mejorar su posición.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ANTONUCCIO, *La salud mental en la tercera edad*, Buenos Aires, 1992.

ATTIAS-DONFUT, “Dépendence des personnes âgées: pourvoyance familiale et pourvoyance sociale”, *Revue française des affaires sociales*, n.º 4, 1993, pp. 33 y ss..

BADOSA COLL, “La autotutela”, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al prof. Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Barcelona, 1993, pp. 903.

BALLARÍN MARCIAL, “Naturaleza y clases de juicios del notario”, *AAMN*, XXXV, ps. 532 y ss.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “La incapacitación de personas afectadas por enfermedades mentales crónicas de carácter cíclico”, *Poder judicial*, 1986, n.º 3, pp. 107 y ss.

— *Problemas en torno a la incapacidad y el fallecimiento de los ancianos institucionalizados*, Documentos técnicos, 42/86, Instituto Nacional de Servicios Sociales, Madrid.

BUENDÍA, *Envejecimiento y psicología de la salud*, Madrid, 1994.

— *Familia y psicología de la salud*, Madrid, 1999.

CABRERA HERNÁNDEZ, “La modificación del número 3 del art. 1732 del CC”, *RJN*, 1997, n.º 24, pp. 101 y ss.

CABRERA MERCADO, “El proceso de incapacitación”, en *Los discapacitados y su protección jurídica*, organizado por el CGPJ en colaboración con el Consejo General del Notariado.

COUTO GÁLVEZ, *Los problemas legales más frecuentes sobre la tutela, asistencia y protección de personas mayores*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1999.

CRESPO ALLUE, “Las instituciones protectoras de los incapacitados en el Derecho francés”, *Revista de Derecho Privado*, 1986, pp. 196 y ss.

CUBA LÓPEZ, *Memoria y envejecimiento: perspectivas contextuales como alternativa al modelo deficitario*, Universidad de Santiago, Facultad de Filosofía y Ciencias de la Educación, 1984.

DELGADO BUENO, “Aspectos médico-legales del internamiento y de la incapacitación”, en *Los discapacitados y su protección jurídica*, organizado por el CGPJ en colaboración con el Consejo General del Notariado, Madrid, 1999.

DECHENAUX y STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 2.ª ed., Berna, 1986.

DÍEZ-PICAZO y otros, *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, bajo el patrocinio de la Fundación General Mediterránea y del SEREM, Madrid, 1977.

DOGLIOTTI, “I diritti dell’anziano”, *Anziani e tutele giuridiche*, dir. por P. Stanzione, Quaderni della Rassegna di diritto civile diretta da P. Perlingieri, Nápoles, 1991, pp. 49 y ss.

FÁBREGA RUÍZ, *Protección jurídica de la tercera edad*, Madrid, 2000.

FIERRO CENDERELLI, *La violazione degli obblighi di assistenza familiare*, Padua, 1999.

FUCHS, “Respet de la liberté individuelle et ses limites du fait de la maladie, de la sénilité et dépendences”, *Revue de droit de tutelle*, n.º 1, 2000, pp. 16 y ss.

GARCÍA CANTERO, “Los ancianos ante el Derecho Civil”, *RGLJ*, 1976-II, ps. 419 y ss.

— “Notas sobre la senectud como estado civil de la persona”, *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, vol. I, Madrid, 1988, pp. 295 y ss.

GARCÍA DE ENTERRÍA, “La Constitución como norma jurídica”, *Anuario de Derecho Civil*, 1979, pp. 291 y ss.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Madrid, 1992.

GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, 1995.

GORDILLO CAÑAS, Comentario del Código Civil, *Ministerio de Justicia*, t. II, Madrid, 1993.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, “La delimitación de los alimentos aludidos en el art. 294 del CC”, *Actualidad Civil*, 1-1997, pp. 109 y ss.

GULLÓN BALLESTEROS, “Valor constitutivo de la sentencia de incapacidad”, en *Los discapacitados y su protección jurídica*, organizado por el CGPJ en colaboración con el Consejo General del Notariado, Madrid, 1999.

LEHR, *Psicología de la senectud*, Barcelona, 1980.

LEÓN ALONSO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. XXI, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1986.

LEÑA FERNÁNDEZ, *El notario y la protección del discapacitado*, Colegios Notariales de España, CGN, Madrid, 1997.

LISELLA, “Rilevanza della condizione di anziano nell’ordinamento giuridico”, *Anziani e tutele giuridiche*, Quaderni della Rassegna di diritto civile dir. por P. Perlingieri, Nápoles, 1991, pp. 67 y ss.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, “En torno a la enfermedad mental fásica como causa de incapacitación: régimen y consecuencias”, *Anuario de Derecho Civil*, 1987, pp. 715 y ss.

MARTÍNEZ DIE, “Discapaces no incapacitados. Situaciones especiales de desamparo”, en *Los discapacitados y su protección jurídica*, organizado por el CGPJ en colaboración con el Consejo General del Notariado, Madrid, 1999.

MAZZIOTTI, “I diritti degli anziani”, *Rivista degli infortuni e delle malattie*, I, 1990, pp. 349 y ss.

MENGONI, “La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell’uomo”, *Riv. Trim. di diritto e procedura civile*, 1982, pp. 1117 y ss.

MEULDERS-KLEIN, *La personne, La famille, Le droit, Trois décennies de mutations en occident*, 1968-1998, París, 1999.

NAPOLITANO, “Anziani (assistenza agli)”, *Anziani e tutele giuridiche* dir. por P. Stanzione, Quaderni della Rassegna di diritto civile dir. por P. Perlingieri, Nápoles, 1991, pp. 141 y ss.

NERI, “La valutazione del danno da menomazione alla persona dell’anziano”, *Anziani e tutele giuridiche*, dir. por P. Stanzione, Quaderni della Rassegna di diritto civile dir. por P. Perlingieri, Nápoles, 1991, pp. 157 y ss.

NEWSLETTER, *Trastornos psíquicos en la tercera edad*, Barcelona, 1985.

PADIAL ALBAS, *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona, 1997.

PARRA LUCÁN, “El régimen jurídico de la tutela e instituciones tutelares en el Derecho catalán”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, 1994, n.º 20 y 21, 1994, pp. 73 y ss.

PERLINGIERI, “Diritto della persona anziana, diritto civile e stato sociale”, *Anziani e tutele giuridiche*, Quaderni della Rassegna di diritto civile dir. por P. Perlingieri, Nápoles, 1991, pp. 91 y ss.

REAL PÉREZ, *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Madrid, 1988.

RIVAS MARTÍNEZ, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, *RJN*, n.º 26, 1998, pp. 123 y ss.

RIVERA FERNÁNDEZ, *La herencia de los viudos: usufructo universal y legítima de los hijos*, Colección jurisprudencia práctica, Madrid, 1991.

RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, “¿Existe la posibilidad de la autotutela en nuestro Derecho?”, *RCDI*, 1953, pp. 349 y ss.

ROGEL VIDE, *La guarda de hecho*, Madrid, 1986.

SAETTA, “La condizione degli anziani alla luce dei principi costituzionali”, en *Anziani e tutele giuridiche*, dir. por P. Stanzione, Quaderni della Rassegna di diritto civile dir. por P. Perlingieri, Nápoles, 1991, pp. 10 y ss.

SAGARDOY DE SIMÓN, “Art. 50. La protección a la tercera edad y el bienestar social”, *Comentarios a la Constitución española de 1978*, t. IV, Ederesa, Madrid, 1996, pp. 367 y ss.

SÁNCHEZ TORRES, “Una nueva modalidad tutelar”, *RCDI*, 1928, pp. 345 y ss.

SANFILIPPO, “Autonomia contrattuale e tutela dell’anziano nei contratti di rendita e di mantenimento”, *Anziani e tutele giuridiche*, dir. por P. Stanzione, Quaderni della Rassegna di diritto civile dir. por P. Perlingieri, Nápoles, 1991, pp. 113 y ss.

SANTOS MORÓN, *Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos. Honor, intimidación e imagen*, Madrid, 2000.

SICA, “Anziani e responsabilità civile: a proposito del concorso di colpa del danneggiato”, *Anziani e tutele giuridiche*, dir. por P. Stanzione, Quaderni della Rassegna di diritto civile dir. por P. Perlingieri, Nápoles, 1991, pp. 127 y ss.

STANZIONE, “Le età dell’uomo e la tutela della persona: gli anziani”, *Riv. diritto civile*, 1989, n.º 4, pp. 439 y ss.

— Id., en *Anziani e tutele giuridiche*, Quaderni della Rassegna di diritto civile dir. por P. Perlingieri, Nápoles, 1991, pp. 27 y ss.

TORRES ESCÁMEZ, “El juicio notarial de capacidad. Su aplicación al incapacitado en régimen de curatela”, pendiente de publicación.

VEGA/BUENO, *Desarrollo adulto y envejecimiento*, Madrid, 1995.

VV.AA., *El internamiento del enfermo mental*, Barcelona, 1994.

VV.AA., *Anziani e tutele giuridiche*, dir. por P. Stanzione, Quaderni della Rassegna di diritto civile dir. por Pelingieri, Nápoles, 1991.

VV.AA., *Demain la famille*, 95 congrés des Notaires de France, Marsella, 1999.

VV.AA., *La dépendance des personnes âgées, un défi pour la protection sociale*, Presses universitaires de Strasbourg, Estrasburgo, 1994.

VV.AA., *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986.

VV.AA., *Les solidarités entre générations*, obra col. dir. por Attias-Donfut, 1995.

VENCHIARUTTI, *La protezione civilistica dell’incapace*, Milán, 1995.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. MENORES

1. *Suspensión de una resolución que acuerda la reinserción de una menor con sus padres adoptivos.*

Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Auto n.º 206/2000, de 18 de septiembre de 2000.

Suspensión de la ejecución del auto dictado por la Audiencia Provincial dejando sin efecto una declaración de desamparo y en virtud del cual se acuerda que una menor, que actualmente se encuentra en acogimiento, vuelva a reintegrarse con los padres adoptivos, hasta tanto el propio Tribunal Constitucional resuelva los recursos planteados contra dicha resolución, ya que el daño que podría sufrir la menor sería irreversible y su reparación ineficaz y tardía en el caso de que el fallo que llegara a recaer en el proceso de amparo fuese estimatorio.

ANÁLISIS DEL CASO

- Una menor fue adoptada legalmente por el matrimonio compuesto por la Sra. R. y el Sr. M. en 1987. Con ocasión de una denuncia formulada por el Sr. M. contra la Sra. R. por la presunta comisión de maltrato a la menor, el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Sevilla, por providencia de 24 de abril de 1989, remitió las diligencias incoadas al Instituto Andaluz de Servicios Sociales al desprenderse de las mismas la presunta situación de desamparo de la aludida menor, dictándose con fecha 22 de enero de 1993 resolución por la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía declarando en desamparo a la menor.

- El día 11 de junio de 1993 se formalizó el acogimiento familiar de la menor con un segundo matrimonio, que duró hasta 1996, año en el cual, fruto de las diligencias previas núm. 2698/1996 abiertas a consecuencia de la denuncia por agresión sexual, se revocó el aludido acogimiento familiar, ingresando la menor de nuevo en un Centro de acogida.
- Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla, la Sra. R. instó procedimiento de oposición a la declaración de desamparo legal. El Juez, por Auto de 28 de junio de 1994, estimó la oposición, revocando la Resolución administrativa y ordenando la reinserción de la menor en la familia adoptiva con las cautelas necesarias. La Junta de Andalucía apeló dicho Auto, recurso que fue desestimado por el Auto de la Audiencia Provincial de 10 de mayo de 1995 haciendo suyas las razones vertidas en el Auto del Juez de Primera Instancia.
- La Junta de Andalucía interesó del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Sevilla la suspensión de su Auto de 28 de junio de 1996, haciendo valer el interés prevalente de la menor. El Juzgado, por Auto de 19 de marzo de 1997, y tras una nueva exploración de la menor, acordó declarar imposible de ejecutar en sus propios términos su Auto de 28 de junio de 1994, en atención al interés preferente de la menor y a los perjuicios que le causaría dicha ejecución en las actuales circunstancias, acordando también la procedencia de la ejecución por equivalente, mediante indemnización económica que la Junta de Andalucía debía satisfacer a la madre adoptiva.
- El 19 de marzo de 1998 se formalizó un nuevo acogimiento familiar de la menor por el matrimonio formado por D.^a María y D. Manuel.
- La sección 6.^a, de la AP de Sevilla, dictó auto el 18 de septiembre de 1998, por el cual se desestimó el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía y se estimó el formulado por la madre adoptiva, revocando el Auto del Juez recurrido y ordenando se dé cumplimiento al dictado el 28 de junio de 1994, que había sido confirmado en apelación por otro de la Audiencia de 10 de mayo de 1995, es decir, que la menor volviese con sus padres adoptivos.
- El Auto de apelación fue ejecutado mediante lo acordado en providencia del Juez de 6 de noviembre de 1998, por la cual se procedía a dar exacto cumplimiento a lo acordado, requiriendo a la Administración que pusiese fin al acogimiento en la familia y se procediera a reiniciar el proceso de reinserción familiar con sus padres adoptivos.
- El 19 de noviembre de 1998 se diligenció por el Juzgado de Paz de Banaurel una comparecencia de la menor, a la cual se adjuntó una carta de la familia de acogida, insistiendo en que la menor debía ser oída por el órgano judicial competente. El Juzgado acordó oír a la menor, lo que tuvo lugar el 3 de diciembre de 1998. A esa audiencia se le unió el Informe del Fiscal, el cual subrayó la cautela con la que debiera procederse ante la nueva situación de la menor, interesando se dejara sin efecto la providencia de 6 de

noviembre de 1998 que acordaba la reinserción de la menor con sus padres adoptivos.

- El Juez dictó Auto de 11 de enero de 1999, por el cual acordó adoptar una serie de medidas respecto de la menor. Contra dicho Auto se dedujo recurso de apelación por la madre adoptiva, recayendo Auto de la Audiencia Provincial, Sección 6.ª, de 3 de febrero de 2000, mediante el que se revocó el Auto apelado y se ordenaba una vez más la ejecución en sus propios términos del Auto del Juez de junio de 1994.
- Por Auto del Juez de Familia de 28 de marzo de 2000 se acordó suspender cautelarmente la ejecución ordenada por la Sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la admisión de los recursos de amparo planteados y sobre la suspensión interesada de su ejecución.
- El Fiscal interpuso recurso de amparo alegando que el Auto de la Audiencia impugnado ha vulnerado la integridad moral de la menor (art. 15 CE) en relación con su derecho al libre desarrollo personal (art. 10.1 CE). Por su parte, los acogedores D.ª María y D. Manuel también interpusieron recurso de amparo invocando en su demanda, que hay que entender que la formulan en representación e interés de la menor cuya guarda de hecho tienen conferida, el derecho a la integridad moral (art. 15) de la menor, el derecho a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE), el derecho a un juez imparcial (art. 24.2 CE) y el derecho al juez predeterminado por la ley (art. 24.2 CE).
- El Tribunal Constitucional estimó los recursos del Ministerio Fiscal y de los acogedores y suspendió la ejecución del auto dictado por la Audiencia Provincial.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Estando pendiente de resolverse por el Tribunal Constitucional un recurso de amparo solicitando que se deje sin efecto una resolución de la Audiencia Provincial que revoca la declaración de desamparo de una menor y su reinserción con los padres adoptivos, tanto por los acogedores como por el Ministerio Fiscal se interponen sendos recursos solicitando la suspensión de la ejecución de esta medida.

El art. 56 de la LOTC establece en su primer inciso que la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se

reclama el amparo constitucional sólo se suspenderá cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad. No obstante, en su segundo inciso, consagra un límite a esta posibilidad de suspensión al prever la posibilidad de denegar la suspensión “cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero”.

Es doctrina de este Tribunal (AATC 17/1980, 57/1980, 257/1986, 249/1989,

294/1989, 141/1990, 47/1996, 110/1996, 326/1996) que la suspensión supone una medida provisional, de carácter excepcional y de aplicación restrictiva al existir un interés general en la efectividad de las resoluciones de los poderes públicos y, en particular, en la ejecución de las resoluciones judiciales. El art. 56.1 de la LOTC parte de la premisa de que la interposición de un recurso de amparo, como regla general, no suspende la ejecución de los actos recurridos salvo en el supuesto expresamente previsto de la pérdida de la finalidad del amparo y, aun en este caso, con la condición de que la suspensión no produzca las perturbaciones aludidas en el mismo. En concreto, y por lo que respecta a dichos límites, es jurisprudencia constante de este Tribunal que toda suspensión de la ejecución de una Sentencia firme supone de por sí una cierta perturbación del interés general, consistente en mantener su eficacia (AATC 81/1981 y 36/1983, entre muchísimos otros) por lo que la regla general debe ser la de no proceder a la suspensión, salvo que el demandante acredite suficientemente la irreparabilidad que para sus derechos fundamentales pueda conllevar la ejecución, privando así al amparo de su finalidad, y ello, además, siempre que la solicitada suspensión no produzca las perturbaciones graves ya aludidas. Acorde, pues, con la naturaleza extraordinaria de la jurisdicción de amparo y con los imperativos que derivan de la efectividad de la tutela judicial, la suspensión prevista en la LOTC se configura como una medida (...) el proceso de instancia en defensa de los intereses de ésta, conforme a lo dispuesto en la Disposición adicional tercera Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, del Menor, ha sido tanto la licitud del expediente de desamparo resuelto contra la familia adoptiva, que motivó la actuación de la Consejería de Asuntos Sociales, quien acordó finalmente el acogimiento familiar de la menor con los señores P. y M., cuanto los eventuales riesgos graves que para la integridad física y moral de la menor podían correrse de seguir sometida la niña en cuestión a nuevos procesos de rein-

tegración en la familia adoptiva, habida cuenta del fracaso de los ya intentados con anterioridad, e incluso, de su convivencia, precisamente, con la familia adoptiva.

Pues bien, a la vista de las circunstancias del caso, y dado que con la suspensión de la ejecución del Auto impugnado de la Audiencia Provincial, ni se perturba gravemente interés general ni alguno específico distinto al genérico que existe en que las resoluciones judiciales se cumplan en sus justos términos, y que ya hemos dicho admite excepciones, ni se menoscaban o se perturban los derechos fundamentales o libertades públicas de terceros, en este caso de la familia adoptiva (pues, como bien dice el Fiscal, únicamente se esgrimen en el caso el interés legítimo en la reintegración de la menor adoptada —que a lo sumo algo podría tener que ver con el art. 39 CE, del que no se deriva derecho fundamental alguno a favor de dichos padres adoptivos— nada se opone al acuerdo de suspensión de dicho Auto. Como tampoco lo hace el que, sin duda, la suspensión que quepa acordar pueda afectar el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE) que asiste a la familia adoptiva de la menor, que, como veremos a continuación, también es un interés claudicante.

En este incidente de suspensión se ha acreditado que, efectivamente, existe un riesgo real de que se causen graves daños en la integridad psíquica de la menor de ejecutarse el Auto de la Audiencia Provincial impugnado, pues dicha ejecución conllevaría la gradual reintegración en la familia adoptiva y el sometimiento de la menor a un nuevo proceso de paulatina reincorporación a esa familia encaminado a la consecución del propósito reintegrador, proceso que ya había fracasado en otras ocasiones anteriores y motivado la adopción de un conjunto de medidas tanto por el Juez de Familia como por la propia Administración Pública ante el eventual deterioro de la salud de la menor.

Por tanto es indudable que el daño que pueda sufrir la menor en su integridad mo-

ral, e incluso física (pues el expediente de desamparo se inició con ocasión de una denuncia por maltrato) durante el tiempo que medie en la resolución de los amparos deducidos en contra del mentado Auto, de ejecutarse éste y reintegrarse la menor en la familia adoptiva, resultarán ya irreparables, pues el daño sufrido sería irreversible y su reparación ineficaz y tardía en el caso de que el fallo que llegara a recaer en el proceso de amparo fuese estimatorio (ATC 20/1992, de 27 de enero, FJ 1). En definitiva, la ejecución de la resolución judicial controvertida afecta a bienes de imposible restitución a su estado anterior de ser menoscabados, por lo que procede su suspensión (ATC 109/1997, 21 de abril, FJ 1). Sin que con tal juicio se esté anticipando, precisamente, un fallo estimatorio, pues de lo que se trata ahora no es de examinar si la controvertida resolución judicial ha vulnerado o no los derechos de la menor a la integridad moral (art. 15 CE), a la tutela judicial efectiva sin padecer indefensión (art. 24.1 CE), a un juez imparcial (art. 24.2 CE) y al juez predeterminado por

la ley (art. 24.2 CE), sino, simple y llanamente, si el posible daño que pudiese sufrir la menor en su integridad psíquica, de producirse, sería reparable por una Sentencia de este Tribunal estimatoria de las pretensiones deducidas en los recursos de amparo.

En consecuencia, la previsión de que se produzca ese daño, de cuyo riesgo claro e inminente han dado prueba suficiente las partes en sus alegaciones y se desprende del conjunto de las actuaciones seguidas en el caso de autos, y lo imposible de su reparación en el caso de recaer una Sentencia de amparo estimatoria que conllevara la nulidad de la resolución judicial impugnada, y la ausencia de toda perturbación de otros intereses generales singulares y de mayor consideración que la preservación de un posible menoscabo de la salud de la menor, así como la ausencia de todo menoscabo relevante de los derechos fundamentales o libertades públicas de terceros, conducen derechamente a la conveniencia de acordar la suspensión solicitada.

II. FILIACIÓN

1. *Acción de reclamación de filiación matrimonial respecto a una persona que tiene la vecindad civil catalana.*

Tribunal Constitucional, Sec. 2.^a, Auto 254/2000, de 26 de octubre de 2000.

La circunstancia de que la legislación autonómica de Cataluña no contemple norma similar al art. 127 del CC (presentación de principio de prueba con la demanda de reclamación de filiación) no supone una vulneración del principio de igualdad contenido en el art. 14 de la Constitución.

ANÁLISIS DEL CASO

- En diciembre de 1994, D.^a María Teresa interpuso demanda de reclamación de paternidad contra D. Jorge ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de La Seu d'Urgell (Lleida). En dicha demanda se indicaba que actora y demandado, quienes formaban parte del mismo círculo de amistades, se sintieron pronto atraídos y llegaron a mantener relaciones sexuales fruto de las cuales fue el embarazo de la demandante y el posterior nacimiento del hijo de ambos.
- En su escrito de contestación, el demandado se opuso negando categóricamente haber mantenido relaciones sexuales con la actora, al tiempo que adujo la concurrencia de una causa de inadmisión de la demanda por no haberse presentado un principio de prueba de los hechos en los que se fundaba, infringiéndose de este modo lo dispuesto en el art. 127 del Código Civil.
- El Juzgado de 1.^a Instancia de La Seu d'Urgell dictó sentencia declarando la paternidad de D. Jorge respecto al menor, sentencia que fue confirmada por la Sec. 1.^a de la Audiencia Provincial de Lérida y por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.
- D. Jorge recurre en amparo alegando que la no aplicación en Cataluña de la regla contenida en el segundo párrafo del art. 127 CC representa una discriminación por razón de vecindad civil.
- El Tribunal Constitucional dicta auto no admitiendo a trámite el recurso de amparo.

COMENTARIO DEL AUTO

El demandante de amparo insta en el presente proceso constitucional la anulación de las Sentencias dictadas sucesivamente por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de La Seu d'Urgell, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lérida y la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el juicio de menor cuantía sobre declaración de paternidad y para ello alega que el conjunto de estas resoluciones judiciales han incurrido en una discriminación por razón de vecindad civil contraria al art. 14 CE y, asimismo, han vulnerado su derecho a la intimidad personal (art. 18 CE) porque los órganos judicia-

les, no obstante la ausencia de una mínima apoyatura fáctica que sustentara la pretensión ejercitada en el proceso, estimaron pertinente la práctica de prueba biológica. Igualmente, por lo que hace en exclusiva a la Sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, denuncia la existencia de una infracción de la igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), como consecuencia de un cambio inmotivado de doctrina jurisprudencial.

En el primero de los motivos se denuncia una infracción del art. 14 CE porque el recu-

rente entiende que ha sido objeto de una discriminación por razón de su vecindad civil. Esta discriminación sería el resultado de la no aplicación al caso del art. 127 CC, en cuanto exige, como requisito de admisibilidad de las demandas en los procesos de filiación, que la parte actora aporte un principio de prueba de los hechos en que se funde su pretensión. Se ha utilizado un sedicente criterio de libertad absoluta en la investigación de la paternidad, inferido por los órganos judiciales que han intervenido en el proceso de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones, entonces vigente.

El Tribunal Constitucional rechaza el motivo, en primer lugar, porque resulta inconcuso que las personas que ostentaron la condición de parte en dicho proceso se hallan comprendidas en el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1991, de 27 de abril, de Filiaciones, dictada por el órgano legislativo autonómico en ejercicio de la competencia asumida “ex” art. 9.2 EAC. De otro lado, porque la no exigencia del requisito de procedibilidad recogido en el párrafo segundo del art. 127 CC es el resultado de una interpretación, razonada y fundada en Derecho, de lo dispuesto en los arts. 10 a 18 de la meritada Ley autonómica, que las resoluciones judiciales ahora impugnadas, destacadamente la Sentencia dictada en casación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, reputan desarrollo del principio de libre investigación de la paternidad que, redactado justamente en términos de emplazamiento al legislador, figura en el art. 39.2 “in fine” CE. Pues bien, abstracción hecha de que el recurso de amparo no es el cauce idóneo para dilucidar las dudas sobre la constitucionalidad de las leyes [por todas, STC 200/1999, de 8 de noviembre, FJ 2.b)], no cabe apreciar en la labor de selección e interpretación de los preceptos legales aplicables al caso quebrantamiento alguno del principio de igualdad en los términos expresados por el solicitante de am-

paro, habida cuenta de que, como ya advirtiéramos en nuestra STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2, en aquella ocasión por referencia al principio de igualdad en derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional, proclamado por el art. 139.1 CE, es obvio que “tal principio no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento” que prive de efectividad y sentido a las potestades normativas que ostenta la Comunidad Autónoma de Cataluña en la materia.

Por lo que se refiere al alegato atinente a la vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) que el recurrente entiende producida por la no aplicación al caso de una regla procesal, cual es la contenida en el segundo párrafo del art. 127 CC, que representa una salvaguarda del derecho de todo ciudadano a no verse sometido a reconocimientos de carácter biológico a causa de demandas frívolas o torticeras (STC 7/1994, de 17 de enero, FJ 4), señala el Tribunal Constitucional que, recordando la STC 7/1994, expresamente invocada por el recurrente, al hilo de la delimitación de los supuestos en que la parte demandada en un proceso de filiación puede negarse legítimamente a someterse a las pruebas biológicas —cuando no existan indicios serios de la conducta que se le atribuyen o cuando pudiera existir un riesgo de gravísimo quebranto para su salud— este Tribunal mencionó expresamente la existencia de dos precauciones en el proceso de que traía causa el proceso constitucional resuelto por aquella Sentencia. Estas dos precauciones serían la inadmisión de las demandas a las que no se acompañe un principio de prueba (art. 127.9 CC) y “la segunda, y decisiva, salvaguardia legal se sitúa en el acto mismo de decidir la realización de las pruebas biológicas: éstas solo proceden si no son “impertinentes o inútiles” (art. 566 LECiv). Criterio legal que, unido a la trascendencia de este tipo de prueba, y a la posibilidad que tiene el órgano judicial de de-

cidir sobre su práctica al final del período probatorio, o incluso después, mediante diligencia para mejor proveer (arts. 569 y 340.3.º LECiv) conduce a que la autoridad judicial sólo disponga la realización de pruebas biológicas cuando, a la vista de los elementos de convicción obrantes en el proceso, resulte del todo necesario para esclarecer una paternidad posible, no meramente inventada por quien formula la acción de filiación” [FJ 4.B)]. Pues bien, en el presente caso no puede concluirse que la decisión de admitir la práctica de las pruebas biológicas solicitadas por la actora, adoptada tanto por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de La Seu d’Urgell como por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lleida al conocer del recurso de apelación interpuesto por el ahora demandante de amparo, haya conculcado el derecho de éste a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), toda vez que dicha decisión ha sido tomada en el seno de un proceso judicial a la vista de los elementos de convicción obrantes en el mismo y que habían sido previamente aportados por la parte actora, sin que a este Tribunal, que no ostenta la condición

de tercera instancia, le corresponda revisar la mayor o menor verosimilitud atribuida por los órganos judiciales al relato fáctico que dicha parte realizó (entre las más recientes, SSTC 199/1999, de 8 de noviembre, FJ 5; 26/2000, de 31 de enero, FJ 2 y 40/2000, de 14 de febrero, FJ 5).

En otro orden de cosas, tampoco es posible compartir —señala el Tribunal Constitucional— las tesis del recurrente en cuanto al alcance que éste pretende atribuir a nuestra STC 7/1994. Del hecho de que en esta decisión, al resolver un recurso de amparo no se cuestionara la legitimidad constitucional del segundo párrafo del art. 127 CC, no se deduce que el mismo haya de aplicarse a todos los procesos de filiación aun a riesgo de contravenir el sistema constitucional y estatutario de distribución de competencias legislativas en la materia. Tanto menos cuanto que, como ha quedado expuesto, en el caso que ahora se somete a nuestra consideración, la aplicación del Derecho foral catalán no se tradujo en quebrantamiento alguno de los derechos fundamentales para cuya preservación se solicita el amparo.

III. SEPARACIÓN MATRIMONIAL

1. *Legitimación del tutor para instar la separación o el divorcio.*

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 311/2000, de 18 de diciembre de 2000.

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

Legitimación del tutor para instar la separación o el divorcio de la persona declarada incapaz, procediendo en consecuencia la anulación de las sentencias que sin entrar en el fondo desestimaron la demanda ya que las mismas vulneraron el derecho a la igualdad y a la tutela judicial efectiva.

ANÁLISIS DEL CASO

- La Sra. B., casada pero separada de hecho del Sr. V. desde hacía años, sufrió un accidente con graves secuelas físicas y psíquicas, siendo declarada incapaz nombrándose tutora a su madre, con la expresa oposición de su esposo.
- Tras graves enfrentamientos entre la tutora y el Sr. V. por el uso que hacía éste de los bienes de la incapaz, la primera en calidad de tutora presentó escrito en solicitud de autorización judicial para formular demanda y medidas de separación o divorcio contra el esposo de la tutelada, siendo autorizada por auto de 31 de octubre de 1996 dictado por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 6 de Oviedo, resolución que fue confirmada por la Sec. 4.^a de la Audiencia Provincial de Oviedo.
- D.^a Encarnación interpuso demanda de separación en nombre de la incapaz solicitando la adopción de medidas provisionales, dictándose auto con fecha 2 de abril de 1997 por el juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de Oviedo declarando no haber lugar a la adopción de las medidas provisionales al entender que la tutora no estaba legitimada para cursar tal pretensión, al constituir un acto personalísimo derivado de un derecho del mismo carácter. Frente a esta resolución, la ahora recurrente formuló oposición, lo que dio lugar a incidente tramitado en pieza separada en el que recayó Sentencia de 9 de julio de 1997, por la que fue desestimada la mencionada oposición y confirmado el Auto de 2 de abril de 1997.
- Con fecha 11 de julio de 1997 se dictó sentencia de separación estimando la excepción procesal de falta de personalidad de la actora, alegada por el Sr. V., toda vez que “nos encontramos ante el ejercicio de un derecho de carácter personalísimo en que únicamente ostentan legitimación procesal para ser parte los cónyuges”.
- Tanto la sentencia dictada en el procedimiento de separación, como la dictada en el procedimiento de oposición a las medidas provisionales, fueron apelados ante la Sec. 6.^a de la AP de Oviedo, que en sendas resoluciones desestimó los recursos argumentando lo siguiente: “...acudir al principio constitucional de igualdad para otorgar legitimación activa al incapaz, ya que igualmente la tendría en el lado pasivo de la relación procesal, caso de tener que soportar el ejercicio de la misma acción ejercitada por el otro cónyuge capaz, es objeción difícil de compartir si se parte de una premisa incuestionable, cual la de que no puede haber igualdad entre sujetos naturalmente desiguales, como lo son la persona capaz y otra incapaz, dado que dichos estados jurídicos configuran un conjunto radicalmente diferente de derechos y deberes, sobre todo en cuanto a las posibilidades de ejercicio (fundamento jurídico 2.º) En consecuencia: A) Si... el art. 81 CC alude exclusivamente a ambos cónyuges... en su primer apartado, o uno de ellos frente al otro, en el segundo, son los únicos legitimados para solicitar su

separación, bien entendido que cuando dicho legislador quiere excepcionar tal régimen de exclusividad así lo hace constar de manera expresa, como ocurre con el citado art. 74, al permitir que la acción de nulidad matrimonial pueda ser ejercitada, además, por cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella...; y B) Por último, si además el Tribunal Supremo (STS 26-5-1982) recuerda el carácter personalísimo de la acción de separación, hay que concluir en base a todo lo expuesto... que no cabe la posibilidad de que el tutor suplante al cónyuge, aunque éste se encuentre en estado de grave incapacidad, como parece el caso”.

- La tutora interpone recurso de amparo que es estimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Sostiene la recurrente que las sentencias de la Audiencia Provincial contienen unas afirmaciones que no solo contradicen el artículo 49 de la Constitución que concede iguales derechos a los incapaces que al resto de los ciudadanos, aunque no sea objeto de amparo constitucional, sino que vulnera claramente el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, al discriminar a la incapaz denegándole su derecho a separarse o divorciarse, solo por la desgracia de haber tenido un accidente. Tal criterio es inaceptable para todos los minusválidos e incapaces a quienes se está reconociendo el derecho a contraer matrimonio y se les impediría separarse o divorciarse, condenándoles frente al resto de ciudadanos, a matrimonios eternos, privándoles de derechos y acciones. El artículo 14 de la Constitución Española, es bien claro al considerar cualquier circunstancia personal o social como justificación de discriminación y no comprende cómo la incapacidad o minusvalía no es considerada por el juzgador como condición o circunstancia personal. La sentencia recurrida no da siquiera posibilidad de entrar a considerar si existen las circunstancias que legalmente aconsejan la separación. Igualmente afirma la recurrente que tampoco se valora la finalidad fundamental de la tutela la que no es otra que actuar siempre en beneficio

del tutelado con referencia a los artículos 209 y 868 CC en cuanto a las medidas que el juzgador debe adoptar para cumplir la finalidad de la tutela. Y concluye la argumentación diciendo que cuanto antecede, priva al incapaz de ejercitar la acción lo que contradice el principio de tutela efectiva del artículo 24 de la Constitución, dejándola desamparada. El artículo 24 de la Constitución se refiere a todas las personas para todas las acciones y no excluye a los incapaces o minusválidos. Por tanto habiéndose extendido el artículo 24 de la Constitución a todas las garantías procesales no puede quedar fuera la posibilidad de ejercitar una acción que priva al incapacitado del ejercicio de un derecho subjetivo. Concretamente se le priva de discutir el derecho de uso del domicilio conyugal que dudamos que se pueda formular en otro procedimiento que no sea en los matrimoniales.

Aunque la recurrente plantea, señala el Tribunal Constitucional, como lesiones diferenciadas las del derecho de igualdad y la de la tutela judicial efectiva, dada la relación directa que en este caso guarda la primera de dichas lesiones con la segunda se empieza el estudio de las alegadas vulneraciones por la atinente a la tutela judicial efectiva.

En el presente caso, señala el Tribunal Constitucional, y atendidas las circunstancias en que se ha producido la negación a la recurrente de la legitimación para interponer, como tutora de su hija incapacitada, demanda de separación matrimonial contra el esposo de ésta y procedimiento de medidas provisionales, debe inquirirse si existe un interés legítimo al que se le haya cerrado el acceso a la tutela judicial, en cuyo caso la vulneración del art. 24 CE sería innegable.

Al respecto se ha de observar que en concreto la separación matrimonial y la acción judicial, que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial en las situaciones previstas por el legislador como supuestos legales de las distintas causas de separación. Ese perjuicio, por ejemplo, puede referirse, bien directamente a la persona del cónyuge, que puede encontrarse incluso en una situación de peligro físico en su convivencia con el otro cónyuge (piénsese, v.gr., en el supuesto de la causa 4 del art. 82 CC), o que puede afectar de modo inaceptable a su dignidad (v.gr. el supuesto de la causa 1 del propio artículo del CC), o bien a su situación patrimonial en supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de los deberes conyugales (v.gr. causas 1 y 2 del precepto de reiterada cita).

Dichos intereses y perjuicio posibles pueden darse en los incapacitados casados, e incluso de modo más dramáticamente perceptible en ellos, si quedasen por su desvalimiento bajo una sumisión absoluta a su cónyuge capaz. Dadas la situación teórica de dicha sumisión y de dicho indiscutible interés, el único medio de defensa jurídica del incapaz, cuando su cónyuge no consiente la separación, es precisamente el ejercicio de tal acción.

Pues bien, en el presente caso, en que la tutora y madre de la incapacitada ha acudido al ejercicio de la acción de separación matrimonial, autorizada judicialmente al efecto,

y después de que se le negase en cambio autorización para el ejercicio de acción reivindicatoria, resulta claro que era únicamente la vía de la separación la que resultaba viable para la defensa de los intereses patrimoniales de la incapacitada.

En esas circunstancias la negativa de la legitimación de la tutora para el ejercicio de la acción de separación matrimonial de la hija incapacitada determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general del posible ejercicio de acciones, dado lo dispuesto en el art. 2 LEC, el ejercicio de la separación sólo puede verificarse por medio de su tutor; con lo que, si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia. Y puesto que ésta se ha producido en el presente caso, resulta claro que se ha producido en él la violación del derecho de tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) contra la que se demanda el amparo de este Tribunal, que debe ser otorgado.

La conclusión anterior sería suficiente por sí sola para el otorgamiento del amparo; ahora bien, esta conclusión se corrobora en el presente caso desde la vertiente de la igualdad, en relación con el cónyuge capaz. En efecto, el cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción respecto al cónyuge incapaz producido por las Sentencias recurridas, aparte de que no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela, constitucionalmente necesarias para impedir el acceso a la justicia, desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 CE en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de

igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio; por lo que resulta vulneradora del art. 14 CE.

El Tribunal Constitucional otorga el amparo solicitado por la tutora de la incapacitada, declarando que se han vulnerado los derechos de la recurrente a la tutela judicial efectiva, y a la igualdad y en consecuencia

acuerda restablecer a la demandante en sus derechos, y a tal fin, anular las Sentencias núms. 105 y 106 de 23 de febrero de 1998, dictadas por la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Oviedo, así como las Sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Oviedo en los autos de separación matrimonial y el incidente de oposición a las medidas provisionales.

TRIBUNAL SUPREMO

I. FILIACIÓN

1. *Reconocimiento de la filiación por vía del Registro Civil estando en trámite el procedimiento de reclamación de paternidad.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 21 de mayo de 2000.

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

Iniciado el procedimiento de reclamación de la filiación no matrimonial, debe continuarse su tramitación hasta el dictado de la sentencia, sin que sea obstáculo para ello que el padre haya aportado a los autos testimonio del expediente seguido en el Registro Civil en virtud del cual se reconocía dicha filiación.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a María-Concepción promovió demanda de menor cuantía contra Don Fernando solicitando se dictase sentencia declarando la paternidad no matrimonial del demandado, respecto del menor D., declarando, pues, que este último es hijo no matrimonial del demandado antedicho y de la referida D.^a María Concepción, con todos los derechos legales para el menor antes citado a ello inherentes y efectos retroactivos en los términos del art. 112 CC (Código Civil).
- D. Fernando se personó en el pleito, el que fue suspendido por un mes, a petición de los litigantes, por providencia de 23 de febrero de 1995, prorro-

gado por igual plazo a medio de proveídos de 3 de abril y 8 de mayo de 1995.

- La actora solicitó la reanudación del proceso, presentando pruebas biológicas acreditativas de la paternidad reclamada. El demandado aportó expediente gubernativo de reconocimiento de paternidad, tramitado en el Registro Civil de Las Palmas de Gran Canaria.
- Alzada la suspensión decretada por providencia de 20 de septiembre de 1991, el demandado contestó a la demanda, viniendo a suplicar al Juzgado: “Tenga por desprovista de contenido la litis, por renunciada la acción y por satisfecho el derecho del demandante, ordenando el archivo de los autos. Es de justicia.”
- El Juzgado de 1.^a Instancia número cinco de Las Palmas de Gran Canaria dictó auto el 8 de noviembre de 1995 acordando el archivo de las actuaciones sobre reconocimiento de paternidad extramatrimonial iniciadas en virtud de demanda interpuesta por D.^a María Concepción.
- D.^a María Concepción interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Sec. 1.^a de la AP de Las Palmas, por medio de auto de 10 de enero 1997.
- D.^a Concepción interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión debatida en casación queda concretada a si resulta correcto el archivo decretado, como consecuencia a la comparecencia tras la aportación por el padre del expediente de reconocimiento seguido ante el Registro Civil, o si por el contrario, a la recurrente le asiste el derecho a obtener sentencia que resuelva la controversia procesal promovida.

El auto que se revisa casacionalmente apoya el archivo decretado en que la recurrente encontró satisfacción a su pretensión desde el momento en que el demandado se sometió a las pruebas biológicas, celebradas extraprocesalmente, y, por su resultado positivo, llevó a cabo reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil de la paternidad reclamada, con lo que el objeto litigioso

desapareció y se hacía innecesario dictar sentencia.

Entiende el Tribunal Supremo que la decisión de los Juzgadores de instancia carece de motivación legal suficiente, al no apoyarse en precepto legal alguno que autorice el archivo en estas circunstancias y por consecuencia de la comparecencia referida, en la que la parte recurrente se ratificó en la demanda creadora del pleito y expresó, como refleja el acta, que en momento alguno se haya producido renuncia a acción de clase alguna o a un procedimiento con todas las garantías, viniendo a solicitar el recibimiento a prueba.

De este modo no ha tenido lugar ninguno de los supuestos impositivos de la continuación del pleito, como conclusión anticipada

del mismo que establece el art. 692 de la Ley Procesal Civil, pues no ha habido renuncia de derechos que autoriza el art. 6.2 CC, entendida como la dejación voluntaria del derecho invocado en el proceso, produciendo desplazamiento del interés privado a favor del público, al estar en juego inevitablemente los intereses del menor en cuyo beneficio actúa la recurrente, ya que se trata de acción ejercitada en pleito civil, y consta de forma rotunda que nunca dicha litigante llevó a cabo su desistimiento, que es el caso contemplado en la sentencia de mayo de 1995, en la que el padre demandante impugnó la paternidad del hijo y antes de dictarse sentencia se apartó del procedimiento, por haber desistido de sus pretensiones, siguiéndose el juicio para resolver la demanda convencional planteada por la esposa.

Tampoco se ha producido situación transaccional, dados los términos prohibitivos del art. 1814 CC, ya que el “status filii” no está sujeto a actividad contractual de los litigantes. A su vez no ha habido allanamiento del demandado, que contestó a la demanda, para suplicar se tuviera por desprovista de contenido la litis, sin aportar allanamiento expresado, que aunque resulta admisible en esta clase de procesos, no viene a ser plenamente eficaz para condicionar la sentencia y vincular al juez, a efectos de instaurar una verdad formal con categoría de cosa juzgada.

A su vez no se ha producido el supuesto que autoriza el archivo previsto en el número cuarto del art. 693 de la Ley Procesal Civil, por lo que ante la petición de la recurrente de que el pleito se recibiera a prueba, el juzgador debió de cumplir con lo previsto en dicho precepto, por la obligación de someterse al imperio de la Ley (art. 117 CE) y con ello acordar la continuación del proceso o de estimar que si daba conformidad en los hechos, dictar sentencia.

Lo que no resulta justificado en el ámbito de la estricta legalidad es el auto de archivo objeto de esta revisión casacional, ante la ausencia de efectivo acuerdo entre las partes para poner fin al litigio, ya que tal acuerdo

permite alcanzar el fin del proceso, aunque muchas veces sea sólo teórico e idealista, de conseguir la pacificación entre los contendientes y también la pacificación social, en proyección a los extraños al pleito.

El derecho a obtener sentencia judicial se alcanza desde el momento en que se plantea el litigio y si no se dan ninguno de los supuestos que se dejan estudiados, que actúan como crisis del procedimiento para determinar su conclusión sin sentencia, como sucede en este caso, tramitándose de resolución a la que le corresponde naturaleza constitutiva con trascendencia a los derechos del menor, que han de ser protegidos mediante decisión judicial que actúa como título eficaz de reconocimiento de los mismos, y es transcendental conocer quién es el padre biológico, para acceder a todo aquello que la paternidad lleva consigo y otorga (art. 39 CE, art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y art. 1 LO de 15 de enero de 1966 de Protección Jurídica del Menor).

El derecho a obtener respuesta judicial motivada y efectiva lo otorga el art. 24.1 CE a los ciudadanos que pleitean, y no se dan los supuestos legales de crisis procesal, estando integrado en la tutela judicial efectiva y al negárselo se genera clara indefensión, conforme reiterada y conocida doctrina constitucional y jurisprudencial de esta Sala de Casación Civil.

Lo expuesto conduce el discurso casacional de que no resulta satisfactoria y de recibo la conclusión decisoria alcanzada por los juzgadores de instancia de que el pleito quedó desprovisto por completo de objeto litigioso y la sentencia que cerraría el mismo resultaba innecesaria, al tratarse de decisión desprovista de todo apoyo legal como queda ya dicho, pues la resolución judicial ostenta condición de título de determinación legal de la filiación reclamada, dando así protección y cobertura a los intereses del menor directamente interesado y no lo obstaculiza las pruebas biológicas extraprocesales que se aportaron, que actuarían, en todo caso,

como pruebas anticipadas, sin perjuicio del derecho de las partes a pedir su ratificación o práctica en lo que estimasen conveniente, así como el reconocimiento que llevó a cabo el recurrido, que cabe equiparar a confesión

extrajudicial, por no conformar cosa juzgada ni ser absolutamente decisiva, atendiendo al alcance de la misma y su plena eficacia, conforme al art. 120 CC.

2. *Imprescriptibilidad de la acción de reclamación de paternidad.*

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

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

No existe abuso de derecho, ni mala fe, ni se vulnera el principio de seguridad jurídica por la circunstancia de que una persona de 48 años de edad ejercite la acción de reclamación de paternidad.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Concepción instó contra D. Alejandro demanda de reclamación de paternidad solicitando se dicte sentencia por la que se declare que la actora es hija no matrimonial del demandado, ordenando la debida constancia en el Registro Civil de Madrid, sustituyendo por la ahora reclamada, con expresa imposición de costas a la parte demandada.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Talavera de la Reina dictó sentencia el 19 de junio de 1995, estimando íntegramente la demanda con base tanto en la prueba testifical, la documental de oficio de la Comisaría, la notoriedad pública y social del nacimiento y paternidad y la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica.
- En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la Audiencia Provincial de Toledo dictó sentencia el 29 de abril de 1996 desestimando el recurso. Con carácter de diligencia para mejor proveer se practicó la prueba biológica que dio un porcentaje de probabilidad del 99,998%.
- Don Alejandro interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Lo motivos que alega el recurrente se centran en dos cuestiones:

1. Infracción de la exigencia del art. 127 del CC en cuanto a la presentación de un principio de prueba con la demanda.

Alega el recurrente que el art. 127 CC, en su segundo párrafo, establece de forma insoslayable y como requisito procesal necesario la inadmisibilidad de la demanda en los juicios de filiación, cuando juntamente con la demanda no se presente algún principio de prueba de los hechos en que ésta se funde. Pues bien, la simple lectura de la demanda que dio lugar al proceso de filiación que nos ocupa, nos demuestra sin posibilidad de duda que ningún indicio probatorio se acompañó con dicha demanda, limitándose la parte actora a vagos e inconcretos ofrecimientos de prueba posterior, y a afirmar lo «público y notorio» en el pueblo de Talavera de la paternidad de mi representante respecto de la mandante, aduciendo que, de esa forma, la admisión a trámite de la demanda vulneró no sólo el art. 127 CC, sino también el derecho fundamental recogido en la Constitución a la intimidad personal y familiar (art. 18.1.º C.E.), ya que con tal demanda se produce en principio una intromisión de los órganos judiciales en la esfera de la intimidad del demandado, siendo por ello que la Ley exige para justificar el levantamiento del derecho a la intimidad la acreditación inicial y cuando menos indicaría de los hechos en que la demanda se funda.

Respecto a esta cuestión, la Sala no tiene sino que subrayar ya una vieja doctrina jurisprudencial, así, en S. de 3 de septiembre de 1996, se decía: «...ha de insistirse en la jurisprudencia de esta Sala sobre que no puede confundirse el principio de prueba exigido por el art. 127 para la admisión de la demanda con la que ha de realizarse en el

curso del proceso para obtener una sentencia favorable. Basta para que el juez admita a trámite la demanda que del propio contexto o contenido de ella se aprecie una mínima línea de razonabilidad o verosimilitud de la que derivar la atribución de la paternidad, sometida siempre al resultado de la prueba a practicar en el proceso, pues el requisito del párr. 2.º del art. 127 sólo hace referencia a un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, sin que pueda constituir una restricción u obstáculo a la posibilidad que abre el art. 39.2 de la CE (SS. de 3 de diciembre de 1991; 8 y 20 de octubre de 1993; 28 de abril de y 28 de mayo de 1994)...».

Esta Jurisprudencia no hace sino reiterar argumentaciones científicas en torno a la razón de ser de este precepto, esto es —tesis aducida en la impugnación del recurso— que el art. 127 CC sirve como instrumento previsor frente a insólitas demandas instadas por sentimientos personales o deleznales, en su caso, pero nunca puede funcionar o entenderse como obstáculo que frene o trunque legítimas situaciones cuya única solución, en pos al acreditamiento de la paternidad demandada, lo será merced a la constatación judicial “ope sententiae” en el procedimiento correspondiente. Y jamás puede opinarse que en una demanda como la presente en donde la propia persona que se dice hija del demandado —y por razones de prudencia de la propia madre de la misma, según su Hecho 4.º a) de su demanda —f. 2º vto. autos—, plantea su pretensión frente a quien —como luego se acreditó con creces— fue su indiscutible progenitor, restaurándose así un estado civil “ex tunc” que colma en plenitud la estructura jurídica de la persona. Insistir en que la sanción de citado art. 127, en absoluto, requiere una instrumentación formal o documental de apoyatura de la demanda para de ella derivar la verdad controvertida, es, de todo punto inconsistente, porque de lo que se trata y requiere

es que, según los casos, y hasta en la hipótesis de mínima cimentación, sea suficiente del contexto de esa petición original obtener el órgano judicial una impresión de que, razonablemente, existe base o fundamento para adentrarse en el acervo “ex post” probatorio en búsqueda de la paternidad discutida. En el caso de autos, es obvio, que aparte de un relato de hechos, que por su mismo simplismo, ya denotaban evidencias de verosimilitud, la propia referencia a la partida de nacimiento de la actora, y al eco popular de esa prole, confirman la observancia de citada exigencia, posteriormente ratificada por la decisión judicial recurrida.

2. Ejercicio abusivo de la acción de reclamación de paternidad.

Sostiene el recurrente que la imprescriptibilidad de la acción de filiación, durante toda la vida del hijo, que debe aceptarse por así ordenarlo el art. 133 del CC, no puede prevalecer contra la norma de más alto rango y el derecho fundamental que constituye el principio de seguridad jurídica, y que, ello nos demuestra que la acción de D.^a Concepción no persigue ni la búsqueda de la verdad, ni la certeza de la filiación, sino tan sólo satisfacer unos móviles económicos que quedarían plenamente satisfechos con la posibilidad de participar en la herencia de quien, si biológicamente no lo fuere, afectiva, social y familiarmente es un extraño para la demandante. No es de recibo que quien cree estar amparado en una determinada situación jurídica vea ésta inesperadamente subvertida prácticamente cincuenta años después de que, hipotéticamente, tuviese una ocasional relación carnal con alguien que nada significó después para él durante ese medio siglo.

A tal alegación contesta el Tribunal Supremo señalando que la seguridad jurídica es un efecto o consecuencia de la previa categoría institucional de la paternidad. Y esa misma imprescriptibilidad de la acción que asiste a todo hijo, “ex” art. 133 CC, explica aquella prevalencia. Los argumentos sobre

móviles económicos de la actora y la tardanza en el ejercicio de su acción, no obstan a su legítima aspiración a una tutela judicial indiscutible determinante de su estado civil en su relación paterno-filial.

Por otro lado alega el recurrente la infracción en concepto de inaplicación del art. 7, aps. 1 y 2, del CC, ya la acción de reconocimiento de filiación ejercitada por D.^a Concepción vulnera las exigencias del art. 7 CC, en cuanto éste establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, proscribiéndose el ejercicio abusivo del derecho, añadiendo que, en este caso, nos encontramos ante una flagrante vulneración de tales exigencias, pues, como se ha dicho en el motivo anterior, D.^a Concepción, espera nada menos que catorce años desde que la Ley le permite ejercitar su acción, y cuando ella misma cuenta cuarenta y ocho años de edad y el demandado casi setenta, para exigir ser reconocida como hija no matrimonial, animada, evidentemente, por la desahogada situación económica del recurrente y por la carencia de éste de herederos forzosos.

Respecto a esta cuestión, señala el Tribunal Supremo que la buena fe y el no abuso del derecho, presiden e informan actuaciones como las de la actora, que postulan reconocimientos legales coherentes con su verdadera prole.

Igualmente señala que se ha infringido por inaplicación el art. 3.^º del CC, precepto que exige que las normas se interpreten atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad, ponderándose la equidad en la aplicación de las mismas, y que en definitiva, el demandado debe sentirse objeto de un verdadero abuso jurídico cuando se es declarado padre de una persona de cuarenta y ocho años a los casi sesenta años de edad, como fruto de la casual relación carnal habida hace casi medio siglo, que ni siquiera se recuerda, y que supuestamente tuvo lugar cuando contaba con diecisiete años. Siendo, además de abusivo, injusto, pues si verdaderamente la actora es su hija se ha privado a mi mandante de su trato, del derecho a co-

nocerla, a verla crecer y a tener una relación más o menos intensa con ella, lo que a estas alturas carece ya de todo sentido.

A este motivo contesta el Tribunal Supremo señalando que la equidad aludida no se vulnera, ya que se ajusta la Ley, en su prísti-

no sentido aplicativo, a unos hechos que claman en su vocación de justicia, frente a lo que, no cabe oponer, al menos con sustancia relevante, el lapso del tiempo que sobre la procreación no puede eliminar los frutos biológicos de una causal cohabitación en caso alguno cuestionada.

3. *Doctrina general sobre la negativa al sometimiento de la prueba biológica.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 22 de mayo de 2000.

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

Necesidad de practicar la prueba biológica en aquellos 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 y por tanto la negativa a someterse a las pruebas supone un indicio valioso que conjugado con otros elementos probatorios permiten declarar la paternidad pretendida.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a María de los Ángeles interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra don Francisco y el Ministerio Fiscal solicitando se dicte sentencia declarando que el demandado es el padre biológico del menor Ángel.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Mérida dictó sentencia con fecha 3 de febrero de 1995 estimado íntegramente la demanda.
- La Sec. 2.^a de la AP de Badajoz, con fecha 22 de mayo de 1995, dictó sentencia desestimando el recurso interpuesto por don Francisco.
- D. Francisco interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990, proclama que el niño desde que nace tiene derecho a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, siendo misión de los Estados Partes respetar y velar para que sea efectiva la integración del menor en las relaciones familiares. Para hacer realidad, por consiguiente, ese derecho del niño, se hace preciso establecer su filiación. El derecho del hijo a conocer su origen biológico adquiere tal relevancia que, incluso, la propia CE (Constitución Española) exhorta al legislador a que se posibilite la investigación de la paternidad (art. 39). Pero no sólo eso, principio también rector de la actuación de los poderes públicos es asegurar la protección integral de los hijos. Concretamente, la Constitución establece que los hijos, con independencia de su filiación, son iguales ante la Ley y tienen derecho a ser asistidos por sus padres, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio. Y es que el derecho a conocer la propia filiación biológica, incluso con independencia de la jurídica, se erige como un derecho de la personalidad que no puede ser negado a la persona sin quebrantar el derecho a la identidad personal y cuyo fundamento hay que buscar en la dignidad de la persona y en el desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

El motivo alegado por el recurrente se centra en que la negativa del recurrente a la práctica de la prueba biológica no puede llevar automáticamente a declarar la paternidad, si se tiene en cuenta el nulo valor probatorio de las demás pruebas.

La prueba biológica es de una seguridad extrema, si se practica. Si no se practica por voluntad del demandado, sin causa que lo justifique, no es una “ficta confessio”, pero tiene un alto valor probatorio puesto en relación con las demás pruebas practicadas, aunque éstas en sí mismas y por sí solas no

fueran suficientes para estimar probada una paternidad que de por sí es de imposible prueba absoluta (salvo la biológica).

El Tribunal Supremo sigue la doctrina constitucional, que se reitera recientemente en las SS. de 26 de julio de 1999 y 29 de marzo de 2000 y que, tal como dice la primera, parte de la S. TC 7/1994, de 17 de enero que dice, en su fundamento 6.º: “Es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probado por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la filiación”. Doctrina que ha sido reiterada por la S. 95/1999, de 31 de mayo, que, tal como dice la segunda: aunque se ha negado que la actitud obstruccionista de la recurrente impidiendo la práctica de tales pruebas biológicas suponga una “ficta confessio”.

—A. 276/1996, de 2 de octubre en recurso de amparo 4493/1995— se trata de un medio probatorio esencial y fiable para la determinación del hecho de la generación discutida en el pleito; su negativa junto con el resto de los fundamentos fácticos acreditados puede permitir llegar a la conclusión de la determinación de la filiación —S. 95/1999, de 31 de mayo—.

Por lo que respecta a las sentencias del Tribunal Supremo, se citan, además de las ya mencionadas, las sentencias más modernas: 11 de mayo de 1999, 28 de mayo de 1999, 26 de junio de 1999, 2 de septiembre

de 1999, 17 de noviembre de 1999; esta última resume: Todo lo cual unido a la negativa de la parte recurrente a someterse a las pruebas biológicas, que aunque doctrina consolidada emanada de las sentencias de esta Sala, no es base para suponer una “ficta confessio”, sino que necesariamente representa un indicio valioso que conjugado con otros elementos probatorios configurados en autos —como los datos antedichos— permiten declarar la paternidad pretendida (SS. de 3 de junio de 1988, 14 de mayo de 1991, 17 de marzo de 1992 y 8 de marzo de 1995, entre otras muchas), sirve para, se vuelve a repetir, determinar la filiación solicitada.

4. *Desestimación de la demanda de reclamación de paternidad a pesar de la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica.*

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

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

Para declarar la paternidad ha de conjugarse la negativa a someterse a la prueba biológica con el resultado de otros elementos de prueba, o indicios que sean suficientes para crear, y poder motivar suficientemente, la realidad de una filiación biológica, pero si no se trae a los autos prueba alguna indiciaria procede desestimar la demanda.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José María formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra D. Francisco, solicitando que se declare que el actor es hijo biológico del demandado, ordenando la inscripción de tal declaración en el Registro civil correspondiente, e imponiendo al demandado las costas de este juicio. La acción la basaba en que con ocasión de hallarse prestando servicios domésticos D.^a Margarita en la casa de D. Pedro (padre del demandado) a consecuencia de las relaciones extramatrimoniales mantenidas hace treinta y siete años con D. Francisco, nació el actor.

- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 3 de Guadalajara dictó sentencia el 25 de abril de 1994, desestimando íntegramente la demanda con base en que no hay prueba o indicio alguno de la cohabitación, sin que sea suficiente para establecer la relación de filiación-paternidad la mera negativa a la práctica de la prueba biológica, la cual no constituye “ficta confessio”.
- En grado de apelación, la AP de Guadalajara dictó sentencia el 3 de abril de 1995 desestimando el recurso interpuesto por D. José María.
- D. José María interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El soporte básico, señala el Tribunal Supremo, en que se sustenta el recurso reside en la negativa injustificada del demandado (presunto-padre) a someterse a la prueba hematológica. No cabe duda que D. Francisco no adujo razón alguna con fundamento bastante para justificar su obstruccionismo a la prueba biológica, pues las invocadas, en relación con aspectos económicos, intromisión en el honor e intimidad, chantaje o vejación familiar, inexistencia de otras pruebas, y no fiabilidad de los resultados, no son aceptables, ni le disculpan en modo alguno de su realización. Por lo tanto tiene razón el actor, aquí recurrente, cuando aduce el carácter injustificado de la negativa. Pero ocurre que dicho actor (presunto-hijo) pretende, con unos u otros argumentos, de orden constitucional y ordinario, que dicha negativa es suficiente “per se” para que se declare la relación de filiación. Y tal apreciación carece de consistencia, porque no hay precepto legal alguno que permita sostenerla, ni existe ejemplo alguno, ni en la doctrina del TC, ni en la moderna Jurisprudencia del TS, que haya mantenido tal criterio. Y por otro lado, la parte recurrente no cuestiona la apreciación de la sentencia recurrida relativa a la ausencia de prueba complementaria, que, en unión de aquella negativa, hubiera permitido declarar el estado civil consistente en la filiación por naturaleza.

La parte recurrente tiene razón cuando afirma en el contenido de los motivos que los resultados de las pruebas hematológicas son de elevada fiabilidad y que con su práctica no se vulnera los derechos a la integridad física y a la intimidad, ni puede considerarse degradante ni contraria a la dignidad de las personas, así como también es cierta la prevalencia, en materia de filiación, del interés social y de orden público. Pero tales consideraciones no permiten derivar de la simple negativa aludida el efecto jurídico de la filiación.

La doctrina jurisprudencial, y ésta es la doctrina también del TC (S. de 17 de enero de 1994), no atribuye a la negativa la consideración de una “ficta confessio”, sino sólo el valor del indicio valioso, muy cualificado, o significativo (entre otras, SS. de 14 de junio de 1996; 3 de noviembre de 1997; 3 de octubre de 1998; 26 de junio, 26 de julio, 2 de septiembre, 1 y 11 de octubre de 1999; y 24 de abril de 2000) que, para permitir declarar la paternidad, ha de conjugarse con el resultado de otros elementos de prueba, o indicios (SS. de 16 de enero, 2 de febrero, 11 y 28 de mayo, y 11 de diciembre 1999, A. de 26 de enero de 1999, entre otras), que sean suficientes para crear, y poder motivar suficientemente, la realidad de una filiación

biológica por obedecer a una concepción natural, y no meramente ficticia.

El deber de colaboración en el proceso, los principios de buena fe y lealtad procesal, las modernas doctrinas en materia de carga de la prueba (conviene en cualquier caso tener en cuenta que el binomio dificultad-facilidad puede generar una regla especial, pero en modo alguno es una regla general), y el obvio reproche que moralmente puede merecer la conducta del demandado, no pueden servir de soporte para aceptar una solución que desborda la posibilidad de los Tribunales, y que en sistemas jurídicos de otros países cuenta con una previsión legal. La hipotética atribución judicial a la negativa injustificada a la práctica de la prueba hematológica de un valor superior al de un «indicio valioso» o «muy cualificado», aparte de problemas prácticos en el terreno de la sociología jurídica (confianza de los ciudadanos de cuáles son las actuales consecuencias de la negativa) y técnicos (parece conveniente que la posibilidad de una “ficta confessio” deba tener un sustento legal), se aviene mal con la relevancia del vínculo que se pretende establecer, y sobre todo con su inmutabilidad (cosa juzgada con eficacia “erga omnes”). Como dice la sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 1999 “si bien los Tribunales de Justicia en estas cuestiones no exigen una prueba férrea y absoluta, dadas las especiales condiciones de las situaciones humanas que se debaten y los intereses a proteger de los hijos, tampoco por ello cabe una permisividad abierta e incontrolada que permitiría, unas veces, alcanzar decisiones coincidentes con la realidad genética, con lo cual se autorizaría a definir situaciones de estado civil difusas, despejando su incertidumbre para las personas interesadas; pero en otros casos, puede suceder que se atribuya filiación equivocada, con las graves con-

secuencias que ello implica, por lo que la exigencia de prueba medianamente suficiente y sobre todo convincente, con sujeción a la legalidad a cumplir, se impone y se hace exigente a los Tribunales”.

Por otra parte no es de aceptar que con la doctrina sustentada, y aplicada correctamente por la sentencia recurrida, se vulnera la norma constitucional que veda la discriminación por razón del nacimiento (arts. 14 y 39.3 CE) pues no se establece o reconoce ninguna diferencia para los hijos procreados fuera del matrimonio respecto de los matrimoniales; como tampoco se conculca el 24.1 CE que prohíbe la indefensión, argumento que no puede servir de fundamento para impugnar una denegación de una pretensión por deficiencia probatoria, máxime cuando no cabe hacer recaer tal circunstancia exclusivamente en el obstruccionismo comentado, habida cuenta que se pudieron intentar otras posibilidades (como el reconocimiento morfológico), o asegurar las intentadas, habida cuenta el tiempo transcurrido desde el nacimiento, y las circunstancias concurrentes al tiempo de la supuesta concepción.

Por último, aunque se habla de ejercicio ilegítimo o antisocial de derecho (con referencia a la negativa de que se trata) se hace en un sentido figurado para deslegitimar jurídicamente la conducta del que se niega injustificadamente a someterse a la prueba hematológica, porque en realidad no hay ningún derecho en ejercicio, del mismo modo que tampoco cabe hablar de acto ilícito, o de deber jurídico propio, aunque lo haya moral, o en todo caso, en el plano jurídico como deber de segundo grado, o con sanción incompleta, cual es la de constituir un indicio valioso, o muy significativo, aunque por sí solo insuficiente para dar lugar al efecto jurídico que se pretende eludir.

5. *Legitimación para la reclamación de paternidad no matrimonial sin posesión de estado.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de junio de 2000.

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

Legitimación del solicitante para ejercitar la acción de reclamación de paternidad no matrimonial aun cuando no exista posesión de estado, siguiendo la constante y reiterada doctrina del Tribunal Supremo superando la literalidad del art. 133 del CC.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Guillermo instó demanda de menor cuantía contra D.ª Ana-María ejercitando una acción de reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado, en la que, tras exponer hechos y fundamentos de derecho, suplicó que seguido el procedimiento judicial con intervención del Ministerio Fiscal, se dicte sentencia por la que estimando la demanda se declare a D.ª Andrea hija legítima del actor con todos los efectos inherentes a la citada declaración, ordenando la cancelación de cualquier otra filiación que pueda ser contradictoria a la misma y debiendo dar cuenta al Registro Civil a sus efectos oportunos, y con expresa declaración de temeridad y mala fe en la demandada al imponerle las preceptivas costas si se opusiera a las legítimas pretensiones de mi mandante.
- D.ª Ana-María se personó en el pleito y contestó a la demanda por medio de las razones fácticas y jurídicas que alegó, para terminar suplicando al Juzgado se dicte sentencia en su día desestimando la demanda, con expresa imposición de costas al actor, por su evidente temeridad.
- El juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de Granada dictó sentencia el día 31 de enero de 1997 desestimando la demanda.
- La Sec. 3.ª de la AP de Córdoba dictó sentencia el 28 de abril de 1998 desestimando el recurso de apelación.
- D. Guillermo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia de instancia negó la legitimación a D. Guillermo para reclamar la paternidad ya que no concurre constante posesión de estado (art. 131 CC), correspondiendo la acción a la hija durante toda su vida.

La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo consolidó el reajuste interpretativo de los arts. 131, 133 y 134 que ya habían iniciado las SS. de 5 de noviembre de 1987, 22 de marzo de 1988, 19 de enero y 23 de febrero de 1990 y 8 de julio de 1991 para llegar a la doctrina contenida en las últimas SS. de 24 de junio de 1996, 30 de marzo de 1998 y 19 de mayo de 1998, que establecen y reconocen la legitimación del padre en los casos de filiación no matrimonial, al superarse la literalidad del art. 133 CC que atribuye sólo legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad y toda vez que el art. 134 CC legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible y este interés existe y se presenta legítimo en casos como el presente en relación de padre biológico y que le es negado en la sentencia recurrida.

La verdad biológica no puede dejarse de lado y conforma la efectiva verdad material y, a su vez, también ha de tenerse en cuenta el derecho natural y, por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre y se presenta como encuadrable en tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgársele por integrarse en la moral-jurídica y normativa constitucional (art. 39), e incluso resulta necesaria para la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud.

La ocultación de tal situación resulta casi siempre perjudicial por el daño que se le puede ocasionar al menor, al imponerle una vida de encubrimiento y mentiras que a la larga suele cobrar su tributo siempre negativo y sin perjuicio de que, como dice la S. de 18 de diciembre de 1999, el hijo menor pueda impugnar la paternidad declarada cuando alcance la mayoría de edad, a lo que le autorizan los arts. 137 y 140 CC.

En el caso de autos para nada se demostró que la paternidad que se insta pueda ocasionar perjuicio alguno a la menor, siendo lo normal que el reconocimiento de la filiación beneficie a la misma, no sólo en el plano efectivo de los sentimientos, sino también en el económico y en el de su posición de miembro integrante de la sociedad, al resultar identificada por vía paterna.

Despejado el problema de la legitimación del recurrente, el Tribunal Supremo asumiendo funciones de instancia estima la demanda, ya que se dan pruebas indiciarias suficientes que acreditan que el recurrente es el padre biológico de la menor Andrea. Del examen conjunto del cuerpo probatorio e incluso del contexto del escrito de contestación a la demanda, se alcanza la conclusión lógico-jurídica, suficientemente, al concurrir hechos-base acreditados de que la petición del recurrente ha quedado debidamente demostrada, para decretar que los litigantes mantuvieron relaciones íntimas en tiempo hábil para la procreación y, a consecuencia de las cuales quedó la mujer embarazada, y el nacimiento de la niña, lo que se acomoda al art. 135 que hace una enumeración abierta de los medios de prueba, para autorizar su inciso último la facultad de acudir al art. 4.1 CC, al permitir que se tomen en consideración otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo (S. de 16 de junio de 1995, que cita las de 15 de octubre de 1992, 29 de marzo y 20 de octubre de 1993, 16 de julio de 1994, así como las de 7 de

otubre de 1995 y 4 de julio de 1996, entre otras).

A lo que se deja dicho ha de añadirse, por cobrar importancia y trascendencia, la negativa persistente y continuada de la madre para la práctica de las pruebas biológicas de investigación de la paternidad, ya que por dos veces fue requerida para ello por el Juzgado y asimismo otras dos veces por la AP en trámite de apelación, sin que en ningún momento mostrara la mínima actividad cooperadora o predisposición para su práctica, alegando siempre estancias o viajes en el extranjero, no suficientemente justificadas, pero, en todo caso no probó que se tratase de situaciones permanentes indefinidas y plenas que no permitían el desplazamiento de la menor a territorio español.

El Tribunal de Instancia se mostró permisivo y tolerante en cuanto acordó (A. de 18 de junio de 1997) que la demandada fuera quien fijase la fecha en la que podía acudir con su hija a la Cátedra de Medicina Legal de Granada para la práctica de la prueba biológica, o, en su caso, determinase cuándo podía comparecer la menor, acompañada de la persona que designase, resolución que resultó debidamente notificada.

El auto precedente, que admitió dicha prueba de 12 de mayo de 1997, y que había señalado para su práctica el día 19 siguiente, también fue notificado personalmente a dicha interesada (Diligencia de 13 de mayo de 1997), y si bien recibió la citación, se negó a firmar la misma, lo que acredita que evidentemente se encontraba en la ciudad de Granada.

La actitud de la demandada se presenta clara y notoriamente obstruccionista y rebelde, encuadrable en la mala fe procesal, pues no siendo necesaria su presencia para llevar a cabo la prueba, bien pudo acceder a

que acudiera la hija, ya que no se demostró debidamente que residiera con ella en el extranjero y le acompañase en todo momento en las pretendidas residencias fuera del país.

La doctrina jurisprudencial reiterada (SS. de 11 de marzo y 12 de abril de 1988, 22 de marzo, 2 de julio, 10 de octubre y 24 de octubre de 1996 y 11 de mayo de 1999, entre otras muy numerosas) no equipara la negativa a la práctica de la prueba científica de referencia a la “ficta confessio”, pero tal conducta opositora no resulta por completo irrelevante y se convierte en un intenso indicio cuando sucede, como en el caso que nos ocupa, que la negativa careció de justificación susceptible de ser apreciada y obedeció más bien a una actitud decidida de evitar por todos los medios a que se llevase a cabo su práctica.

Este indicio que alcanza categoría de muy valioso y cuya importancia acentúa cada vez más la jurisprudencia más reciente, al conexionarlo con las demás pruebas practicadas, determina que los litigantes, si bien no de modo estable y sí ocasionalmente, pero con cierta asiduidad, mantuvieron relaciones sexuales, fruto de las cuales es la hija nacida y resultando suficientes para que proceda el reconocimiento suplicado, con lo que el motivo se acoge, ya que resulta inane la alegación que la demandada hace en su escrito de contestación (hecho segundo) de que «compartía su tiempo con otras amistades con mayor o menor afectividad» y que «se produjo el embarazo fruto de esas relaciones plurales con otras personas cercanas a su entorno», lo que careció de toda corroboración probatoria, y, como dice la S. de 17 de octubre de 1996, la aportación de un hipotético “plurium concubentium” no justifica la negativa a la realización de la prueba biológica.

II. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

1. GESTIÓN, ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES GANANCIALES

- 1.1. *Procedimiento declarativo ejercitando acción reivindicatoria instando contra uno solo de los cónyuges.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 5 de mayo de 2000.
Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.

Existencia de falta de litisconsorcio pasivo necesario al no haberse demandado a la esposa en un procedimiento en el que se cuestiona la titularidad dominical de una finca ganancial, habida cuenta que el art. 1385 del CC no implica que uno sólo de los cónyuges haya de soportar con exclusividad el ejercicio de una acción de dominio.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Santiago y Doña Generosa promovieron demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre declaración de propiedad y otros extremos, contra don Jesús, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que se estimó de aplicación, suplicaran al Juzgado se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos: 1.º Declarando que la sociedad de gananciales del actor es única propietaria de la finca denominada “Prego”. 2.º Declarando el derecho de los actores a continuar la obra que les fue paralizada por el procedimiento de interdicto tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Vigo. 3.º Condenando al demandado al pago de las costas de este procedimiento.
- Don Jesús contestó a la demanda oponiéndose a la misma, y suplicando al Juzgado: «dictar en definitiva sentencia desestimando íntegramente la demanda, absolviendo a mi representado de los pedimentos contra él formulados, imponiendo a los demandados las costas del juicio, formulando a su vez demanda reconventional, en la que, tras alegar hechos y fundamentos de derecho, suplicó al Juzgado: “Que en su día se dicte sentencia por la que se declare: a) Que la finca denominada ‘Figueiro’ descrita en el hecho 2.º de

la contestación a la demanda rectora es propiedad de la sociedad conyugal de don Jesús y su esposa doña María Dolores. b) Condenando a los señores reconvenidos don Santiago y doña Genoveva a la demolición de la obra efectuada, reponiendo el lugar a su estado anterior. c) Condenándoles expresamente en costas».

- El Juzgado de Primera Instancia número uno de Vigo dictó sentencia en fecha 14 de septiembre de 1994 que, sin entrar en el fondo de la demanda, absolvió en la instancia al demandado de las pretensiones formuladas en su contra, condenando a los actores al pago de las costas causadas al respecto; «y estimando íntegramente la reconvencción deducida por éste en contra de los actores, debo declarar y declaro que la finca denominada “Figueiro” es propiedad de la sociedad conyugal que don Jesús y su esposa doña María Dolores; condenando a los reconvenidos a demoler la obra efectuada, reponiendo el lugar a su ser y estado anteriores, ello sin pronunciamiento sobre las costas causadas en dicha reconvencción».
- La Sec. 3.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia el 23 de febrero de 1995 estimando el recurso y la demanda, desestimando la excepción de falta de litisconsorcio necesario formulada en la contestación a la demanda, e igualmente la reconvencción, absolviendo a la parte actora de dichos pedimentos.
- Don Jesús interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Interpone el demandado recurso de casación al entender vulnerada, además de los artículos 1322, 1344, 1375 y 1377 CC (Código Civil), 38 y 40 LH (Ley Hipotecaria), y 144 de su Reglamento, en relación con el art. 24 CE (Constitución Española), la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario, no habiendo valorado la sentencia impugnada que la facultad que el art. 1385 CC concede a cualquiera de los cónyuges para defender los bienes o derechos comunes no significa sino que cualquiera de ellos está legitimado para efectuar dicha defensa, pero no que pasivamente haya de soportar con exclusividad el ejercicio de una acción que, por afectar a ambos, debió ser dirigida contra los dos.

El motivo es estimado por el Tribunal Supremo, porque, aparte de otras, en SS. TS de 6 de junio de 1988, 25 de enero de 1990 y 22 de julio de 1991, ha declarado la virtualidad de la posición jurisprudencial manifestada por la recurrente respecto al litisconsorcio pasivo necesario en supuestos como el presente, donde la cuestión litigiosa gira primordialmente en torno a la identidad de los propietarios de un terreno, y la esposa del demandado, quien participa en la titularidad documental aducida por éste sobre la finca objeto del pleito como integrante de su sociedad conyugal, no ha sido llamada al proceso, de manera que la sentencia de instancia contradice la doctrina de esta Sala, según la cual deben ser traídas al juicio

cuantas personas puedan ser afectadas directamente por la resolución que recaiga en la litis, ya que en otro caso podrá producirse una flagrante indefensión de quien, sin estar en el mismo, y no haber tenido en conse-

cuencia la oportunidad de ser oído y defenderse en él, se viera constreñido a cumplir la sentencia que afecta a sus derechos e intereses.

1.2. *Póliza de seguro suscrita por uno sólo de los cónyuges.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 16 de mayo de 2000.

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

A pesar de que la póliza de seguros multirriesgo del hogar haya sido suscrita por uno sólo de los cónyuges, dado que el matrimonio estaba sujeto al régimen de gananciales, hay que entender que la esposa también fue tomadora del seguro y por tanto no procede indemnización alguna por el fallecimiento de la madre de la esposa con ocasión del incendio que se produjo en la vivienda.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Pedro Juan suscribió una póliza de seguros de la modalidad Multirriesgo del Hogar con la entidad L.
- Como consecuencia en un incendio que se produjo en la vivienda falleció Doña Aurora, suegra de don Pedro Juan.
- Los hijos de la fallecida, don Juan, don Víctor, doña Aurora y doña María del Carmen formularon demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra la Compañía de Seguros sobre reclamación de cantidad, solicitando se dicte sentencia por la que se condene a la compañía de seguros a abonar a los actores la cantidad de 10.000.000 de pesetas como consecuencia del siniestro.
- El Juzgado de Primera Instancia número Siete de Pontevedra dictó sentencia el 7 de septiembre de 1994 estimando la demanda íntegramente.
- En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia en el 20 de abril de 1995 desestimando el recurso interpuesto por la compañía de seguros.
- La compañía de seguros recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La tesis de la recurrente se funda en que la fallecida estaba excluida de la cobertura de la póliza suscrita por ser ascendiente de la asegurada, la esposa del tomador del seguro, copropietaria del piso [art. 3.1.1.b) de las condiciones generales].

La sentencia recurrida rechaza la oposición de la aseguradora demandada y da lugar a la reclamación actora por entender que la delimitación de quienes son terceros a efectos de la responsabilidad civil asegurada en la póliza, contenida en el art. 3.1.1 del clausulado general, es una cláusula limitativa de los derechos de los asegurados, que no puede tener una interpretación extensiva o analógica, sino que ha de ser interpretada con criterio restrictivo, por lo que la exclusión de ese concepto de terceros que se hace en el clausulado general no alcanza a los parientes por afinidad del tomador del seguro.

La cuestión se centra, por tanto, en la interpretación que haya de darse al art. 3.1.1.b) según el cual «no se considerarán terceros los cónyuges, ascendientes y descendientes del tomador del seguro y del asegurado», que la Sala de instancia califica de cláusula limitativa de los derechos de los asegurados.

Discutida la condición de asegurada de la esposa del tomador del seguro, el asegurado es la persona titular del interés asegurado; en el ámbito del Derecho de seguro el interés viene constituido por la relación económica existente entre un sujeto y un bien que constituye el objeto asegurado (art. 8.4 de la Ley del Contrato de Seguro); incardinado el seguro en virtud del cual demandan los actores en la modalidad de «multirriesgo de hogar», el objeto asegurado era la vivienda sita Pontevedra, propiedad de don Pedro Juan, que aparece como tomador del seguro, y de su esposa, doña Mercedes, cónyuges

casados bajo el régimen legal de la sociedad de gananciales, sin que conste en autos que la vivienda asegurada era de propiedad privativa de uno u otro de los cónyuges. De acuerdo con el art. 1 de las condiciones generales de la póliza contratada, la responsabilidad civil que se asegura es la derivada para el propietario del inmueble asegurado, como ocupante del mismo o en ambos casos, es decir, el interés asegurado es el del propietario u ocupante de la vivienda y que, por tanto, se da en la esposa del tomador del seguro como copropietaria, si bien bajo el régimen de la comunidad germánica que informa la sociedad de gananciales, de la vivienda asegurada, no obstante figurar como tomador del seguro, únicamente el marido. De ahí que se dé en la persona de la fallecida la condición de ser ascendiente de la asegurada, su hija doña Mercedes y, en consecuencia, no pueda ser considerada tercero a efectos de este seguro, de acuerdo con el art. 3.1.1.b) de las condiciones generales de la póliza, según el cual no se considerarán terceros, «los cónyuges, ascendientes y descendientes del tomador del seguro y del asegurado».

Calificada en las instancias la cláusula en cuestión como limitativa de los derechos del asegurado, señala el Tribunal Supremo que no puede compartir esa calificación, sino entender que se trata de una cláusula que limita objetivamente el riesgo asumido en el contrato, su contenido y el ámbito a que se extiende, como resulta de los supuestos contemplados en las sentencias de esta Sala de 9 de febrero de 1994 y 18 de septiembre de 1999, limitación objetiva del riesgo que puede ser opuesta por el asegurador al perjudicado.

El Tribunal Supremo desestima la demanda y absuelve a la compañía de seguros.

2. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

2.1. Valoración de bienes a efectos de liquidación de gananciales.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 16 de mayo de 2000.

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

A efectos de la liquidación de la sociedad de gananciales la vivienda de protección oficial debe ser valorada conforme al precio de mercado.

Los bienes deben ser valorados a la fecha en que se liquidan y no cuando tiene lugar la disolución de la sociedad.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña María José presentó escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada, con fecha 16 junio de 1998, por la Audiencia Provincial de Guadalajara.
- Entregadas las actuaciones al Ministerio Fiscal, éste las devolvió con la fórmula de «visto».
- El Tribunal Supremo dictó auto inadmitiendo el recurso.

COMENTARIO DEL AUTO

Dos son las cuestiones analizadas por el auto y que impidieron que el recurso de casación fuese admitido a trámite.

1. Valoración de la vivienda de protección oficial en el momento de liquidar la sociedad de gananciales.

La recurrente sostiene que la vivienda de protección oficial debe valorarse conforme a las normas administrativas que regulan la materia y que al no haberlo hecho así las sentencias del juzgado y de la Audiencia han infringido el artículo 127.1 del Decreto

2414/68, de 24 de julio, que aprobó el Reglamento de Viviendas de Protección Oficial, en relación con el art. 5 del mismo Decreto y con el art. 28 del Real Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Legislación de las Viviendas de Protección Oficial, dado que la vivienda familiar integrada en el activo de la sociedad legal de gananciales es una Vivienda de Protección Oficial y por ello su valoración debió realizarse conforme a esa condición de Vivienda de Protección Oficial y no atendiendo a su valor de mercado, tal y como señala la sentencia de esta Sala de fecha 9 de febrero de 1995.

Entiende el Tribunal Supremo que el motivo tal y como se plantea incurre en las causas de inadmisión porque, de un lado, es doctrina reiterada de esta Sala, que no se cumple, el requisito de citar la norma infringida cuando la citada no es una norma sustantiva civil sino un precepto reglamentario o administrativo (SSTS de 2-3-1996, 11-3-1996 y 28-5-1996 entre otras), siendo asimismo jurisprudencia reiterada que la formulación del motivo fundado en infracción de jurisprudencia exige ineludiblemente la cita precisa de dos o más sentencias de esta Sala cuya doctrina coincidente se considere vulnerada (SSTS 21-4-1992, 3-3-1993, 24-3-1995, 7-3-1996, 14-6-1996, 24-5-1997, 12-5-1997, 20-6-1997 y 29-9-1997), requisitos que en el presente caso no concurren al fundar el motivo únicamente en normas administrativas sin citar precepto civil alguno y citando como infringida una única sentencia de la Sala al respecto.

Pero es que además desconoce la doctrina jurisprudencial de la Sala respecto al valor que debe darse a las Viviendas de Protección Oficial en los supuestos de liquidación de la sociedad legal de gananciales, puesto que si efectivamente la sentencia citada de fecha 9 de febrero de 1995 otorga a dichas viviendas el valor referido en la legislación administrativa, como afirma la recurrente, con posterioridad se dictaron sentencias de fechas 11-7-1995 y 16-12-1995 en las que, variando el criterio seguido con anterioridad, se establece que las Viviendas de Protección Oficial en los casos de liquidación de la sociedad de gananciales habrán de ser valoradas conforme a su precio real y sin tener en cuenta las limitaciones establecidas para su venta en la legislación especial, a los efectos de evitar el enriquecimiento injusto de uno de los cónyuges, máxime cuando se trata de un régimen de carácter temporal.

2. Fecha de valoración de los bienes incluidos en el activo de la sociedad de gananciales.

Sostiene la recurrente que la valoración del vehículo marca Mitsubishi, utilizado exclusivamente por el esposo desde la separación matrimonial, debió realizarse conforme a su valor al momento de dicha separación matrimonial y no conforme a su valor al momento de la liquidación.

El motivo, sostiene el Tribunal Supremo, incurre en causa de inadmisión de carencia manifiesta de fundamento del art. 1710.1.3.^a, caso primero, de la LECiv, en tanto que lo pretendido por la recurrente infringe la doctrina de la Sala al respecto, dado que según ésta los artículos 1396, 1397 y 1398 del Código Civil distinguen entre dos momentos, disolución y liquidación, relacionando la elaboración del activo y del pasivo con los valores «actualizados» de los bienes que se suman o deducen, al tiempo de la liquidación, conforme ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala en SSTS de fechas 23-12-1993, 17-2-1992, 8-10-1990 y 21-11-1987, añadiendo que «durante el período intermedio entre la disolución de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria y en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el “totum” ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial y hasta que mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice en una parte concreta de bienes para cada uno de los comuneros». Aplicada esta doc-

trina al caso presente resulta que no existe la vulneración de los preceptos que se alegan, dado que hasta el momento de la liquidación el patrimonio continúa siendo común y los incrementos de valor o plusvalías que los bienes hayan podido experimentar y las disminuciones o minusvalías son de riesgo y ventaja de todos, no siendo por ello posible el reintegro a la sociedad de gananciales por parte del señor S. S. de la diferencia existente entre la valoración que se ha hecho, en el momento de la liquidación, del vehículo ganancial por él utilizado en exclusiva y el importe debidamente actualizado de la valoración que correspondía al mismo vehículo al momento de la disolución de la sociedad, como pretende la recurrente, puesto que el artículo 1397 del CC en todo momento se refiere, y así lo ha señalado la jurisprudencia anteriormente citada, al momento de la liquidación y no al momento de la disolución

como apunta la parte actora, y el artículo 1390 del CC no resulta aplicable habida cuenta que el mismo se refiere a la administración de la sociedad de gananciales, sociedad que ya no existe dada la disolución del régimen matrimonial, rigiéndose el patrimonio común desde esa disolución hasta su liquidación por las normas de la comunidad de bienes y no las propias de la sociedad de gananciales. Por último señalar que la sentencia citada por la recurrente de fecha 21 de mayo de 1994 no resulta aplicable al presente caso, puesto que la misma se refiere a un supuesto de hecho diverso al que nos ocupa ya que se centra en una discordancia sobre el caudal partible, discordancia que aquí no se produce, refiriéndose en todo caso la divergencia del presente procedimiento a la valoración de los bienes de la comunidad y no a la inclusión o no de los mismos en el caudal a liquidar.

2.2. Calificación de bienes: carácter ganancial de la vivienda y declaración de nulidad de la donación efectuada por el esposo.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 24 de mayo de 2000.

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

Carácter ganancial de un inmueble dado que era nula la disposición que del mismo hizo el esposo con carácter gratuito, sin que sea obstáculo para ello que los cónyuges, a pesar de convivir en el mismo domicilio, no hiciesen vida en común.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Enrique y D.^a Trinidad contrajeron matrimonio el 5 de septiembre de 1948 rigiéndose en lo económico por el régimen de gananciales.
- El 12 de diciembre de 1968 D. Enrique compra a Ingasa la vivienda sita en la Avda. Ciudad Jardín de Sevilla.
- El 16 de junio de 1971, D. Enrique cede sus derechos a la Compañía mercantil “Mercantil P., S.A.”, en garantía de la deuda contraída con esta enti-

dad como consecuencia del aval prestado para la compra del inmueble, aunque el 2 de mayo de 1978 se produjo la retrocesión de derechos, al haber satisfecho D. Enrique la suma adeudada.

- En tiempo no concretado debidamente y a consecuencia del deterioro de las relaciones, los cónyuges dejaron de tener vida íntima, si bien el marido siguió pernoctando en el domicilio matrimonial, manteniendo la apariencia por los hijos y por razones de índole social, y continuó con la gestión de los asuntos de la familia, contribuyendo a su sostenimiento.
- D.^a María del Rocío estuvo casada con D. José Luis, el cual murió el 27 de agosto de 1973. Los dos matrimonios expresados se conocían, e incluso tuvieron relación de amistad, y fallecido el esposo, en tiempo no precisado, pero próximo, y sin abandonar el domicilio conyugal, D. Enrique comenzó a desarrollar una relación íntima y de práctica convivencia con D.^a María del Rocío, hasta el fallecimiento de ésta el 10 de junio de 1992.
- El 4 de mayo de 1978 D. Enrique remite una comunicación a Ingasa en la que le notifica haber cedido los derechos sobre el piso a D.^a María del Rocío, mayor de edad, de estado viuda, inquilina del piso, y en virtud de ello, el 21 de junio de 1978 se otorgó escritura pública de compraventa entre Ingasa, como vendedora, y D.^a María del Rocío en concepto de compradora.
- D.^a Trinidad interpuso demanda de juicio de menor cuantía contra su esposo D. Enrique, contra don José Luis, don Miguel Ángel, don Javier Enrique (hijos de D.^a María del Rocío) y contra la entidad Ingasa solicitando que se dicte sentencia declarando: a) La nulidad de la donación efectuada por su esposo a favor de D.^a Rocío respecto del inmueble litigioso. b) La nulidad de la transmisión de dominio sobre la referida vivienda operada por la entidad Ingasa en favor de doña Rocío. c) Que la vivienda antes referida, al haber sido adquirida obrante la sociedad legal de gananciales entre D.^a Trinidad y Don Enrique, y además con bienes de naturaleza ganancial, forma parte de la misma a todos los efectos. d) Respecto a la actual situación registral del piso objeto de estas actuaciones, y que actualmente figura inscrito a favor de doña Rocío, se proceda a su inscripción en favor de la sociedad de gananciales integrada por la actora y D. Enrique. e) Condenando en costas a los demandados.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 15 de Sevilla dictó sentencia el 20 de mayo de 1994 desestimando la demanda
- En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Sevilla dictó sentencia estimando el recurso interpuesto por D.^a Trinidad y estimando la demanda íntegramente.
- D. José Luis, don Miguel Ángel y don Javier Enrique interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión que se discute en el recurso no es otra que determinar el carácter ganancial del inmueble o si por el contrario pertenece a los herederos de D.^a María del Rocío.

Para resolver la cuestión planteada, señala el Tribunal Supremo, ha de partirse ineludiblemente de la base fáctica sentada en la sentencia de instancia, con arreglo a la que D. Enrique adquirió el dominio del piso litigioso, porque se dieron los presupuestos que determinan tal adquisición, a saber: el título (compraventa) y el modo (tradición material), de conformidad con lo establecido en los arts. 609, párrafo segundo, 1095, inciso segundo, 1445, 1450 y 1462, párrafo primero, del CC. El que se hubiere pagado o no totalmente el precio por el Sr. M. no es decisivo, aunque también resulta incólume en esta casación que el precio fue abonado íntegramente por el comprador. Asimismo resulta irrelevante si tal adquisición dominical tuvo lugar antes de la cesión de derechos a la entidad “Mercantil P., S.A.”, (que se produjo el 16 de junio de 1971), o con posterioridad, con ocasión de la retrocesión (2 de mayo de 1978), tanto más si tiene en cuenta que aquella cesión fue meramente fiduciaria, al haber sido efectuada no como dación en pago, sino en garantía de la deuda derivada del afianzamiento del pago del precio aplazado.

El razonamiento anterior permite sentar una primera conclusión. Cuando se produce la «cesión de derechos» de D. Enrique en favor de D.^a Rocío, que se fija cronológicamente en el 4 de mayo de 1978, fecha en la que el primero se dirige a Ingasa a fin de comunicárselo, para que se otorgue la escritura pública haciendo constar a D.^a Rocío como compradora, D. Enrique era el único dueño, y por lo tanto Ingasa no podía transmitir dominio alguno («nemo dat quod non habet»; «nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habere»). Ingasa se limita a cumplir la instrucción del dueño (salvando el “tractu”), y con tal actuación lo único que

hace es dar la apariencia formal de titularidad dominical a D.^a Rocío. Pero este no es el título legítimo, el cual sólo podía provenir de un negocio jurídico idóneo al efecto transmisivo en el que aparezca como “tradens” D. Enrique. La sentencia de instancia entiende que ese título es la donación efectuada por el dueño a D.^a Rocío. Es decir, D.^a Rocío no adquirió de Ingasa porque esta entidad nada podía transmitir, ni tampoco compró a D. Enrique, sino que éste, a través de la cesión de derechos, lo que le hizo fue una transmisión por acto a título gratuito, causalizado por la liberalidad del bienhechor, es decir, una donación (arts. 609, párrafo segundo, 618 y 1274 CC).

Ocorre, sin embargo, que nos hallamos ante una donación (verbal) de un inmueble que no se hizo como exige el art. 533, párrafo primero, del CC en escritura pública, y este requisito tiene la consideración de presupuesto de forma esencial, insoslayable (carácter constitutivo o “ad solemnitatem”), de tal modo que su falta determina la nulidad radical, o mejor incluso, inexistencia, del título, como entiende reiterada doctrina jurisprudencial, de la que son ejemplo las SS. de 27 de septiembre de 1989; 7 de mayo y 25 de octubre de 1993; 27 de julio y 10 de noviembre de 1994; 3 de marzo, 24 de octubre y 23 de diciembre de 1995; 5 de noviembre de 1996 y 19 de junio de 1999, entre otras, por lo que no despliega virtualidad transmisiva alguna de los bienes a que se refiere. No cabe argumentar con base en la escritura pública de 21 de junio de 1978, porque su otorgante Ingasa no es representante del Sr. M., y además siempre faltaría la aceptación de la donataria (art. 633, párrafo segundo; S. de 23 de diciembre de 1995), lo que incluso se reconoce en el motivo segundo del recurso. Por consiguiente no hay título, porque se utilizó para viabilizar la transmisión del dominio una operación jurídica inválida, y, como consecuencia, los recurrentes, a los que es aplicable la dinámica

jurídica por aplicación del principio de la relatividad, carecen de base legítima en que fundamentar su pretendido derecho. Esta es la solución correcta del caso, que, si bien no se ajusta totalmente a la argumentación de la resolución recurrida, no produce ningún efecto casacional con trascendencia al fallo, al ser aplicable la doctrina conocida de la «equivalencia de resultados» o del «Fallo justificado». Por otra parte es evidente la legitimación “ad causam” de la actora, cuyo interés jurídico se encuentra justificado por referirse la «donación» a un bien ganancial por haber sido adquirido por su marido constante matrimonio sujeto al régimen de la sociedad legal de gananciales (arts. 1401, núm. 2, y 1407 CC vigente en el momento de los hechos, y que se corresponden sustancialmente con las normas de los actuales arts. 1347 y 1361), de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala (“ad ex” SS. de 17 de abril de 1990; 15 de julio de 1993; 28 de junio de y 19 de octubre de 1994; 13 de julio de 1995; y 14 de octubre de 1997).

La disposición del bien solamente por el marido, sin la intervención (codisposición) de la esposa, o sin su consentimiento, determina la invalidez del acto de disposición a título gratuito de bien ganancial, sin que importe aquí concretar si la nulidad tiene carácter radical (como ocurre claramente en la actualidad, dados los arts. 1322.2, y 1378 CC), o relativa (anulabilidad), en la normativa del régimen vigente cuando se efectuó (arts. 65, redacción de L. 14/1975, de 2 de mayo; 1413, redacción de L. 24 de abril de 1958; 1415.2, “a contrario sensu”, e incluso 1343 y 1409, en orden a complementar la interpretación normativa), porque el tema, como sucede también con el colateral, para su caso (de entenderse nulidad relativa), del cómputo de la extinción de la acción, no se suscitó en casación. Por todo ello es evidente la nulidad del título por no cumplirse la exigencia legal en materia de disposición gratuita de bienes gananciales.

Por otro lado, sostienen los recurrentes que el inmueble no tenía carácter ganancial, dada la situación del matrimonio de D. Enri-

que y D.^a Trinidad, y aplicando la doctrina jurisprudencial, con arreglo a la que la separación de hecho excluye el fundamento legal de la sociedad de gananciales. Se aduce como base fáctica: que ejercita la acción «una persona que lleva separada de hecho de su marido más de treinta años, quien convive sentimentalmente con otra persona, y con el que mantiene unas pésimas relaciones, ceñidas únicamente a lo “comercial”»; que «D. Enrique mantenía una separación prolongada y constante en el tiempo (más de treinta años), período durante el cual no ha existido comunidad de vida marital entre ambos»; que «se trata de una situación asumida y admitida por ambos»; y que «no puede la actora pretender incorporar a su sociedad de gananciales un bien que ha sido pagado con dinero no generado en la comunidad de vida matrimonial». Y se argumenta que se trata de una conducta abusiva y contraria a la buena fe, amén de situarse en una clara falta de equidad respecto a la madre de los recurrentes con la que D. Enrique convivía extramaritalmente.

Es cierto, señala el Tribunal Supremo, que según doctrina de esta Sala la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, de tal modo que no tienen este carácter los bienes adquiridos individualmente después de la cesación de la convivencia, pero la misma no es aplicable al caso de autos. Con independencia de que no consta claramente en qué momento se produjo la interrupción de la convivencia íntima de los esposos, en cualquier caso, no basta con no tener relaciones íntimas con el cónyuge, y mantener unas relaciones extramatrimoniales con otra persona, para aplicar la doctrina expuesta. El marido no dejó el domicilio conyugal (cualesquiera que fueran las razones para no hacerlo), siguió pernoctando en el mismo, continuó llevando la gestión de los asuntos de la familia formada por la mujer e hijos, y contribuyendo con sus ingresos al sostenimiento. Esta situación no tiene encaje en las hipótesis contempladas por la doctrina de esta Sala. La sentencia de 13 de junio de 1986 se refiere a un su-

puesto de abandono con ruptura de la convivencia material; la de 26 de noviembre de 1987 a cesación de la vida en común quedando la mujer en una casa de su propiedad y saliendo de ella el marido; en la de 17 de junio de 1988, pasaron a vivir separados; en la de 23 de diciembre de 1992 los cónyuges se separaron, viviendo con independencia, habiendo incluso formado el marido una unión estable extramatrimonial de la que hubo dos hijos; la de 27 de enero de 1998, trata de un caso de ruptura de la convivencia conyugal con consentimiento de la mujer, y al referirse al presupuesto del cese efectivo de la convivencia dice: «siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) sería, prolongada y demostrada o acreditada por los actos subsiguientes de formalización judicial, y siempre que los bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados por su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia»; en la de 14 de marzo de 1998, al poco tiempo de contraer matrimonio, los cónyuges se separaron libremen-

te, yéndose a vivir cada uno a casa de sus padres; en la de 24 de abril de 1999, hubo separación de hecho con total cesación de la vida en común; y en la de 11 de octubre del mismo año, se produjo abandono del domicilio conyugal.

En el caso de autos, como se dijo, no se da la separación de hecho, o cesación de la vida en común, por lo que no es aplicable la doctrina acogida en dichas sentencias, expresiva de que «la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida hasta el momento de la muerte de uno de los cónyuges, porque entendiéndolo de otro modo se contrariaría la buena fe, incurriendo además en abuso de derecho, que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (art. 3.1 CC)». La doctrina es tanto más inaplicable al caso, si se tiene en cuenta que sólo rige para los bienes adquiridos con posterioridad a la ruptura, pero no perdiendo tal carácter los que lo tenían con anterioridad (v. gr. S. de 2 de diciembre de 1997).

III. PATRIA POTESTAD

1. *Competencia territorial para solicitar la privación de la patria potestad.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Auto de 4 de mayo de 2000.

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

La competencia territorial para conocer del procedimiento de privación de la patria potestad la tiene el juzgado de 1.^a Instancia del domicilio del padre frente al que se ejercita dicha acción.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña María Luisa interpuso demanda de juicio de menor cuantía ante el Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Oviedo, contra don Alí

sobre privación de patria potestad, en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictara sentencia por la que estimando la demanda, se prive al demandado de la patria potestad sobre su hijo, procediendo al nombramiento de tutor que deberá recaer en la persona de la actora (abuela del menor) y, alternativamente, se atribuya la custodia del menor a favor de la actora, con cuantos pronunciamientos sean procedentes en derecho, incluida la prestación de alimentos con cargo al padre e imponiéndose al mismo las costas del juicio.

- Don Alí presentó escrito ante el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Melilla, formulando cuestión de competencia por inhibitoria por considerar que la competencia territorial corresponde al Juez del domicilio del demandado (regla 1.^a del art. 63 de la misma Ley).
- Oído el Ministerio Fiscal, y de conformidad con su dictamen, el Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Melilla dictó auto en fecha uno de junio de 1999, accediendo a la inhibitoria propuesta.
- El Juzgado de Primera Instancia Número Cinco de Oviedo dictó Auto en fecha 8 de julio de 1999, por el que denegaba la inhibición requerida por el Juzgado de Primera Instancia Uno de Melilla.
- El Juzgado de Primera Instancia Número Uno de Melilla dictó Auto con fecha 29 de noviembre de 1999, por el que se insistía en la inhibitoria planteada.
- En vista de que ambos Juzgados insisten en su propia competencia, se remitieron las respectivas actuaciones al Tribunal Supremo, para así poder resolver sobre la cuestión de competencia planteada, donde el Ministerio Fiscal emitió dictamen en el sentido de que prevaleciendo la protección en interés del menor, debe mantenerse la competencia con desestimación de la inhibitoria interpuesta.
- El Tribunal Supremo atribuyó al competencia al Juzgado de 1.^a Instancia de Melilla.

COMENTARIO DEL AUTO

Como señaló la sentencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo de 22 de junio de 1993 «en los procesos sobre patria potestad que al carecer de una norma específica sobre competencia territorial para conocer de los mismos pueden ser equiparados a los que versan sobre el estado civil (según parece inferirse de la redacción del número 2.^o del art. 484 de la Ley Rituaria) la competen-

cia territorial corresponde al Juez del domicilio del demandado (regla 1.^a del art. 63 de la misma Ley)». El Tribunal Supremo aplica dicha doctrina al presente supuesto y determina la atribución de competencia por razón del territorio al Juzgado de Primera Instancia número Uno de Melilla, lugar del domicilio del demandado.

2. *Improcedencia de la privación de la patria potestad de un progenitor ingresado en prisión.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 24 de mayo de 2000.

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

No procede privar de la patria potestad al padre que ingresó en prisión a los pocos días de nacer su hijo, ya que no se puede saber si es o no un buen padre dada la inexistencia de relación con el hijo.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Antonio ingresó en prisión a los pocos días después de nacer su hijo, donde permanece desde entonces, pendiente de cumplir una condena de treinta años, por un delito con robo con homicidio y otros, que quedaría extinguida el día 16 de abril de 2020, y, a continuación, las correspondientes a otras causas que, en conjunto, suman más de veintitrés años. Se encontraba el día 14 de julio de 1993 clasificado, de acuerdo al Reglamento Penitenciario, en primer grado, redimiendo pena de forma interrumpida hasta el 2 de febrero del mismo año.
- Doña María Jesús interpuso demanda de menor cuantía contra don Antonio solicitando se privase al demandado de la patria potestad.
- El menor, próximo a cumplir siete años al tiempo de la demanda, convivía con la madre y con su nuevo esposo, del que ha tenido un hijo.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Gijón dictó sentencia el 22 de diciembre de 1993 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la AP de Oviedo dictó sentencia con fecha 15 de marzo de 1995, estimando el recurso y acordando la privación total de la patria potestad que corresponde a D. Antonio respecto de su hijo menor edad Cristian.
- Don Antonio Interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El tema central de este recurso de casación es si el recurrente puede ser privado de la patria potestad sobre su hijo por ser condenado al cumplimiento de pena privativa de libertad que le impide cumplir los deberes legales que señala el art. 154 CC, estando por tanto incurso de hecho en la situación prevista por el art. 170 del mismo Código.

Teniendo en cuenta el tiempo que padre lleva ingresado en prisión, carece de sentido —señala el Tribunal Supremo— plantearse el problema del incumplimiento de los deberes del art. 154 CC. Como acertadamente dijo la sentencia recaída en primera instancia en este pleito, no se puede saber si es un buen padre o no el demandado por inexistencia de relación con el hijo y no por voluntaria inhibición. Es obvio, indica el Tribunal Supremo, que la situación carcelaria lo impide, y aunque mejorara la clasificación penitenciaria (lo que no se sabe cuándo), la relación paterno-filial sería circunstancial, esporádica, en todo caso carente del debido tracto para el cumplimiento de sus fines.

El art. 170 CC ha de ser interpretado a la luz de las circunstancias que rodean a cada caso para proceder en consecuencia a su aplicación, sin que pueda prevalecer una consideración objetiva exclusivamente de su supuesto de hecho. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de enero de 1993, pero se deduce de su lectura

que se está ante un mero “obiter dicta”, ya que la “ratio decidendi” del fallo se halla en seguir la doctrina de esta Sala (SS. de 14 de marzo de 1899, 28 de enero de 1918, 26 de junio de 1923 y 11 de octubre de 1991), que interpretaba el antiguo art. 171 y el actual 170 que lo sustituyó en la reforma de 1981, en el sentido de que concedía una facultad a los órganos de instancia para la privación de la patria potestad, lo cual se mantiene en esta sentencia también, pero añadiendo que el uso de esa facultad está sometido a la censura casacional cuando pugna abierta e incontrovertiblemente con la lógica.

El caso litigioso actual es uno de ellos, pues añadiría a la pena impuesta a todo recluso privado de libertad por un tiempo razonable al efecto, la de poder ser privado también por los Tribunales civiles de la patria potestad, a pesar del silencio que sobre este punto guarde en la sentencia penal. Además, la medida de privación de la patria potestad se revela innecesaria, porque ya el legislador ha previsto en los párrafos último y penúltimo del art. 156 CC que en los casos de imposibilidad de ejercicio o cuando los cónyuges vivan separados, la misma sea ejercida por el cónyuge con el que los menores convivan, ejercicio total de la patria potestad que deja reducido a un mero rótulo la titularidad de la misma, que el legislador reformista de 1981 disoció de su ejercicio concreto y efectivo.

IV. MENORES

1. Régimen de visitas del menor con sus abuelos.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Auto de 3 de mayo de 2000.

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

No admisión a trámite del recurso de casación interpuesto por el padre para suprimir o restringir el régimen de visitas del menor (huérfano de madre) con los abuelos maternos acordado por el Juzgado de 1.^a Instancia.

ANÁLISIS DEL CASO

- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 4 de Toledo dictó auto fijando un régimen de visitas entre los abuelos maternos y el menor cuya madre había fallecido.
- La Sec. 2.^a de la Audiencia Provincial de Toledo dictó sentencia el día 21 de mayo de 1997, desestimando el recurso de apelación interpuesto por el padre.
- El padre recurre en casación solicitando la revocación de las sentencias de 1.^a Instancia y de la Audiencia Provincial para dejar sin efectos el régimen de visitas o en su caso restringirlo.
- El Tribunal Supremo no admite a trámite el recurso.

COMENTARIO DEL AUTO

Dos son las argumentaciones del recurrente para dejar sin efecto o restringir el régimen de visitas fijado.

1. No procede aplicar el art. 160 del CC ya que él no impide las visitas.

Alega el padre que no ha quedado acreditado en autos la existencia de impedimento alguno en las relaciones entre la menor y los

abuelos maternos, presupuesto necesario para la aplicación del art. 160 CC.

Por lo que respecta a esta cuestión la sentencia de primer grado, confirmada por la recurrida en casación, declara que si bien, de la prueba practicada en autos no resulta una absoluta oposición frontal del padre al normal desarrollo de la comunicación de la menor con sus abuelos, sí aparece que las relaciones entre ambas familias se han dete-

riorado, lo que ha incidido en el hecho de que la menor no pueda ver a sus abuelos y que esa imposibilidad deviene de los impedimentos que a tal fin le impone su padre, no existiendo razón alguna que justifique la limitación o exclusión de tal relación que, por todos los datos obrantes en la causa, no parece sino que va a redundar en beneficio del desarrollo de la menor. En la medida que ello es así, el recurrente al afirmar que no habría quedado probado a lo largo del proceso la existencia de impedimento alguno a las relaciones de la menor y los abuelos maternos, hace supuesto de hecho de la cuestión al apartarse de lo sustentado por la sentencia recurrida, pretendiendo sustituir la apreciación probatoria obtenida por los Juzgadores de instancia por la suya propia y parcial y que esta Sala vuelva a examinar el material probatorio como si conociese del litigio en una tercera instancia y no en un recurso extraordinario de casación, en el que hay que detallar qué preceptos relativos a la valoración de las pruebas se han podido infringir y cómo lo han sido, en su caso [STS 25-7-1996 (RJ 1996, 5729)], lo que en el presente caso no se ha realizado, siendo en todo caso correcta la aplicación del art. 160.2.º CC efectuada por la Sala «a quo», dada la ausencia de justa causa que impida la comunicación entre nieta y abuelos, comunicación que no se produce conforme señala la referida sentencia tras la valoración de la prueba practicada.

2. Infracción de la doctrina de la Sala en cuanto a la fijación de regímenes de visitas flexibles, pero nunca equiparables al régimen de visitas establecido para las separaciones matrimoniales como hace la sentencia recurrida.

Comienza señalando el Tribunal Supremo, con cita de algunas sentencias de la Sala (SSTS 7-4-1994, 11-6-1996, 17-9-1996 y 11-6-1998), que este tipo de relaciones, que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más ne-

cesarias 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, sin que pueda afirmarse, por lo dicho anteriormente en cuanto a la apreciación probatoria realizada por las sentencias impugnadas, que la relación de los abuelos con el menor vaya a suponer un ejemplo corruptor.

Por ello, frente a la alegación que hace el padre de que no debería obligarse a cumplir el derecho de los abuelos a relacionarse con el menor sino que debería ser éste quien decidiese ejercitarlo, debe mantenerse, con la STS 17-9-1996, que el interés superior del menor, como principio inspirador de todo lo relacionado con él, vincula al Juzgador, a todos los Poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos, con reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social, de manera que las medidas que los jueces pueden adoptar (art. 158 CC) se amplíen a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan 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 mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas convenciones internacionales vinculan a España [así, Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (RJ

1990, 2712), ratificada por instrumento de 30 de noviembre de 1990].

En cuanto a la extensión del régimen de visitas, señala el Tribunal Supremo que en ningún caso los específicos regímenes de visitas a que se refieren las sentencias aludidas crean doctrina jurisprudencial alguna como pretende la parte recurrente, y ello porque dichos regímenes de visitas se refieren a supuestos de hecho concretos y no a cuestiones jurídicas, siendo la doctrina fijada por la sentencia de fecha 17 de septiembre de 1996, la anteriormente expuesta, doctrina de la que se desprende que la comuni-

cación concreta establecida por la Audiencia respeta cuantos principios se han expuesto, principios que en definitiva son los que constituyen la doctrina jurisprudencial de la Sala sobre el artículo 160.2.º CC, sin que exista infracción de dicha jurisprudencia al respecto. Otro tanto cabe señalar respecto de la sentencia citada de fecha 11 de junio de 1996, la cual además parte de un supuesto de hecho diverso al presente al referirse a un menor que se encuentra en el período de adolescencia, lo que no ocurre en el caso que nos ocupa, no existiendo por otro lado sentencia de fecha 28 de mayo de 1996 referida a la materia que nos ocupa.

V. UNIONES DE HECHO

1. *Compra de una vivienda por dos personas que pensaban contraer matrimonio.*

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

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

A pesar de haberse otorgado una escritura pública en la que aparecen como compradores dos personas que estaban unidos sentimentalmente, se declara la nulidad de la misma y se acuerda que el inmueble pertenece en su totalidad a uno de ellos que fue el que abonó el precio, sin que pueda entenderse que hubo una donación ya que faltó el requisito esencial de la escritura pública.

ANÁLISIS DEL CASO

- En el año 1978, don Jorge (de estado casado) y doña Salvadora (separada de hecho de su marido) entablaron relaciones sentimentales, con proyecto in-

cluso de contraer matrimonio entre ellos, una vez que hubieran quedado disueltos judicialmente sus respectivos vínculos matrimoniales anteriores.

- El 19 de diciembre de 1980 se otorgó la escritura pública de compraventa de un inmueble, cuyo precio de venta lo pagó en su totalidad don Jorge con dinero privativo suyo, sin que doña Salvadora pagara absolutamente nada del expresado precio. No obstante ello, en la referida escritura pública de compraventa se hizo figurar a doña Salvadora como compradora de la mitad indivisa de dicho piso, a lo que accedió don Jorge, por razón del futuro matrimonio que proyectaban contraer entre ellos. Doña Salvadora no ha vivido nunca en el expresado piso, ni ha pagado ninguno de los gastos del mismo.
- A principios del año 1981 quedaron total y definitivamente rotas las relaciones sentimentales entre don Jorge y doña Salvadora.
- D. Jorge formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña Salvadora, sobre nulidad de escritura de compra-venta y declaración de propiedad, solicitando se dicte sentencia declarando: a) Que es inexistente, respecto a la demandada doña Salvadora, el contrato de compraventa relativo a la mitad indivisa del piso de la calle Blasco de Garay de Madrid; b) Que es nula, respecto a la demandada doña Salvadora la escritura pública de compraventa de 19 de diciembre de 1980 y sin que surta ningún efecto jurídico válido en orden a la transmisión de la propiedad de la mitad indivisa del referido piso-vivienda a favor de la demandada, ni a título de compraventa, ni a título de donación; c) Que el mencionado piso es propiedad en pleno dominio y a título de compra de don Jorge; d) Y condenar a la demandada a estar y pasar por tales declaraciones; e) Ordenar la cancelación de la inscripción registral vigente referida al citado piso vivienda y asimismo ordenar la inscripción del derecho de pleno dominio sobre la citada finca a favor del demandante don Jorge; f) Condenar a la demandada al pago de las costas de este procedimiento.
- El Juzgado de Primera Instancia número Catorce de Madrid dictó sentencia el 21 de marzo de 1994 estimando la demanda.
- D.^a Salvadora interpuso recurso de apelación, que fue desestimado por la Sec. 13.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 22 de mayo de 1995.
- D.^a Salvadora interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Doña Salvadora intentó por diversas vías que se dejara sin efecto las sentencias estimatorias de la demanda dictadas tanto por el juzgado de 1.^a Instancia como por la Audiencia Provincial.

1. Falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Entiende la recurrente que, dado que se solicita la nulidad de la escritura pública de compraventa, debieron traerse al procedimiento a los vendedores. El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, ya que consistiendo la finalidad esencial y única del instituto del litisconsorcio pasivo necesario en evitar que la sentencia que recaiga en el proceso pueda afectar directa y perjudicialmente, con los consiguientes efectos de la cosa juzgada, a alguna persona que no haya sido parte en dicho proceso, ni haya tenido, por tanto, posibilidad de defenderse en el mismo, y eliminar, al mismo tiempo, la eventual posibilidad de sentencias contradictorias sobre un mismo asunto, ninguna de las expresadas circunstancias se dan con respecto a los vendedores del piso litigioso, ya que en el proceso a que este recurso se refiere no se cuestiona en modo alguno la validez del correspondiente contrato de compraventa en cuanto atañe a dichos vendedores, sino que simplemente se discute si el piso por ellos vendido pertenece en copropiedad y por mitades indivisas a los dos que figuran como compradores o pertenece en pleno dominio en su totalidad a uno solo de ellos, cuya cuestión es totalmente indiferente para los vendedores (que ya enajenaron el piso y aquí no se discute la validez de dicha enajenación), por lo que a ellos no puede afectarles en modo alguno la sentencia que recaiga en este proceso, que solamente puede afectar a los dos que figuran como compradores en la correspondiente escritura pública de compraventa, que son los aquí litigantes.

2. Falta de consentimiento pleno por parte de don Jorge para comprar la totalidad del inmueble.

La sentencia recurrida (como antes la de primera instancia) basa sustancialmente su pronunciamiento estimatorio de la demanda en que, con respecto a doña Salvadora, no hubo ningún contrato de compraventa, pues no pagó absolutamente ningún precio, sino que tras dicho contrato de compraventa, simulado, con simulación relativa, subyace una donación de inmueble (como negocio disimulado), hecha por el verdadero y único comprador a favor de la compradora simulada, por razón de un futuro matrimonio entre ambos, cuya donación no puede estimarse válida por no reunir los requisitos del artículo 633 del Código Civil, ya que ni hubo escritura pública (pues la única otorgada fue la de la compraventa del piso, en la que los vendedores no eran los donantes), ni aceptación de la donación por parte de la donataria y, además, porque siendo la causa de dicha donación un futuro matrimonio que no llega a contraerse, la misma queda sin efecto conforme a lo dispuesto en el artículo 1342 del Código Civil.

Alega la recurrente que en el contrato de compraventa del piso litigioso no hubo consentimiento del comprador don Jorge para la compra de la totalidad del piso, sino sólo respecto a una mitad indivisa del mismo, mientras que por parte de ella, dice la demandada, aquí recurrente, hubo consentimiento para la compra de la otra mitad indivisa. El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo por las siguientes razones: 1.^a Por parte del comprador don Jorge hubo un pleno consentimiento para la compra, por él, de la totalidad del piso, pues él fue el único que pagó la totalidad del precio de la venta con dinero privativo suyo. 2.^a Por parte de doña Salvadora no hubo consentimiento alguno respecto a la compra de la mitad indivisa del piso, pues no pagó absolutamente ningún precio por ella, con la consiguiente

falta de causa, que comporta también la falta de dicho consentimiento. 3.^a Lo que en realidad, trató de hacer, aprovechando el otorgamiento de la escritura de venta del piso litigioso (aunque la recurrente trate aquí de desconocerlo), fue una donación de la mitad indivisa del mismo por el comprador único don Jorge a favor de doña Salvadora por razón del matrimonio que pensaban contraer entre ellos, cuya donación es radicalmente nula, por no haberse otorgado escritura pública alguna de donación del donante en favor de la donataria, a pesar de tratarse de un inmueble (artículo 633 del Código Civil), ya que la única escritura pública otorgada fue la de compraventa del piso, en la que los vendedores no eran los donantes, ni haber la supuesta donataria aceptado la donación, y, además, porque dicha supuesta donación (caso de que no existieran los insalvables obstáculos legales anteriormente dichos) se habría hecho por razón de un futuro matrimonio, que nunca llegó a celebrarse (artículo 1342 del Código Civil), por haber quedado totalmente rotas las relaciones sentimentales entre los aquí litigantes, por lo que la misma quedó sin efecto.

3. Solicitud de devolución del 50 % del precio a doña Salvadora.

Entiende la recurrente que al declararse la nulidad de la venta de la mitad indivisa del piso, no se ha cumplido lo que preceptúa el artículo que invoca, que es la devolución del precio por parte de los vendedores y de dicha mitad indivisa por la compradora.

Ese extraño e insólito motivo, señala el Tribunal Supremo, ha de ser rotundamente rechazado, ya que el proceso a que este recurso se refiere no ha tenido por objeto la declaración de nulidad del contrato de compraventa del piso litigioso, cuyo contrato es total y plenamente válido, sino la nulidad de la donación que, aprovechando la referida

escritura de compraventa del piso litigioso, trató de hacer de una mitad indivisa del mismo el comprador único don Jorge a favor de doña Salvadora (haciéndola figurar en dicha escritura como supuesta compradora de la referida mitad indivisa), cuya donación es radicalmente nula.

4. Compra de la mitad indivisa del inmueble por cuenta de D.^a Salvadora.

Sostiene la recurrente, en esencia, que si bien el precio del piso lo pagó en su integridad el comprador don Jorge con dinero suyo, lo que, en realidad, hizo fue pagar el precio de una mitad indivisa del mismo por cuenta de la demandada, aquí recurrente, doña Salvadora, por lo que parece que pretende concluir que don Jorge sólo ostenta contra ella un crédito por el precio pagado por ella de dicha mitad indivisa.

Este motivo, tampoco tiene favorable acogida por el Tribunal Supremo, ya que aparte de estar montado sobre hechos totalmente improbados, la sentencia recurrida (en plena coincidencia con la de primer grado) declara probado que el demandante adquirió el pleno dominio del piso litigioso, al pagar por su cuenta el precio íntegro del mismo con dinero exclusivo suyo, sin hacer pago alguno por cuenta de la demandada, pero luego, aprovechando el otorgamiento de la correspondiente escritura de compraventa, trató de hacer una donación de la mitad indivisa de dicho piso en favor de D.^a Salvadora, por razón del futuro matrimonio proyectado entre ellos, haciéndola figurar como compradora, cuyos hechos probados han de ser mantenidos incólumes en esta vía casacional, al no haber sido desvirtuados por medio impugnatorio adecuado para ello, siendo radicalmente nula la referida donación por las razones que ya han sido dichas anteriormente.

VI. SUCESIONES

1. *Régimen sucesorio de los bienes que componen el ajuar familiar de la vivienda habitual.*

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

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

Ninguno de los cónyuges puede disponer de los bienes que componen el ajuar de la vivienda habitual común cuando existe un cónyuge superviviente, ya que por disposición legal se atribuyen al mismo, siendo por tanto nula la disposición testamentaria de dichos bienes a favor de una de las hijas.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Matilde formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra sus hijos doña María Blanca, don Miguel y don Serafín (quien se allanó a la demanda) sobre ejercicio de acción declarativa de derechos, solicitando que se dicte sentencia declarando el derecho de la actora a recibir, previa partición de la herencia, el tercio íntegro de libre disposición sin perjuicio de su cuota legal usufructuaria, según la opción concedida por su esposo, el causante don Serafín y que se declare su derecho a recibir, en concepto de ajuar, los bienes que la ley señala.
- El Juzgado de Primera Instancia número Ocho de Jaén dictó sentencia el 8 de enero de 1997 desestimando la demanda al apreciar la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda.
- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén dictó sentencia el 24 de noviembre de 1997 estimando la demanda y declarando el derecho de la actora a recibir, previa partición de la herencia, el tercio íntegro de libre disposición sin perjuicio de su cuota legal usufructuaria según la opción concedida por su esposo el causante don Serafín; declaró el derecho de la actora a recibir, en concepto de ajuar, los bienes que la ley señala conforme determina el art. 1321 del Código Civil.
- Doña María Blanca interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Insiste la recurrente en que existe defecto legal en el modo de proponer la demanda al faltar la claridad y precisión necesaria, señalando a tal efecto el Tribunal Supremo que «tiene declarado esta Sala, que los requisitos de claridad y precisión en la demanda no tienen otra finalidad que la de propiciar que los Tribunales puedan decidir con certeza y seguridad sobre la reclamación interesada, única manera de que la decisión en vez de nula, sea necesariamente adecuada y congruente con el debate sostenido (sentencia de 13 de octubre de 1910), y que para cumplir con este requisito formal basta con que en la demanda se indique lo que se pide de modo y manera y con las características precisas para que el demandado pueda hacerse cargo de lo solicitado (sentencia de 7 de julio de 1924)». En el presente caso, la demanda inicial cumple todos y cada uno de los requisitos del art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como son la designación exacta de los demandados, los hechos fundamentadores de la pretensión ejercitada expuestos con la suficiente claridad y precisión y las peticiones contenidas en el suplico formuladas de forma claramente inteligible, sin que sea necesario expresar la clase de acción que se ejercita; conforme a reiterada jurisprudencia de esta Sala, no se estima defecto procesal grave el omitir la acción ejercitada ya que las acciones interpuestas no se califican por la denominación que le dan las partes, sino por los hechos alegados y las pretensiones verdaderamente ejercitadas.

Entrando en el fondo del asunto sostiene la recurrente que se ha vulnerado el art. 675 del CC al no tener en cuenta la sentencia

recurrida la cláusula 6.^a del testamento otorgado por don Serafín el 4 de febrero de 1985 por la que se «lega a favor de su hija María Blanca todos los bienes muebles que existan al ocurrir el fallecimiento del testador, en su casa habitación, sita en la C/ San Marcos de Mancha Real».

El Tribunal Supremo rechaza el motivo, ya que se trata de una cuestión nueva no planteada en la instancia, no obstante se pronuncia sobre ello señalando que no se ha producido la violación legal que se denuncia. Si bien el art. 659 del Código Civil establece que la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte, y, en consecuencia, el testador puede disponer libremente de ellos respetando los derechos legítimos de los herederos forzosos, no puede obviarse la norma imperativa, inderogable por la voluntad de alguno de los cónyuges, del art. 1321 del Código, según la cual fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobrevive, sin computársele en su haber. De ahí que ninguno de los cónyuges pueda disponer de tales bienes sino para el supuesto de sobrevivencia al otro esposo, ya que, de fallecer en estado de casado, los bienes que componen el ajuar de la vivienda habitual común se atribuyen, por disposición legal, al cónyuge superviviente. De ahí que la cláusula testamentaria invocada no haya sido incorrectamente interpretada ya que tal disposición testamentaria no puede contradecir una norma imperativa como es la del citado art. 1321 del Código Civil.

2. *Inexistencia de condominio en el saldo existente en una cuenta bancaria entre el causante y su compañera sentimental.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de mayo de 2000.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

La titularidad indistinta lo único que atribuye a los titulares frente al banco depositario es la facultad dispositiva del saldo que arroje la cuenta, pero no determina por sí sola la existencia de condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos o más titulares indistintos de la cuenta, ya que eso habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Félix, separado, convivía con doña Pilar y tenía abierta a su nombre exclusivo una c/c con un saldo de 7.000.000 pts (se hizo el ingreso de un cheque por el mismo importe tras haber vendido un piso en el año 1988). Posteriormente, se abrió una nueva c/c, ya a nombre de D. Félix y D.ª Pilar, a la que se traspasó el dinero de la cuenta anterior. Más tarde ambos abrieron una nueva cuenta traspasando el dinero ingresado en la citada anteriormente. Por último, D.ª Pilar, tras el fallecimiento de D. Félix, abrió una cuenta exclusivamente a su nombre en la que ingresó la mitad del saldo existente en la anterior.
- D.ª Patricia y D.ª Clara, ésta como representante legal de sus hijos menores de edad Carolina, Félix y Sergio (todos herederos de D. Félix) interpusieron demanda de menor cuantía contra D.ª Pilar solicitando se dictara sentencia por la que se declare que el importe consignado por el Banco C. en el Juzgado de Primera Instancia de La Almunia de Doña Godina (5.702.077 ptas.) pertenece a los herederos de don Félix.
- D.ª Patricia, D.ª Carolina y D.ª Clara, ésta como representante legal de sus hijos menores de edad Félix y Sergio, interpusieron otra demanda contra D.ª María Pilar, solicitando se dictara sentencia por la que se declarase «que la cantidad sacada por la demandada de la cuenta número... del Banco C. por importe de 4.981.242 ptas., era propiedad de don Félix, y consecuentemente de sus legítimos herederos, y se le condene a entregar dicha cantidad

a la parte actora, junto con los intereses legales desde la fecha de su disposición de la mentada cantidad, 28 de diciembre de 1990, junto con las costas del juicio.

- Acordada la acumulación de ambos procedimientos por Auto de 9 de junio de 1994 y seguido a partir de entonces un solo juicio ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zaragoza, se dictó sentencia el 14 de febrero de 1994 estimando las demandas y declarando que el importe consignado por el Banco C. en el Juzgado de Primera Instancia de La Almunia de Doña Godina (5.702.077 ptas.) pertenece a los herederos de don Félix y que la cantidad sacada por la demandada de la cuenta corriente del Banco C. de La Almunia de Doña Godina, por importe de 4.981.242 ptas., era propiedad de don Félix y, consecuentemente, de sus legítimos herederos, condenando a la demandada a entregar dicha cantidad a los actores, con más los intereses legales de la expresada cantidad desde la fecha de la interpelación judicial hasta la de esta resolución y los del art. 921 LEC desde ésta hasta su completo pago. Todo ello con expresa imposición a la parte demandada de las costas causadas.
- En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia con fecha 21 de junio de 1995 desestimando el recurso y confirmando la sentencia apelada.
- D.^a Pilar interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La tesis de D.^a Pilar no es otra que reclamar la propiedad del saldo de la c/c que abrió a su nombre dado que el saldo existente en las anteriores cuentas era propiedad tanto de ella como de don Félix.

El Tribunal Supremo rechaza el motivo alegando que habiéndose aplicado el Tribunal de instancia la jurisprudencia de esta Sala acerca de las cuentas indistintas, a cuyo tenor «la titularidad indistinta lo único que atribuye a los titulares frente al Banco depositario es facultad dispositiva del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí sola, la existencia de un condominio y menos por partes iguales sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determi-

nado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares, y más concretamente, por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta» (STS 7-6-1996, en recurso núm. 3090/1992, con cita de la de 8-2-1991, y, en igual sentido y con cita de otras muchas, STS 29-9-1997), y no considerándose infringida tal jurisprudencia en el recurso, que ha preferido centrarse en negar el carácter indistinto de las cuentas, es decir en una cuestión de hecho, el recurso ha de ser desestimado.

Precisamente sobre un supuesto de hecho muy similar al presente, la STS 5-7-1999 ha declarado que «Inalterada en este recurso la declaración de la sentencia “a quo” de que los fondos ingresados en la cuenta a

plazo abierta a nombre del causante de las partes litigantes y de la recurrente, indistintamente, procedían del peculio de don Antonio exclusivamente, sin que se haya probado que alguna parte de ellos era procedente del patrimonio de la demandada recurrente, no resulta vulnerado el art. 393 invocado en el motivo al no haber existido con dominio alguno sobre el saldo resultante».

En orden a la posible existencia de una donación remuneratoria alegada también en el recurso resuelto por dicha sentencia, se respetaba la apreciación fáctica de la sentencia impugnada sobre inexistencia de tal

donación; inexistencia igualmente declarada por la sentencia aquí recurrida y que debe mantenerse, en primer lugar, porque los fondos de que se nutrieron las cuentas procedían siempre, y esto nunca lo ha negado la recurrente, del padre de los demandantes y, en segundo lugar, porque el traspaso de fondos a una cuenta de la exclusiva titularidad de la recurrente lo llevó a cabo solamente ésta y una vez fallecido aquél, esto es, una vez abierta su sucesión y, evidentemente, cuando el supuesto donante no podía ya realizar el acto gratuito de disposición o atribución patrimonial en que la donación consiste según nuestro Código Civil.

VII. PENAL

1. *Delito de violencia doméstica: análisis del tipo penal.*

Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 24 de junio de 2000.

Ponente: Excmo. Sr. D. Sr. Giménez García.

El bien jurídico protegido en el delito del art. 153 del Código Penal es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad, es decir, la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

ANÁLISIS DEL CASO

- El Juzgado de Instrucción de Fraga incoó procedimiento abreviado contra Rafael, por delitos de abusos sexuales y lesiones, y una vez concluso lo remitió a la AP de Huesca, que con fecha 31 de marzo de 1999 dictó senten-

cia condenando al acusado, entre otros delitos, por el delito de lesiones habituales, imponiéndole la pena de nueve meses de prisión, prohibiéndole volver al lugar en que residen su ex compañera sentimental y las hijas de esta.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dejando a un lado los otros delitos por los que fue condenado D. Rafael (delito continuado de abusos sexuales) y centrándonos en el de violencia doméstica, el recurrente en la fundamentación del motivo de una manera escueta se limita a denunciar la aplicación del art. 153 solicitando la absolución por dicho delito por estimar que no está acreditada la habitualidad y porque, en definitiva los actos de violencia datados reseñados en el “factum” constituirían, a lo sumo, dos faltas de lesiones que ya estarían prescritas sin que deban tenerse en cuenta por su inconcreción otros actos incluidos en el relato de hechos.

El art. 153 del CP penaliza la violencia doméstica, la importancia que esta tiene en la sociedad (al respecto basta y sobra con la aterradora estadística de muertes y agresiones) exige una reflexión más detenida máxime si se tiene en cuenta que solo en dos ocasiones esta Sala ha analizado el artículo que se comenta en el marco de la casación —SSTS núm. 645/1999, de 29 de abril y 834/2000, de 19 de mayo—.

Precedente del actual art. 153, fue el art. 425 del CP de 1973 introducido por LO 3/1989 de 21 de junio, que sancionó la violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviese unido por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz, descansando el tipo sobre la nota de la habitualidad, respecto de este tipo penal, la STS de 17 de abril de 1997 estimó que los elementos vertebradores de aquel tipo eran los siguientes:

a) Que la acción suponga el ejercicio de violencia física.

b) Que se ejerza habitualmente, con lo que a pesar de no integrar, tales acciones, individualmente consideradas, más que una sucesión de faltas, si se producen de modo habitual se estaría ante un delito, con lo que queda establecida la diferencia con la falta del art. 582 inciso final (del anterior CP).

c) Que la acción violenta puede obedecer a cualquier fin y

d) Tanto el sujeto activo como el pasivo deben ser cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad.

La LO 10/1995 de 23 de noviembre, del CP, en su art. 153 vino a recoger el delito de lesiones habituales del art. 425 del anterior CP al que nos acabamos de referir. La redacción mejoraba y corregía determinados defectos y en tal sentido:

a) Pasan a ser comprendidas en el tipo las violencias ejercidas contra los hijos por padres privados de la patria potestad, sobre los hijos del cónyuge o conviviente y sobre ascendientes.

b) Se introduce la exigencia de convivencia aunque limitada a los ascendientes, incapaces o hijos que no se hallan sometidos a la potestad, tutela cautelar o guarda de hecho del autor o de su pareja.

c) Se mantiene la nota de que el sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo una especial relación descrita en el tipo

constituido por ser cónyuge o «ligado de forma estable por análoga relación de afectividad», dato que constituye la razón del tipo y finalmente

d) La otra nota que define el tipo la constituye la habitualidad, que aquí figura como elemento valorativo no afectado por la definición legal de habitualidad contenida en el art. 94 del CP, que desenvuelve su eficacia exclusiva respecto de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad como se desprende tanto de la situación sistemática del art. 94 —dentro del Capítulo III del Título III «de las penas»—, como por la expresa remisión con que se inicia el artículo «...a los efectos previstos en las secciones 1.^a y 2.^a de este capítulo...», que se refiere a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y a la sustitución de las mismas, aunque la doctrina científica se inclinaba por su aplicación analógica como exigencia del principio de seguridad jurídica.

Faltando la habitualidad, los hechos constituirían la falta del art. 617.2.^o del CP, aunque la relación personal servirá para agravar la pena en relación al supuesto en que entre agresor y víctima no se dé la relación de convivencia.

La LO 14/1999, de 9 de junio, la modificación del CP en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el confesado propósito de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas —Exposición de Motivos—, ha introducido diversas reformas tanto en el CP como en la LECrim. Por lo que se refiere al tipo del art. 153 estas son:

a) En relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellos supuestos en que ya haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia “more uxorio” al tiempo de producirse la agresión, ya que el tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca a situaciones en las que la convivencia ya no

existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquella.

b) Se amplía la acción típica, que inicialmente quedaba reducida a la física y ahora se extiende también a la violencia psicológica.

c) Se da una definición legal de habitualidad que se vertebra alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y finalmente independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior; la habitualidad, término de clara raíz criminológica, viene a constituirse en el elemento definidor del tipo y aparece definido por la concurrencia de los elementos citados que deben ser tenidos en cuenta por el juez para alcanzar el juicio de certeza en cada caso sobre su concurrencia o no, por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada.

Como conclusión de este breve resumen legislativo, puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del art. 153 es un “aliud” y un “plus” distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo CP.

En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del CP relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad —art. 10—, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes —art. 15— y en el derecho a la seguridad —art. 17—, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral

de los hijos del art. 39. Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no solo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios.

Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad; dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido en la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados, y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados fundamentales valores de la persona y dañando el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar.

Esta autonomía de bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 153 es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia solo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito —se estaría en un supuesto de concurso de delitos (art. 77) y no de normas—, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia como ha quedado reforzado en la reforma del tipo penal dada por la LO 14/1999, de 9 de junio, siendo al

respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente como faltas las agresiones, o que por la falta de denuncia y del tiempo transcurrido aquellas hayan quedado prescritas.

Desde este enfoque constitucional, único que resulta adecuado dada la naturaleza del tipo penal, debemos analizar la impugnación del recurrente. Este como ya hemos dicho y ahora se reitera se limita a afirmar que los dos únicos actos de violencia dados en el “factum” lo son a mediados de 1997 cuando le dio varios puñetazos a Adela y el 15 de octubre de 1997 cuando le dio un puñetazo en el ojo a Tania causándole un gran hematoma y tirándola al suelo, respecto de ambas agresiones que no se niegan, se dice que se tratarían de dos faltas que ya estarían prescritas y que además no fueron denunciadas.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo que señala que lo relevante es constatar si en el “factum” se describe una conducta atribuida al recurrente que atente contra la paz familiar y se demuestre en agresiones que dibujen ese ambiente de dominación y temor sufrido por los miembros de la familia, abstracción hecha de que las agresiones hayan sido o no denunciadas o enjuiciadas y que permitan la obtención del juicio de certeza sobre la nota de la habitualidad que junto con el ataque a la paz familiar constituyen las dos coordenadas sobre las que se vertebra el tipo penal.

Al respecto, leemos en el “factum” que a partir del nacimiento del hijo común de Adela y Rafael, las relaciones de éste con Tania —que quería cortar la relación—, y con toda la familia se volvió más arisca, situación que fue “in crescendo”, hasta el punto que Adela le comentó a Rafael la posibilidad de separarse «...a cuya propuesta éste se manifestaba con la mayor ira, de forma que no lo abandonó por el miedo que tenía...», y es ya en esta situación cuando tienen lugar las dos agresiones relatadas a mediados de 1997 y el 15 de octubre de del mismo año, narrándose a continuación en el “factum” otras agresiones posteriores pero

sin estar datadas, haciendo referencia a una patada en la espinilla y a otra agresión a Tania. Finalmente, ya en junio de 1998, cuando Adela supo a través de Tania de las relaciones sexuales mantenidas entre ésta y Rafael, y que Adela quería romper la relación «...inflamado de ira, el imputado prorrumpió en insultos y amenazas de muerte y coigiendo una carabina de aire comprimido, efectuó varios disparos contra las paredes y enseres de la casa...».

Difícilmente se podrá discrepar de que ante el cuadro descrito entre los años 1997 y 1998 el recurrente, Rafael realizó actos de violencia física y psíquica —estos últimos acabados de relatar— con habitualidad dada su proximidad cronológica, sobre las personas de Adela y de Tania que constituyen un ataque contra la paz familiar creando una situación de dominación y temor cuya traducción jurídico penal es, precisamente, el art. 153 del vigente CP, como acertadamente fue declarado por el Tribunal de instancia.

VIII. PENSIONES DE VIUDEDAD

1. *Cuantía de la pensión.*

Tribunal Supremo, Sala 4.^a, Sentencia de 3 de mayo de 2000.

Ponente: Excmo. Sr. D. José María Botana López.

El viudo o viuda separado sólo tiene derecho a una pensión proporcional al tiempo de convivencia y no a la pensión en su completa totalidad.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Blanca y don Eduardo contrajeron matrimonio el 23 de junio de 1979. En virtud de Sentencia dictada el 20 de mayo de 1986 por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Vitoria se dictó sentencia de separación matrimonial.
- El 31 de diciembre de 1997 falleció don Eduardo y la esposa solicitó al I.N.S.S. pensión de viudedad que fue concedida por Resolución de 29 de enero de 1998 en un porcentaje del 37,30% en proporción al tiempo de convivencia. Con fecha 4 de marzo de 1998 formuló Reclamación Previa que fue desestimada el 2 de abril de 1998.
- El día 23 de octubre de 1998, el Juzgado de lo Social número 2 de Vitoria dictó sentencia en virtud de demanda formulada por D.^a Blanca, frente al

Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, en reclamación de derechos, desestimando la demanda interpuesta.

- La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco dictó sentencia en fecha 20 de abril de 1999, estimando el recurso de suplicación interpuesto por doña Blanca y revocando la sentencia del juzgado se declara el derecho de la beneficiaria a percibir la pensión de viudedad en su integridad, respecto al 45% de la Base Reguladora, sin perjuicio de los incrementos y mejoras.
- El INSS interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina. En el mismo se denuncia la contradicción producida con la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, de fecha 6 de julio de 1998, en recurso de suplicación n.º 54/1998.
- El Tribunal Supremo estimó el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión objeto del presente recurso consiste en determinar si la cuantía de la pensión de viudedad del cónyuge separado, no existiendo concurrencia con otro beneficiario, ha de ser o no proporcional al tiempo de convivencia matrimonial. La sentencia combatida, confirma la de instancia que estimando la demanda planteada declaró el derecho a percibir la pensión de viudedad en la cuantía del 45% de la base reguladora. Recurre la entidad gestora y señala como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León, con sede en Burgos, de 6 de julio de 1998 (recurso número 54/1998), que reconoce la pensión de viudedad en cuantía proporcional al tiempo de convivencia matrimonial. En el examen del derecho aplicado denuncia la recurrente infracción de lo dispuesto en el artículo 174.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con la disposición adicional décima de la Ley 30/1981, de 7 de julio.

Existe entre la sentencia recurrida y la citada como de contraste, la contradicción exigida por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, pues en ambos casos se trata de cónyuges que reclaman prestación de viudedad, estando separados o divorciados del causante y siendo ellos los únicos beneficiarios y, a pesar de la igualdad de supuestos, los pronunciamientos son distintos, pues mientras que en la sentencia combatida entiende que la pensión de viudedad debe ser percibida íntegramente por el cónyuge separado, por el contrario, la sentencia de contraste considera que la cuantía de la pensión ha de ser proporcional al tiempo de convivencia matrimonial.

La pretensión formulada por el INSS en este recurso es estimada por el Tribunal Supremo, por cuanto es conforme a la doctrina ya unificada por esta Sala en sus sentencias de 14 y 23 de julio de 1999, 24 y 25 de enero 2000, 21 de marzo de 2000 y 10 de abril de 2000 en todas las cuales, contemplando la situación de separados o divorciados recla-

mantes de reconocimiento de la pensión de viudedad causada por el fallecimiento de su cónyuge, no concurriendo otro beneficiario, ha llegado a la conclusión de que la redacción original del artículo 174.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, vigente en la fecha del hecho causante, sólo da derecho al cónyuge sobreviviente a una pensión proporcional al tiempo de convivencia y no a la pensión en su completa totalidad. En tal sentido, la citada sentencia de 25 de enero de 2000 argumenta que la simple configuración de las reglas contenidas en la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, pone de relieve que «la atribución de una pensión aminorada, por razón del tiempo de convivencia, no es algo que exija concurrencia entre dos o más casados supervivientes, y deje de aplicarse cuando sólo existe un viudo que no concurre con nadie. Así es, en efecto, porque la norma se refiere, no solamente a quien haya sido “cónyuge legítimo”, supuesto del divorciado, que sí puede concurrir con ulterior casado, sino también a “quien sea” cónyuge legítimo, expresión de presente que únicamente alude al separado judicialmente y que por hipótesis legal no puede concurrir con nadie. La disección que por la interesada se postula es, como se ve, contraria a la lógica de la norma, y no está amparada por criterio hermenéutico de clase alguna... El nuevo texto refundido o Ley General de la Seguridad Social viene a contener, en materia de viudedad, un régimen jurídico definitivo, por oposición al “provisional” instaurado por la Ley de 1981. Tal es el alcance y significado de la refundición intensa o amplia

producida. En la Ley vigente, aquella pensión aparece en el artículo 174. Según su número primero, tendrá derecho a pensión el “cónyuge sobreviviente”, sin exigencia alguna de convivencia. Y a tenor del número segundo, en los supuestos de separación o divorcio el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo en cuantía proporcional al tiempo vivido con el cónyuge fallecido, con independencia de las causas que hubieren determinado la separación o el divorcio... Del texto actual cabe predicar el entendimiento indicado antes para la Ley de 1981 con la particularidad de que la simplicidad de su redacción ya no deja lugar a dudas. La situación del separado judicialmente o del divorciado aparece en el número segundo; a ambos se aplica siempre la regla según la cual su pensión de viudedad es inferior al importe reglamentario íntegro de la misma, y queda aminorada justamente en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido (parámetro menor explicitado) por comparación con el tiempo que va desde el matrimonio de que se trate hasta el fallecimiento del causante (parámetro mayor implícito). Por eso se repite el texto de la norma 3.^a, la Ley de 1981, y se habla de quien es cónyuge legítimo (separado judicialmente) y de quien ha sido cónyuge legítimo (divorciado). La concurrencia con otro casado sólo puede darse en el divorciado, no en el separado; y como antes, ningún criterio interpretativo autoriza a diseccionar el precepto y diferenciar cada uno de los casos, máxime cuando la norma 2.^a de la vieja disposición adicional 10.^a, Ley de 1981, ha desaparecido, y el conflicto entre separado y conviviente de hecho es situación jurídica irrelevante, al menos hasta el momento”.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

I. SEPARACIÓN

1. *Indemnización por extinción del régimen económico de separación de bienes a favor de la esposa que durante cuarenta años se dedicó al trabajo del hogar y al cuidado del hijo del matrimonio, sin que sea obstáculo para ello que en el procedimiento de divorcio se reconociese a la misma una pensión compensatoria.*

TSJ de Cataluña, Sentencia de 27 de abril de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Vidal Andreu.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Trinidad formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra su esposo don Luis en la que solicitaba que se dictara sentencia por la que se condenara al demandado al pago a la actora de la suma de 45.000.000 de ptas., en concepto de pensión del artículo 23 de la Compilación de Derecho Catalán.
- El 15 de julio de 1999 el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 7 de Lérida dictó sentencia desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Lérida dictó sentencia el 19 de octubre de 1999 desestimando el recurso interpuesto por D.^a Trinidad. La sentencia parte de determinados hechos que considera probados. Se afirma así: que el matrimonio mantuvo una convivencia efectiva de unos cuarenta años (según la sentencia de instancia el matrimonio tuvo lugar el 20 de octubre de 1949), ya que en 1988 (fecha de una delicada intervención quirúrgica del esposo) las relaciones estaban ya muy deterioradas; que la señora

N. no percibió, constante matrimonio, retribución alguna, dedicándose a las tareas del hogar y cuidado del único hijo del matrimonio, hoy mayor de edad, siendo ayudada por otra señora en las faenas de limpieza; que es cierto que el demandado, agente de seguros, poseía, en 1986, un capital aproximado de 48 millones de pesetas y que, en 1989, tal capital produjo unos intereses superiores a 12 millones de pesetas (según el informe pericial a que la sentencia alude); que, actualmente, el marido percibe una pensión por jubilación de poco más de 72.000 pesetas; que la esposa tiene concedida una pensión compensatoria de 100.000 pesetas, revalorizable, además de una pensión no contributiva de la Generalitat de más de 30.000 pesetas. En base a ello entiende la Audiencia que no se ha producido empobrecimiento de la actora susceptible a generar el derecho a una compensación por razón del divorcio.

- Doña Trinidad interpuso recurso de casación ante el TSJ de Cataluña que fue estimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La indemnización compensatoria en manera alguna puede confundirse con la pensión compensatoria que prevé el art. 84 del Codi de Família. La primera es un elemento corrector para salvar la desigualdad patrimonial entre los cónyuges que puede producirse al disolverse el régimen económico matrimonial de separación de bienes por sentencia de separación judicial, nulidad o divorcio, dado que aquel régimen no supone comunicación alguna entre las masas patrimoniales de uno y otro cónyuge. Es, en definitiva, una norma de liquidación de bienes en casos de crisis del matrimonio y así es tratada en la Secció Primera del Capítol I del Títol II del Codi, referida al «régim de separació de béns». La segunda, en cambio, residenciada en el Títol III del Codi, que está dedicado a «els efectes de la nullitat del matrimoni, del divorci i de la separació judicial», tiene su núcleo en la debilitación económica que puede sufrir uno de los cónyuges a consecuencia de la disolución matrimonial respecto a la situación o estatus que mantenía constante el vínculo. Así se deduce en forma meridiana que la propia dicción legal en la medida en que concede la pensión al cónyuge

ge que «vegi més perjudicada la seva situació econòmica» y en la medida en que no puede exceder del «nivell de vida de què gaudia durant el matrimoni». Esta distinta naturaleza es la que permite sentar la base de la compatibilidad entre ambas compensaciones, como al principio de esta resolución se decía; compatibilidad que ya declaraba la sentencia citada de esta Sala (con respecto al art. 97 del Código Civil, que expresamente alude también al desequilibrio económico que sufra uno de los cónyuges «que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio») y que ahora se establece expresamente en el art. 41.3 del Codi de Família.

Pero, a su vez, esta distinta naturaleza y ese diferente trato legal llevan a otra consecuencia no menos importante y más transcendente a los efectos del caso enjuiciado. La fijación de la compensación es previa a la fijación de la pensión compensatoria, porque se trata, como se ha dicho, de una regla de liquidación de bienes por extinción del régimen económico matrimonial. Es decir, en el momento de la disolución del patrimonio

conyugal debe observarse si se produce una injusta desigualdad en favor de uno de los cónyuges y en este caso —y en ese momento— debe procederse a fijar la indemnización que restaure el equilibrio. Una vez formadas las masas patrimoniales es el momento de determinar, si procede, la pensión compensatoria, que procederá sólo en el caso de que el cónyuge menos favorecido persista en situación de desigualdad respecto a la que tenía en el matrimonio. Así se dijo en nuestra sentencia de 31 de octubre de 1998 y de ahí, también, la regla que marca hoy el art. 84.2.d) del Codi: la autoridad judicial, a la hora de fijar la pensión compensatoria, habrá de tener en cuenta «si és el cas, la compensació econòmica regulada per l'article 41».

Aquí está el primer error en que incurre la Audiencia de Lleida, cuando razona así: «A mayor abundamiento hay que tener en cuenta que el demandado percibe una pensión de 72.000 ptas. mensuales y las rentas del dinero o bienes que posee son de carácter aleatorio por la disminución que han sufrido la rentabilidad de esos bienes, parte de los cuales, como es la vivienda la destina a su uso y le pertenece sólo la mitad, de lo que tiene que detraer las 100.000 ptas. que satisface mensualmente a la actora...». Es decir, la Audiencia, sobre partir de la situación económica actual del demandado en vez de retrotraerse al momento de la liquidación del haber conyugal, computa la pensión compensatoria que satisface por ahora el marido a la esposa, cuando en realidad el presupuesto de ésta debe ser la satisfacción, en su momento, de la indemnización compensatoria. Lo que de ningún modo puede hacerse es denegar una compensación que, en su caso, debería haberse concedido —o, por lo menos, que se encuentra en discusión— con el argumento de que en la actualidad se satisface una pensión compensatoria. Es esta pensión la que habrá de modificarse, reducirse o extinguirse, en el supuesto de que se conceda la suplicada compensación.

La indemnización compensatoria es, como se ha dicho, un elemento corrector del régimen económico matrimonial vigente, como supletorio (art. 10 del Codi de Família), en Cataluña, instaurada, como también se ha expuesto, para compensar el trabajo desinteresado. La Exposición de Motivos de la Ley instauradora, tras justificar la conveniencia de mantener el sistema tradicional de la separación de bienes con máxima libertad e independencia de los cónyuges, afirma que «no es insensible a la necesidad de introducir correctivos en el régimen legal, para evitar posibles situaciones de desigualdad en el momento de la extinción» añadiendo lo que de innovación representa «la posibilidad de que el cónyuge que se ha dedicado al hogar o ha trabajado desinteresadamente para el otro pueda obtener una compensación, en determinadas situaciones».

Procede, pues, sobre los siguientes requisitos: 1.^º) que exista una separación judicial, divorcio o nulidad del matrimonio; 2.^º) que uno de los cónyuges haya realizado, durante el matrimonio, un trabajo para el hogar o para el otro cónyuge no retribuido o retribuido insuficientemente; y 3.^º) que la disolución del régimen haya generado una desigualdad patrimonial comparando las dos masas de los cónyuges. A estos requisitos, que expresamente menta el texto del art. 23 de la Compilació, añade hoy el art. 41 del Codi otro: 4.^º) que esa desigualdad patrimonial implique un enriquecimiento injusto.

La concurrencia de este requisito supone la aplicación de la abundante doctrina jurisprudencial sobre la materia [de la que son puros exponentes las sentencias de fechas 6 de marzo de 1995, 19 de febrero de 1996 y 5 de mayo de 1997] y, por tanto, la existencia de un aumento patrimonial por parte de uno de los cónyuges, el correlativo y causal empobrecimiento por parte del otro y la ausencia de motivo que justifique el desequilibrio económico. Quizás la Ley hubiera podido hablar, orillando problemas exegéticos, de una injusta desigualdad patrimonial, en vez

de recurrir a una figura legal existente, que tiene su hermenéutica propia. Al no hacerlo así pueden surgir dudas acerca de lo que es realmente un enriquecimiento y cuándo realmente es éste sin causa. Ciertamente, al dividirse un patrimonio no se produce un aumento de riqueza, sino, en todo caso, un desequilibrio en el resultado, con el consiguiente perjuicio del menos favorecido. La causa a menudo habrá de buscarse en el propio sistema económico matrimonial de separación de bienes, al que el instituto de la compensación le sirve, precisamente, de corrector. Y aún podría decirse, en abstracto, que siempre que un cónyuge trabaje sin retribución generará un enriquecimiento en favor del otro. De cualquier forma, el sistema legal actual obliga a pronunciarse sobre el enriquecimiento; sistema explicado por algún autor en base a que el cónyuge que ha sufrido el empobrecimiento puede haber efectuado una donación de servicios en favor del otro, en cuyo caso el enriquecimiento estará justificado; y glosado por algún otro monografista en la medida en que ha de reputarse enriquecimiento sin causa el ahorro de gastos.

De cuanto antecede se deduce que el sistema compensatorio opera cuando se disuelve el matrimonio; se centra en el período de convivencia familiar y se viabiliza cuando existe un injustificado desequilibrio patrimonial, comparando el acervo económico que a cada cónyuge se atribuye.

Y ahí es donde se produce el segundo error de la Audiencia, que, como se ha dicho, compara la situación económica de los cónyuges en el momento actual. Así se razona en la sentencia: «Es cierto que el demandado, según informe pericial, en el año 1986 tenía un capital aproximado de 48 millones y que en el año 1989 produjo unos intereses superiores a los 12 millones, pero lo que aquí nos interesa, ya que la esposa tiene concedida una pensión compensatoria de 100.000 ptas. revalorizables y que dado que esta pensión se ha fijado en el año 1998 cuando la esposa no tenía cargas familiares y el marido

hace tiempo que se había jubilado, disfrutando de una pensión de poco más de 72.000 ptas. mensuales, lo que influiría ese patrimonio a la hora de fijar tal pensión, es si el trabajo realizado por la esposa ha supuesto un enriquecimiento para el marido y un empobrecimiento para ella».

Ha de repetirse: aquí no se trata de que el trabajo de la esposa haya representado un enriquecimiento para el marido y un empobrecimiento para ella, ni se trata de comparar la situación actual de los cónyuges; aquí se trata de ver si, en el momento de la disolución del patrimonio conyugal, se produjo una injustificada desigualdad patrimonial entre ellos, porque, habiendo contribuido ambos al levantamiento de las cargas del matrimonio (en nuestro caso, la esposa en la forma que prevé el art. 5.1 del Codi), nada motiva que, en palabras llanas, uno quede rico y la otra reste pobre.

Así las cosas, la sentencia que ahora se combate, una vez que ha ensalzado el trabajo doméstico de la mujer en general, termina razonando que, en el caso presente, la dedicación a tiempo parcial de la reclamante — ya que tenía una señora que la ayudaba en los trabajos de la casa y contaba con un solo hijo del matrimonio— debe considerarse como contribución al levantamiento de las cargas familiares, pues le quedaba tiempo para haber ayudado al marido en su quehacer profesional. Esta es la justificación de que todo el patrimonio quede en manos del marido.

Es cierto que hoy el papel del hombre y de la mujer en el seno de la familia ha cambiado sustancialmente; que se ha pasado de un régimen de autoritarismo y maritocracia a un régimen de responsabilidad compartida en el ámbito del matrimonio; y es cierto también que la mujer ha penetrado con fuerza en el mercado laboral como consecuencia de la aceptación sin reservas del principio de igualdad de sexos. Pero es cierto, con todo, que no se ha recorrido todo el camino en ese tema y que la esposa hoy puede ver mermaid sus posibilidades de autoexpansión en la

conciencia de la trascendencia de su papel de madre.

En un país donde el trabajo doméstico no está remunerado, la conciencia social obliga a arbitrar mecanismos de compensación. El trabajo exclusivo para la familia y el hogar no sólo es fundamental para la paz y armonía del matrimonio, es imprescindible para que el otro cónyuge dedique su esfuerzo, sin perturbaciones, a la creación de riqueza para el sustento e integración social de la familia. El trabajo doméstico es capital en su esencia, esforzado en su prestación y legalmente infravalorado. Sin embargo, hoy todavía, sigue constituyendo el elemento nuclear de la estabilidad familiar.

Poco importa pues, a los efectos de la presencia de un verdadero desequilibrio económico resultante de la división patrimonial, que el trabajo doméstico haya sido mayor o menor, a tiempo completo o a tiempo parcial. Tales circunstancias, es obvio, tendrán su resultancia en la cuantificación de la compensación, pero nunca pueden tenerla en la declaración de existencia del desequilibrio injustificado, si éste efectivamente se da. Así lo determinaba casi de forma expresa el art. 23 de la Compilació: «A manca d'acord, aquesta compensació serà fixada judicialment atenent la incidència familiar de l'activitat del cònjuge que la reclami, la quantia de la desigualtat patrimonial produïda y les altres circumstàncies del cas».

En conclusión. La Audiencia debió determinar en primer lugar, si existió una desigualdad económica a la hora de formar las masas patrimoniales como consecuencia de la disolución del matrimonio, en segundo lugar, si, constatada esa desigualdad, ésta se hallaba justificada.

Y lo cierto es, a tenor de los datos que la propia sentencia suministra, tras la declaración probatoria, que la esposa ahora recurrente, transcurridos casi cuarenta años de matrimonio y habiéndose dedicado exclusivamente al trabajo de hogar y cuidado del hijo, ve cómo pasa de tener una participación en los beneficios generados por libretas y efectos financieros por valor superior a los

50 millones de pesetas a carecer de activo alguno, porque, como dice el mismo dictamen pericial en que se basa la sentencia, en el año 1989 «con el principal, 50.000.000 de ptas., se abriría libreta a plazo a nombre único de don Luis», (folio 746 de los autos).

Determinada, en consecuencia, la existencia de una notable desigualdad patrimonial en el momento de la crisis conyugal respecto al montante económico titularidad del demandado don Luis y el de la recurrente doña Trinidad, y determinado, también, lo injustificado de este desequilibrio, queda por fijar la cuantía a percibir por aquélla a título de indemnización compensatoria.

La forma de cuantificación de la compensación no es tema pacífico en la doctrina ni presenta una solución unitaria en las decisiones de las Audiencias Provinciales. Pensamos que, en el caso presente, hay que rechazar ya de principio dos soluciones ofrecidas por autores y sentencias: la de señalar una participación en el patrimonio del marido y la de acudir a los precios del mercado laboral.

La primera, pugna abiertamente con el régimen de separación de bienes que rige en Cataluña, aun reconociendo que nos hallamos ante un elemento corrector del mismo; y pugna abiertamente con el origen histórico de la institución. En efecto, establecer una cuota o porcentaje a atribuir al cónyuge menos favorecido en el momento de la crisis matrimonial significaría desnaturalizar la esencia de aquel régimen económico conyugal y asemejarlo al régimen de participación, régimen expresa y precisamente rechazado por el Parlamento catalán. Recordemos que ninguno de los dos proyectos tendentes a introducir un régimen de participación de ganancias en casos de separación, nulidad o divorcio, bien leal, bien a instancia de parte, prosperaron; ni el de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat, de fecha 22 de febrero de 1989, ni el presentado primero en Caldas d'Estrac y luego en Tarragona. Y recordemos también que el Parlament rechazó dos enmiendas importantes en la materia, la que tendía sin ambages a establecer como

supletorio el régimen de participación en ganancias (Esquerra Republicana) y la que se alienaba en los postulados de los proyectos comentados (Iniciativa per Catalunya). Por contra y como más arriba se ha dicho, la Llei 8/1993 expresa en su Exposición de Motivos que conviene sistematizar la regulación del régimen de separación de bienes que se considera oportuno mantener.

Respecto a la segunda, tampoco ofrece un panorama claro de determinación. La propia doctrina aporta soluciones alternativas. Se ha hablado de acudir al salario diferido, se ha hablado del precio del subsidio de paro, se ha hablado, en fin, del sueldo medio de la empleada de hogar. En cualquier caso, parece que tales módulos han de resultar completamente insatisfactorios cuando se trata de cubrir una desigualdad económica que se ha generado por la dedicación exclusiva al hogar de uno de los cónyuges. Equiparar esa dedicación, aunque sólo sea a efectos económicos, con el sueldo de empleada de hogar o con un salario profesional es mezclar términos incomparables.

Entendemos que el restablecimiento del equilibrio patrimonial debe quedar al arbitrio del Juez o Tribunal al tenor de las pruebas practicadas en los autos, huyendo, pues, de fórmulas generalistas que, si aceptables en el marco académico, sólo servirían para encorsetar soluciones. Y, claro es, siempre respetando el mandato legal contenido, en este caso, en el párrafo segundo del art. 23 de la repetida Llei de 1993 que se ha dejado transcrito, esto es, atendiendo a la incidencia familiar de la actividad del cónyuge que la reclama, la cuantía de la desigualdad patrimonial producida y otras circunstancias del caso.

Regresando nuevamente al de autos, la valoración debe tener en cuenta: el patrimonio del marido que se cifra, en el momento de la crisis conyugal, en sesenta millones de pesetas y los cuarenta años de la esposa dedicada en exclusiva al cuidado del hogar, del esposo y de su único hijo. Atendiendo a tales circunstancias, la indemnización compensatoria a que tiene derecho doña Trinidad ha de fijarse en quince millones de pesetas.

II. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

1. *Carácter privativo del fondo de comercio de la farmacia propiedad exclusiva de la esposa sin que tenga derecho su consorte a cantidad alguna por este concepto cuando se liquide la sociedad de gananciales o cuando se venda, constante el matrimonio, la farmacia.*

TSJ de Aragón, Sentencia de 9 de mayo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Rosa María Bandrés Sánchez-Cruzat.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Julián interpuso demanda de julio declarativo ordinario de mayor cuantía sobre liquidación de sociedad de gananciales y partición y adjudica-

ción del caudal social, contra doña M.^a Josefa solicitando se dicte sentencia por la que: «1.º Se declare que los bienes que componían la Sociedad de gananciales correspondiente a don Julián y doña M.^a Josefa, son los que aparecen reseñados en el inventario que esta parte ha aportado bajo el núm. Diez de los documentos correspondiendo a los dos cónyuges por mitad, liquidando ésta y adjudicándoselos a los esposos por mitad e iguales partes de su valor; 2.º Que se atribuya a los esposos la titularidad dominical plena y el pleno dominio de los bienes que les sean adjudicados; y 3.º Por lo que respecta a los bienes a que se hace referencia en los apartados B y C del inventario aportado bajo el núm. Diez de los documentos, dado que corresponden a la explotación del negocio cuya titular profesional es la esposa demandada, se nos adjudique el cincuenta por ciento de su valor cuantificado en efectivo a abonar por la demandada, cantidad a determinar en fase probatoria o bien en ejecución de Sentencia, y con expresa condena en costas a la demandada, ya que todo ello, es procedente en justicia que respetuosamente insto».

- Doña M.^a Josefa contestó a la demanda e interpuso al mismo tiempo reconvencción solicitando que se declare: «1.º El carácter consorcial de los siguientes bienes: A) Muebles: a) los muebles que se relacionan en el escrito de demanda. b) vehículo marca Renault 21. B) Inmuebles: a) casa del Paseo Ruiseñores, b) local sito en Paseo Teruel, c) plaza de garaje, sita en Paseo Teruel, d) local sito en Avda. de Valencia, e) plaza de garaje en Paseo de Sagasta. 2.º Que la masa consorcial adeuda a doña M.^a José la cantidad de 54.231 ptas., correspondientes a los tres primeros meses del Impuesto de Actividades Económicas de la farmacia y 388.237 pesetas correspondiente al segundo plazo de la declaración del IRPF del año 1992. 3.º Que don Julián adeuda a mi mandante la cantidad de 7.734.266 pesetas fruto de la errónea liquidación del dinero efectuada en el año 1993, al tenerse en cuenta indebidamente, los acreedores, proveedores, caja, y cuenta bancaria afecta al negocio privativo de farmacia. 4.º El carácter privativo del negocio de farmacia del que es propietaria y titular mi mandante doña M.^a Josefa, con todos sus elementos afectos y se absuelva a mi representada de todas las peticiones realizadas de contrario. 5.º Que se atribuya a mi mandante el 50% de la masa consorcial exceptuando la propiedad de la vivienda sita en Paseo Ruiseñores que de conformidad con el hecho quinto de la demanda deberá ser adjudicada por mitad y proindiviso a ambos cónyuges, sin perjuicio del uso adjudicado sobre la misma a mi mandante por sentencia de 14 de febrero de 1995. Y todo ello con expresa imposición de costas al demandante».
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de Zaragoza dictó sentencia el 11 de abril de 1997 estimando parcialmente la demanda formulada por don Julián y la demanda reconvenccional formulada por doña M.^a Josefa, y declarando que,

«una vez liquidado el pasivo de la sociedad, se distribuya el 50% de la misma entre los cónyuges, respetando el derecho de uso del domicilio conyugal indicado anteriormente, así como la esposa abonará al esposo el importe que se acredite en ejecución de sentencia respecto al valor del fondo de comercio; estableciéndose como bienes integrantes de la sociedad de gananciales los siguientes: Bienes Muebles. Vehículo Renault 21; todos los muebles y enseres, existentes en el domicilio que era el conyugal, sito en Paseo Ruiseñores, y cuya relación se adjunta. Bienes inmuebles. Vivienda unifamiliar sita en Paseo Ruiseñores, Local sito en Paseo Teruel, Plaza de Garaje del mismo inmueble. Local sito en Avda. Valencia, Plaza de Garaje en P.^o Sagasta. La sociedad de gananciales ostenta un crédito frente a la esposa por importe de 4.500.000 ptas. y 14.050.880 pesetas; así como por el importe invertido en la adquisición de acciones o dinero invertido y no necesario para el suministro de productos de las entidades “A.” y “S.”, con posterioridad a la celebración del matrimonio, y antes de otorgarse las correspondientes capitulaciones matrimoniales, y a determinar en ejecución de sentencia. La esposa indemnizará al demandante en la cuantía de una cuarta parte en que se valore el fondo de comercio, en ejecución de sentencia, con arreglo a las bases indicadas anteriormente. En cuanto al pasivo de la sociedad; ésta es deudora con la esposa respecto a la cantidad abonada del Impuesto sobre la Renta, segundo plazo, del ejercicio de 1992; así como Impuesto sobre Actividades Económicas; y lo mismo respecto del esposo, del importe abonado por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 1992. No procede hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas ocasionadas en esta instancia».

- En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la AP de Zaragoza dictó sentencia el 2 de febrero de 1998 estimando en parte los recursos formulados por ambos esposos contra la sentencia de 11 de abril de 1997, revocando la misma en el sentido de establecer el crédito que la sociedad tiene respecto de doña M.^a José por la adquisición de la farmacia a la suma de 16.606.235 ptas. y dejar sin efecto la indemnización señalada a favor del marido por su participación en el fondo de comercio.
- Don Julián interpuso recurso de casación ante el TSJ de Aragón que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El núcleo del recurso de casación planteado ante esta Sala sobre liquidación de la sociedad matrimonial legal aragonesa se ha centrado en el reparto de beneficios materiales e inmateriales, en la consideración de que

el fondo de comercio de la farmacia alcance el carácter de bien común de los esposos, y en consecuencia sea dividido en dos partes iguales, durante el período de tiempo que va desde la celebración del matrimonio bajo ré-

gimen matrimonial legal aragonés que tuvo lugar en diciembre de 1979 hasta el otorgamiento de capitulación matrimonial el 5 de abril de 1993 en que se adoptó el régimen matrimonial paccionado de separación de bienes.

El motivo —señala el TSJ— adolece de imprecisión e incongruencia con lo solicitado en el número tres del suplico de la demanda original que remite a los puntos D y C del inventario aportado en que se hace referencia a gastos o inversiones concretas y no a una petición como la que ahora se formula, lo que nos conduce a que se trata de una cuestión nueva de imposible examen en el recurso de casación que no puede convertirse en una tercera instancia. En todo caso a los beneficios que se refiere el recurrente en este motivo pudo y ha de entenderse que este tema quedó resuelto en la capitulación matrimonial firmada por los cónyuges en 1993 en la cual no se acreditó atribución o reserva alguna de dichos rendimientos a favor del esposo, lo cual no puede interpretarse como una omisión involuntaria sino como la lógica aplicación de los principios de la norma aragonesa del artículo 41.1.

Para resolver la cuestión del fondo de comercio es necesario señalar que éste es el inmaterial por antonomasia, por cuanto es el exceso del valor de una empresa considerada como un ente vivo sobre el valor patrimonial de sus activos netos —activos menos pasivos—, es decir, patrimonio. Este llamado fondo de comercio fundamentalmente se origina por el factor humano de la organización, aunque puede ser la suma de múltiples causas, como una buena localización del negocio, una buena instalación etc. Las oficinas de farmacia ofrecen servicios muy similares, y su diferenciación es determinada no sólo por dichos elementos materiales sino principalmente por la preparación profesional del titular de la farmacia y de la persona o personas que en su función le asisten. Por ello en el caso del inmaterial fondo de comercio esta razón es si cabe más patente que en ningún otro activo.

Por todo lo anterior el fondo se integra en los bienes privativos de acuerdo con lo regu-

lado en el art. 39.1 de la Compilación del Derecho Civil, que considera como bien sitio, entre otras las explotaciones mercantiles o industriales con cuantos elementos estén afectos a una u otra y en estos elementos, en el caso de la farmacia ha de incluirse lo que ha venido nominándose fondo de comercio.

Si bien en el fondo de comercio surge la necesidad de su valoración cuando hay algún negocio jurídico de disposición, es totalmente irrelevante el hecho de la separación de la farmacéutica de su cónyuge.

El fondo referido continúa con el carácter privativo dicho, de todo lo cual es titular la esposa y más aún no perdería este carácter aunque se hubiere producido la venta de la farmacia, constante matrimonio, y aunque no se hubiera realizado la capitulación matrimonial cambiando el régimen económico por el de separación de bienes.

Por otro lado, sostiene el recurrente que «tiene derecho a que se le reintegren los beneficios obtenidos en la misma (negocio de farmacia y que no ha salido de éste)», lo cual supone introducir una cuestión nueva vedada en un recurso extraordinario como es el de la casación, lo que es suficiente para su desestimación. Sin perjuicio de señalar que en el año 1993 firmó una escritura de capitulación matrimonial en que adoptaron el régimen de separación de bienes como ya se ha dicho en otro lugar de esta sentencia, lo que evidentemente comporta que a partir de esta fecha no tiene derecho a percibir ningún beneficio procedente de la farmacia, no ya desde la separación conyugal como postula el recurrente, sino la de 1993. En todo caso el reinvertir en el negocio propio parte de los rendimientos del mismo para su mejora supone la improcedencia de pretender el reintegro de los mismos cuando no existe la menor prueba de que los gastos se hicieron sin causa —artículo 47.1 de la Compilación del Derecho Civil— y por el contrario deben estimarse legalmente como cargas propias de la Comunidad —artículo 41.5 de la Compilación—. El motivo es desestimado por el TSJ de Aragón.

2. *Responsabilidad de los bienes privativos de la esposa respecto a la deuda que en concepto de seguridad social se devengó constante el matrimonio por el esposo comerciante, ya que cuando se otorgaron las capitulaciones matrimoniales no se formuló debidamente el inventario.*

TSJ País Vasco, Sec. 2.^a, Sentencia de 4 de abril 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Ruiz Ruiz.

ANÁLISIS DEL CASO

- La Unidad de Recaudación Ejecutiva (URE), en concreto la notificación de deuda, notificó a D.^a Juana que se estaba siguiendo expediente de apremio frente al deudor D. José Manuel por deudas al régimen general de la Seguridad Social por importe de 2.252.818 pts. correspondiente al período referido octubre de 1985 a octubre de 1988, precisando que de dichas deudas debían responder los bienes gananciales con referencia a preceptos del Código Civil, y trasladando a la hoy recurrente que debería pasarse por la URE a efectuar en el plazo de 15 días el ingreso, bien directamente o a través de transferencia bancaria de la cantidad referida, con apercibimiento de embargo de sus bienes.
- D.^a Juana interpuso recurso ordinario que fue desestimado el 10 de diciembre de 1996 por la Subdirectora Provincial de Recaudación Vía Ejecutiva de la Dirección Provincial en Vizcaya de la Tesorería General de la Seguridad Social
- D.^a Juana interpuso recurso ante el TSJ del País Vasco que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Alega la recurrente que es una persona física dedicada a las labores propias del hogar, no siendo comerciante y desconociendo las actividades comerciales que pudo desarrollar su cónyuge, D. José Manuel; que hasta el 7 de octubre de 1996 por parte de la T.G.S.S. no se le realiza notificación alguna respecto a las deudas que pudiera haber tenido su es-

pos; que en virtud de capitulaciones matrimoniales de 4 de marzo de 1991 se disolvió la sociedad de gananciales; se dice que en dicha escritura se formaliza inventario y posterior adjudicación correspondiendo al esposo 6.000 acciones de la mercantil “S., S.A.”, valoradas cada una de ellas en 1.000 pts., lo que ascendía a 6.000.000 pts., adjudicándo-

se a la esposa idéntica cantidad en metálico existente en diversas cuentas bancarias.

La recurrente se opone al embargo trabado sobre bienes privativos, en concreto bienes privativos adquiridos con posterioridad a las correspondientes capitulaciones matrimoniales, refiriéndose al embargo de la parte proporcional del salario que percibe de la mercantil “Soldaduras N., S.A.”, señalando que según el art. 1317 CC una vez disuelta la sociedad de gananciales no es posible aplicar su normativa a las nuevas adquisiciones. Sostiene que se disolvió y liquidó la sociedad de gananciales y se formalizó inventario, quedando excluidos los posteriores bienes adquiridos, haciendo referencia al contenido de los arts. 71, 1214, 1401 CC; se reitera que según escritura de disolución de la sociedad de gananciales, al esposo se le adjudicaron 6.000 acciones de la mercantil “S., S.A.” por un valor de 6.000.000 pts., con referencia a actuaciones seguidas ante el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 9 de los de Bilbao en los autos de Juicio de Menor Cuantía núm. 456/93, y considerando que la Tesorería tenía bienes más que suficientes para cobrar el crédito sin tener que afectar a bienes privativos o de otra naturaleza y propiedad de la recurrente.

En relación con el tema de fondo, en primer lugar diremos que no es necesario hacer uso en este caso del art. 71 del CC, referido en la demanda, dado que no estamos ante un supuesto de atribución de representación de un cónyuge respecto al otro. Así, señala el TSJ, podemos traer a colación, los arts. 6 a 12 del Código de Comercio debiendo significar solamente que el art. 7 establece que se presumirá otorgado el consentimiento para hacer responder a los bienes comunes cuando se ejerza el comercio por uno de los cónyuges con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo; en el presente caso, al menos, si no consentimiento expreso, al menos sí opera dicha presunción legal de consentimiento al respecto.

No cabe duda que la respuesta al debate que se traslada en relación con la responsabilidad de la recurrente respecto a las deudas

mantenidas con la Seguridad Social por su esposo mientras desempeñaba una actividad comercial, y mientras estuvo vigente el régimen de sociedad de gananciales, con independencia de que con posterioridad se modificase el mismo, por virtud de capitulaciones matrimoniales, a régimen de separación absoluta de bienes, exige partir del art. 1362.4 CC según el cual “serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen entre otros por la explotación regular de los negocios o el desempeño de profesión, arte u oficio de cada cónyuge”; es claro que en este caso las deudas con la seguridad social generadas por el esposo de la recurrente en su actividad comercial son, por ministerio de la ley, gananciales, debiendo señalarse asimismo que en el presente caso han de entrar en aplicación el art. 1401 y 1402 CC estableciendo el primero que “mientras no se haya pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial”; dicho precepto concluye señalando que “si como consecuencia de ello resultara haber pagado uno de los cónyuges mayor cantidad de la que le fuere imputable, podrá repetir contra el otro”.

Vemos cómo dicho precepto viene a fijar dos reglas de responsabilidad y una regla de reembolso, siendo ésta ajena al debate que ahora nos ocupa:

a) Responsabilidad para el supuesto de que se realizara inventario: el cónyuge no deudor concreta y limita su responsabilidad a los bienes gananciales que le habían sido adjudicados. Por el contrario, el cónyuge deudor —quien efectivamente contrajo la obligación—, responde conforme a las reglas generales, así art. 1911 CC, esto es, con todos sus bienes, todo su patrimonio incluido el privativo e ilimitadamente.

b) Responsabilidad si no se realiza inventario: el cónyuge no deudor responde también de acuerdo con la regla general del

art. 1911 CC, esto es, la denominada responsabilidad “ultra vires”, con los bienes que se le adjudicaron y además con los suyos propios; van a responder en ausencia de inventario ambos cónyuges ilimitadamente. Estamos por tanto ante una norma coherente y lógica en garantía de los acreedores.

En relación con esta materia es destacable la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1.^a, de 28 de abril de 1988, en la que se viene a decir que “el art. 1401... contiene... —como se ha puesto de manifiesto por la doctrina—, un precepto explícito y otro implícito, pues en primer lugar se sujetan expresamente responsabilidad los bienes adjudicados al cónyuge no deudor,... con independencia de la responsabilidad del cónyuge deudor con todos sus bienes; pero esta responsabilidad limitada descansa sobre los presupuestos de que se trate de una deuda consorcial contraída por el otro cónyuge y que se haya formalizado debidamente el inventario —que ha de incluir explícitamente las deudas pendientes a cargo de la sociedad—, lo que en el caso reconocidamente se ha omitido”. Dicha sentencia va a señalar asimismo que “de no ser así, y este es el precepto implícito, es decir, si los cónyuges han dividido el activo sin pagar alguna deuda consorcial, el cónyuge no deudor responde “ultra vires”, por cuanto, según el art. 1402 los acreedores de la sociedad de gananciales, tendrán en su liquidación los mismos derechos que les reconocen las leyes en la partición y liquidación de las herencias”. Ese planteamiento de la sentencia de 28 de abril de 1988, se reproduce con posterioridad, así entre otras en la de 20 de marzo de 1989.

Así en el presente caso, señala el TSJ, hemos de reiterar que es independiente el conocimiento o no de la dedicación a las actividades profesionales o comerciales del esposo a los efectos que ahora nos ocupa, y sí

resaltar que cuando se formalizaron capitulaciones matrimoniales, se disolvió la sociedad de gananciales y se reguló el régimen económico matrimonial como separación de bienes, en concreto en fecha 5 de marzo de 1991, pero no se llegó a formalizar un correcto inventario, en concreto no se formuló debidamente inventario en los términos del art. 1401 CC dado que si vamos a las capitulaciones matrimoniales, exclusivamente se hace referencia a que los bienes que integran la sociedad de gananciales son 6.000 acciones de una mercantil por un valor cada una de 1.000 pts., por un total de 6.000.000 pts., y dinero existente en diversas cuentas bancarias que totalizan la misma suma de 6.000.000 pts.; sin que ninguna relación se hiciera en aquel momento ya del pasivo, elemento fundamental en todo inventario patrimonial. Así, vemos que por no estar debidamente formalizado el inventario la consecuencia legal es que el cónyuge no deudor, en este caso la recurrente, ha de responder no sólo con los bienes adjudicados sino incluso con los privativos, dado que la exclusividad de responsabilidad de los bienes adjudicados tras la liquidación lo es cuando el inventario se formula debidamente; además, en el presente caso, no podemos desconocer que a la hoy recurrente en la liquidación de la sociedad de gananciales se le adjudicaron 6.000.000 pts., cuantía que deriva del patrimonio ganancial y que como tal ha de responder de las deudas gananciales, como son las que ahora se vienen a ejecutar por la Seguridad Social.

Todo ello lleva necesariamente a desestimar el planteamiento de la demanda y a confirmar las resoluciones aquí recurridas, siendo claro que los bienes de la recurrente son responsables de forma directa, y ajeno el conocimiento o no de las deudas a los efectos que ahora se trasladan, así como el alegato de que se deban perseguir, en su caso preferentemente, bienes del deudor originario.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. *No existe incongruencia en la sentencia que decreta la separación y no se pronuncia sobre la causa concurrente.*

AP Cádiz, Sec. 7.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Javier Pérez Pérez.

En el fallo de la sentencia se estima la pretensión de la actora en el sentido de declarar la separación matrimonial por ella solicitada, siendo esa pretensión la que vinculaba al Juzgador, y no la argumentación jurídica en que se fundamenta tal pretensión, que no es vinculante para el Juzgador de Instancia, pues la exigencia de congruencia de la sentencia sólo se extiende a las pretensiones formuladas por las partes, mas no a los argumentos en que éstas se base. En este sentido, la STS de 10 de marzo de 1998 (ponente, Sr. O’Callaghan Muñoz) declara: «la congruencia exige únicamente no alterar las pretensiones substanciales formuladas por las partes, nunca, la literal sumisión del fallo a aquéllas, y así, el principio “iura novit curia” autoriza al Juzgador a emitir su opinión

crítica y jurídicamente valorativa sobre los componentes fácticos presentados por las partes, habida cuenta del principio “da mihi factum, ego dabo tibi ius”, “no adolece de incongruencia el fallo que atiende a lo pedido en la demanda y reconvencción, ni altera el “petitum” ni la causa de pedir, pues se ha limitado a entrar en puntos de hecho implícitos e inseparables de la cuestión fundamental planteada” y “supone pronunciarse en término de congruencia al decidir sobre lo alegado, aplicando los pertinentes preceptos legales, aunque no se hubieran invocado, al ser de aplicación la reiterada doctrina concerniente a que la aplicación del derecho incumbe al Tribunal, aun sin alegación de parte, según los principios «iura novit curia» y «da mihi factum, ego dabo tibi ius»”.

(SS. 28 de octubre de 1970; 6 de marzo de 1981; 27 de octubre de 1982; 28 de enero, 16 de febrero y 30 de junio de 1983; 19 de enero de 1984; 28 de marzo, 9 de abril y 13 de diciembre de 1985; 10 de mayo de 1986; 30 de septiembre de 1987; 10 de junio de 1988; 3 de marzo y 10 de junio de 1992; 24 de junio, 19 de octubre y 15 de diciembre de

1993, 16 de junio de 1994, 30 de mayo de 1996 y 10 de febrero de 1997». Por lo tanto, puesto que la sentencia estima la pretensión de la actora de declaración de separación matrimonial, no es relevante la causa concreta de separación que aplique, y sobre la que no se pronuncia expresamente el fallo.

2. *Los errores relativos a la conducta, comportamiento, afectividad, dedicación a la familia, generosidad, gustos, aficiones, en definitiva al carácter y forma de ser y actuar de cualquiera de los cónyuges a partir del inicio de la convivencia matrimonial, no pueden ser considerados nunca como esenciales a los efectos de declarar la nulidad matrimonial.*

AP Sevilla, Sec. 5.ª, Sentencia de 21 de julio de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Sanz Talayero.

Para la resolución del litigio hay que tener en cuenta que D. Antonio y D.ª María Dolores se conocieron durante un viaje que ésta, residente en Sevilla, realizó a Inglaterra donde residió durante muchos años aquél. Ambos eran viudos. A los dos meses de conocerse contrajeron matrimonio en Canterbury (Inglaterra), fijando su residencia en España, en el domicilio de D.ª María Dolores. La convivencia duró poco más de un mes.

Según el demandante, una vez comenzada la convivencia descubrió que su cónyuge no reunía las cualidades personales por él pretendidas, no era sumisa y obediente, era obstinada y soberbia, incapaz de administrar una casa y derrochadora, no estando dispuesta a abandonar sus actividades sociales para dedicarse a él.

Por su parte la reconviniente alega como apoyo fáctico de su petición de nulidad matrimonial, esencialmente, que D. Antonio se oponía a que ella se relacionara con sus hijos, que le exigía dedicación exclusiva y su-

misión a sus exigencias, maltratos psíquicos y reproches, debiendo actuar conforme a los dictados del marido.

El error en las cualidades esenciales de la persona que hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento, como causa de nulidad, requiere que tales cualidades sean tan importantes ya porque imposibiliten al afectado la asunción de las cargas matrimoniales o ya porque supongan para el otro cónyuge la asunción de unas obligaciones personales que exceden del deber de ayuda y socorro mutuo al que los cónyuges están obligados, que si se hubiere conocido el problema no se habría prestado el consentimiento. A título ejemplificativo se pueden enunciar como cualidades personales de entidad tal cuyo desconocimiento implica un error determinante de la nulidad, la enfermedad mental grave, la enfermedad física contagiosa o que impida la procreación, la impotencia, la homosexualidad, el padecimiento de una enfermedad degenerativa irreversible. Es decir, ha de tratarse de cir-

circunstancias personales existentes antes de contraer matrimonio, que se ocultan o no se manifiestan a la otra parte, y de una esencialidad, entidad y relevancia tal para la vida en común, que el desconocimiento del contrayente en el momento de prestar su consentimiento matrimonial conlleva un vicio esencial pues de haberlo conocido no lo hubiese prestado.

Pero cosa completamente distinta son los errores relativos a la conducta, comportamiento, afectividad, dedicación a la familia, generosidad, gustos, aficiones, en definitiva al carácter y forma de ser y actuar de cualquiera de los cónyuges a partir del inicio de la convivencia matrimonial. Tales errores no pueden ser nunca invocados como de cualidad esencial, pues los que ampara el art. 73.4.º del CC, no se refieren a la conducta que se espera en el futuro del otro cónyuge durante la vida en común, de tal manera que si la actuación o la conducta de uno de los cónyuges no es la que desearía el otro o no se concilia con la idea que éste tiene de la relación matrimonial, de lo que esperaba uno del otro en la convivencia, y desencadena la intolerancia y la incomprensión entre los cónyuges, que no son capaces de adaptar sus pautas de comportamiento hasta conseguir una adecuada sintonía en la relación matrimonial, se habrá producido una pérdida de “*affectio maritalis*”, para lo cual nuestro ordenamiento jurídico dispone de los remedios de la separación y el divorcio.

Sabido es que solo la vida en común entre los cónyuges permite llegar a conocer detalles y matices en el modo de ser que no se descubren durante el noviazgo o las relaciones previas, cualquiera que sea la duración de éstas. Y si una vez constituido el vínculo matrimonial el otro cónyuge ya no

es tan afectuoso, tiene costumbres diferentes o unas pretensiones en la relación mutua que el otro no está dispuesto o no puede aceptar o tolerar, como sucede con frecuencia en las crisis matrimoniales, ello no es motivo de nulidad del vínculo, cuyas causas han de reducirse a unos estrictos términos, debiendo versar el error sobre cualidades personales de entidad, nunca sobre caracteres o conductas que solo se manifiestan en la convivencia y que solo la misma demuestra incompatibles.

Aplicados los anteriores razonamientos al caso que nos ocupa, tal como lo han descrito las partes en sus escritos alegatorios y resumidamente se expuso en el segundo fundamento, la Sala llega a las mismas conclusiones que la juez a quo en el fundamento jurídico segundo de la sentencia apelada. No hay error esencial en las cualidades personales de los contrayentes que por su entidad haya sido determinante de la prestación del consentimiento. Los cónyuges son personas maduras, con experiencia y una relación matrimonial anterior, que pura y simplemente fracasan en su nuevo intento de vida conyugal por una incompatibilidad de caracteres, por unas exigencias determinadas que solo pueden surgir cuando se inicia la convivencia (por ejemplo, las relaciones de D.^a M.^a Dolores con sus hijos, la presencia de éstos en el hogar conyugal, las relaciones sociales con amistades), y por una distinta forma de concebir cómo ha de desarrollarse la vida en común. Y nada de ello puede incardinarse en la causa de nulidad invocada, la cual, además, ha de ser de interpretación restrictiva, en razón a la excepcionalidad de esta institución, sino que puede fundar el ejercicio de una acción de separación.

II. PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, Y RÉGIMEN DE VISITAS

1. PATRIA POTESTAD

- 1.1. *No procede privar al padre de la patria potestad al no existir prueba del incumplimiento de sus deberes ya que no existe dato alguno en autos del comportamiento violento o inadecuado del padre respecto al hijo.*

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 15 de mayo de 2000.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.

Prevista por el artículo 92 del Código Civil la posibilidad de que los Tribunales acuerden en los pleitos de separación conyugal “la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello”, tal precepto debe interpretarse en relación con el contenido del artículo 170 del propio Código, al establecer que “El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial” y, asimismo, con lo preceptuado en el artículo 154 del mismo Cuerpo Legal, a cuyo tenor “La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos”, de tal forma que la privación de la potestad parental, tan sólo será procedente en aquellos supuestos en que dicha medida se revele beneficiosa para los hijos y se base en el incumplimiento de los deberes inherentes a dicha potestad.

Sentado lo precedente, es de señalar que, partiendo de que la norma del artículo 170 tiene carácter sancionador y por tanto debe ser objeto de interpretación restrictiva, según una reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial (SSTS de 6 de julio, 18 de octubre y 31 de diciembre de 1996, entre otras

muchas sobre el particular), la prueba practicada en las actuaciones acredita que si bien es cierto que existe una actitud realmente hostil entre ambos progenitores que algunas veces ha comportado incluso una situación de violencia verbal del marido hacia su esposa, no lo es menos cierto, de una parte, que la posibilidad de relación padre-hijo en algunas ocasiones se ha visto dificultada por la propia madre, quien no acudió a las dependencias del SAT a fin de realizar el correspondiente estudio sobre la viabilidad y seguimiento del régimen de visitas paternofilial (folios 180 al 182), y, de otra, que no sólo no existe en autos dato alguno de comportamiento violento e inadecuado del padre respecto a su hijo, sino que la propia madre en la prueba de confesión judicial afirma “que puede calificarse como buena la relación padre e hijo durante el régimen de visitas” —absolución a la posición 9.^a— (folio 121 en relación con el 120). En consecuencia, al no aparecer en autos elemento alguno que permita sostener, ni la inidoneidad del padre para velar por el desarrollo integral de su hijo, ni la existencia de un perjuicio real para éste, que justifique la adopción de la grave medida peticionada por la madre, no se considera conveniente

privar al padre de la titularidad de la patria potestad, siendo de añadir que la Sala tampoco puede obviar que el Ministerio Fiscal, actuando precisamente en interés del menor, ni en la primera instancia (vid. detallado informe folios 191 y 192), ni en el acto de la

vista de la apelación, aprecia la concurrencia de motivos suficientes para adoptar tan drástica medida, lo que comporta, en definitiva y sin necesidad de mayores consideraciones, el decaimiento del primer motivo del recurso.

2. GUARDA Y CUSTODIA

2.1. *Atribución de la guarda y custodia del hijo al padre sin que pueda prevalecer el principio de mantenimiento de la convivencia entre hermanos, habida cuenta que estamos en presencia de una situación consolidada en el tiempo.*

AP Córdoba, Sec. 2.^a, Sentencia de 26 de junio de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

La madre solicita la revocación del pronunciamiento relativo a la guarda y custodia del hijo menor Pedro nacido el 18-12-1986, que la sentencia de instancia, ratificando lo acordado en las medidas provisionales, concede al padre, señalando dicha apelante como motivos la necesidad de ponderar el interés de dicho menor y no romper la convivencia con su hermana, nacida el 7-6-1983, cuya guarda y custodia mantiene la madre.

Determinado el objeto de decisión resulta oportuno poner de relieve la siempre complejidad que revisten las cuestiones como las suscitadas que exige partir de los presupuestos principalísticos y axiológicos en los supuestos de crisis matrimonial. Con este sentido ha de acudir al párrafo segundo del art. 92 CC que establece que «las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos». Dicho beneficio para el menor ha de entenderse, en relación a la determinación

de la guarda y custodia, en el interés judicialmente protegible en que ésta sea atribuido al progenitor con el que convive habitualmente y cuya convivencia le permita un mejor desarrollo psico-afectivo, por un lado, y socio-escolar, por otro. Instrumentándose el régimen de visitas, como un mecanismo complementario para dicho desarrollo integral, mediante el mantenimiento de las relaciones afectivas que unen al menor con el progenitor con el que no convive en el domicilio familiar.

De lo expuesto, cabe afirmar que dicho interés constituye el límite y punto de referencia último de ambas instituciones y de su propia operatividad y eficacia y aun cuando es cierto que no cabe confundir los términos, esto es, el interés del menor no siempre tiene que coincidir con lo que el propio menor considere que es mejor para él, también lo es que el Juzgador al que le corresponde, teniendo en cuenta todos los elementos pro-

batorios que obren en las actuaciones, determinará cuál es la mejor manera de satisfacer y proteger dicho interés.

En el caso que nos ocupa, la juzgadora de instancia, sentencia de fecha 4-12-1999, considera, para ratificar la medida acordada en las provisionales 521/1999, auto de fecha 3-6-1999, que no se han desvirtuado las conclusiones a que se llegó tras la prueba en dicha pieza y éstas las fundamentó en la propia voluntad de los menores y en que se trata de una situación de hecho ya consolidada.

Nos encontramos por tanto, ante una situación familiar que presenta rasgos de desestructuración y con la circunstancia que desde el 15-5-1999, la madre vive con la hija, y el padre con el hijo en domicilios diferentes. De la exploración del menor llevada a cabo el 2-6-1999 —es decir cuando contaba 12 años y medio— resulta patente la voluntad expresa de éste de querer vivir con su padre, con el que de hecho viene conviviendo, por lo que parece conveniente seguir manteniendo y legalizar esa situación, confiando la guarda y custodia del hijo menor Pedro al padre que es quien realmente lo tiene, estimándose esta medida beneficiosa para el hijo, cuya enfermedad, disritmia bitemporal, no consta no pueda ser atendida por el padre y cuyo horario de trabajo, según el propio hijo menor en la exploración de 8 a 16 horas, es compatible con la jornada escolar de éste, y si bien es cierto, como postula la recurrente, que la jurisprudencia viene entendiendo que en aplicación del párrafo 4 del art. 92, del Código Civil «habrá de procurarse no separar a los hermanos» y esta doctrina la ha aplicado esta Sala en la mayo-

ría de los casos sometidos a su resolución, pero en el supuesto concreto aquí debatido concurren especiales circunstancias que imponen dar prioridad al supremo interés del menor, conforme enseña la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, que expresa que «el interés del menor debe constituir la principal preocupación de los implicados en el proceso, por encima incluso del interés del padre, de la madre y de los hermanos», sobre todo teniendo en cuenta que los hijos menores tienen actualmente, 17 y 13 años, es decir que poseen capacidad de discernimiento suficiente para decidir con cuáles de los progenitores desean seguir conviviendo, y todo ello claro está sin perjuicio de que la patria potestad se ejerza por ambos progenitores que deberán velar por una mayor comunicación de los hermanos fomentando el afecto y cariño entre ellos y para cuyo fin se ha de mantener el mismo derecho de visitas para el padre, respecto de su hija, que el que la madre mantiene con el hijo, dado que la convivencia de los hijos con los padres y hermanos sólo ventajas puede reportar, conforme a lo dispuesto en el art. 94 CC.

En definitiva mantener la guarda y custodia a favor del padre en relación al hijo menor deviene como la solución coyuntural aparentemente más adecuada a la finalidad institucional «ut supra» expuesta, sin que pueda prevalecer el presupuesto de mantenimiento de la convivencia entre hermanos, pues dadas las circunstancias expuestas, no aparece discutible que sólo las soluciones pragmáticas pueden resultar eficaces para una ordenada regulación de las consecuencias derivadas de la ruptura de la vida familiar.

3. RÉGIMEN DE VISITAS

3.1. *Régimen jurídico de los gastos que genera la realización de las visitas cuando los progenitores residen en distintas ciudades.*

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 25 de abril de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José M.^a Bachs Estany.

En orden a quien debe sufragar estos desplazamientos, obligación accesoria de necesaria determinación en todo pronunciamiento relativo a visitas, el criterio mantenido de forma constante por esta Sala, sin merma de la proporcionalidad del art. 146 del CC, siempre ha tendido a su pago por mitad a cargo de cada progenitor salvo en supuestos de evidente imposibilidad o muy alta gravedad económica para una de las partes. En el presente caso es notorio que el padre gana tres veces menos que la madre en cifras absolutas, pero soporta gastos familiares superiores a 125.000 pts. de promedio mensual, que acortan la distancia en un tercio de forma que el progenitor no custodio no acredita esta dificultad económica insalvable que invoca. Por otra parte es notorio que la distancia entre Madrid y Barcelona se puede salvar a través de múltiples medios a cargo de empresas varias que compiten fuertemente entre sí consiguiendo en los últimos años un continuo y progresivo abaratamiento de los

costes de estos pasajes, tanto en el transporte por carretera como en el ferroviario y especialmente en el aéreo, tanto en régimen de línea como de puente aéreo. Ya en este punto cabe recordar que no es preciso absolutamente que cada progenitor se desplace a su vez; es conocido que en el transporte aéreo, tal vez el más adecuado atendida la edad del menor, éste puede viajar solo, asistido por el personal de vuelo y de atención al cliente en tierra, garantizando un desplazamiento rápido, seguro y cómodo tanto para éste como para los respectivos progenitores que deben limitarse a su entrega o recogida en dependencias del aeropuerto correspondiente. Así las cosas, en el caso presente se entiende que lo justo es que cada progenitor abone el trayecto completo de un viaje (ida y vuelta) y el otro el del siguiente y así sucesivamente, tanto en lo que se refiere a las visitas ordinarias como a las extraordinarias de periodos vacacionales.

3.2. *No procede acceder a la petición de que sea la madre la encargada de recoger y entregar a los menores del domicilio del padre, en base a la insuficiencia de medios económicos y la carencia de vehículo propio.*

AP Córdoba, Sec. 2.^a, Sentencia de 8 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

Se reprodujo el apelante Sr. Luis la solicitud de que sea la Sra. Eulalia la encargada de entregar y recoger a los dos menores en el domicilio de aquél para el ejercicio del régimen de visitas y estancias establecido, dada su insuficiencia de medios económicos y la carencia de vehículo propio.

Con independencia de que la Sala asuma los atinados argumentos de la sentencia de instancia para desestimar tal pretensión por cuanto supondría el agravamiento injustificado de la situación económica de la madre, olvidando que ésta ya coadyuva a la alimentación, educación y formación integral de sus hijos por estar éstos a su cuidado diario, dedicación esta que le debe ser computada a

efectos de su contribución como una suerte de prestación de alimentos en el seno del hogar familiar (art. 103 CC), la referida petición resulta en el concreto caso, absolutamente injustificada y pugna con el más mínimo principio de equidad que quien solicita un régimen de visitas más amplio, a su vez, postula la total exención de contribuir a la alimentación de sus hijos y se permita incluso, pretender que sea la madre quien tenga no solo que entregarle a los hijos menores sino también recogerlos en su domicilio, distante casi 50 km. del de aquella, para que cómodamente pueda a su antojo ejercer un régimen de visitas y estancias, cual si se tratara de un reparto a domicilio de los hijos a portes pagados.

3.3. *Teniendo en cuenta que el menor se encuentra en edad escolar no es procedente que la visita de los abuelos se extienda a comunicaciones entre semana.*

AP Asturias, Sec. 6.^a, Sentencia de 9 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Barral Díaz.

El presente recurso de apelación interpuesto por la madre del menor Gabriel se reduce a determinar la amplitud o contenido del régimen de visitas señalado a favor de

los abuelos paternos, demandantes en el presente pleito. La sentencia de primera instancia fija los sábados alternos desde las 11 a las 20 horas, reintegrando el menor al do-

micilio de la madre. Las semanas en que no tenga lugar la visita, podrán relacionarse con el menor a la salida del colegio durante dos horas y el día que convengan con la madre, que en caso de desacuerdo será el miércoles, con igual reintegro al domicilio materno. En el período de vacaciones de verano la comunicación de los abuelos con el nieto será durante quince días continuados.

El recurso pretende suprimir la comunicación intersemanal de dos horas, aduciendo los trastornos que ello supone para el régimen de estudio y demás tareas cotidianas del propio menor, actualmente de casi 6 años, entendiéndose, por otro lado, que con la visita dominical en semanas alternas queda cumplidamente satisfecho el interés tanto del menor como el de los abuelos paternos, que de esta forma sostendrían una relación continuada y suficiente con el citado.

Argumento que es de acoger, pues entrando el referido menor en un período escolar, que le va a exigir un mayor esfuerzo, se considera preferible que durante la semana

no se vea alterado con una visita o comunicación que, en lugar de facilitar, posiblemente entorpezca una normal relación. Todo ello sin olvidar que el derecho de los abuelos a comunicar con su nieto no tiene la misma intensidad que el que ostentan los propios padres. Por ello se considera preferible mantener exclusivamente aquella visita de los sábados alternos, manteniendo igualmente el período vacacional de verano, al que tampoco se opone la madre.

En cuanto a los 15 días igualmente concedidos a los abuelos durante las vacaciones de verano, no existe una postura jurisprudencial al respecto, precisamente porque habrá de estarse al caso concreto a analizar. En el presente esta Sala carece de elementos de juicio para revocar tal medida, suficientemente razonada en la recurrida, sin perjuicio de estimarse adecuado para el menor mantener con los abuelos una permanencia más larga que la fijada los sábados alternos, aunque se concreten los días concedidos sólo a 10 días.

III. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Preferencia del derecho que tiene el adjudicatario de un inmueble en subasta dimanante de un procedimiento del art. 131 de la LH sobre el derecho de uso concedido a la esposa e hijas en sentencia matrimonial.*

AP Barcelona, Sec. 11.^a, Sentencia de 5 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Joaquín Oro-Pulido López.

Por D. Joaquín, con fundamento en que adquirió la titularidad de la vivienda mediante adjudicación por remate, en procedimiento sumario del art. 131 de la LH, se ejercita demanda de juicio de menor cuantía contra D.^a Vicenta, postulando los siguientes

peticiones: a) que el derecho de dominio sobre la citada vivienda es preferente al de uso de la misma que ostenta la demandada; b) que tiene derecho a obtener la posesión de la vivienda y ser reintegrado en la misma; c) se condene a la demandada a dejar

libre, vacua y expedita la vivienda, con prevención de lanzamiento en caso de incumplimiento; y d) se condene en costas a la demandada. Demanda que es estimada por la sentencia de primer grado, excepto el pronunciamiento sobre costas y frente a la que se alza la demandada aduciendo, que los argumentos esgrimidos en la misma, de que los hijos de la demandada son mayores de edad y que el derecho de uso concedido a la misma en proceso matrimonial no tuvo acceso al Registro de la Propiedad, no son suficientes, por cuanto su derecho es anterior y el título de dominio del actor fue adquirido en procedimiento sumario del 131, del que no tuvo conocimiento ella.

Para la mejor resolución del presente recurso de apelación es preciso resaltar los siguientes hechos que se declaran probados; a) Mediante escritura pública de fecha 16-11-1990, el actor concedió a D. Luis (esposo de la demandada) un préstamo de 3.900.000 ptas., y para garantía del mismo se constituyó hipoteca de la vivienda, propiedad exclusiva del prestatario, sin que en la escritura conste que la misma constituía la vivienda familiar; b) Que en medidas provisionales de separación de los cónyuges D. Luis y D.^a Vicente, se dictó auto en fecha 24-2-1992, adoptándose entre otras medidas el atribuir a la esposa e hijos, menores en aquella fecha el uso y disfrute de la citada vivienda familiar, medida que fue notificada en sentencia dictada el 16-12-1992, y confirmada en grado de apelación por otra de fecha 15-3-1994, sin que dicha medida se inscribiese en el Registro de la Propiedad; c) Que el 10-6-1992, el actor D. Joaquín instó demanda de juicio sumario del art. 131 de la LH contra el esposo de la demandada y requerido de pago, ignorándose dónde y a quién se efectuó, se acordó sacar a subasta la vivienda, publicándose los correspondientes edictos en el BOP y BOE, y notificada al deudor el 13-5-1992, sin que tampoco conste en qué lugar y a quién, suspendiéndose la subasta a instancia del acreedor, ante la posibilidad de llegar a un acuerdo con el deudor solicitándose por el acreedor nuevo

señalamiento para las subastas, señalándose para las mismas los días 4-7-1994, 12-9-1994 y 17-10-1994, previa publicación en BOE y BOP, y notificación al esposo de la demandada, sin que tampoco conste dónde se efectuó y a quién, d) En la primera subasta, celebrada el 4-7-1994, la parte actora ofreció la cantidad de 10.000.000 ptas., aprobándose el remate mediante auto de 23-9-1994, y practicada la correspondiente tasación de costas y liquidación de intereses, se hizo entrega al deudor de las cantidades sobrantes; e) que según el actor, después de la adjudicación de la vivienda, se enteró que el Sr. D. Luis estaba separado y que su esposa tenía atribuido el uso de la vivienda, por lo que convino con este revenderle la vivienda, por el precio de principal, intereses, costas y pagos de impuesto, conversaciones éstas que son ratificadas por el Sr. D. Luis; f) que al no llegar a un acuerdo, el actor solicitó se requiriese al ejecutado para que en el plazo de 10 días dejase la vivienda libre, vacua y expedita, a lo que se accedió por providencia de 23-4-1997, compareciendo entonces D.^a Vicenta, solicitando la suspensión del lanzamiento, a lo que se accedió por auto de fecha 29-5-97, en atención a que todos los requerimientos efectuados con anterioridad a la subasta se realizan en la persona de la portera del inmueble, y a que el problema de la colisión de derechos debe ventilarse en el declarativo correspondiente, resolución que impugnada por el instante del procedimiento hipotecario es rechazada por auto de fecha 1-7-1997.

El problema a dilucidar es el de determinar qué derecho es preferente, si el del acreedor hipotecario, que se adjudica la vivienda familiar, sin que conste dicha condición, o el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente a la esposa, no titular, y a sus hijos, sin inscribir dicho derecho en el registro, y sea o no derecho real la naturaleza del derecho de uso concedido a la esposa en proceso matrimonial, en lo que no es unánime la doctrina jurisprudencial, pues la sentencia de 11-12-1992, lo configura “como un derecho oponible a ter-

ceros, que como tal debe tener acceso al registro de la propiedad, cuya extensión y contenido viene manifestado en la decisión judicial que lo autoriza u homologa y, en estos términos constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares, todo ello, sin perjuicio de la observancia de las reglas que establece el derecho inmobiliario registral”, la de 20-5-1993 como derecho real de disfrute limitado en cuanto a su contenido y duración. Situándolo la de 18-10-1994, como derecho oponible a tercero, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el art. 96, párrafo último del Código Civil, y la de 29-4-1994, afirma que el derecho de uso de la vivienda común concedido a uno de los cónyuges por razón del interés familiar más necesitado y porque queden a su disposición los hijos no tiene en sí mismo considerada la naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda esté y arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges, y la de 31-12-1994, señala que el uso de la vivienda familiar tiene el

valor de decisión judicial oponible “erga omnes”, pero tal división jurisprudencial no tiene trascendencia práctica, como recoge la sentencia de 4-4-1997, la cual sostiene que la atribución a la esposa del uso de la vivienda familiar, en la sentencia de separación conyugal, según el art. 96 y con la temporalidad y provisionalidad que señala el art. 91, no es un derecho de usufructo, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación, que es oponible a tercero, es decir, según dicha jurisprudencia, es un derecho de disfrute limitado, sin que en ningún caso tal derecho, salvo que el beneficiario sea el titular primitivo del inmueble, puede prolongarse indefinidamente, en cuanto ello implicaría bajo el condicionamiento de amparar un derecho, vulnerar otro, tanto o más legítimo, el del adquirente de buena fe en subasta pública judicial, protegido por los arts. 34 y 38 de la LH, por lo que procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia apelada, sin imposición de las costas de esta alzada, por los mismos argumentos esgrimidos en la de primera instancia.

2. *Atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija a pesar de que en dicho domicilio ejercía su profesión el esposo.*

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 9 de mayo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ana María García Esquius.

Constituye motivo de la apelación que formula el esposo Sr. D. Ricardo contra la sentencia dictada por el Juzgado número 51 de esta Ciudad el 5 de noviembre de 1999, la disconformidad con el pronunciamiento relativo a la atribución de la vivienda que

constituye domicilio familiar, al hijo menor de edad y a la madre que tiene asimismo atribuida su guarda y custodia. La parte apelada y la representación del ministerio Fiscal, ante tal solicitud, interesan la confirmación de la sentencia.

Debe partirse para la adecuada solución del debate de la consideración siguiente: el artículo 39.1 y 2 de la Constitución consagra como principio fundamental el de la protección de la familia, en sus vertientes social, económica y jurídica. Así, la Ley 30/1981, de 7 de julio, recogiendo este principio contempla la vivienda familiar como un bien adscrito, no a uno de los componentes de la Familia, sino un bien al servicio del conjunto familiar, que en los casos de quiebra de la convivencia matrimonial deberá adscribirse a uno u otro de los esposos, concepto de bien familiar que se observa en el redactado de los artículos 90.b), 91, 96 y 103.2 del Código Civil y que merece la protección específica que le concede el artículo 1320 del Código Civil, pues como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31-12-1994, se trata de un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario.

Por su parte, la legislación catalana va mas allá especificando el artículo 83 del vigente Codi de Família, aprobado por Llei 9/1998, de 15 de julio, del Parlament de Catalunya y que entró en vigor el 23 de octubre de 1998, que el uso de la vivienda familiar, si no existiera acuerdo o éste hubiera sido rechazado por el juez por resultar perjudicial para los hijos, de existir éstos, se atribuirá preferentemente al cónyuge que tenga atribuida su guarda y si la misma se distribuye entre los cónyuges, resolverá la autoridad judicial (83.2 a) Si hi ha fills, l'ús s'atribuïx, preferentment, al cónyuge que en tingui atribuida la guarda mentre duri aquesta. Si la guarda dels fills es distribuïx entre els cónyuges, resol l'autoritat judicial).

Tanto el artículo 96 del Código Civil como el artículo 83 del Codi de Família no sólo resuelven sobre la atribución del uso de la vivienda en el supuesto de que existieran hijos del matrimonio cuya separación o divorcio se acuerda, sino que prevén el supuesto de que no hubiera hijos, en cuyo caso, el criterio a seguir será el de atribución al cónyuge “más necesitado de protección”. El

texto legal catalán precisa al respecto, que la atribución tendrá lugar con carácter temporal, mientras dure la necesidad que la ha motivado, sin perjuicio de prórroga, (si no hi ha fills, se n'atribuïx l'ús al cónyuge que en tingui mes necessitat. La atribució té lloc amb caràcter temporal, mentre dura la necessitat que l'ha motivada, sens perjudica de prórroga, sí és el cas).

En suma, la determinación del uso de la vivienda familiar ha de hacerse en función de la existencia de hijos del matrimonio siendo el derecho de uno u otro cónyuge derivado en función de la atribución de la guarda y custodia de los mismos.

Así lo ha venido entendiendo de forma pacífica y reiterada la Jurisprudencia, constituyendo un cuerpo de doctrina ya consolidada, sentencias entré las que, a mero título enunciativo, cabe mencionar las de la AP Asturias de 27-4-1992, AP Zaragoza de 30-4-1992, AP Córdoba de 20-5-1992, AP Barcelona de 24-1-1994, AP Toledo de 28-11-1995, AP Soria de 8-4-1996, AP Salamanca de 10-12-1997, AP Córdoba de 23-3-1998 o AP Las Palmas de 27-7-1998.

No obstante lo anterior, y como acertadamente invocó la representación letrada de la parte apelante en el acto de la vista, la atribución de la vivienda a los hijos y al cónyuge con quien conviven no debe realizarse de una forma automática, puesto que el texto legal habla de que se atribuirá “preferentemente” pero no siempre, y eso significa que existe la posibilidad de efectuar atribución al cónyuge no custodio cuando ello resulte justificado. La base del razonamiento del apelante se apoya en el hecho cierto e indiscutido por las partes de que en la vivienda que es domicilio familiar, el esposo, además, tiene instalada su consulta profesional como médico.

En este sentido la sentencia de la AP Baleares de 25-9-1998 estimó que “al descansar la determinación del art. 96.1 del Código Civil sobre una presunción legal, no constituye tal párrafo un obstáculo para que el uso de la vivienda familiar pueda atribuirse al cónyuge apartado de los hijos, cuando aten-

didadas las circunstancias, su interés resulte o llegue a ser con el tiempo, incluso bajo la minoría de edad de sus hijos, el más necesitado de protección, igualmente lo entendió así el Auto de la AP Madrid de fecha 14 de mayo de 1998 que subraya que aunque el art. 96 del CC señala que el uso de la vivienda familiar se atribuirá a los hijos y cónyuge en cuya compañía queden lo que no impide en supuestos excepcionales resolver de otro modo si las circunstancias concretas, de orden, material, personal y familiar aconsejan otra solución, si con ella no se perjudica el interés del menor, pues aplicar este precepto con un automatismo absoluto y con excesivo rigor conduciría en ocasiones a situaciones injustas y generadoras de penurias económicas y de desigualdades entre los esposos.”

De la anterior doctrina jurisprudencial se hizo aplicación en la sentencia de esta Sala de fecha 11 de octubre de 1999 en la que también se hacía cita de aquella otra jurisprudencia que estima que la atribución al cónyuge no custodio tiene un carácter excepcional y responde a situaciones muy concretas, así la contemplada por la sentencia de la AP de Badajoz de 25-2-1998 en que se trataba de supuesto en que la madre y el hijo cuya custodia tenía atribuida marchan a vivir a un domicilio diferente del que fuera el familiar quedando éste desocupado y pretendiendo su atribución el padre, o igualmente el resuelto por la sentencia de la AP de Valencia de 29-3-1996. Tal doctrina tampoco constituyó una novedad, en tanto que los Tribunales se han venido pronunciando en este sentido desde la entrada en vigor de la nueva Ley 11/1981 de 13 de mayo (así la jurisprudencia de la que hace cita el apelante, sentencia de la Sección 12.^a de esta Audiencia Provincial, pero en supuesto en que el padre, perceptor de pensión de invalidez de 120.000 pesetas mensuales, y los hijos residían en Mérida, atribuyéndose entonces la vivienda sita en esta provincia a la esposa perceptora de una ayuda social de 40.000 pesetas mensuales) o la sentencia de la Sección 15.^a de esta Audiencia Provincial

de fecha de mayo de 1989, la esposa y los hijos a su custodia encomendados ocupan una vivienda de alquiler con derecho a prórroga forzosa en tanto que el esposo se encuentra en situación de invalidez. En igual sentido, sentencia de la AP de Tenerife de 4 de octubre de 1997.

Pero para apreciar la existencia de circunstancias que justifiquen la no atribución del domicilio a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, se exigirá en consecuencia una eficaz y sólida actividad probatoria que determine que es el otro el interés más necesitado de protección enervando la presunción legal de que el interés que merece más protección es el de los hijos (sentencias de la AP de Bilbao de 24 de abril de 1986 y de la AP de Madrid de 8 de julio de 1997).

En los casos a que se ha hecho mención, cuando los hijos y el cónyuge custodio disponen o se han trasladado a otro domicilio, no se exigirá mayor probanza. Pero aquí de lo que se trataba era de probar que debe atribuirse la vivienda al esposo para que pueda continuar con su actividad profesional, que disponer de la finca le era vital para el ejercicio de su profesión, de que el traslado del despacho a otro edificio podía acarrearle graves perjuicios, tales como la pérdida de pacientes, o el coste de instalación. Sin embargo, nada de ello se ha probado. Antes al contrario, la parte actora Sra. D.^a María del Carmen alegaba en su demanda se había producido en el esposo un cambio de inquietudes de índole espiritual o filosófica, publicando sus trabajos vía internet, y que la consulta ubicada en el domicilio ocupa una superficie de unos 10 metros cuadrados. El Sr. D. Ricardo alega en su escrito de contestación que en el domicilio tiene abierta consulta de medicina General lo que hace que la mayor parte de sus pacientes residan en la zona en que se encuentra el domicilio. Sin embargo, ni dice el Sr. D. Ricardo qué dependencias de la vivienda precisa para la actividad profesional, qué instrumental de difícil o imposible traslado se encuentra en el mismo, qué días y horas tiene consulta

abierta, si dispone de personal auxiliar para atender a los clientes, qué volumen o número de pacientes viene a atender en cada día de consulta, etc., y por otra parte, viene a reconocer que también trabaja vía internet, para lo cual no hace falta disponer de consultorio. Así resulta de la prueba de confesión en juicio en sede de medidas cuando al absolver posiciones y en concreto al responder a la Sexta (folios 148 y 169) El Sr. D. Ricardo admite ser cierto que el precio estipulado para recibir por correo electrónico el método completo para diagnóstico, tratamiento y curación de la ansiedad es de 3.000 pesetas y que el precio para consultas durante un período de 6 meses es de 50.000 pesetas a ingresar en cuenta bancaria al efecto (posiciones 7.^a y 9.^a) y que para realizar el tratamiento para la ansiedad utiliza las páginas web (posición 13.^a).

El demandado puede continuar con su profesión en otro local al efecto, en el mismo o distinto barrio, previa comunicación a los pacientes o facultativos no acreditándose que el perjuicio que le pueda derivar del traslado será irreparable o de difícil o muy costosa reparación, por lo que no procede modificar la atribución del domicilio a favor del hijo y la madre, atribución además que responde a otro interés pues si el Sr. D. Ricardo estima que su clientela se encuentra ubicada en el barrio, no es menos valorable que al atribuir el uso del domicilio a los hijos lo que se pretende es cubrir sus necesidades habitacionales y al tiempo minorar los efectos traumáticos que de la ruptura se derivan permitiendo que el menor continúe residiendo en el que hasta la fecha de la crisis familiar era su entorno habitual y en el que debe intentarse que continúe creciendo.

3. *No se encuentra procedente atribuir el uso de la vivienda familiar durante seis meses a cada uno de los cónyuges.*

AP Asturias, Sec. 6.^a, Sentencia de 16 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Manuel Barral Díaz.

El motivo de impugnación ataca el pronunciamiento de la sentencia de primera instancia, que determinó que dicho domicilio fuera usado alternativamente por cada cónyuge a razón de seis meses cada uno. Solución realmente novedosa y que sólo se justifica por la situación de hecho existente en el matrimonio, que es la siguiente:

A) Que los dos hijos varones trabajan y residen en Oviedo, precisamente en otro piso también de la propiedad de los litigantes, incluso que la hija estudiante lo hace igualmente durante la semana en dicha vivienda, acudiendo los fines de semana, al igual que

el resto de los hermanos, a la vivienda familiar sita en ...

B) Que es el padre-demandante el que de manera principal se dedica al cuidado de la explotación agrícola-ganadera familiar, aunque sólo sea porque es el único que tiene tiempo para ello, dada su condición declarada de invalidez permanente en la minería, mientras que la esposa-demandada es funcionaria de Correos, teniendo su destino precisamente en el referido Concejo, y los hijos residen durante la semana en esta Capital; todo ello sin perjuicio de la labor de cooperación o ayuda que todos los miem-

bros de la unidad familiar presten al citado en tal tarea.

C) Que la solución propuesta por éste, en el sentido de “dividir, la casa familiar para alojar simultánea, aunque separadamente, a ambos cónyuges, dado que arquitectónicamente ello es aparentemente factible, cuando menos a simple vista de los planos que adjunta, además de no demostrarse su posible realidad, fue rechazada por la esposa”.

D) Que el salario de la esposa y la pensión del marido vienen a coincidir sustancialmente en su importe anual, aunque pueda existir una pequeña diferencia a favor del esposo, ya que mientras que éste tiene certificadas netas 137.557 ptas. mensuales, sin contar pagas extras, la esposa obtiene unas 140.000 ptas. brutas, incluidas pagas extras.

E) No es factible poder contar en estos momentos, es decir, antes de la liquidación del patrimonio ganancial, con el piso sito en Oviedo tanto a favor de uno como de otro cónyuge, al venir en la actualidad dedicado a residencia de los hijos, por lo que el único domicilio a tener en cuenta es el sito en ..., además de reunir el concepto de “familiar” a los efectos de su posible concesión a uno u otro cónyuge, dado que ambos lo pretenden.

El párrafo primero del art. 96 del CC, que es el que regula esta cuestión, señala que, en

defecto de acuerdo entre los cónyuges (como es el presente caso), “el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden”. Aunque en este caso dicho “cuidado” venga matizado por la residencia (accidental) de la mencionada hija en Oviedo y su misma mayoría de edad, lo indudable es que sigue dependiendo económicamente de los padres y por ello formando parte integrante del núcleo familiar, a diferencia de sus otros dos hermanos, cuya independencia económica puede darse como definitiva, aunque uno de ellos (el llamado D. Severino) esté prestando el servicio militar, ya que una vez terminado éste, todo indica que se reincorporará al mercado laboral, en el que anteriormente ya se encontraba.

La solución que da la sentencia es realmente novedosa, pero se compadece mal con el espíritu de la norma antes expuesta. En consecuencia, la vivienda familiar habrá de otorgarse a la madre, fundamentalmente porque a su cargo queda la hija todavía dependiente en el aspecto económico, si bien con la limitación de hasta tanto no consiga dicha independencia, tal y como, por otro lado, así lo pidió su Letrado en el acto de la vista del presente recurso.

4. *Después de decretarse la separación resulta improcedente acceder a la petición de atribución de uso compartido de la vivienda familiar entre ambos cónyuges, pues con toda seguridad esta medida generaría tensiones entre ambos.*

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Margarita Noblejas Negrillo.

Centrado el debate en la posibilidad de atribución del uso de la vivienda conyugal

de forma compartida a ambos cónyuges hemos de señalar que configurado el mismo

como un bien adscrito a las necesidades de alojamiento del núcleo familiar, la Ley 30/1981 de 7 de julio, determina en casos de crisis convivencial de aquéllos como un complemento necesario para llevar a la práctica la efectiva ruptura de la vida en común que se sanciona mediante el pronunciamiento principal, el que la comunidad de vida realizada con anterioridad bajo el mismo techo quede disociada, lo que implica como norma general, la atribución del uso del citado inmueble a uno u otro litigante, precisamente a aquél, salvo que otra cosa acuerden ambos, cuyo interés ha de reputarse a la vista de las circunstancias concurrentes, merecedor de prioritaria protección, según prescriben los arts. 103 y 96 CC; y si bien es cierto que en determinados supuestos podría mantenerse el uso compartido del citado do-

micilio, ello ha de venir constreñido a casos excepcionales, en atención a singularísimas circunstancias que hagan inviable por unas u otras razones, la salida de cualquiera de los cónyuges del edificio que ha constituido la sede de la vida familiar.

En el caso de autos no son de apreciar motivos de entidad suficiente para mantener unas relaciones que con toda seguridad generarían tensiones, que son precisamente las que se tratan de evitar a través de la separación, que no ha de ser simplemente oficial y ficticia, sino efectiva, por lo que sin más, el pronunciamiento impugnado debe ser confirmado, sin perjuicio, claro está de que cualquiera de los cónyuges pueda instar la acción de división de la cosa común dado que los hijos del matrimonio son mayores de edad y económicamente independientes.

IV. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *Mantenimiento de la pensión alimenticia a una hija de 28 años que se encuentra en el último año de sus estudios universitarios.*

AP Cádiz, Sec. 1.ª, Sentencia de 18 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Lorenzo del Río Fernández.

Esta Sala no puede compartir el criterio del juez de instancia que, de forma lacónica y escueta en su fundamento quinto, habla de la “indiferencia de la edad y los propios recursos de la hija y entiende que a partir de cierta edad debe procurar satisfacer a su costa la posible obligación alimenticia”. No es éste el criterio tan taxativo de nuestra legislación, en concreto del artículo 152 del Código Civil que, como parece razonable,

vincula la extinción —aparte de otras causas que ahora no vienen al caso— a que el alimentista pueda ejercer un oficio o profesión (de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia), o cuando la necesidad del alimentista-descendiente provenga de mala conducta o de falta de aplicación. En autos no consta con tanta claridad o verosimilitud ninguno de ambos presupuestos. Consta, al contrario, que la hija se encuentra en el últi-

mo año de sus estudios universitarios de arquitectura y con una edad —28 años— que tampoco puede entenderse excesiva en este tipo de carreras técnicas ni expresiva de mala aplicación o conducta. Por tanto, no hay razones claras que permitan extinguir automáticamente la pensión alimenticia, pues todavía subsisten variados gastos alimenticios —art. 142.1 CC— y de educación e instrucción —art. 142.2— CC, que no deben

ser soportados en exclusividad por la madre. Por lo expuesto, procede estimar la primera alegación de la parte recurrente respecto a la pensión alimenticia de la hija y, por derivación, rechazar la petición de la parte actora —acogida en el Fallo de instancia— de suprimir su contribución del 12% de sus haberes por alimentos debidos a la hija D.^ª Cristina.

2. *Si no se ha pedido en la demanda de divorcio el juez no puede de oficio extinguir la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad que se estableció en el procedimiento de separación.*

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 25 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Gómez Salvago.

El presente recurso trae causa de una demanda de divorcio, interpuesta por D. Jerónimo, hoy apelado, contra D.^ª María Dolores, en la que suplicaba que se declarara la disolución del matrimonio con los efectos legales inherentes a dicho pronunciamiento, proceso que siguió su curso con la rebeldía de la parte demandada, hoy apelante, dictándose sentencia en la primera instancia que mantiene algunas medidas decretadas por la sentencia de separación, como la atribución del uso de la vivienda en favor del hijo menor de edad y de la madre, pero modifica aquélla en lo relativo a la pensión de alimentos de los dos hijos mayores, al no haber sido solicitada ni poder ser decretada de oficio por el Juzgador, argumento que es idéntico en lo referente a la pensión compensatoria, al no permitir el legislador el mantenimiento de oficio, y finalmente, en lo referente al deber de mantenimiento del hijo menor de edad, se señala por el Juzgador

que si en la sentencia de separación se estableció con cargo al mismo una pensión alimenticia para los tres hijos en cuantía de 40.000 ptas., valorando los incrementos salariales del mismo conforme al IPC, resulta adecuado cuantificarla para sólo el hijo menor en 25.000 ptas. mensuales.

Contra dicha resolución se alza la parte apelante, D.^ª María Dolores L.N., manifestando en el acto de la Vista la extralimitación que ha realizado el Juzgador al modificar las medidas decretadas en la sentencia de separación, al no estar lo acordado dentro de los efectos legales inherentes a la disolución del matrimonio suplicados en la demanda, argumentando que el art. 91 CC se refiere a la adopción de medidas a adoptar por el Juez en defecto de acuerdo de los cónyuges, y en el supuesto de autos, no hay acuerdo pero sí una sentencia de separación que las fija, de tal manera que al suprimir la

pensión compensatoria estaría infringiendo el principio de rogación y de congruencia, dado que el actor no solicitó el cambio ni la supresión de la misma, violentando, pues, lo establecido en el art. 11 LOPJ, así como el 1896 LEC, en relación con el 103 CC, manifestando finalmente, que el hecho de que estuviera en rebeldía durante la Primera Instancia no significa que se allanara, sino simplemente que no se oponía al divorcio, como por otra parte parece entender el Juzgador cuando decreta para mejor proveer que se aporte el rollo del proceso de separación, en el que se refleja la insistencia de la hoy apelante en el ejercicio de su derecho a obtener la pensión compensatoria.

Así la controversia, un estudio de la cuestión debatida exige partir del sentido del art. 91 CC, que como es sabido hace intervenir al Juez para suplir la voluntad de las partes cuando no es posible conseguir el acuerdo entre ellas o cuando el litigio se plantee en forma contenciosa, debiendo considerarse al respecto, y en relación con los puntos debatidos en el presente supuesto, que acerca de las medidas adoptadas sobre la vivienda y la guarda y custodia del menor que el Juez puede y debe pronunciarse aunque no hayan sido solicitadas expresamente, pues si bien, en principio, como señala la parte apelante, la justicia es rogada, también es verdad que en el proceso matrimonial existen elementos de “ius cogens” para que el Juez pueda establecer soluciones para situaciones no previstas en la demanda, pero existentes, como así ha hecho al fijar las medidas en relación con la vivienda, la guarda y custodia del menor, por ser cuestiones que necesariamente deben ser resueltas.

La verdadera cuestión que queda por resolver es si el Juez puede por propia iniciativa alterar o sustituir las medidas no ya adoptadas por convenio entre las partes en el presente proceso, sino por sentencia dimanante de un proceso de separación anterior y distinto del presente, cuando su alteración perjudica los intereses de una de las partes, en concreto respecto a la supresión de la pensión compensatoria para uno de los cónyu-

ges, en este caso, en perjuicio de quien apela, y también en lo referente a la modificación de la pensión por alimentos debido a los hijos, ya mayores de edad, problema para cuya resolución debe partirse de que la rebeldía del perjudicado en la primera instancia no implica una renuncia tácita de sus derechos, pues está claro que el derecho a la pensión surgió con la sentencia de separación, y que, por ello, desde ese momento nace como una relación obligatoria entre los interesados, que sólo puede ser modificada por las circunstancias del art. 100 CC, correspondiendo al deudor la prueba de que tales acontecimientos se han producido, lo que no consta realizado en el presente procedimiento, y si bien la fijación de la pensión es un derecho renunciable por los cónyuges, que pueden no pedir que el Juez decida sobre este punto y quede excluido del contenido del convenio previsto por el art. 90 del mismo cuerpo legal, es posible también conceder en algún caso al Juez la posibilidad de su iniciativa, reconociendo un derecho a pensión que no se había pedido ni pactado por las partes en el proceso matrimonial, pero sin que ese arbitrio pueda llevarse a declarar extinguida la pensión decretada en la separación judicial, al ser ello una modificación que perjudica, no que beneficia a los intereses de una de las partes, y que exige por ello la probanza de las circunstancias señaladas en el art. 100 CC.

En lo atinente a la supresión de la pensión alimenticia que el hoy apelado venía obligado a satisfacer en concepto de alimentos a sus tres hijos procede igualmente acoger el recurso debido a que los hijos no pierden automáticamente el derecho a ser alimentados por sus padres por el simple hecho de cumplir la mayoría de edad, sino que por el contrario tales alimentos se mantienen hasta que se demuestre que el hijo es ya capaz de mantenerse por haber alcanzado una independencia económica que garantiza su propia subsistencia, lo que de producirse obliga a instar el correspondiente procedimiento de modificación de las medidas acordadas, razones por la que tampoco pro-

cede confirmar la sentencia de instancia, ni en lo referente a suprimir la pensión para los dos hijos mayores ni en lo relativo al extremo de la actualización de la cantidad que se decreta para atender al hijo menor de edad,

debiendo estarse a la cantidad señalada para los tres hijos y a las bases de su actualización a lo ordenado en la sentencia firme de separación.

3. *La causa de extinción de los alimentos por no poder atender el obligado a su pago a sus propias necesidades no es aplicable a los hijos menores de edad.*

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 26 de mayo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Margarita Noblejas Negrillo.

Antes de entrar en el examen del caso concreto de autos, hemos de partir de que como reiteradamente se ha señalado por esta Sala, el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad presenta una marcada preferencia —así art. 145.3.^o CC— y precisamente por incardinarse en la patria potestad derivando de la relación paternofilial (art. 110 CC), no ha de verse afectado por limitaciones propias del régimen legal de alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una normativa en gran parte sólo adecuada para el caso de los hijos mayores de edad o emancipados, por lo que para el caso de hijos menores de edad resulta procedente la superación incluso de las pautas ordinarias de determinación de la pensión alimentaria, concediendo a los Tribunales un cierto arbitrio para su fijación valorando todas las circunstancias concurrentes.

Tal preferencia y causa de la obligación resulta, además, del art. 152 CC, pues el mismo preceptúa que cesará la obligación de dar alimentos cuando la fortuna del obligado a darlos se hubiera reducido hasta tal punto de no poder satisfacerlos sin desatender sus propias necesidades y las de su fami-

lia, término éste que excluye la estricta aplicación de los arts. 142 y ss. CC cuando se trata de un hijo menor de edad, por más que no ostente sobre el mismo la patria potestad e incluso la paternidad le haya sido impuesta por sentencia judicial al denotar una diferencia solo comprensible si se admite una familia más próxima con derecho en todo caso preferente, interpretación ésta más acorde con el precepto constitucional del art. 39.2 que distingue entre la asistencia debida a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda, todo lo cual nos lleva a declarar que los alimentos debidos a los primeros deben concebirse con toda la amplitud que permitan las circunstancias económicas de los padres y las necesidades de los hijos en cada momento en cuanto se hallan sujetos a la potestad familiar, de carácter ético, social y jurídico. Esta interpretación es la que entendemos que recoge el art. 143 del Codi de Família, sobre los deberes del padre y de la madre en virtud de la potestad que se les atribuye al hablar de alimentos en el sentido más amplio, de educación y de formación integral, en relación con el art. 259 que regula los alimentos entre parientes en casi los mismos términos que el art. 142 CC.

4. *Reducción de la cuantía de la pensión alimenticia en base al cambio de circunstancia operado en el alimentante al haber tenido nueva descendencia.*

AP Toledo, Sec. 1.^a, Sentencia de 14 de junio de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Tasende Calvo.

En términos generales, debe considerarse que el nacimiento de nuevos hijos del progenitor alimentante, en cuanto conlleva un notable e ineludible incremento de gastos y la consiguiente reducción de los medios económicos disponibles (art. 147 CC), constituye una alteración sustancial de las circunstancias con aptitud para justificar la modificación de la prestación judicialmente acordada a favor de los descendientes habidos del matrimonio que fue objeto de separación o disolución. Sin embargo, en este tipo de situaciones, en las que pueden entrar en conflicto el derecho del progenitor a constituir una nueva familia tras la crisis conyugal, así como el principio de igualdad entre los hijos (art. 39 CE), con la necesidad de que cualquier medida económica o alteración en la misma que se adopte respecto a los hijos ha de ser en beneficio o interés de los mismos (art. 92 CC), sin que puedan verse perjudicados en sus derechos asistenciales, derivados de la relación paterno-filial, como consecuencia de la ruptura conyugal habida entre sus progenitores, obliga a ponderar y conciliar en la medida de lo posible los intereses en juego, tomando en consideración, por un lado, el carácter libre y voluntario, y por ello responsable, que reviste el aumento de las necesidades familiares, decidido y objeto de atención por parte del alimentante, y, por otro, la exigencia de que no se ponga en peligro la subsistencia y educación de los descendientes que tienen reconocido su derecho de alimentos, de acuerdo con el criterio ya adoptado en nuestras sen-

tencias de 21 de marzo de 1994, 1 de diciembre de 1998 y 17 mayo de 2000.

En el caso de autos, siendo un hecho incontrovertido que el padre demandante, obligado a satisfacer en concepto de alimentos para el hijo habido de su matrimonio con la demandada apelante la suma de 60.000 pesetas mensuales, que actualizada asciende a 70.954 pesetas, ha tenido otro hijo, fruto de una segunda relación afectiva, pretendiendo por ello que dicha cifra se reduzca a 50.000 pesetas, o que alternativamente se congele con carácter transitorio, esta novedosa circunstancia, que efectivamente supone un aumento de los gastos familiares, debe ser considerada imprevista para el alimentante, o al menos no contemplada por éste, al tiempo de celebrarse el convenio regulador de la separación y llegar a un acuerdo sobre la pensión de alimentos en la cuantía señalada, al ser esa nueva relación de pareja y el nacimiento de otro hijo circunstancias sobrevenidas a dicho convenio. Además, la cuantía de la pensión alimenticia permite conciliar la atención debida al nuevo hijo del alimentante con la obligación impuesta, sin que una prudente y moderada reducción de la misma, en los términos que establece la sentencia apelada, perjudique o ponga en peligro la subsistencia y educación del hijo que tiene reconocido el derecho objeto de controversia.

En consecuencia, y atendiendo a las demás circunstancias acertadamente valoradas en la sentencia apelada, relativas a la merma

producida en los ingresos del actor y a la disminución de los gastos de la esposa demandada, procede mantener la modificación reductora de la prestación de alimentos acordada en primera instancia, desestiman-

do el recurso así como la adhesión al mismo formulada por el demandante, y que no ha sido ratificada en el acto de la vista, en el que la parte apelada se limitó a pedir la confirmación de la sentencia recurrida.

5. *Desestimación de la petición de aumento de la pensión alimenticia cuando la enfermedad que sufre el hijo menor ya fue tenida en cuenta en su día para fijar la cuantía de la misma.*

AP Sevilla, Sec. 5.ª, Sentencia de 3 de julio de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Conrado Gallardo Correa.

Solicita la madre que teniendo en cuenta que el hijo más pequeño del matrimonio, nacido el día 17 de junio de 1984, padece crisis de epilepsia precisa unos cuidados y atenciones que justifican el que se aumente la pensión destinada al mismo del 10% de los ingresos del padre actual al 20%.

Debe partirse del hecho de que el artículo 91 del Código Civil por obvias razones de seguridad jurídica establece la modificación de las medidas adoptadas en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en eje-

cución de las mismas, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias. La enfermedad que padece el hijo y las secuelas de la misma ya existían y fueron tenidas en cuenta en el precedente procedimiento de separación matrimonial; no consta por el contrario ni un aumento de los gastos o necesidades del hijo ni un incremento de los ingresos del padre por lo que no se ha probado alteración sustancial de circunstancia alguna que justifique el aumento solicitado por la apelante.

6. *Extinción de la pensión alimenticia de la hija mayor de edad, sin perjuicio de que en el futuro si se ve abocada a una situación de desempleo pueda volver a solicitarla.*

AP Valladolid, Sec. 3.ª, Sentencia de 18 de julio de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Zarzuelo Descalzo.

Se solicita con el recurso formulado por la representación de la demandada D.ª María Jesús la revocación del pronunciamiento referente a la extinción de la pensión ali-

menticia en favor de la hija del matrimonio D.ª Sonia, alegando en esencia que, a pesar de la edad de la misma no ha tenido suficiente continuidad en el trabajo ni la calidad

del mismo le permite hacer frente a sus necesidades alimenticias, y, por vía de adhesión, se solicita por la representación de D. José Luis tanto la extinción de la pensión compensatoria en favor de la demandada como la de la pensión alimenticia en favor de la hija D.^a Mirían.

La reforma operada en el art. 93 del Código Civil por la Ley 11/1990, de 15 de octubre habilitó de una forma expresa la posibilidad, dentro de la litis matrimonial de nulidad, divorcio o separación, de fijar alimentos en pro de los hijos comunes mayores de edad, en cuanto medida complementaria del nuevo estado civil derivado de la disociación nupcial.

Sin embargo se marcan en dicho precepto importantes y significativas diferencias respecto del tratamiento otorgado a tal prestación económica cuando se proyecta sobre los comunes descendientes sometidos a la patria potestad, pues en este caso el párrafo 1.^º del art. 93 del expresado Código contempla un derecho incondicional, que debe ser sancionado inclusive de oficio (“El Juez en todo caso...”); por el contrario, el párrafo 2.^º del precepto analizado, y en lo que concierne a los hijos que ya han superado los dieciocho años de edad, somete la posible sanción de su derecho a una serie de condicionantes, además del procesal de su rogación, dado que aquéllos han de residir en el domicilio familiar y carecer de ingresos propios. Por otro lado, la remisión que tal precepto realiza a los arts. 142 y siguientes del mismo texto legal conlleva otra serie de requisitos añadidos, y entre ellos el que el alimentista no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Sobre dichas bases legales, nuestra doctrina opina mayoritariamente que la obligación respecto del descendiente menor de edad es uno de los contenidos ineludibles de la patria potestad (art. 154.1), por lo que nada tiene que ver con el deber alimentario

recogido en los 142 y siguientes, no pudiendo, por ello, decretarse la cesación de la obligación en tanto que el hijo sea menor de edad, subsistiendo la misma incondicionalmente. En tal línea el propio Tribunal Supremo, en sentencia de 5 de octubre de 1993, proclama que el tratamiento jurídico de los alimentos debidos al hijo menor de edad, por incardinarse precisamente en la patria potestad, derivando básicamente de la relación paterno filial (art. 110 del Código Civil), no puede verse afectado por las limitaciones propias de los alimentos entre parientes que, en lo que se refiere a los hijos, constituye una norma en gran parte sólo adecuada al caso de los hijos mayores de edad o emancipados.

Con tal entramado legal y jurisprudencial este Tribunal viene manteniendo que el derecho alimenticio que, en pro de los hijos mayores, puede sancionarse en la litis matrimonial no ha de quedar sometido, en orden a su pervivencia, a los sólo requisitos de convivencia en el seno familiar y falta de autonomía económica, pues ello podría derivar en una cómoda postura del alimentista, que, amparadas sus necesidades básicas, no se esfuerza en lograr por sí mismo recursos pecuniarios, como inherentes a una actividad laboral a la que constitucionalmente viene obligado, o no pone tampoco especial empeño en culminar su formación académica o profesional, como elemento básico de su futuro devenir laboral.

Se impone, en tales casos, o bien la extinción de la obligación, o bien el establecimiento de un específico límite temporal en su vigencia, pues de otro modo, y bajo el discutible amparo de los derechos de quien se ha situado voluntariamente en una cómoda postura de dependencia, se estarían vulnerando los intereses, igualmente legítimos, del progenitor, obligado a un ilimitado e incondicional, bajo cualquier circunstancia, desembolso económico en pro de aquél.

V. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *Extinción de la pensión compensatoria al hacerse acreditado la convivencia “more uxorio” de la beneficiaria de la misma, sin que sea obstáculo para ello que el señor con el que convive se ausente durante temporadas por razones laborales.*

AP Asturias, Sec. 5.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2000.

Ponente: Ilma Sra. D.ª M.ª José Pueyo Mateo.

Como ha tenido ocasión de declarar esta Sala entre otras en la Sentencia de 23-9-1992 “De acuerdo con la citada norma del artículo 101 del Código Civil, el derecho a percibir la pensión compensatoria a la que se refiere el artículo 97 se extingue, entre otras causas, por vivir el perceptor de la misma maritalmente con una tercera persona, precepto que como se afirma en la sentencia de esta Audiencia (antigua Sala de lo Civil) de 31 de octubre de 1987, no tiene la finalidad de sancionar comportamientos contrarios a determinadas pautas ético-sociales, sino que obedece a la consideración lógica de que debe quedar sin efecto una ayuda económica basada en una relación conyugal anterior, cuando el beneficiario ha logrado rehacer su vida, ya sea mediante un matrimonio ulterior, o ya en virtud del establecimiento de una nueva relación de pareja similar. Esta norma viene siendo interpretada en reiteradas resoluciones de las Audiencias Provinciales, en el sentido de que, para que proceda la extinción de la pensión compensatoria no es suficiente acredi-

tar la existencia de relaciones amorosas aisladas más o menos frecuentes —incluso aunque de ellas se derivara el nacimiento de algún hijo—, sino que es preciso justificar una convivencia, “more uxorio”, es decir, una convivencia de pareja estable o de cierta permanencia semejante a la convivencia matrimonial” (SS. de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Oviedo de 16 de octubre de 1990 y Sentencias de esta Sección 5.ª de 23 de septiembre de 1992 y 14 de septiembre de 1995).

Pues bien en el caso de autos la convivencia referida ha quedado acreditada por el oficio remitido por el Ayuntamiento de Aller y por las declaraciones de los testigos que depusieron a instancia del actor. Sin que a ello obste el que el compañero de la apelante se ausente del domicilio durante temporadas por razones laborales pues ello tampoco implica la ruptura de la convivencia en el matrimonio conforme al art. 87 núm. 2 del Código Civil. Y además en el caso de autos tales ausencias no han sido objeto de prueba alguna.

2. *Fijación de pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio aunque en el convenio regulador no se pactó nada al respecto si con posterioridad se produjo una reconciliación entre los cónyuges.*

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2000.

Ponente: Ilma. Sr. D.ª Margarita Noblejas Negrillo.

Esta Sala ha tenido numerosas ocasiones de pronunciarse al respecto de que para que la pensión compensatoria pueda concederse, es preciso que se pruebe adecuadamente el soporte fáctico descrito en el párrafo primero del art. 97 CC, consistente en que se produzca un desequilibrio económico en un cónyuge en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio; se determina pues sobre un doble elemento comparativo, por un lado, de carácter temporal (empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio) y por otro, de índole subjetiva (status económico inferior al del cónyuge contra el que se dirige la pretensión), exigiéndose así la combinación de ambas condiciones comparativas para que pueda surgir en el ámbito legal y consiguiente reconocimiento judicial.

En el caso nos encontramos con un matrimonio que ha tenido una duración de 24 años, durante los cuales la esposa sólo traba-

jó por cuenta ajena entre noviembre de 1989 y junio de 1998 (la demanda es de 20-11-1998), 565 días (fol. 50), percibiendo en la actualidad 98.000 pts/mes (fol. 89), habiéndose dedicado el resto al cuidado del hogar y familia. Tales circunstancias, unidas a los ingresos de uno y otro arriba expuestos, así como el hecho de que en la actualidad la esposa cuenta con 49 años, nos llevan sin duda alguna a apreciar que en el caso se dan los dos condicionantes arriba expuestos, por lo que la procedencia de la pensión es evidente. Y en cuanto a su cuantía, estimamos que la suma señalada en la sentencia es así mismo proporcional a las circunstancias expuestas, por lo que el pronunciamiento impugnado debe ser confirmado, y ello por más que en el convenio regulador nada se estableciera sobre tal pensión pues ha quedado acreditado por las declaraciones de ambas partes que hubo reconciliación posterior, restableciéndose la convivencia durante 5 años más.

3. *No fijación de la pensión compensatoria cuando el matrimonio ha tenido un año de duración y no ha existido descendencia.*

AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de junio de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Tasende Calvo.

Esta Sala tiene declarado en reiteradas resoluciones (SS. de 6 de julio de 1990, 5 de noviembre de 1991, 15 de febrero de 1993,

8 de julio de 1997 y 24 de mayo de 2000), y así lo recoge la sentencia apelada, que la pensión que regula el art. 97 y siguientes del

Código Civil tiene un carácter estrictamente compensatorio o reparador del desequilibrio patrimonial ocasionado por la separación o el divorcio en la posición económica de uno de los cónyuges respecto a la conservada por el otro, en relación con la que ambos venían disfrutando durante el matrimonio, que tiende específicamente a evitar que la ruptura o cesación de la vida conyugal suponga para uno de los esposos un descenso en el nivel de vida efectivamente gozado en el transcurso de esa relación, con independencia de la situación de necesidad mayor o menor del acreedor, dada la naturaleza esencialmente no alimenticia de la misma, pero teniendo en cuenta las expectativas de bienestar económico que la situación matrimonial pudiera haber ido creando en el cónyuge solicitante, en base a las condiciones de índole material bajo las que se hubiera desarrollado y conformado la vida conyugal, no debiendo entenderse como un derecho de nivelación o de indiscriminada igualación, determinado automáticamente por el mero hecho de contraer matrimonio y que se actualiza al tiempo de producirse la separación o el divorcio. Por consiguiente, el derecho a percibir esta pensión descansa en dos presupuestos o requisitos objetivos esenciales: a) la existencia de un claro desequilibrio patrimonial entre los esposos; y b) que esta situación económica desventajosa para uno de los cónyuges sea consecuencia directa y esté vinculada causalmente al hecho de la separación o divorcio, y no a cualesquiera otras circunstancias ajenas a la crisis matrimonial.

En el supuesto de autos, difícilmente puede hablarse de una situación de desequilibrio económico producido por la separación si tenemos en cuenta que, contraído el matrimonio el 5 de mayo de 1996, el 6 de septiembre de 1997 ya se produce el cese

efectivo de la convivencia conyugal entre los litigantes, según reconoce la propia demandada reclamante de la mencionada pensión compensatoria en prueba de confesión. Por ello, considerando, además, que el matrimonio se celebró bajo el régimen de separación de bienes y que no ha existido una dedicación real de la esposa a la familia, dada la carencia de hijos comunes, no puede decirse que el breve matrimonio y su posterior ruptura hayan tenido la más mínima incidencia en la situación patrimonial o en las expectativas económicas de los cónyuges, presentándose aquél como un evento de carácter transitorio e irrelevante en la consolidación de un determinado estatus patrimonial por parte de la solicitante, que no se ha visto impedida de obtener o continuar una independencia material propia y autónoma como consecuencia del vínculo conyugal.

Apreciada la ausencia del presupuesto esencial para obtener dicha prestación económica, al no existir la situación de desequilibrio económico causada por la separación, resulta indiferente que los cónyuges hubiesen acordado extrajudicialmente el pago temporal de una pensión por desequilibrio en un convenio regulador que no llegó a ser ratificado ni aprobado judicialmente, por lo que no puede regir en modo alguno la separación decretada, estando dicho pacto condicionado implícitamente a la efectividad del resto de las estipulaciones convenidas y a modo de contraprestación de otras obligaciones derivadas del convenio. Pero es que, aun supuesto el derecho a percibir la pensión compensatoria, el mismo habría quedado extinguido, de conformidad con el art. 101, párrafo primero, del CC, ante el hecho, acreditado testificalmente en esta segunda instancia, de que la acreedora vive maritalmente con otra persona.

4. *Extinción de la pensión compensatoria al haber quedado acreditada la relación análoga a la matrimonial que mantiene la beneficiaria con un tercero, sin que sea obstáculo para ello que el certificado del padrón acredite unos domicilios distintos, ya que este solo tiene carácter meramente informativo en relación con la residencia.*

AP Sevilla, Sec. 5.ª, Sentencia de 3 de julio de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Conrado Gallardo Correa.

El párrafo primero «in fine» del artículo 101 del Código Civil prevé como causa de extinción de la pensión que configura el artículo 97 de dicho texto legal el que la persona que tenga derecho a ella conviva maritalmente con otra persona. La convivencia marital exige efectivamente que se trate de una unión de carácter estable similar a la matrimonial. Ahora bien puesto que las personas que mantienen esta relación han decidido no formalizarla ordenando sus relaciones afectivas fuera del matrimonio, no siempre será fácil para la otra parte la prueba de una cohabitación habitual, permanente y estable generadora de un estado familiar «de facto» o convivencia «more uxorio». En estos casos la regla general que sobre la carga de la prueba contiene el artículo 1214 del Código Civil ha de ser matizada aplicando la doctrina jurisprudencial que predica su adecuación al caso concreto mediante los criterios de normalidad, facilidad y flexibilidad probatoria que deben completarla. En el caso de autos, tras un renovado examen de la prueba practicada, existen suficientes indicios de esa convivencia habitual, estable y permanente. Así aparecen noticias de esa residencia en un mismo domicilio desde finales de 1996 según consta en el informe que se elabora por un detective contratado por él. Tal residencia es comprobada igualmente por los detectives contratados por el actor a principios de 1999 que hablan personalmente con la hija mayor del matrimonio, la cual

no ha comparecido en estos autos para desmentir estas afirmaciones. Todas estas investigaciones han sido ratificadas mediante la pertinente prueba testifical y no se han visto contradichas por la prueba practicada a instancias de la demandada. Por el contrario la señora H. que convive en el mismo domicilio a pesar de su reconocido interés en favorecer a la demandada como ahijada suya, admite que la persona que aparece como compañero sentimental de la demandada come en casa muchas veces y duerme algunas veces, aunque matiza que no siempre por su deseo de permanecer con sus padres mayores para cuidarlos, padres que tampoco han declarado en estos autos. No es prueba de domicilio distinto al de la demandada el certificado del padrón municipal aportado por la misma (folio 58), de un lado porque las certificaciones del padrón tienen un carácter meramente informativo en relación con la residencia y el domicilio habitual (artículo 61 RD 2612/1996) y, por otra parte, no resulta creíble que el compañero sentimental de la demandada conviva con quienes parecen ser su anterior esposa y el hijo tenido con ella. En definitiva, valorando en conjunto la actividad probatoria y aplicando el artículo 1258 del Código Civil puede deducirse mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano que la demandada convive maritalmente con otra persona.

VI. CUESTIONES PROCESALES

1. *Improcedencia de aprobar un convenio regulador en el que se exige a uno de los progenitores de contribuir a la pensión alimenticia de hijos menores de edad.*

AP Toledo, Sec. 2.^a, Sentencia de 2 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Gutiérrez Sánchez-Caro.

Recorre el Ministerio Fiscal la resolución dictada en la instancia en cuanto en la misma se procede a la aprobación del convenio regulador con el pacto de que dada la situación económica en que actualmente se encuentra el padre, no contribuirá, en tanto persista, a afrontar la obligación alimentaria de sus hijos, si bien contrae y contiene el compromiso de llevarla a cabo si por cualquier circunstancia mejora de fortuna; pero en cualquier caso no fija la sentencia —ni se designó en el convenio— cantidad con que hará frente a esa obligación, con lo que se entiende conculcado insalvablemente el art. 93 del Código civil.

No cabe duda de que el art. 90.c) del Código Civil establece que el convenio regulador que deberá ser aportado por los cónyuges en los procesos de separación judicial o divorcio promovidos de mutuo acuerdo deberá contener, entre otros extremos, la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso; al tiempo que el reseñado art. 93 del mismo texto sustantivo previene que el juez determinará en todo caso la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para acomodar la efectividad y actualización de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Por otra parte, es preciso recordar que la obligación alimentaria no nace de la existencia de una relación matrimonial sino de la propia patria potestad y aún del hecho biológico de la procreación, sea en el seno de una familia articulada a través de la institución matrimonial, sea en un ámbito jurídico diferente; y es por ello que el art. 54 CC establece que será obligación de los padres velar por los hijos que estén bajo su potestad, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

En definitiva, debe aseverarse que ambos progenitores están obligados a prestar alimentos a sus hijos, pudiendo regular en el convenio la forma más conveniente de afrontar esta obligación, pero sin que sea lícito el pacto que excluyera a uno de ellos de forma absoluta de la obligación de prestarlos (SAP Cuenca, 30.10.1997).

Es más, la contribución de cada uno de los progenitores para satisfacer los alimentos de los hijos menores debe reputarse no una norma de derecho dispositivo, sino de derecho imperativo, de “ius cogens”, que tiene su fundamento en la especial naturaleza del derecho de familia, legitimando la intervención del poder público en beneficio e interés de los menores, por lo que se trata de una de un derecho, que desde la dinámica sustantiva e incluso-procesal, es irrenuncia-

ble, intransmisible, no susceptible de compensación (art. 151 CC) y no susceptible de transacción (art. 1814 CC), según recuerda la SAP Tarragona de 16.4.1993; y corolario de cuanto se expone es que la norma del art. 93 CC sea de derecho imperativo, justificando la fijación de la prestación de alimentos cuando concurren los requisitos legales, pues el propio tenor del precepto impone que el Juez "...en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos".

Así las cosas, al apreciarse cómo la resolución de instancia, pese a tal mandato imperativo, no señaló cantidad por alimentos, así como que el procedimiento elegido por los litigantes para registrar su separación ha sido el denominado "convenio regulador", al amparo de la DA 6.^a de la Ley 30/1981, y para el mismo se previene (núm. 6) que "si hubiese hijos menores o incapacitados, el Juez dará audiencia por cinco días al Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativo a los hijos, y, en su caso, dará audiencia a los mismos". Llenado tal trámite en la instancia, en cuanto el Ministerio Fiscal emitió el correspondiente informe, si bien se opuso a su aprobación por el motivo ya reseñado, el Juez pese a tal petición, consideró que el convenio amparaba suficientemente los intereses de los hijos, y dictó sentencia; siendo criterio que, por las razones más arriba expuestas, no comparte la Sala,

que entiende que lo procesalmente procedente hubiera sido (y como en la misma norma se señala) que "en el plazo improrrogable de cinco días, le sometan un nuevo texto y propongan los medios de prueba de que intenten valerse para su aprobación", por lo que se entiende que no debió aprobarse el convenio de separación, sino dar nuevo plazo a los proponentes para que subsanaran tal anomalía, con independencia de que la obligación alimentaria pueda o no ser efectivamente cumplida, pues ello, depende, en primer lugar y "ex" art. 146 CC, de que el progenitor tenga caudal, o lo que es lo mismo, medios económicos para cumplir con su obligación legal, lo que supone la posibilidad de alimentar.

Por tanto, debe ser devuelta la resolución de instancia al Juzgado de procedencia, revocando la misma a fin de que se proceda por el Juez "a quo" a dar plazo a las partes para que presenten nuevo convenio o modificación exclusiva del extremo litigioso, fijando cantidad por alimentos a satisfacer por el esposo conforme a su status, profesión y medios de fortuna, para que sea dable ejecutar la cantidad fijada por alimentos inmediatamente si variaran las circunstancias; y todo ello sin perjuicio de la variabilidad intrínseca de la misma si variaran sustancialmente las circunstancias económicas del obligado/a prestarlos (art. 146, CC), a través del trámite de modificación de medidas.

2. *Posibilidad de que la esposa inste una tercería de dominio respecto al embargo efectuado en un bien ganancial, dado el carácter privativo de la deuda contraída por el esposo después de la separación de hecho.*

AP Valencia, Sec. 9.^a, Sentencia de 2 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Gonzalo Caruana Font De Mora.

La Sala no desconoce la línea jurisprudencial alegada en la resolución apelada, en

cuanto que conforme al ordenamiento jurídico el matrimonio no restringe la capaci-

dad de los cónyuges y cualquiera de éstos pueden asumir obligaciones individualmente que no tengan carácter ni destino ganancial y que permite a sus acreedores (sentencias TS de 2 de julio y 10 de diciembre de 1990, 12 de abril de 1994) hacer efectivos sus créditos persiguiendo bienes gananciales, bien que con carácter subsidiario y originando el correspondiente arreglo de cuentas entre esposos. Por ello a tal efecto el cónyuge no deudor producido el embargo sobre bienes comunes tiene a su favor la opción reglada en el artículo 1373 del Código Civil (pedir la sustitución del bien común embargado por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal) que las sentencias del alto Tribunal de fecha 22 de diciembre de 1995 y 12-1-1999 califican de remedio sustitutorio a la acción de tercería de dominio, indudablemente por la carencia de la cualidad de tercerista del cónyuge y su falta de legitimación para deducir esa concreta acción de tercería de dominio. No obstante tal posición, también el mismo Tribunal en sentencias de 16 de noviembre de 1990 y 17 de julio de 1997 ha admitido la viabilidad del ejercicio de la acción de tercería por la esposa (no deudora) y estimada su pretensión de alzamiento de la traba recaída en bien ganancial por deuda privativa del marido, y tal excepción también es reseñada en la sentencia citada de 12-1-1999 justificándola en las circunstancias excepcionales que concurrieron en el supuesto de la sentencia de 17-7-1997.

La sentencia del Juzgado expresamente reconoce por acreditado y no es objeto de impugnación que la deuda reclamada en el juicio ejecutivo es privativa del marido no teniendo por carácter y destino la cualidad de ganancial mas cuando igualmente se dice que la separación de hecho de los cónyuges fue en 1989 y el crédito que se ejecuta fue concertado en 1993 y observada la póliza de préstamo, título ejecutivo, vemos que el prestatario es Julio R., sin mención alguna a su esposa ni siquiera a su estado civil, por tanto resulta obvio no sólo la falta de consentimiento del cónyuge sino su absoluto

desconocimiento. Por consiguiente si la deuda es privativa y en tales condiciones, la demandante sí ostenta el carácter de tercero para entablar la presente acción, al estar absolutamente desvinculada de dicha deuda hecho que le otorga tal cualidad, pues como sienta la sentencia referida de 17-7-1997 que enjuicia un supuesto precisamente similar al presente, «se diferencia de la reivindicatoria que la acción de tercería no se trata de declarar ni de recuperar el dominio de la cosa sino de liberar del embargo bienes indebidamente trabados por no estar en el caso de responder de las deudas en ejecución, excluyéndoles de la vía de apremio, lo que presupone ineludiblemente, la exigencia de que el tercerista no esté de algún modo vinculado como sujeto pasivo al pago del crédito para cuya efectividad se realizó la traba, esto es, que con relación a dicho crédito tenga la condición de tercero» y retoma las palabras de la sentencia de 16-11-1990, que también resuelve una acción de tercería de dominio en supuesto de hecho similar al presente, en que se declara que la situación de tercero ha de admitirse que concurre en la esposa a espaldas de la cual se constituye la obligación acreditadamente no ganancial, determinante del juicio ejecutivo en el que se embargan bienes de tal naturaleza, añadiendo «sin que en salvaguarda de sus derechos le fuese notificado ni siquiera la pendencia del procedimiento contra su consorte como la doctrina viene exigiendo para la viabilidad del embargo de gananciales (Resolución DGRN 21-2-1964, sentencias 26-9-1986 y 20-3-1989)». Precisamente en el presente caso concurren iguales circunstancias excepcionales que las contempladas en dichas sentencias (con idéntica clase de acción ejercitada) toda vez que la propia sentencia apelada reconoce que a la esposa, no se le notificó ni la existencia del proceso ni la traba sobre el bien común (requisito indispensable para la viabilidad del embargo sobre bien ganancial de acuerdo con el artículo 144 del Reglamento hipotecario para que de forma inmediata pudiese ejercitar sus derechos ocasionándole efectiva inde-

fensión, más cuando el Banco ejecutante dado el contenido del asiento registral de la finca embargada conocía sobradamente en tal momento el estado de casado de su deudor, la identificación de la esposa y su domicilio en Madrid. En tal tesitura la Sala siguiendo el criterio que en las dos sentencias

del Tribunal Supremo se han citado ha de acceder a la estimación del recurso y dejar sin efecto el embargo que sobre la finca registral enumerada “supra” se practicó en el juicio ejecutivo 439/1996 seguido en el mismo Juzgado del que trae causa el presente procedimiento.

3. *No es procedente interponer una tercería de dominio en la ejecutoria de un procedimiento matrimonial reivindicando la posesión de la vivienda familiar, en base a que la titularidad del mismo corresponde a los padres del cónyuge.*

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 5 de mayo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Mireia Salva Cortés.

Las cuestiones fundamentales a resolver en la presente alzada, dadas las respectivas pretensiones de las partes en relación con el contenido de la resolución recurrida, deben concretarse en dos cuales son: a) Si los actores, en la tercería de dominio a la que da lugar la sentencia apelada, tienen efectivamente la condición de terceros, respecto del piso vivienda sita en Barcelona, Paseo ..., consecuentemente debe ser declarada procedente su reivindicación. b) Si la atribución por sentencia judicial firme dictada en juicio de divorcio de fecha 8 de julio de 1996 (folio 61) tramitado entre los esposos D. Ricardo y D.^a Antonia, codemandados en la demanda de tercería, equivale a una “traba o embargo”, a los efectos de determinar la preferencia del dominio de los actores, en contra de tal atribución, en base al art. 96 del CC.

Entrando en el análisis de la “questió” primeramente anunciada, conforme a reiterada jurisprudencia, se ha de tener en cuenta:

1) La verdadera y exacta naturaleza de las tercerías de dominio, es la de una acción constitutiva procesal, que pretende el alzamiento de una traba sobre un determinado bien propiedad del tercerista, siendo su finalidad esencial, el levantamiento de dicho embargo, realizado con posterioridad al momento de adquisición del dominio (SAP de 22 de febrero de 1996).

2) La tercería de dominio, como incidente de un juicio ejecutivo del que dimana, tiene como finalidad institucional, y así se reitera, únicamente liberar del embargo, los bienes que han sido indebidamente trabados, por pertenecer los mismos, no al ejecutado, sino a un tercero extraño a la deuda reclamada, y que es su titular dominical (SAP Cuenca 19-VI-1996).

3) El objeto de la tercería de dominio, solo permite discutir en su ámbito, los errores en la atribución de la titularidad de los bienes embargados y aun cuando no se identifique con la acción reivindicatoria, presen-

ta sensibles analogías con ella, SSTS de 29-X-1984, 16-11-1990 y 22-VI-1995).

4) El concepto de tercero, debe ser completo y total, en el sentido de que aun cuando sea y así debe demostrarlo, el titular dominical de los bienes, la reivindicación que pretende de los mismos, no pueda ser justificada por una determinada relación jurídica, constituida por la voluntad del propio tercerista, que en tal supuesto, estaría en situación de “simbiosis” con respecto al bien reivindicado, ya que por la vía de la tercería, pretendería desconocer o cuestionar una determinada relación jurídica de atribución, lo que equivale a afirmar, que no se puede extrapolar a más supuestos que los institucionalmente previstos.

Desde tales conclusiones normativo jurisprudenciales, resulta la improcedencia de

la demanda o reivindicación formulada por la actora, por cuanto no se puede olvidar que aparte su título de dominio, en absoluto cuestionado ni siquiera dentro del presente juicio, sobre la vivienda de autos; el goce o uso de la misma “ab initio”, era por razones de relación familiar —matrimonio del hijo de los mismos con la apelante— lo que es suficiente a constituir una determinada relación jurídica una “causa de tal atribución de la posesión” que no puede ser negada por los actores, en base a una desviación de una acción —tercería de dominio— reservada para supuestos totalmente distintos y en absoluto coincidentes, como ya se ha explicitado precedentemente. Todo ello sin perjuicio de que las situaciones de precario o comodato y al posible cese de los mismos, sea dilucidable en el pertinente proceso declarativo y no impropia en la tercería de dominio.

4. *Concurre la excepción de litispendencia cuando, estando en trámite un procedimiento matrimonial, se insta la liquidación de la sociedad de gananciales en base a una causa del art. 1393 del CC.*

AP Almería, Sec. 2.ª, Sentencia de 12 de mayo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Soledad Jiménez de Cisneros y Cid.

La sentencia de instancia desestima la demanda que solicitaba la disolución y liquidación de bienes gananciales por considerar la concurrencia de la excepción de litispendencia del artículo 533.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Frente a la misma se interpone recurso de apelación por el actor.

Conviene desde ya resaltar que liquidar la sociedad de gananciales es poner fin a ese estado de derecho económico que vincula a marido y mujer desde el inicio de su relación matrimonial hasta su disolución por alguna de las causas admitidas en la Ley. Así

el artículo 1392 del Código Civil recoge unas causas automáticas de disolución de la sociedad de gananciales, no necesitando pronunciamiento judicial «ad hoc». Basa la demanda la apelante en el artículo 1393 del Código Civil, párrafos 3.º y 4.º llevar separado de hecho más de un año de mutuo acuerdo o por abandono del hogar, o incumplir grave y reiteradamente el deber de informar sobre la marcha y rendimiento de sus actividades económicas.

Sentado lo anterior se vislumbra ya y partiendo de la existencia de un procedimiento

judicial de separación matrimonial entre ambas partes seguido en el Juzgado núm. 1 de El Ejido bajo el número de expediente 27/1998 la necesidad de rechazar el recurso interpuesto, pues la existencia de un pronunciamiento judicial previo de separación en trámite que concluirá en un pronunciamiento, impide la liquidación de gananciales en un ulterior proceso declarativo como el presente.

El artículo 91 del Código Civil prevé expresamente que en ejecución de sentencia de nulidad, separación y divorcio «El Juez en defecto de acuerdo de los cónyuges, o en caso de no aprobación del mismo, determi-

nará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con... liquidación del régimen económico». Consecuencia lógica es que la liquidación del régimen económico matrimonial en caso de que no existiera convenio se haga en ejecución de sentencia del respectivo proceso matrimonial, siendo momento y trámite procesal oportuno con las precisiones que se dirán. No puede olvidarse que ya existe sentencia en la demanda de separación que declara la extinción de la sociedad de gananciales, con anterioridad a la presente vista.

5. *No procede fijar litisexpensas cuando la propia solicitante obstaculizó la conclusión del expediente de justicia gratuita.*

AP Vizcaya, Sec. 6.^a, Sentencia de 17 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Grande-Marlaska Gómez.

En lo que respecta a las litis expensas debemos señalar cómo la vigente regulación del beneficio de justicia gratuita viene contenida en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, ley que derogó la anterior normativa contenida en los arts. 13 a 50 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El art. 3.3 de la referida ley establece que a los efectos de reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita “los medios económicos podrán, sin embargo, ser valorados individualmente, cuando el solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia”.

La parte apelante fundó su pretensión y su oposición a la desestimación acordada por el juzgador “a quo” en el hecho de que los ingresos del esposo de su representada

hubieran imposibilitado el acceso a tal derecho, razón por la cual se apartó del expediente iniciado a tales fines; reputando la parte apelada que dicha conducta ha imposibilitado su resolución.

Esta Sala debe desestimar la pretensión, ya que si bien no ofrece dudas el que la esposa carece de recursos económicos propios, no puede concluirse con el suficiente grado de certeza jurídica el que la situación económica del esposo le hubiera imposibilitado su eficacia; no obviando como los profesionales por ella elegidos devienen de libre designación.

A la hora de concluir en tal sentido esta Sala se hace eco de un criterio interpretativo, pudiendo citarse al efecto la sentencia de la Sección 2.^a de esta Audiencia Provincial de fecha 23 de enero de 1998, conforme

al cual en los casos de separación el límite ha de fijarse en el cuádruplo del salario mínimo interprofesional en atención a la ruptura de la convivencia conyugal y a que la solicitud se realiza a fin de poder litigar contra el otro cónyuge y no contra un tercero, por lo que sería de aplicación el art. 5 de la citada ley que prevé un reconocimiento excepcional del derecho a aquellas personas cuyos recursos e ingresos aun superando los límites previstos en el art. 3 no excedan del cuádruplo del salario mínimo interprofesional.

Por otro lado se va abriendo paso al criterio interpretativo que entiende que el art. 3.3, antes transcrito, es de aplicación a los procesos matrimoniales, de tal modo que en estos casos los medios económicos del solicitante serán valorados individualmente, haciendo abstracción de lo que pueda percibir

el otro, pudiendo citarse al efecto la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 31 de Octubre de 1998.

Por lo expuesto, habiendo obstaculizado la parte la conclusión del expediente de justicia gratuita, y no concluyéndose con la suficiente certeza jurídica, en base a presunciones serias e incontestables, al devenir los ingresos reconocidos de contrario en el límite de los parámetros anteriormente indicados, no obviando la conducta de la parte definida por el juzgador “a quo”, no ha lugar a señalar cantidad alguna en concepto de litis expensas. La denegación de las mismas en sentencia, dejando sin efecto lo acordado en Auto de Medidas Provisionales de fecha 11 de marzo de 1999, no conlleva una contradicción de fondo al valorar con carácter definitivo la consolidación de los requisitos legalmente exigidos.

6. *No puede resolverse dentro del procedimiento matrimonial la petición de que se le entregue la mitad de los ahorros generados durante el matrimonio.*

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 5 de junio de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.

En cuanto a la cuestión relativa a la solitud de que se abonen a la esposa la mitad de los ahorros existentes durante la convivencia matrimonial y en concreto el producto de unas cédulas hipotecarias y de un plan de pensiones formalizado constante matrimonio, es de concluir, cual hace certeramente la Juzgadora de Instancia, que el derecho de crédito que pueda ostentar la mujer, para el caso de que el marido haya

dispuesto o distraído bienes de titularidad conjunta en su exclusivo beneficio, no puede resolverse en este proceso, al exceder tal pretensión de los pronunciamientos propios del proceso matrimonial —vid. art. 91 del CC—, debiendo dilucidarse y ventilarse, en su caso, en el juicio declarativo correspondiente, lo que comporta, sin necesidad de mayores consideraciones, la desestimación de tal motivo de la apelación.

7. *No admisión como parte en el procedimiento para regular el cese de una unión de hecho de los hijos habidos en un anterior matrimonio, aun cuando estos ocupen el domicilio que puede ser atribuido al conviviente no progenitor.*

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 6 de junio de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader.

En el Juzgado de primera instancia se siguió procedimiento para la adopción de medidas definitivas por cese de relaciones extramatrimoniales, en el que se dictó sentencia fijando una pensión alimenticia a cargo del padre y a favor de los hijos de 240.000 pesetas al mes y se atribuyó a los hijos y a la madre a quien se confía su custodia, el uso de la vivienda familiar.

La sentencia fue recurrida en apelación por dicho obligado, y el recurso se admitió en un solo efecto, lo que motivó un recurso de reposición contra la providencia que lo acordó, siendo desestimado por auto de fecha 21 de diciembre de 1998, que fue recurrido en apelación, aunque en la vista del recurso principal la parte recurrente ha renunciado a hacer alegaciones al respecto. Respecto a la sentencia principal interesa que se reduzca a 90.000 pesetas la cuantía de la pensión alimenticia que debe satisfacer el padre y se deje sin efecto la atribución del domicilio del padre a favor de los hijos y la madre que con ellos convive.

Tras dictarse la sentencia, por dos hijos de anteriores relaciones del demandado se presentaron sendos escritos solicitando la nulidad de las actuaciones seguidas, al entender que debían haber sido demandados en este procedimiento por afectarles la decisión sobre el uso de la vivienda de su padre, siendo rechazadas sus pretensiones por sendos autos de 5 de febrero y 25 de marzo de 1999, decisiones que recurrió en apelación tan sólo uno de los dos interesados, don Ser-

gio, admitiéndose en un solo efecto esos recursos. El recurrente insiste ante esta Sala en su legitimidad para ser parte en este procedimiento y la necesidad de intervenir en el mismo para evitar su indefensión.

La naturaleza de las cuestiones discutidas en los recursos planteados por don Sergio, en los que solicita la nulidad de todo lo actuado en la primera instancia y la repetición del juicio con emplazamiento previo del mismo y de su hermano don Segismundo, determina que deban ser examinadas en primer lugar. Sostiene el recurrente que el proceso seguido les afecta, en cuanto los mismos se ven privados por la resolución que se ha dictado del uso que venían haciendo del domicilio de su padre, al habérsele concedido el mismo a la que fue compañera de su padre y a sus hermanastros. Invocan como soporte de su pretensión el artículo 93, párrafo segundo, del Código Civil y determinada doctrina de ciertas Audiencias Provinciales que vienen entendiendo que es precisa la citación en los procesos matrimoniales (y por extensión a los que resuelven los problemas del cese de la convivencia de hecho) de los hijos mayores de edad que pueden verse afectados por las decisiones que en ellos se adopten.

No es ésta la postura que al respecto viene siguiendo esta Audiencia Provincial al interpretar dicho precepto cuando es invocado en los casos de reclamaciones alimenticias hechas por el progenitor que tiene en su compañía hijos mayores de edad pero sin

independencia económica, presupuesto más usual en el que se invoca dicho precepto. Como señala la sentencia de esta misma Sala de 2 de marzo de 1999, «es reiteradísima la jurisprudencia de esta Sala afirmando que la mayoría de edad de los hijos que carecen de independencia económica y siguen conviviendo en la vivienda familiar no impide al progenitor con quien conviven ejercitar en interés de la familia la acción de alimentos de tales mayores en el propio procedimiento familiar, sin necesidad de exigir una personación independiente de tales hijos».

La anterior doctrina que no contempla exactamente la cuestión aquí discutida, pero que sí marca la pauta de la limitación de partes en los procesos de crisis matrimoniales, a los que se equiparan los de ruptura de parejas de hecho, debe completarse con la que deriva de la propia naturaleza del proceso seguido, que se encuadra en los procesos no dispositivos, una de cuyas características es que hay una determinación por Ley de quiénes pueden ser partes en los mismos, pues en ellos no se trata de la existencia de verdaderas relaciones jurídicas originadoras de derechos subjetivos, sino de situaciones jurídicas. El actor no puede demandar a quien él estime oportuno, sino a las personas determinadas por la Ley. En concreto, en el

presente caso que se dilucidan cuestiones relativas a las relaciones paterno-filiales de una relación extramatrimonial, son los padres e hijos habidos en esa relación los legitimados para ser parte en el proceso seguido para la adopción de las medidas que deben aplicarse tras la ruptura de la convivencia, pero en dicho procedimiento no son ni pueden ser parte hijos de otras relaciones de uno de los progenitores, quienes tampoco se verán afectados directamente por las decisiones que en ese proceso se adopten, pues al no haber podido ser partes en el mismo, no se les pueden oponer.

Todo ello con independencia de que los que pretenden ser parte en este proceso tengan o no realmente derecho al uso de esa vivienda, cuestión que no se puede discutir en el marco de la causa que se examina, tal y como señalan con plena corrección los autos recurridos, al distinguir entre terceros ajenos y terceros interesados y remitir a los pretendidos afectados a otro procedimiento para hacer valer sus posibles derechos.

Concluyendo, no se ha infringido ninguna norma procesal ni se ha ocasionado indefensión a los recurrentes al no haberlos llamado al proceso, por lo que deben rechazarse los recursos planteados a tal efecto, al no concurrir causa de nulidad.

VII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

1. *Si en el convenio regulador se pactó que cuando el padre tuviese un empleo abonaría el 25% de sus ingresos, hay que interpretar que procede el abono igualmente cuando reciba algún tipo de pensión.*

AP Barcelona, Sec. 18.^a, Sentencia de 26 de mayo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Margarita Noblejas Negrillo.

Teniendo en cuenta el ámbito y carácter permanente, indiscutible e irrenunciable de

la obligación alimenticia de los progenitores para con sus hijos menores de edad, obliga-

ción impuesta “ex lege” y que siempre debe tener un contenido mínimo e indispensable para atender a las necesidades básicas de subsistencia del menor, hemos de proceder al examen del convenio regulador de la separación en el particular referido a este tema. En su pacto cuarto se estableció: “Con respecto a la pensión alimenticia no se fija cantidad alguna dada la situación de desempleo de D. José Luis, estableciéndose que a partir de que consiga un empleo dicha pensión consistirá en un 25% de los ingresos que se perciban en cada momento, que se hará efectivo en la cuenta que designe la esposa, efectuándose el pago entre los días 1 y 5 de cada mes, salvo pacto en contrario”. El

juez “a quo” entiende que puesto que el convenio habla de empleo, y la reclamación de la ejecutante se fundamenta en que el ejecutado ha obtenido una pensión, no cabe abrir el procedimiento de ejecución. Pues bien, estamos con la ejecutante, que la interpretación más acorde con los principios expuestos es la de entender que la pensión se pagará en un 25% de los ingresos que el ejecutado pueda percibir por cualquier concepto, por lo que efectivamente ha de abrirse el procedimiento de ejecución con el fin de determinar esta circunstancia, lo que en definitiva conlleva a que el recurso deba ser estimado.

2. *Abono mensual de la pensión alimenticia con independencia del tiempo que los hijos pasen con el progenitor no custodio.*

AP Burgos, Sec. 2.ª, Auto de 30 de mayo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Arabela García Espina.

Entrando en el fondo del asunto, la cuestión controvertida radica en determinar si D. Julio debe abonar la pensión por alimentos que de acuerdo con la Sentencia de separación matrimonial, que aprobó el convenio al que llegaron los esposos, durante todos los meses del año, independientemente de si los niños se encuentren en compañía de la madre o del padre, teniendo en cuenta que aquí la guarda y custodia se ha concedido a la madre, corresponde al padre pasar en compañía de sus hijos la mitad de las vacaciones escolares.

Se trata, en definitiva, de dilucidar en qué modo debe procederse a ejecutar lo acordado en la Sentencia de Separación, en cuanto a la pensión alimenticia concedida a los hijos de los litigantes a cargo del padre.

Habrà de partir de lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, las sentencias se ejecutarán en sus propios términos, mandato sobre el que se han pronunciado tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, que han explicitado que “la ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte, en efecto, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. Más concretamente, el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial se aparte sin causa justificada de lo previsto en el fallo

que ha de ejecutar, o que se abstenga de adoptar las medidas necesarias para proveer a la ejecución de la misma, cuando ello sea legalmente exigible. El contenido principal del derecho consiste, pues, en que esa resolución jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros” (Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de julio de 1993), o, en sentido análogo, que “la ejecutoriedad de las sentencias en sus propios términos, no sólo forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva que el artículo 24.1 de la Constitución reconoce, sino que también es principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico. La ejecución ha de cumplir con el principio de identidad total entre lo establecido en el fallo con lo que ha de realizarse” (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1992). La observancia de esta doctrina impone, pues la indagación acerca de cuál fue el contenido exacto del fallo de la resolución que se ejecuta, para llevar a cabo sus pronunciamientos con fidelidad a lo entonces acordado, sin que quepa en fase de ejecución alterar lo decidido en sentencia firme.

El convenido regulador de la separación matrimonial de los litigantes de fecha 25 de Junio de 1998 aprobado por Sentencia de 28 de Julio de 1998 entre otras medidas dispuso “se acuerda una pensión a cargo del padre

y a favor de cada uno de los hijos habidos en el matrimonio (Iván y Alicia) de 30.000 ptas. mensuales para cada uno”.

Resulta por tanto, que se acordó por los esposos, y se aprobó por el Juez que la pensión por alimentos para los hijos se abonaría por el padre con carácter mensual, sin excepción alguna, a pesar de que en el mismo convenio, en el que se concedía la guarda y custodia de los menores a la madre, ya se preveía un régimen de visitas mínimo a favor del padre: fines de semana alternos desde las 10 horas del sábado a las 21 horas del domingo, y la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y verano. Pero, además, resulta que cuando se establece este tipo de pensión, no obstante fijarse pagos mensuales, en atención a lo previsto en el artículo 146 del Código Civil, la cantidad concedida debe computarse globalmente, (con referencia a una anualidad), pues los medios del obligado y las necesidades del alimentista se valoran con esa referencia temporal, ya que es evidente que ni unos ni otros son fijos mes a mes; sin que, a falta de previsión específica al respecto, incida en la obligación de abonar la pensión alimenticia, el régimen de visitas establecido en relación con los hijos menores, porque dicho régimen así como el resto de las medidas aprobadas en la Sentencia tienen que haber sido valoradas para fijar la pensión.

3. *Ineficacia del pacto verbal que modifica la cuantía de la pensión alimenticia e imposibilidad de compensación de la deuda con las compras que haya realizado el padre a favor de sus hijos.*

AP Málaga, Sec. 5.ª, Auto de 16 de junio de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando de la Torre Deza.

Alegó la parte apelante en apoyo de su pretensión revocatoria que la resolución dictada en la instancia no es ajustada a dere-

cho y ello porque por un lado existió entre las partes un acuerdo verbal en virtud el cual el hoy apelante no venía obligado a pagar

las cantidades que según la sentencia le eran exigibles, por otro lado porque en todo caso el recurrente al no ser un experto en la materia desconocía todo lo relativo al incremento anual del índice de precios al consumo, y por otro lado porque al haber satisfecho cantidades por otros conceptos debieron compensarse con las cantidades reclamadas. A todo ello y por su orden se opusieron la parte apelada y el M.^º Fiscal que reproduciendo lo alegado en la instancia y haciendo suyos los razonamientos que constan en la resolución recurrida interesaron su expresa confirmación.

Pues bien, la pretensión de la parte apelante no puede ser acogida ya que en orden al primero de los motivos aducidos y que se contrae según se dijo a acreditar la existencia de un pacto verbal entre las partes en virtud del cual la recurrente no vendría obligada a satisfacer las cantidades señaladas y establecidas en la sentencia de separación, al no venir acreditada la realidad de tal pacto, según se razona y reconoce en la resolución hoy impugnada, y no acreditarse que dicha conclusión del Juzgador de instancia venga viciada por error probatorio alguno, el motivo no puede sino ser rechazado en su

plenitud; conclusión aplicable al segundo de los motivos alegados y que va referido al hecho de que la falta de incremento de la pensión fue motivada por un desconocimiento por no ser experto por parte del recurrente sobre los mecanismos de la actualización, pues el mismo carece del más mínimo soporte solo probatorio sino racional pues parece claro que para actualizar una cantidad conforme al índice de precios al consumo no se hace preciso tener conocimientos técnicos algunos ni ser un experto en la materia; y por último y en cuanto al tercero de los motivos alegados, igualmente la conclusión no puede ser otra que la desestimatoria pues sosteniéndose el mismo en el hecho de entender que por haber sufragado otros gastos para con los hijos, deben de ser compensados con la cantidad que por pensión de alimentos se reclaman, razonándose en la sentencia la imposibilidad de dicha compensación, y compartiéndose por la Sala dicho razonamiento, entre otras razones porque no son compensables los alimentos debidos con lo que el alimentista pueda deber al alimentante, es por lo que procede la desestimación del recurso y en consecuencia la confirmación del fallo dictado en la instancia.

4. *El convenio regulador produce sus efectos desde la fecha de su perfección, pudiendo no obstante declararse la invalidez de alguna de las cláusulas que afecte a la pensión alimenticia de hijos menores de edad.*

AP Albacete, Sec. 2.^a, Sentencia de 29 de junio de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a del Carmen González Carrasco.

Se estima correcto por esta Sala el criterio del Juzgador en el sentido de que el convenio, como negocio jurídico bilateral, obliga desde su perfección y no desde la firmeza de la sentencia de separación judicial, correspondiendo al demandado la prueba de la

extinción de dicha obligación, sin que exista prueba alguna de la entrega en mano que dice haber realizado en relación con las 100.000 ptas. debidas en concepto de alimentos correspondientes al mes de febrero, y sin que quepa entender que la imputación

de pagos realizada con las 60.000 ptas. referentes al mes de marzo signifique la condonación de las 40.000 ptas. restantes, habida cuenta, a mayor abundamiento, de que los representantes legales de los menores no pueden renunciar válidamente a los alimentos debidos a éstos (arts. 166 y 151 CC).

En relación con la «eficacia retroactiva» de la ineficacia de la cláusula referente a la baja por enfermedad, es correcta la interpretación realizada por el Juzgador “a quo” en el sentido de entender que el hecho de que el convenio obligue a su cumplimiento desde su perfección no significa que haya de otorgarse validez a cualesquiera de sus cláusulas; y en concreto, aquellas como la de hacer

depender la fijación de la pensión alimenticia de contingencias indeterminadas con las bajas laborales obtenidas por el deudor, cuyo carácter perjudicial para los menores (y por lo tanto su contrariedad con el orden público) ha sido puesto de manifiesto posteriormente por el propio acuerdo de los cónyuges de eliminarla del convenio a petición interesada por el Ministerio Fiscal. Si la cláusula no es válida, los efectos de su ineficacia han de retrotraerse al momento de la celebración del contrato, por lo que este motivo ha de ser totalmente desestimado, y mantenida la obligación de prestar los alimentos en la cuantía y forma de 100.000 ptas. mensuales desde la fecha de la perfección por las partes del convenio regulador.

VIII. RÉGIMENES ECONÓMICOS

1. *La determinación del régimen económico por el que se rija el matrimonio no es objeto del procedimiento de separación o divorcio, y por tanto dicha cuestión debe dilucidarse en procedimiento independiente.*

AP Murcia, Sec. 1.^a, Sentencia de 22 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Carrillo Vinader.

Con carácter adhesivo plantea el marido su recurso de apelación para discrepar del pronunciamiento sobre la disolución del régimen de sociedad de gananciales. Entiende el recurrente que al ser la vecindad civil de ambos contrayentes la catalana y no constar pacto expreso sobre su régimen económico matrimonial, el que rige entre ellos es el de separación de bienes y no el de gananciales.

Por su parte, la esposa, ahora como apelada, sostiene que ello no es así, pues no consta cuál fuera su vecindad civil, por lo

que debe aplicarse el Código civil y considerarse que el régimen vigente entre ellos es el de la sociedad legal de gananciales.

El artículo 95 del Código civil lo que establece como uno de los efectos legales y automáticos de la separación decretada judicialmente es la disolución del régimen económico matrimonial, pero ello con independencia de cuál sea el mismo. No es este procedimiento matrimonial el adecuado para hacer pronunciamientos sobre cuál sea el régimen económico matrimonial existente entre los cónyuges, lo que habrá de discutirse

en el oportuno procedimiento, ya que el proceso matrimonial no autoriza la acumulación de acciones sobre cuestiones ajenas, tal y como resulta de la prohibición de reconvencción contenida en la disposición transi-

toria 5.e) de la Ley 30/1981, de 7 de julio. Por lo tanto se estima en ese sentido el recurso adhesivo planteado, dejando imprejuzgada la cuestión para que las partes puedan plantearla en el proceso adecuado.

2. *Ineficacia del compromiso verbal que pudieran pactar los cónyuges respecto al régimen económico por el que debería regirse el matrimonio.*

AP La Rioja, Sentencia de 31 de julio de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. José Félix Mota Bello.

El esposo entiende que aunque no lo hicieran constar en documento público, existió un compromiso verbal y amistoso estableciéndose un pacto antes y en el momento del matrimonio (sic), por el cual se iba a regir el régimen económico del matrimonio de separación de bienes, por el cual habría funcionado el matrimonio en la práctica.

Esta argumentación debe ser rechazada, como así se hizo en la sentencia recurrida, que realiza una correcta aplicación de los arts. 1315, 1316 y 1435 del CC, para concluir que, a falta de capitulaciones matrimoniales, dada la vecindad civil de los contrayentes, sujetos al derecho común, se impone el régimen económico de la sociedad de gananciales. Frente a ello opone el recurrente la existencia de un pacto verbal que ha sido rechazado por la actora y un supuesto funcionamiento patrimonial del matrimonio que sería indicativo del régimen de separación (existencia de cuentas corrientes individuales).

Nada de esto, puede enervar la necesidad, como requisito constitutivo, de que es-

tos pactos se formalicen en escritura pública, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1325, 1327 y 1280.3 del CC. La doctrina jurisprudencial viene siendo en este extremo unánime; así la sentencia del TS de 10 de marzo de 1998 se expresa en los siguientes términos: «Establece la Sala, que, según el art. 1327 del CC en relación con el art. 1280.3.º, para su validez, las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones habrán de constar en escritura pública; de tal modo que, cuando no consten en ese documento público, son radicalmente nulas y no producen efecto alguno ni “inter partes” ni frente a terceros». En el mismo sentido, las SS. de 6 de diciembre de 1989, 6 de junio de 1994, 25 de septiembre de 1999 y 20 de marzo de 2000. Ante la necesidad de este requisito, que condiciona la validez de estos pactos, no puede hacerse prevalecer la situación económica “de facto” del matrimonio, que tampoco resulta tan indicativa como pretende el recurrente, procediendo la desestimación del recurso en lo que afecta a su pronunciamiento principal.

3. *Con ocasión de la liquidación de gananciales, y en virtud de lo establecido en el art. 1405 del CC, procede compensar la deuda que uno de los cónyuges tenía con el otro por pensiones debidas en virtud de las medidas acordadas en el procedimiento de separación.*

AP Alicante, Sec. 6.^a, Sentencia de 12 de mayo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Cristina Trascasa Blanco.

Contra la sentencia que desestima la demanda interpuesta en reclamación del crédito que resultó a favor del actor en las operaciones particionales para la liquidación de la sociedad de gananciales en su día formada con la demandada, aprobadas por auto de fecha 28 de junio de 1995 por el JPI núm. 3 de Alicante, y por importe de 502.500 ptas., al estimar que el mismo queda compensado con las cantidades que, a su vez, el demandante adeuda a la demandada por pensiones debidas en virtud de las medidas acordadas en sentencia de separación de fecha 25 de mayo de 1990, se interpone recurso de apelación alegando, en esencia, infracción de garantías procesales que deben llevar, a juicio del apelante, a la declaración de nulidad de actuaciones y por cuanto la compensación alegada por la demandada, se dice, debió hacerse valer formulando la oportuna demanda reconvencional, así como denunciando error en la valoración de las pruebas y toda vez que, se sostiene, hace prueba de la extinción de la deuda que se opone el desistimiento expreso de la ahora apelada de la ejecución de aquella sentencia matrimonial y el consiguiente archivo de las actuaciones.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia distinguen entre una compensación legal, otra facultativa, otra convencional y, por último, la judicial, de modo que mientras la primera opera “ipso iure” y aunque no tengan conocimiento de ella los acreedores y deudores (art. 1202 CC), desplegando así sus efectos y minorando el crédito del actor con anterioridad al proceso, por lo que se

viene admitiendo su alegación como excepción perentoria similar al pago (SSTS de 24 de noviembre de 1975; 30 de diciembre de 1977; 11 de junio y 11 de diciembre de 1981; 12 abril y 31 de mayo de 1985), en la llamada compensación judicial no cabe hablar de tal mientras no se pronuncie sentencia firme en el proceso, y produce sus efectos en el momento de la ejecución, precisando siempre la formulación de demanda reconvencional, que no se ha materializado en el presente caso (SSTS de 7 de octubre de 1976 y 31 de octubre de 1988); postura sostenida igualmente, entre otras, por sentencias de las Audiencias Provinciales de Murcia de 20 de septiembre de 1991 y 14 de marzo de 1994, de Pontevedra, de 25 de mayo de 1992, y Tarragona, de 13 de junio de 1995.

En el caso de autos no ofrece duda que la compensación que se opone a la reclamación efectuada en la demanda reúne todos los requisitos de los arts. 1195 y 1196 CC y puede por ello operar como medio de pago de conformidad con el art. 1156 del mismo Código, sin que su estimación como tal precise el ejercicio por la demandada de una acción declarativa de su crédito en vía reconvencional, pudiendo ser hecha valer sin más, como aquí se ha efectuado, articulándola como mera excepción en la contestación a la demanda; y en tanto en cuanto, consta, en efecto, que en el referenciado procedimiento de separación y en trámite de ejecución de sentencia, en la que el hoy recurrente había sido condenado al pago a la

esposa de 30.000 ptas. al mes como pensión compensatoria, recayó providencia de fecha 11 de mayo de 1993 requiriéndole al abono de la cantidad de 1.020.000 ptas. en concepto de mensualidades atrasadas desde que se dictó sentencia, providencia que fue recurrida mediante escrito en el que aquél reconocía la deuda si bien manifestaba que por razones de salud no podía pagarla y solicitando se compensara el débito con el resultado de la liquidación que en su día se practicara, y que después devino firme; esto es, que se está en el caso de una deuda que además de líquida, vencida y exigible ha sido expresamente reconocida y no sólo en aquel procedimiento, sino también en el presente (en confesión y al absolver la posición cuarta), siendo así que como prueba del pago de la misma sólo se ofrece el hecho del desistimiento de la aquí apelada a la ejecución de la sentencia de separación, alegación en la que no encuentra la Sala razón alguna para discrepar de la valoración probatoria ni de la conclusión a que se llega en la resolución impugnada y por cuanto a falta de toda otra prueba de pago efectivo de aquella cantidad, el mero desistimiento al procedimiento en

que se estaba ejecutando el título de la acreedora, no puede ser interpretado ni como una condonación de la deuda, ni como una renuncia definitiva de ésta a su derecho crediticio pues, cabe recordar, la renuncia de derechos si bien puede ser expresa o tácita, ha de hacerse constar, en todo caso, de forma explícita, clara y terminante, sin que sea posible deducirla de expresiones equívocas o de actos de dudosa significación (SS. de 26 de septiembre de 1983, 24 de mayo y 18 de octubre de 1984, y 3 de marzo de 1986). Y en el presente caso sólo consta la renuncia de la apelada a la vía procedimental que venía utilizando para la actuación y ejercicio de sus derechos, pero nada se ha demostrado en orden a acreditar que ese abandono procesal traiga causa del pago anterior liberatorio de la deuda ni de una renuncia abdicativa del crédito, vacío probatorio del que debe concluirse, primero, la vigencia del mismo y segundo y habida cuenta que reúne los requisitos de la llamada compensación legal, su virtualidad enervatoria de la acción ejercitada en la demanda.

4. *Los gastos de la liquidación de la sociedad de gananciales no deben incluirse en el pasivo de la misma, siendo de cuenta de ambos cónyuges el abono de los mismos y, si uno se hizo cargo de la totalidad de los mismos, puede reclamar al otro la mitad.*

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 25 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Rives Seva.

No procede incluir en el pasivo de la sociedad el importe de 179.000 ptas. que corresponde a los honorarios satisfechos exclusivamente por el actor al contador y perito, ya que esto no es deuda de la sociedad de gananciales que quedó disuelta con la sentencia de divorcio, es una deuda de ambas

partes que por haber sido pagada por una de ellas en su totalidad podrá reclamar contra la otra por la mitad, pero no como inclusión en el debe de la sociedad de gananciales, por lo que esa reclamación deberá serlo en procedimiento distinto.

5. *Aplicación de la doctrina de los actos propios para determinar el carácter ganancial de un inmueble.*

AP Alicante, Sec. 6.^a, Sentencia de 25 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Rives Seva.

El recurso interpuesto por la parte demandada se centraba exclusivamente en reproducir que el bien inmueble era privativo, que caso de estimarse ganancial debía reconocerse a ella el crédito por la cantidad invertida, y en tercer lugar, que no existía pasivo de la sociedad. Siendo estos los extremos de la alzada, ciertamente a la Sala se hace preciso acudir a la doctrina de los propios actos para la resolución del recurso. Como dice la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de octubre de 1988 a las partes les es prohibido ir contra sus propios actos, y ello significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad, generalmente de carácter tácito, al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, y esta doctrina encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y a las reglas de la buena fe, que impone el deber de coherencia en el comportamiento, la cual limita, por ello, el ejercicio de los derechos subjetivos. No se desconoce que desde el año 1987 a la actualidad las partes han intentado la disolución y liquidación, pero tampoco debe desconocerse que ya en una primera manifestación de ambas para la formación de los inventarios en 27 de julio de 1993 se dijo que el bien era ganancial y que no existía pasivo de la sociedad. Y no solamente se dijo que el bien era ganancial en ese acto sino que incluso antes cuando en la prueba de confesión judicial del divorcio la esposa reconoció su ganancialidad. La sentencia del Tribunal Su-

premo de 28 de octubre de 1965 señala que si se suscita contienda sobre el carácter privativo o ganancial de los bienes del matrimonio o de cualquiera de ellos, la presunción legal arrojará por entero la carga de la prueba sobre el que sostenga el carácter no ganancial de aquellos bienes, pero esa prueba ha de ser cumplida y satisfactoria, exigiéndose con reiteración, tanto a efectos civiles como registrales que la justificación se haga mediante la aportación de documentos fehacientes que acrediten la propiedad exclusiva de los bienes. La sentencia analiza correctamente la prueba aportada en los autos y llega a la conclusión, como no podía ser de otra forma, que la vivienda era ganancial, por lo que debe seguir manteniéndose dicho carácter. Siendo ganancial no puede acogerse el crédito que se dice cercano a los dos millones y medio ya que si existió el desembolso ello lo fue como única ocupante de la vivienda desde que se produjo el divorcio, debiendo soportar la demandada los gastos realizados por el uso en exclusiva de la casa. Y finalmente, lo que sí debe acogerse en el recurso es que no existe pasivo en la sociedad de gananciales, y no existe porque la contadora lo dice claramente en su relación de inventario de 28 de febrero de 1996 al señalar literalmente que de la documentación obrante en autos, así como del inventario formalizado por las partes en Junta de 27 de julio de 1993 resulta la inexistencia de pasivo. Si no existe por la misma documentación obrante en autos y porque los esposos nada dijeron en su momento, lo que no puede resultar posteriormente es que de la misma documentación aparezcan 910.670 ptas.

IX. FILIACIÓN

1. *Declaración de la filiación materna de la menor sin que ello implique que se le atribuya la guarda y custodia de la hija que actualmente se encuentra adoptada por unos terceros, sin perjuicio de que la madre inste la extinción de la adopción.*

AP Jaén, Sec. 1.^a, Sentencia de 8 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Cáliz Covalada.

Antes de entrar a examinar las cuestiones debatidas en esta litis, conviene recordar que la Sentencia dictada por esta Sala sobre este asunto de fecha 9 de septiembre de 1994, fue casada y anulada por la de nuestro Tribunal Supremo de fecha 21 de septiembre de 1999, al resolver el recurso de casación formulado frente a la misma por la parte actora, tal y como queda reflejado en los antecedentes de hecho de la presente resolución, mandando nuestro Alto Tribunal reponer las actuaciones al momento posterior a la celebración de la vista y ordenando como diligencias para mejor proveer, la prueba biológica que indebidamente resultó impropio en la instancia, así como la de reiterar con los apercibimientos legales procedentes la diligencia que acordó esta propia Sala en 7 de julio de 1994 y que no fue tampoco contestada por la Junta de Andalucía, en una actitud patentemente obstructiva, como ha señalado el propio Tribunal Supremo.

Como ya tuvo ocasión de manifestar esta Sala en la anterior Sentencia arriba expresada, la demanda rectora de esta litis tiene por objeto la acción de declaración de maternidad y filiación materna no matrimonial de la demandante respecto de su hija menor de edad, y la reclamación de la entrega de ésta

a la demandante por parte de la Delegación de Asuntos Sociales en Jaén, que en el momento de formular la demanda la tenía bajo su tutela, y que la demandante la identifica con el nombre y apellidos de Estela.

Pues bien, una vez practicadas las mencionadas pruebas acordadas para mejor proveer, de las mismas y en especial de la prueba biológica llevada a cabo por el Departamento de Medicina Legal y Toxicología de la Universidad de Granada, para determinar la relación de maternidad entre la menor Estela y la actora doña María, cabe deducir que por lo que se refiere a la primera cuestión planteada en esta litis, esto es, la referente a la determinación de la maternidad reclamada o de filiación materna (relación jurídica que une a una madre con su hija), ésta ha quedado meridianamente clara, pues del estudio del DNA de ambas, que constituye la más reciente de las pruebas biológicas para determinar la paternidad-maternidad —de alta fiabilidad reconocida tanto por el Tribunal Supremo (Sentencia de 11 de julio de 1991) como por el Tribunal Constitucional (Sentencia de 17 de enero de 1994)— ofrece como resultado en la determinación positiva de la maternidad, según la conclusión 2.^a del Informe citado, que «La probabilidad de maternidad de doña

María frente a la menor Estela, considerando para los cálculos estadísticos los genotipos paternos más desfavorables posibles, es de 99,99793534, es decir, Maternidad prácticamente probada» estando igualmente acreditado el hecho del parto, esto es, que la actora doña María dio a luz un feto hembra vivo, de 4.000 gramos de peso, el día 4 de noviembre de 1991, en el Hospital San Agustín de Linares, y que la actora antes del alumbramiento renunció a darle su filiación al fruto de su concepción firmando a tal fin el controvertido documento de renuncia el día 24 de septiembre de 1991, ante la Delegación de Asuntos Sociales de Jaén, y si a ello añadimos que la propia Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía en su contestación a un oficio de esta propia Sala de fecha 28 de octubre de 1999 (folio 61 del Rollo de apelación), manifiesta que «se ha procedido a una revisión de nuestros archivos, comprobándose por deducción al absurdo la existencia del expediente de la menor Estela, nacida en el Hospital de Linares (Jaén) el día 4 de noviembre de 1991 (única niña de la que esta Delegación tiene constancia que naciera en ese lugar, fecha y circunstancias, ... tramitándose el correspondiente expediente y habiéndose dictado auto judicial con fecha 17 de marzo de 1995 acordando la constitución de la adopción», cuyo expediente aparece unido a los autos en cuerda floja, lo que demuestra la identidad de la hija que la actora afirma haber dado a luz, que es el otro requisito o presupuesto necesario para la declaración de maternidad. Por lo que podemos concluir, pues, sin temor a equivocarnos, en el sentido de que la maternidad de la reclamante o filiación materna de la niña en cuestión ha quedado debidamente acreditada.

La segunda cuestión planteada en este litigio la constituye el segundo de los pedidos de la demanda, esto es, la petición de la actora de que se le entregara a su hija extramatrimonial cuya filiación ha quedado determinada en la forma expresada «ut supra». En principio, una vez determinada la filiación materna tal petición no debería

ofrecer dificultad alguna al ser una consecuencia lógica de tal declaración el confiar la custodia y compañía de la niña a su madre biológica por corresponder ordinariamente a los padres la custodia y compañía de sus hijos salvo que la Ley disponga otra cosa. Pero, en el caso debatido, nos encontramos precisamente en este último supuesto, y ello constituye un obstáculo insalvable, cual es el de que durante la sustanciación de este proceso se ha constituido una adopción sobre la menor en cuestión cuya maternidad biológica ha quedado determinada en la forma antes expresada, y dicha adopción impide, por ahora, al menos, hasta que se declare legalmente extinguida la adopción la entrega de dicha menor a la madre biológica, y ello por impedirlo expresamente la Ley (art. 112 del Código Civil, en relación con el punto 4.º del art. 180 del mismo Texto Legal), disponiendo taxativamente este último precepto que «la determinación de la filiación que por naturaleza corresponde al adoptado no afecta a la adopción».

Ciertamente que, como pone de manifiesto la defensa letrada de la actora en el acto de la vista, nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 21 de septiembre de 1999, que casó y anuló la de esta Sala de 9 de septiembre de 1994, sentó en su fundamento jurídico 4.º la conclusión de que «el asentimiento que la actora doña María prestó en 24 de septiembre de 1991, resulta radicalmente nulo por su patente contradicción con una norma imperativa, consignada en el último párrafo del art. 177.2 del Código Civil, por haberse presentado antes de que transcurrieran treinta días desde el parto, que imperativamente impone el indicado precepto legal», lo que, sin duda puede posibilitar el que se declare ilegalmente constituida la adopción conforme a lo previsto en el art. 180.2 del Código Civil, por faltar «el asentimiento de la madre» del adoptando, que es un requisito esencial que afecta a la validez del negocio adoptacional establecido por el art. 177.2.2.º del Código Civil, y máxime cuando la adopción se llevó a cabo de espaldas a la madre a pesar de que ésta in-

tentó repetidamente sin éxito personarse en el expediente de adopción. Pero, en este momento procesal y en este proceso concreto no parece viable declarar la nulidad de la indicada adopción, al no ser objeto del mismo y al no haber intervenido ni sido oídos en el mismo los adoptantes, lo que podría, sin duda, causarles indefensión, que está proscriba en nuestro Derecho.

Amén de ello, nos encontramos con otra dificultad añadida que hace aún más difícil la viabilidad de tal pronunciamiento, cual es que el principio rector de esta clase de procesos lo constituye la necesidad de que prioritariamente prevalezcan los intereses del menor como más dignos de protección, evitando que las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas de las partes puedan oscurecer o perjudicar la actual situación humana y afectiva de la menor, pues frente al lógico y probado deseo de la madre biológica de recuperar a su hija, nos encontramos no ya con la también lógica y normal oposición que los padres adoptivos pudieran formular frente a tal pretensión, sino además con la misericorde situación humana y afectiva de la menor que lleva ya un dilatado período de tiempo en adopción (más de 8 años entre acogimiento y adopción), estando totalmente integrada con su familia adoptiva, y con la que se lleva muy bien —no sólo con su familia nuclear (padres y hermana) sino también con su familia extensa (abuelos y primos)— como manifestó la propia menor en la exploración que a tal efecto le hizo la Sala, todo lo cual hace que al menos, por ahora, no sea aconsejable arrancar a la menor de su familia adoptiva por poder resultar tal decisión perniciosa para ella y afectar negativamente un cambio tan radical al desarrollo psicológico de la misma, cuyos intereses, como hemos dicho antes, deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego (art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero), de Protección Jurídica

del Menor y Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990).

En cuanto a las costas causadas en esta alzada, la Sala estima procedente su imposición expresa a la Junta de Andalucía, Consejería de Asuntos Sociales en Jaén, pues el auténtico calvario que este proceso ha supuesto para la actora ha sido debido en su mayor medida a la actuación negligente de los Órganos Administrativos de dicha institución, que, primeramente, recogieron en forma anticipada y extemporánea (antes del parto, en vez de hacerlo una vez transcurridos treinta días desde el parto como dispone el art. 177.2.º del CC) el consentimiento de la actora a la hora de renunciar a darle su filiación a la niña que iba a dar a luz, y, posteriormente, ya dentro del proceso adoptaron una actitud obstruccionista incompatible con el art. 39.2 de la CE, como tuvo ocasión de señalar nuestro Tribunal Supremo, que le hacen acreedora de la imposición de las costas tanto de las de esta alzada como de las de la primera instancia que ya le fueron impuestas, pese a que no se ha podido acceder a uno de los pedimentos de la demanda por las razones arriba expresadas y que también ha venido determinada por la inadecuada conducta de dicha parte, amén de por una interpretación errónea que hizo el representante del Ministerio Fiscal que intervino en las primeras instancias de este proceso de los artículos 47.1 y concordantes de la Ley del Registro Civil, y 167 y 187 de su Reglamento, que nuestro Tribunal Supremo ha declarado que «están derogados por inconstitucionalidad sobrevenida, en el particular que permiten interpretaciones reglamentarias que hagan depender de la voluntad de la madre la circunstancia registral de la maternidad, y que, en consecuencia, se consideran inaplicables» (STS 21 septiembre 1999).

2. *Estimación de la impugnación de la paternidad matrimonial ejercitada después de más de trece años desde que tuvo lugar el nacimiento del menor.*

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de mayo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Teresa González Cuartero.

Se declara en la sentencia impugnada que la filiación biológica y matrimonial del menor Enrique, no se corresponde con la persona del actor, don Luis, ordenando, en consecuencia, que se rectifique dicha filiación ante el Registro Civil correspondiente. Y lo que aparece plenamente acreditado en estos autos, a través de las diversas pruebas practicadas, especialmente la pericial médica del doctor S.S., y la del Instituto Nacional de Toxicología, es que el menor Enrique no es hijo biológico del actor, incuestionablemente. El primer informe médico descarta que la azoospermia del actor sea algo sobrevenido con posterioridad a engendrar a Enrique, atribuyendo la misma a las «paperas» que padeció el actor en su infancia. Y la segunda prueba, cuyo valor ha sido reconocido jurisprudencialmente en numerosas sentencias de nuestro alto Tribunal, descarta, asimismo, que la paternidad biológica del menor Enrique sea atribuible al actor, con lo que, en cuanto al fondo, se aceptan en su integridad los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, teniendo por establecido, como verdad material, la no correspondencia con la persona del actor de la filiación biológica y matrimonial del menor.

Lo que verdaderamente fundamenta el recurso de la parte apelante es la aplicación al caso de los presupuestos del art. 136 del Código Civil, como excepción formal. Ciertamente, en dicho precepto, se establece, con carácter general, que el marido, el actor en este caso, podrá ejercitar la acción de impugnación de la paternidad en el plazo de un año contado desde la inscripción de la filia-

ción en el Registro Civil, no corriendo el plazo mientras el marido ignore el nacimiento. Y es claro que, en este caso, la acción se ha ejercitado cuando han transcurrido prácticamente trece años desde la inscripción del menor en el Registro, es decir, rebasando con creces el plazo de caducidad, que no de prescripción, establecido en el Código Civil, la parte aquí recurrente esgrime el tenor literal del art. 136 del Código Civil, en tanto que la parte recurrida-actora, se acoge a los presupuestos del art. 1969 Código Civil, interpretando así que las acciones no caducan hasta el momento en que pueden ejercitarse y, siendo así, no habría transcurrido el plazo de caducidad del art. 136 Código Civil al interponer la demanda, porque el actor la interpone en el momento en que conoce los informes médicos a tenor de los cuales se desprende que él no es el padre del menor. Pues bien, aunque es cierto que el actor no tuvo conocimiento de su capacidad para fecundar hasta muchos años después de registrar al menor como hijo matrimonial, el plazo que establece el art. 136 Código Civil es riguroso de caducidad, sin que ello signifique que se obligue a hacer dejación del principio «pater is est», que presupone la filiación matrimonial cuando el nacimiento se produce «ex uxore», de modo que, como el plazo es de un año desde que se inscribe al menor en el Registro Civil, normalmente dentro de los 10 días siguientes al nacimiento, se obligaría a todos los padres a efectuar pruebas «preventivas» de paternidad en dicho plazo, para evitar la caducidad de sus derechos. Ni significa

tampoco que pueda extenderse el hecho de reconocer una paternidad que, años después, se comprueba falsa, como análogo al desconocimiento del nacimiento, del último inciso del párrafo 1.º del art. 136 Código Civil. Ciertamente que la mencionada sentencia del Tribunal Supremo, de 30-1-1993, sostiene que puede ejercitarse la acción de impugnación de la paternidad desde que el padre supuesto conoce que no lo es, pero otras sentencias posteriores, también mencionadas por las partes en la vista oral de esta impugnación, sostienen que la seguridad jurídica no permite tergiversar ni ir más allá de lo que verdaderamente establece el precepto, el art. 136 Código Civil, y, es lo cierto que el plazo de dicho artículo es de caducidad, con lo que opera de modo automático.

Por tanto, no puede sostenerse que, si se acogiera la excepción alegada de caducidad, en interpretación rigurosa de lo establecido en el Código Civil, se estaría declarando que el actor es el padre biológico del menor, cuando no lo es, porque existen otras acciones para reponer las cosas a su debido estado, entre otras, en manos del menor, a través del Ministerio Fiscal o sus representantes, y lo único que se haría sería dar una interpretación ajustada a derecho del plazo de caducidad establecido, de modo taxativo y sin otra excepción que la del inciso 2.º del párrafo 1.º, y sin posibilidad de efectuar interpretaciones extensivas que vulnerarían dicho precepto legal. Así, se estaría declarando que, al margen de otras acciones que el menor, en este caso pueda ejercitar, conocida su no relación biológica con el aquí actor, el actor ha dejado transcurrir con exceso el plazo de caducidad marcado por la ley, plazo que al ser de decadencia, no de prescripción, no permite el ejercicio del derecho una vez transcurrido, ni permite la suspensión o la interrupción de dicho plazo, porque sus efectos son automáticos, como se sabe.

Sin embargo, en este supuesto, sentado lo anterior, es preciso, a la vista de la evidencia de la verdad material que consta fehacientemente en autos, llevar a cabo una interpretación integradora del art. 136 Código Civil,

respecto al art. 141 Código Civil. Ambos preceptos legales de hallan incardinados en la sección relativa a la impugnación de la filiación, teniendo el art. 136 Código Civil un alcance más bien general, y siendo el art. 141 Código Civil un precepto que recoge una especialidad respecto a aquél. Y, dentro de esta interpretación sistemática e integradora, procede considerar que, en este caso, en que el actor no tuvo conocimiento hasta que el menor tenía 13 años de que no es el padre biológico, se vulneraría lo previsto en los arts. 24 y 39 de la Constitución si tomáramos en cuenta solamente lo previsto en el art. 136 Código Civil, cuyos términos son objetivos y no están sujetos al conocimiento que el progenitor pueda adquirir posteriormente por vía de presunción. Así, el art. 141 Código Civil establece la posibilidad para el progenitor de impugnar el reconocimiento realizado por error, que es el supuesto en que nos encontramos, ya que el actor creyó ser el padre biológico del menor durante, al menos, los primeros trece años de su vida.

El fundamento en virtud del cual se determina la filiación, en ambos preceptos, es diferente, en el caso del art. 141 Código Civil es el conocimiento de haber incurrido en error, y en el art. 136 Código Civil la vía son las presunciones, ya que se supone que el mecanismo del tiempo y el vínculo matrimonial determinan la filiación. Pero, interpretando sistemáticamente ambos preceptos, se llega a la conclusión de que, en este caso, se ha efectuado el reconocimiento en base a un vicio del consentimiento, debiendo considerarse que si, en virtud del art. 141 Código Civil, el plazo de caducidad comienza a computarse desde que se tiene conocimiento de los hechos, debe trasladarse al conocimiento de los hechos que dejan sin efecto la presunción prevista en el art. 136 Código Civil, asimismo, dicho plazo, todo ello en aras de coherencia la seguridad jurídica de la paz familiar con el respeto a la propia identidad, preconizadas en la Constitución. Así, efectuando una interpretación sistemática e integradora, se tiene por no transcurrido el plazo de caducidad, ya que el

actor no tuvo conocimiento de los hechos que destruyen su presunción de paternidad hasta que el menor tuvo trece años, razón

por la que incoó el procedimiento actual en julio de 1998, cuando el actor pudo destruir su vicio de consentimiento.

X. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *Procede declarar el desamparo de unos menores aunque las causas que lo originaron no hayan sido buscadas o producidas a propósito por los progenitores.*

AP Toledo, Sec. 1.^a, Auto de 9 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio Buceta Miller.

En el caso presente se trata de recurrir una resolución judicial que aprueba un acogimiento familiar de tres menores hermanos entre sí, en el seno de una familia distinta de la de los progenitores y que ha tenido como antecedente previo y necesario la asunción por la Administración, de la tutela automática de los menores y su declaración de desamparo, se hace preciso consignar respecto a esta última situación, antecedente de la situación actual, que a tenor de lo dispuesto en el art. 172 del Código Civil “se considera como situación de desamparo, la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”, de manera que el desamparo ha de considerarse, en primer lugar, como una situación fáctica o querida o no en la que se encuentran los menores y que se caracteriza, en esencia, por la falta o privación de la asistencia y protección necesarias, y ello determina, por Ministerio de la Ley, la tutela automática de dichos menores por parte de la entidad pública a quien en el respectivo territorio esté enco-

mendada la protección de los menores, e implica por ende, la privación de la guarda y custodia que sobre dichos menores pudiera corresponder, a sus padres naturales o biológicos.

Y aun cuando se ha reiterado doctrinal y jurisprudencialmente que para apreciar la situación de desamparo se han de examinar minuciosamente las circunstancias específicas de cada caso concreto, tendiendo fundamentalmente al interés del menor, sin desconocer, empero, la necesaria protección de la situación familiar a que pertenece dicho menor, conforme a lo dispuesto en el art. 39.1 de nuestra Constitución, por lo que se hace necesario estimar que la asistencia moral y material de los menores en orden a la declaración de desamparo, ha de merecer una interpretación restrictiva, buscando un equilibrio entre el beneficio del menor y la protección de sus relaciones paterno-filiales, de tal manera que sólo se estime la existencia del desamparo cuando se acredite efectivamente, el incumplimiento de unos mínimos de atención al menor exigidos por la conciencia social más común, ya que, en definitiva, si primordial y preferente es el interés del

menor, es preciso destacar la extraordinaria importancia que revisten los otros derechos e intereses en juego, es decir, los de los padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en esa situación (Sentencias del Tribunal Constitucional 143/1990 y 298/1993).

Lo anterior entronca directamente en el principio de prioridad de la propia familia natural proclamado en la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 30 de diciembre de 1986 en su art. 9, que proclama el interés del niño a ser educado por sus padres naturales, lo que por otro lado reconoce también el art. 172.4 de nuestro Código Civil.

En definitiva, la situación de desamparo, sea o no voluntaria o querida por los progenitores, ha de ser siempre estimada restrictivamente.

En el presente caso, de la simple lectura del expediente administrativo, cuyo contenido no ha sido en lo esencial puesto en duda por los hoy recurrentes (salvo en algún aspecto que después se examinará), se desprende de forma categórica, que ya sea por

ignorancia, imposibilidad, defecto de aptitudes sociales, incultura, marginación o cualquier otra razón que se quiera buscar incluidas el posible alcoholismo, enfermedad mental (epilepsia) etc., y sin que la Sala entienda que se han producido o buscado de propósito tales circunstancias por los progenitores, lo único cierto es que los menores llevan desde hace muchos años, o en realidad desde que nacieron, en una situación de absoluta desatención material y moral, que justifica cumplidamente la adopción de la tutela automática y la declaración de desamparo, que, se repite una vez más, ha de obedecer a circunstancias objetivas, que en el caso presente se dan, aunque no sean maliciosas o intencionadas.

El hecho de que por el Juzgado de Instrucción que las tramitaba, se hayan archivado unas Diligencias por un presunto delito de abandono de familia (única circunstancia que se ha acreditado), en absoluto puede significar que el desamparo de los menores no subsista, por las razones antes expresadas de tratarse de una circunstancia objetiva, ajena a toda idea de malicia o de intención delictiva.

2. El guarda de hecho no confiere la representación legal del menor.

AP Vizcaya, Sec. 5.^a, Sentencia de 7 de junio de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Magdalena García Larragán.

Reexaminadas que han sido por la Sala las actuaciones se observa que en el presente procedimiento, que afecta a derechos arrendaticios de un menor de edad, el code mandado José Ángel, los intereses de dicho menor no han sido debidamente representados puesto que demandado en la persona de quien se dice es su legal representante, su abuela materna doña Asunción G. G., la

misma puso de manifiesto al contestar a la demanda su condición de mera guardadora de hecho —circunstancia por demás ya conocida por la actora que aportó como documento núm. 11 del escrito de demanda resolución judicial (auto de 21 de junio de 1994 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de los de Bilbao) en que se mantiene a la señora G. en dicha guarda de hecho

«bajo control judicial»— solicitando mediante otrosí que se pusiera en conocimiento del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de los de Bilbao la existencia del proceso a fin de que por éste se designe un defensor judicial del menor. Tal pedimento no fue atendido habiéndose silenciado en la instancia cualquier pronunciamiento al respecto; por lo cual, y siendo que ciertamente la guarda de hecho no tiene otro contenido que el que su propio nombre indica, no ostentando el guardador representación legal alguna del menor, ni tan siquiera a efectos procesales, se estima se ha ocasionado a dicho menor efectiva indefensión encontrándonos en supuesto del núm. 3 del artículo 238 de la

Ley Orgánica del Poder Judicial, defecto éste apreciable de oficio (artículo 240.2.º del citado texto legal); por lo que no cabiendo al momento presente su subsanación es procedente declarar la nulidad de lo actuado en la instancia con posterioridad a haberse causado tal petición por la señora G. y concretamente desde la providencia de fecha 30 de abril de 1998, y acordar en su lugar se ponga en conocimiento del Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de los de Bilbao, que ejerce el control judicial de la guarda del menor José Ángel V. C. según auto de 21 de junio de 1994, la existencia del proceso a fin de que por éste se designe un defensor judicial del menor.

3. *Procedencia de la adopción solicitada respecto a una menor que es hija biológica de la mujer con la que mantiene una relación «more uxorio».*

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Auto de 12 de junio de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Teresa González Cuartero.

El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 3 de Valladolid dictó auto en el que se desestimó la solicitud de adopción formulada por don José Alfredo, lo que ha sido recurrido en esta alzada por la representación y defensa del mismo, recurso que ha de correr suerte estimatoria.

Con fecha 11 de marzo de 1999 se da traslado al Ministerio Fiscal, en los autos objeto de este recurso, a fin de que se hagan alegaciones sobre la solicitud de adopción, informe que se evacua el 31 de diciembre de 1999, y que ha sido literalmente transcrito por la juzgadora de instancia en el auto ahora recurrido.

Dicho trámite suponía el análisis, «ab initio», de los requisitos imprescindibles que el CC exige para admitir a trámite la solicitud

de adopción. Y, en este caso, se trata de un único adoptante, una sola persona que solicita adoptar a una menor, con quien acredita convive desde hace más de nueve años, y que es hija biológica de la mujer con la que mantiene, también desde hace más de nueve años, una relación de afectividad análoga a la del matrimonio. No estamos, pues, ante el supuesto del art. 175.4 del CC, ya que no son ambos componentes de la unión de hecho quienes quieren adoptar, sino únicamente uno. Y es un solicitante mayor de 25 años, y que tiene más de 14 años la adoptada, y pretende adoptar a una menor no emancipada que no es ni descendiente ni pariente en segundo grado colateral por afinidad o consanguinidad ni pupilo bajo su tutela.

Continuando con las exigencias legales, el art. 176.2.2.^º del CC, dispone que no es necesario que haya propuesta de Entidad Pública para promover la adopción cuando el adoptado es hijo del consorte del adoptante. Este es el supuesto en el que se encuentra el solicitante recurrente en esta alzada, porque pretende adoptar a la hija de su pareja de hecho. Y a este supuesto le alcanza, también, lo establecido en el art. 178.2.1.^º, al ser el adoptando hijo del cónyuge del adoptante. Se pretende por el Ministerio Fiscal que el CC, en su articulado, no ha introducido expresamente, en los arts. 175, 176, 177 y 178 y concordantes, la expresión «pareja unida de forma permanente por relación de afectividad análoga a la conyugal». Ciertamente, no lo ha hecho específicamente, como tampoco en la LECiv, que también se modifica, en algunos de sus preceptos, por la Ley de Adopción de 11 de noviembre de 1987. Para ello, el legislador emplea la técnica normativa de recoger disposiciones aplicables a todas las normas afectadas por la reforma en las Disposiciones Adicionales, y, así, en la mencionada Ley, en la disp. adic. 3.^ª, se establece la equiparación entre «cónyuges» y hombres y mujeres integrantes de una unión de hecho. ¿Es más garantía para un menor el ser adoptado por dos personas en régimen de separación matrimonial? Porque el hecho de efectuar una interpretación restrictiva y formalista de la exigencia de que sean cónyuges nos llevaría a considerar que sólo los divorciados no lo son, pero los separados, cuyo vínculo no se entiende aún destruido a efectos jurídicos, sí.

Es evidente que la interpretación normativa ha de ajustarse a la realidad social del tiempo de su vigencia. Y entender que una persona unida por una relación de afectividad permanente y estable a otra, de hecho, es algo constitucionalmente equiparado al matrimonio en todos los ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico. En el ámbito civil, en el penal, en el laboral y en el administrativo, la equiparación de las parejas de hecho a los matrimonios es plena.

La Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección del Menor, no introduce en los artículos relativos a la adopción, ciertamente, la equiparación. Pero que en el articulado, no se introduzca, no supone la exclusión de la aplicación de lo establecido en la disp. adic. 3.^ª de la Ley de 11 de noviembre de 1987, tanto al CC como a la LECiv. Ofrece absolutamente las mismas garantías de protección de un menor una pareja estable y permanente que un matrimonio, absolutamente las mismas. El expediente de adopción se tramita para valorar la idoneidad del adoptante o los adoptantes, pero respecto a su capacidad personal, afectiva, económica, social, etc., para ser padres del menor adoptado, no para, sin más, radicalmente y de inicio, entender inválida para la adopción a una persona por el hecho de no formalizar su relación de afectividad. Claro que quien elige convivir sin casarse puede proteger y atender al menor de igual modo que quien elige hacerlo. La única diferencia se halla en que las personas que eligen legítimamente una unión de hecho no consideran la necesidad de que sus obligaciones figuren registradas civilmente para atenderlas. Si el matrimonio genera para el padre la obligación de alimentos para un menor, por imperio de la ley, para quien tiene hijos en el seno de una unión de hecho es la relación de afectividad, su filiación, el ejercicio de la paternidad quien se lo impone. No es óbice, tampoco, para estas consideraciones, el hecho de que el TS mantenga en sus resoluciones que las normas del régimen económico matrimonial no se aplican a las uniones de hecho, ya que no es comparable primeramente, una institución como la adopción con los presupuestos del régimen económico-matrimonial. La primera tiene efectos y consecuencias que derivan del concepto de familia, y la segunda, tiene efectos que sólo nacen cuando las personas que componen la unidad familiar optan por el matrimonio, siendo posible que, las parejas de hecho, utilicen otras vías para su administración económica, incluso una comunidad de bienes.

De modo que, en este caso, nos hallamos ante un derecho que dimana de una comunidad de vida, se formalice o no, siempre que, como es el caso, se acredite solidez, permanencia y estabilidad. Es evidente, y así se acoge, decimos, en todos los ámbitos de nuestro ordenamiento, que el Estado tiene el deber de proteger la realidad efectiva de los modos de convivencia, de todos, que en la sociedad se expresen, para compatibilizar el ordenamiento jurídico con el principio de igualdad jurídica y prohibición de discriminación garantizados en el art. 14 de la Constitución. En el concepto constitucional de familia entra, sin duda, cualquier unidad familiar con permanencia y solidez, no solamente un modelo (STC 11-12-1992).

Las uniones de hecho son una realidad social creciente, por lo que en nuestro ordenamiento ya hay muchos ejemplos de equiparación de estas situaciones a las matrimoniales, así, en los arts. 101.1, 108.2 del CC, Ley 7 de julio de 1981, disp. adic. 10.^a, o los artículos 219 y 391 de la LOPJ, etc. tal analogía supone la concurrencia de algunas notas cuya presencia se hace inexcusable si lo que se quiere es identificar una relación que merezca aquella conceptualización social y jurídica, notas destacadas por la jurisprudencia,

en consonancia con la doctrina, como son la coexistencia diaria y estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada externa y públicamente y la creación de una comunidad de vida, intereses y fines en el núcleo de un hogar (STS de 18 de mayo de 1992). Y, en este caso, se ha acreditado todo ello por el solicitante sobradamente para entender admisible su solicitud.

A modo de colofón, mencionar que la Ley de 9-6-1997, del Parlamento Gallego, de Protección de la Familia, Infancia y Adolescencia, establece en su art. 32.1 a), como requisito para ser adoptante, entre otros, el ser cónyuges o parejas, con relación estable análoga a la conyugal, y, en la misma línea, la Ley 30-12-1991, del Parlamento Catalán, de Protección de Menores, establece, en sus arts. 20 y 24 una equiparación expresa y plena de los cónyuges o la pareja de hombre y mujer que convivan maritalmente con carácter estable.

Por tanto, se entiende acreditado que, en el presente caso, el solicitante de la adopción cumple los requisitos legales para que su solicitud de adopción sea admitida a trámite.

XI. UNIONES DE HECHO

1. *Aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto a supuestos en los que, pese a no existir comunidad, ha existido algún tipo de aportación de uno de los convivientes a la adquisición de los bienes privativos del otro.*

AP Toledo, Sec. 1.^a, Sentencia de 18 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio Buceta Miller.

Se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de abril de 1997 recopilando su precedente decisorio aplicable a las

llamadas uniones de hecho, uniones libres o uniones paramatrimoniales o “more uxorio” del siguiente modo: se decía en Sentencia de

21-10-1992: «...Sin dejar de reconocer la plena legalidad de toda estable unión de hecho entre un hombre y una mujer (como manifestación del derecho fundamental al “libre desarrollo de la personalidad”; art. 10 CE) y la susceptibilidad de constituir con ella una familia tan protegible como la creada a través de unión matrimonial (art. 39 CE), no es menos cierto que dicha unión libre o de hecho no es una situación equivalente al matrimonio (S. del T. Const. 19/1990, de 19-11 y Auto 156/1987 del mismo Tribunal) y, al no serlo, no puede ser aplicada a aquélla (en cuanto a las relaciones personales y patrimoniales de los convivientes) la normativa reguladora de éste, pues los que en tal forma se unieron, pudiendo haberse casado, lo hicieron, precisamente (en la generalidad de los casos), para quedar excluidos de la disciplina matrimonial y no sometidos a la misma. Por ello, entendemos que la normativa reguladora del régimen económico-matrimonial (Título III del Libro IV del CC) no puede considerarse automáticamente aplicable a toda unión libre, por el mero hecho del surgimiento de la misma, ello sin perjuicio de que, atendidas las circunstancias de cada caso concreto, pueda predicarse la aplicabilidad (no por “analogía legis”, que aquí no se da, sino por “analogía iuris”) de algún determinado régimen económico de los diversos que, para el matrimonio regula el citado Título del CC, siempre que quede patentizado, por pacto expreso o tácito (deducido éste de sus hechos concluyentes e inequívocos) que la voluntad de los convivientes fue someterse al mismo, por lo que esta Sala entiende que no cabe la posibilidad de considerar que toda unión patrimonial (“more uxorio”), por el mero y exclusivo hecho de iniciarse, haya de llevar aparejado el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes (llámese de gananciales, sociedad universal de ganancias, condominio ordinario o de cualquier otra forma), sino que habrán de ser los convivientes interesados los que, por su pacto expreso o por sus “facta concludentia” (aportación continuada y duradera de

sus ganancias o su trabajo al acervo común) los que evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos (suponemos que a título oneroso) durante la duración de la unión de hecho...»; en Sentencia de 30-12-1994 “...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...»; Sentencia de 18-3-1995 “...dice la S. 18-2-1993 que “conocida es la doctrina de esta Sala (SS. entre las más recientes, de 21-10 y 11-12-1992) en el sentido de venir declarando, la imposibilidad de aplicación a estas uniones “more uxorio” de las normas reguladoras de la sociedad de gananciales; pues aun reconociéndose sin limitación el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, y la susceptibilidad de constituir mediante estas uniones libres o de hecho una familia, perfectamente protegible por la Ley, no por eso cabe equiparadas como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicables a las primeras las normas reguladoras de esta institución (STC 15-11-1990)”. Y continúa diciendo esta S. 18-2-1993 que “de ahí que la doctrina jurisprudencial haya tenido que acudir en estos casos, a los pactos expresos o tácitos existentes entre los interesados, que la voluntad de los convivientes de constituir un condominio o una sociedad particular o universal; y estos pactos expresos o los “facta concludentia”, debe inequívocamente evidenciar que fue su voluntad la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la duración de la unión de hecho”...»;

y en Sentencia de 27 de mayo de 1994 «...el libre desarrollo de la personalidad lleva a algunas personas a uniones ajenas al vínculo legal del matrimonio e incluso a crear vínculos paternofiliales y, por ende, familiares, dignos de protección. Sin embargo, expresamente se declara que tales uniones quedan fuera de la normativa del régimen matrimonial, con el que no tiene analogía; que las posibles consecuencias económicas de tal convivencia al tiempo de su ruptura pueden en algún caso asemejarse a las sociedades cuando se acredite la “affectio societatis”, que no puede inferirse sólo de la convivencia “more uxorio”, porque en éstas cabe también aceptar la plena independencia económica de quienes la practican...».

Traída la anterior doctrina al caso presente, resulta que no existen datos suficientes, como para poder entender de un modo inequívoco que los convivientes, además de su convivencia “more uxorio” en lo estrictamente personal, que parece indiscutible, tuvieran durante la misma la intención de comunicar su patrimonio en mayor o menor medida. Así, durante diez años no tuvieron cuentas corrientes ni de ningún otro tipo de forma indistinta; no adquirieron ningún tipo de bien, mueble o inmueble (con independencia de lo que luego se dirá respecto del litigioso) conjuntamente; no ha existido tampoco en la convivencia cotidiana durante largos años confusión alguna de patrimonio, reconociendo D.^a Francisca que durante todo el tiempo de la misma, fue íntegramente mantenida por su tía, la también demandada D.^a Juana; no se ha acreditado que el actor contribuyera económicamente ni al sostenimiento de su compañera ni al de los hijos de ésta reconocidos por él, ni al de la casa en la que todos vivían; ni un solo pago de algún gasto común o en interés de la familia se ha podido acreditar.

El hecho acreditado de que el actor obtuviera beneficios fiscales al hacer constar en sus declaraciones de la renta a los hijos de su pareja reconocidos por él, tampoco implica confusión alguna de patrimonios, pues tales ventajas fiscales se conceden por efec-

to de la propia convivencia, con descendientes y también con los ascendientes, sin que haya motivo alguno para pensar que porque un padre incluye a sus hijos o a sus ascendientes en la declaración de la renta, el patrimonio de uno y otros se confunda o comunique ni para deducir que se harían comunes los bienes de todos ellos, sino que por el contrario los patrimonios permanecen separados.

Tampoco cabe argumentar que la comunicación de patrimonios es imposible por no percibir la demandada ingreso alguno que poder compartir, pues son múltiples los matrimonios y parejas de hecho en que solo uno de los dos miembros obtiene ingresos y sin embargo existen actos que acreditan la intención de tener algo en común.

Por tanto, la implicabilidad al caso presente del régimen de la sociedad legal de gananciales o de cualquier otro de comunidad, parece fuera de toda duda.

Cuestión bien distinta sin embargo es la de la participación que los demandados hayan podido tener en el pago del inmueble litigioso. Adquirido el mismo a nombre exclusivo del actor y con una hipoteca de que igualmente él se hace responsable, ambos negocios en marzo de 1990, la convivencia “more uxorio” duró hasta 1992 como bien deduce el Juez de Instancia por las declaraciones de la renta del actor, del domicilio que hace constar en la compraventa y de la declaración de alguno de los testigos.

Pues bien, los demandados han presentado junto con la contestación a la demanda 32 recibos que acreditan diversos ingresos en la cuenta corriente que el actor mantenía en el “Banco H.” y en la que se cargaban los diversos plazos trimestrales de la hipoteca que grava el inmueble. El primero de los recibos es de 20-4-1990 y el último de 13-1-1995. Hasta el núm. 34, los ingresos aparecen formalmente realizados por el propio demandante y no es sino a partir del 35, que se comienza a hacer constar que el ingreso se realiza por D.^a Laura (hija de la demandada y en aquel entonces con los apellidos del actor y demandada), salvo excep-

cionalmente el núm. 41, en que también figura el propio Francisco Javier.

El Juzgador de Instancia tan solo entiende que son acreditativos del pago realizado por los demandados, aquellos últimos recibos en los que así se expresa por escrito. Sin embargo la Sala entiende que hay motivos bastantes para presumir que todos los pagos que se reflejan en los documentos 11 al 42, han sido realizados por los demandados, y ello no solo por encontrarse los mismos en su poder y no en el del actor, sino además porque si bien es posible pensar que los anteriores a la ruptura de la convivencia los pudo haber dejado en el domicilio al marchar del mismo, lo que no es en absoluto concebible es que obren en poder de los demandados recibos de ingresos de dos y tres

años después de haberse roto la convivencia y marchado el demandante a vivir a Madrid.

Tales recibos ascienden a la suma de 1.679.000 pesetas entendiéndose la Sala que la misma y no las 350.000 que señala la sentencia de instancia, le habrían de ser restituidas a los demandados, por cuanto en casos semejantes al presente el Tribunal Supremo (así sentencias de 11 de diciembre de 1992) ha declarado plenamente aplicable la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa en aquellos supuestos en los que pese a no existir comunidad, de gananciales ni de otro tipo, si ha existido algún tipo de aportación de uno de los convivientes a la adquisición de los bienes privativos del otro, como parece ser el caso que nos ocupa.

2. *Fijación de una indemnización a favor de la conviviente de hecho por la circunstancia de que el otro conviviente haya venido utilizando de forma exclusiva la vivienda propiedad de ambos.*

AP Sevilla, Sec. 2.^a, Sentencia de 31 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero.

La existencia de una convivencia «more uxorio», así como la decisión de demandante y demandado de formar un patrimonio común con sus bienes ha quedado plenamente acreditada en este procedimiento que actora y demandado adquirieron por escritura pública de fecha 2 de julio de 1993 el piso vivienda señalado con la letra..., en planta... de la Avda. de la Paz número... de Sevilla; y desde entonces, como el propio demandado afirmó en el escrito dirigido a la Consejería de Obras Públicas y Transportes constituyó su domicilio habitual y permanente y así fueron contundentes las declaraciones de los testigos, quienes afirmaron que formaban una pareja estable y permanente conviviendo de forma habitual y permanente des-

de mediados del año 1992, compartían la titularidad de la cuenta de imposición a plazo fijo número... en la que se ingresó el premio de la ONCE y que acredita la decisión de compartir el mismo, decisión que se infiere igualmente del hecho de la suscripción de una póliza de fecha 9 de septiembre de 1996 de pignoración de derechos de crédito en la que aparece como bien pignorado los cinco millones y como pignorantes la actora y el demandado; la convivencia y puesta en común de ingresos y gastos ha quedado igualmente acreditada con las numerosas facturas aportadas e incluso aparecían ambos como titular y autorizado en la misma tarjeta de compras de El Corte Inglés, existiendo gastos, como se declara en la senten-

cia apelada, por bienes disfrutados en común y cargados en la cuenta de uno de ellos.

En base a las anteriores consideraciones, habiéndose acreditado la convivencia «more uxorio» entre demandante y demandado y la existencia de una comunidad de bienes entre los mismos, y estimando igualmente acreditada la indemnización por el hecho de

la utilización exclusiva por el demandado del piso propiedad de los dos y ajustadas las bases establecidas en la sentencia apelada para la fijación en ejecución de sentencia de la cuantía de la indemnización, procede la íntegra confirmación de la sentencia apelada desestimando el recurso de apelación interpuesto con imposición al apelante de las costas de esta segunda instancia.

3. *Indemnización a un conviviente de hecho por el desequilibrio que supone a uno de ellos el empeoramiento en su faceta de desarrollo profesional, ya que al inicio de la convivencia abandonó su trabajo.*

AP Valencia, Sec. 9.^a, Sentencia de 17 de junio de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a María del Carmen Escrig Orega.

El presente recurso de apelación versa sobre la concesión a la Sra. Araceli de una indemnización a cargo del Sr. D. Jesús, partiendo de que durante los primeros años de convivencia ésta desempeñó un papel importante en el mantenimiento económico de la familia y con posterioridad contribuyó a forjar el futuro profesional de su pareja afianzando su carrera, al abandonar ella su trabajo y dedicarse al cuidado de los hijos comunes, invocando la existencia de un enriquecimiento injusto para él.

La determinación de una indemnización a favor de la Sra. D.^a Araceli, debemos comenzar diciendo que el cese de la convivencia entre dos personas que han formado una pareja de hecho plantea múltiples interrogantes, entre ellos los que suscita la parte actora sobre una indemnización.

Sobre esta materia la doctrina ha venido indicando que si bien los convivientes han excluido de forma voluntaria la regulación matrimonial y pueden no haber pactado las consecuencias que tal ruptura puede acarrear, es necesario buscar remedios jurídicos reparadores del desequilibrio que entre ellos

se haya creado por la existencia de prestaciones personales, laborales y económicas efectuadas por uno de los convivientes a favor del otro o de la unión que conforman, extremos admitidos por el Tribunal Supremo, entre otras, en su sentencia de 27 de mayo de 1994, al indicar: “La primera razón esgrimida, auténtico fundamento del motivo, es que la sentencia viola el art. 4 del Código Civil al no aplicar analógicamente las normas matrimoniales. El argumento decae porque no se da identidad de razón con una institución como la matrimonial de la que, además, no quisieron participar. Que sea un hecho social innegable (razón segunda) no comporta que haya que extender los efectos de la institución del matrimonio por aplicación del art. 3 del Código Civil, que hace referencia a la realidad social del tiempo en que las leyes han de ser aplicadas, pues no se trata aquí de interpretar una ley, que es el campo de aplicación del art. 3, y ya se anticipó que esas situaciones sociales pueden arbitrar fórmulas económicas por la vía de pactos societarios o de otro carácter contractual y hasta pueden permitir alguna

clase de acción de reclamación de cantidades si se dieran los requisitos de la prestación de servicios, la gestión de negocios o el enriquecimiento sin causa, supuestos que no son el de autos en el que lisa y llanamente se demanda la disolución de un consorcio como si conyugal fuere.”

Buscando la forma de restablecer el equilibrio, ha cobrado especial importancia la figura del enriquecimiento injusto, entendida como la ventaja o provecho de quien sin contraprestación alguna se vale de los servicios que presta el otro, unido al empobrecimiento del conviviente que los presta al no obtener la retribución correspondiente ni la parte de los bienes que por su ahorro haya adquirido el beneficiado, ventaja y desventaja unidas por la relación de causalidad entre dicho enriquecimiento y el consecuente empobrecimiento, todo ello sin causa contractual o legal que legitime o apoye tal prestación o atribución patrimonial sin remuneración o compensación, causa que entiendo no puede venir constituida por la mera relación de hecho, añadiendo, como último requisito, la carencia de otro medio o acción para restablecer el daño causado.

Aplicando la doctrina expuesta al caso enjuiciado debemos indicar, en primer lugar, que la Sala comparte los razonamientos de la sentencia de instancia concernientes a la inexistencia de un desequilibrio económico y un enriquecimiento injusto del Sr. D. Jesús en el ámbito estrictamente patrimonial, pues consta en autos que en los primeros años de convivencia ambos destinaron sus ingresos a la atención de todas las necesidades y, cuando la Sra. D.^a Araceli dejó su trabajo, el Sr. D. Jesús atendía todas las necesidades económicas tanto familiares como personales de todos los miembros, gozando de un nivel de vida holgado, siendo ayudada la Sra. D.^a Araceli en sus tareas domésticas y de atención a los menores por varias asistentes, consumiendo en ello todos los ingresos que aportaban, es decir, todos los ingresos eran destinados a satisfacer las necesidades familiares y las personales de los litigantes, sin que al finalizar la convi-

vencia el Sr. D. Jesús, haya visto incrementado su patrimonio.

Igualmente debemos desestimar la pretensión de la Sra. D.^a Araceli tendente a obtener una compensación económica equivalente a la que correspondería a una asistente doméstica, como si hubiera existido una relación cuasi laboral, pues la fijación de una retribución salarial implica que es el trabajador el que tiene que hacer frente con el salario a su sustento, y en el presente caso, como hemos indicado, ambos litigantes, durante su convivencia, hicieron comunes todos los ingresos de la unidad familiar, por tanto, no cabe hablar de compensación económica por la mera realización de las tareas domésticas, dado que aportando el Sr. D. Jesús su salario de forma íntegra, dicha suma la hacían común para atender a todas sus necesidades, existiendo una distribución de trabajos o de tareas entre ambos.

Ahora bien, existe una faceta de la vida personal de ambos convivientes en que si se ha producido un desequilibrio empeorando la situación de la Sra. Araceli frente a la del Sr. D. Jesús, en la faceta de su desarrollo profesional, cambio que se manifiesta en la ventaja profesional que obtiene el Sr. D. Jesús al poder dedicarse plenamente a su profesión y la correlativa desventaja profesional que sufre la Sra. D.^a Araceli al abandonar la situación laboral que tenía para atender a los hijos comunes, pues ahora, tras la ruptura, el Sr. D. Jesús ostenta una preparación y experiencia profesional de los que carece la Sra. D.^a Araceli al tiempo que también carece del amparo económico que durante la convivencia ostentaba al compartir los ingresos del Sr. D. Jesús y que le podía permitir enfrentarse a su readaptación o “reciclaje” profesional con la tranquilidad y tiempo necesarios, y todo ello por las siguientes razones:

Es conocido por todos que la crianza y educación de los hijos implica un gran esfuerzo y dedicación, en mayor medida, si cabe, en los primeros años de vida. Ante esta coyuntura corresponde a ambos progenitores optar por el sistema que consideren

más acertado para hacer frente a ello. Pueden decidir que sean ambos, quienes de forma conjunta e igualitaria realicen tales tareas, en su totalidad o auxiliados por terceros pero, en todo caso, repartiendo entre ambos el tiempo que ello exija, y si es necesario, limitando o reduciendo ambos su posible dedicación horaria, y su formación y proyección profesional. O bien pueden optar por que sea uno de ellos el que asuma de forma principal las obligaciones materiales que el cuidado, educación de los hijos y demás atenciones de la familia conlleva, incluso abandonando su actividad laboral y su correlativa formación y proyección profesional como ha ocurrido en el presente caso, asunción de obligaciones que, de forma correlativa, permite al otro progenitor, a la par que asume el sustento económico de la familia, centrar su atención y esfuerzo en su formación, proyección y desarrollo profesional, afianzando su carrera, y permitiéndole acceder a mejores puestos de trabajo o conseguir mejores condiciones en el mismo.

Partiendo de estas premisas, y en el supuesto enjuiciado, hemos de estimar que sí

ha existido un menoscabo para la Sra. D.^a Araceli, pues abandonó su trabajo, limitando con ello su proyección profesional, para dedicarse a los hijos comunes, lo que a su vez ha redundado en un beneficio para el otro miembro de la pareja, que en una primera faceta es solo profesional pero que determina la posibilidad de obtener unas mejores condiciones de trabajo, desequilibrio que necesariamente ha de ser compensado o indemnizado.

Fijadas estas bases resta determinar el importe de la indemnización que por tal concepto debemos establecer para lo cual, además de la pérdida del trabajo y el abandono temporal de su proyección profesional, también hemos de tomar en consideración que ambos litigantes en los últimos tiempos de vida en común crearon una sociedad, al frente de la cual estaba la Sra. D.^a Araceli, y que le ha servido para reanudar el contacto con el mundo laboral, empresa que al parecer no ha tenido resultados satisfactorios.

XII. TEMAS PENALES

1. *Inexistencia de delito de abandono de familia por aplicación de la prescripción. Análisis de la legitimación para perseguir el delito.*

AP Alicante, Sec. 1.^a, Sentencia de 18 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano.

Impugna el apelante la anómala iniciación del proceso, al hallarnos ante un delito perseguible exclusivamente a instancia de parte. Es cierto como aduce el Magistrado

enjuiciador, que cuando provisionalmente se señala una cantidad (lo fue en auto de 1993) para sostenimiento de las cargas familiares, la titularidad de dicho crédito per-

tenece a la esposa, como tal y al hijo menor, en cuyo ejercicio de acciones le representa la madre. En ese lapso de tiempo la denuncia de la madre era legítima. Pudo serlo, en cuanto legítima representante o defensora del menor en tiempo en que lo fue, y como tal debía ejercitar las acciones penales, que contra aquél se cometieran. El menor hacía 14 días que alcanzaba la mayoría de edad. Él, por sí mismo, no podía denunciar un delito, cometido durante la mayoría, ya que el art. 227, exige el impago de dos mensualidades consecutivas o cuatro alternas. El delito denunciado se cometió cuando la madre ostentaba la representación legal del menor.

Aunque hipotéticamente entendiéramos que es el menor el legitimado para perseguir los delitos de los que fue víctima antes de la mayoría de edad, en el momento del juicio manifestó su voluntad de persecución y lo dijo con todas las garantías: ante el magistrado, encargado de decidir y valorar todos los actos del proceso, y particularmente de la prueba. Era inútil, por razones de economía procesal, que el menor denunciase ante el Juez de Instrucción. Todo lo actuado ante éste debe reproducirse ante el encargado de Juzgar. El derecho fundamental a no producir dilaciones indebidas, permite dar plena validez a tal consentimiento, equivalente al ejercicio legítimo de una acción penal.

Pasando al segundo extremo de la prescripción de los delitos que pudieran haberse cometido por incumplimiento de las cargas familiares impuesto, hasta las medidas provisionales de 1994, tiene razón el apelante. Denunciados los hechos en 1998, ya han transcurrido los tres años exigidos. Ahora bien, desde la manifestación del hijo (fecha del juicio), en sus tres años anteriores no habrían prescrito los hechos. Sin embargo, los acaecidos después de 1996 el Magistrado ha entendido que estaban amparados por el error. El apelado no se ha adherido a la apelación y, por ende, nadie solicita que el apartado de hechos probados, que evidencia el error del apelante, sea corregido.

Respecto a la vulneración del principio de presunción de inocencia el impugnante expone que el testigo, a quien el Juez creyó, y que entendía, como pudo entenderlo el acusado, que las prestaciones por razón del matrimonio, quedaban extinguidas, debían extenderse al plano civil. El motivo no deber prosperar. El Magistrado enjuiciador, entendió muy benévolamente, que el acusado pudo estar en el error (excluyente del dolo y del delito) de que con la venta y liquidación de los inmuebles de la sociedad de gananciales, quedaba relevado del pago de la pensión a favor del hijo. Sin embargo, si se excluye la responsabilidad civil por «error», no es otra cosa que estar convencido de algo que no responde a la realidad; es decir, creer lo que no es. Lo que realmente es, y responde a la realidad es el mantenimiento de la deuda, que debe surtir efectos de naturaleza civil.

En los actos de disposición, nunca debe presumirse la gratuidad o la liberalidad del disponente. Así lo impone el principio patrimonial de equilibrio de prestaciones. En el caso de autos todavía es más claro, al no aparecer ningún documento, que en estos casos suele mediar, y más cuando las relaciones posmatrimoniales no fueron fluidas, y estuvieron presididas por el más absoluto incumplimiento de los deberes paternofiliales de naturaleza económica. Es imposible o absurdo que de existir alguna condonación no se plasmara por escrito. Pero más absurdo es que sí, como sostiene el apelante la venta y liquidación de los inmuebles del matrimonio se produjo el 29 de marzo de 1996, ¿cómo es posible que en el convenio del divorcio de julio de 1996, se estableciera de mutuo acuerdo una pensión a favor del hijo de más de 15.000 ptas.? Es absurdo entender, si no, cómo se produce una denuncia por impago de pensiones si éstas quedaron finiquitadas, como pretende el apelante. Pero, a mayor abundamiento, de nada hubiera servido una renuncia (que no aparece documentada por ningún lado), si no poseería va-

lidez jurídica. Como bien aduce el Magistrado de instancia las pensiones por alimentos futuros son irrenunciables; los ya devengados, tratándose de bienes de menores, precisados de autorización judicial, que no se produjo (art. 151 y 166 CC).

Por todo lo dicho en el precedente fundamento, no cabe aplicar el principio de presunción de inocencia o de “in dubio pro reo”. En el proceso existen pruebas sobradas que justifican el mantenimiento de la deuda. Tampoco se ha producido ninguna infracción del art. 227 CP. El apelante en todo momento ha admitido el incumplimiento de las obligaciones, y la posibilidad económica de cumplirlas. La ausencia de

dolo no es tal, salvo a partir de 1996, como estimó el Magistrado enjuiciador, lo que hace que se produzca la absolución. La manifestación de perseguibilidad del hijo es válida; pero desde el momento en que la hizo, no desde que se inició el proceso a instancias de la madre, y en cuyo momento él era mayor de edad.

Por todo lo dicho procede estimar el recurso absolviendo al acusado, manteniéndose vigentes las responsabilidades civiles, que podrán ser exigidas en el expediente matrimonial (cuestión civil), existente entre las partes, o en el que proceda conforme a la Ley.

2. *Medida cautelar de prohibición de acercamiento al hijo por parte del padre acusado de un delito.*

AP Gerona, Sec. 3.^a, Auto de 14 de junio de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Fátima Ramírez Souto.

Impugna la parte recurrente la medida cautelar adoptada por el Juez de Instrucción al amparo del art. 544 bis LECrim en lo que a la prohibición del Sr. L.H. de acercarse a su hijo Adrián se refiere, alegando para ello la infracción de diversos preceptos legales y constitucionales que, en definitiva pretenden denunciar que dicha medida cautelar se adoptó sin que se expusieran las razones que llevaron al Instructor a adoptarla y sin que las diligencias revelen la existencia de una conducta delictiva por parte del Sr. L.H. en cuya presunta comisión podría sustentarse la medida cautelar acordada a tenor del art. 544 bis LECrim.

El defecto de motivación denunciado ha sido subsanado en el auto resolutorio del recurso de reforma, en el que la Juzgadora de

instancia establece la necesidad de adoptar la medida cautelar respecto al hijo en atención a que, acordada respecto a la madre, por la corta edad del menor, no puede adoptarse respecto a él una medida independiente y en que, dada la situación de angustia y temor que vive la madre por la actuación del recurrente, resulta aconsejable para la salud psíquica del menor esperar a que la situación se estabilice para, es de entender, reanudar los contactos con su padre.

El análisis que realiza la parte recurrente sobre la inexistencia de una conducta calificable como delito por parte del Sr. L.H. no puede sino tacharse de prematuro, en tanto que dada la fase inicial en que se encuentra la tramitación de las diligencias será necesario esperar a que se practiquen todas las dili-

gencias de investigación para poder determinar la naturaleza delictual o venial de los hechos imputados al Sr. L.H.

Sentado lo anterior, la adopción de la medida cautelar de prohibición de acercamiento del menor, ciertamente supone “de facto” la suspensión temporal de una de las facultades o derechos de la patria potestad, pero tal suspensión temporal tiene amparo legal en el art. 544 bis LECrim en relación con el art. 158 CC, que en su art. 158 —en su redacción introducida por la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor— permite al Juez, de oficio o a instancia de parte legitimada, dentro de cualquier proceso civil, penal o de Jurisdicción Voluntaria, adoptar las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios.

Así las cosas, vistos los hechos denunciados por la Sra. A., quien, además, expresó su temor por la integridad física de su hijo, de quien dijo hallarse muy afectado por la situación familiar y estar en tratamiento psicológico, llegando incluso a pedir protec-

ción para él mismo, la medida cautelar adoptada respecto al hijo se advierte en este momento preliminar como necesaria y fundamentada, sin perjuicio de que dada su naturaleza cautelar y, por tanto, esencialmente provisional, deban practicarse de forma inmediata las diligencias de prueba —como la verificación de un informe psicosociológico respecto al menor— tendentes a comprobar la realidad de los temores manifestados por la denunciante hacia la integridad física y psíquica del menor y la conveniencia o no de que el menor se relacione con su padre y, en su caso, dejar sin efecto la medida o adoptar otra que compatibilice la prohibición de acercamiento a la madre con la posibilidad de que el Sr. L.H. pueda comunicarse con el menor, y ello, sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse en el proceso civil de separación en orden a la guardia y custodia del menor y el derecho de visitas del progenitor que no la ostente y teniéndose en cuenta que la medida acordada sólo podrá ser mantenida de confirmarse indiciariamente la verificación por el Sr. L.H. de un hecho constitutivo de delito.

3. *Delito de incumplimiento de los deberes legales inherentes a la patria potestad al no matricular a su hijo en el Instituto después de que fueron requeridos por la Comisión de absentismo para que solicitaran plaza escolar, a lo que hicieron caso omiso.*

AP Zaragoza, Sec. 3.^a, Sentencia de 30 de junio de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Arenere Bayo.

El delito de abandono de familia, regulado en el artículo 226 del Código Penal vigente, constituye una infracción contra “los derechos y deberes familiares”, siendo un delito permanente de omisión. La descripción legal de esta figura constituye una de las denominadas leyes penales en blanco o

preceptos punitivos incompletos, puesto que, una parte de sus elementos típicos, no se halla inserto en el mencionado artículo, el cual, inexcusablemente, ha de completarse o integrarse con el contenido de preceptos extrapenales que esclarezcan lo que debe entenderse, en este caso, como debe-

res de asistencia inherentes a la patria potestad.

En el supuesto de autos, el sujeto activo es quien ejerza la patria potestad, y el sujeto pasivo los hijos o descendientes menores, siendo la acción o dinámica comisiva, el incumplimiento de los deberes de asistencia, cuyo concepto es amplio y no se circunscribe exclusivamente a lo estrictamente material o económico, inherentes al matrimonio, a la patria potestad o a la tutela, sino que se extiende a los demás deberes asistenciales, como lo son, la unidad de domicilio, la atención a los hijos menores o incapacitados, la educación y formación integral de éstos.

En tal sentido, la sentencia del TS de 15-1-1998, núm. 1563/1998, tiene declarado que el delito que nos ocupa, “comporta una dinámica omisiva-comisiva con efectos permanentes cuya integración normativa de referencia —dada su naturaleza de tipo penal en blanco— la constituyen los artículos

del Código Civil reguladores de los deberes inherentes a la patria potestad de cuyo núcleo central irradian con especial intensidad los de sostenimiento, guarda y custodia y educación del sujeto pasivo”.

Basan el recurso los padres condenados en primera instancia, en que la causa de no matricular a su hijo en el instituto, obedece a la previsión que tenían de cambiar de domicilio a otro municipio y a la complejidad de trámites burocráticos en que se vieron envueltos una vez comenzado el curso escolar. Efectivamente ello fue así, pero la condena no lo es por la inexistencia de intentos de matriculación, sino porque una vez requeridos pertinentemente el 15 de enero de 1998 mediante carta de la Comisión de absentismo Barrio de Torrero, para que solicitara plaza escolar en la Dirección Provincial de Educación, hicieron caso omiso de ello, implicando un abandono del deber de educar a los hijos, lo que supone como se ha razonado anteriormente un abandono de familia.

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. FILIACIÓN

- 1.1. *Ineficacia del reconocimiento de filiación paterna no matrimonial cuando consta que aún no han transcurrido 300 días entre el nacimiento del menor y la separación de hecho de los cónyuges. Por tanto, deberá instarse un procedimiento judicial para la impugnación de la paternidad matrimonial y la reclamación de la no matrimonial.*

RESOLUCIÓN de 14 de marzo de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña R. (separada) y don F. (soltero) solicitaron la inscripción de nacimiento fuera de plazo de su hijo no matrimonial, nacido el día 5 de noviembre de 1994. Se practicó la información testifical en la que dos testigos afirmaron ser cierto lo expuesto en el escrito inicial. Por comparecencia la madre del menor manifestó que consentía de forma expresa en el reconocimiento de su hijo que efectuó don F.
- De dicha solicitud se dio traslado a don P., el cual manifestó que el niño llamado P.-J. hijo de su esposa cree que es su hijo ya que en el momento de quedar embarazada vivía con ella hasta que ingresó en la cárcel el 27 de abril de 1994, que en esa fecha estaba embarazada de unos 3 meses, y cuando salió de la cárcel se enteró que vivía con don F.

- El Ministerio Fiscal interesó la inscripción de nacimiento del hijo de R.B.R. como hijo matrimonial ya que no ha sido destruida la presunción de paternidad matrimonial del art. 116 CC.
- El Juez encargado del Registro Civil dictó auto por el que acordó la inscripción de nacimiento fuera de plazo de F.-J. nacido el 5 de noviembre de 1994 como hijo no matrimonial de F.-J. y de R. al haber quedado destruida la presunción de paternidad.
- Don P. interpuso recurso ante la DGRN que fue estimado en el sentido de que el menor debía inscribirse como hijo matrimonial de don P.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La cuestión básica que se discute en el presente expediente de inscripción fuera de plazo de nacimiento es la filiación que debe figurar en el mismo. 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 legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial, dada la fuerza probatoria (art. 113 CC) de la presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código Civil y mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (cfr. arts. 1250 y 1251 CC). Desde el momento en que se solicita —aquí por el marido de la madre— la inscripción de la filiación matrimonial está cumplido el requisito exigido para admitir como prueba la presunción de paternidad del marido (cfr. arts. 113 CC y 2 LRC).

Por otra parte, como vienen señalando las últimas Resoluciones del Centro Directivo en esta materia a partir de la Resolución de 13 de mayo de 1987, no es necesario para inscribir la filiación matrimonial 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 estimar superada en este punto, como se desprende de 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, conforme al artículo 113 del Código Civil y en las condiciones que precisa este artículo, la sola presunción de paternidad del marido es un medio de prueba suficiente de la filiación matrimonial presumida.

En el caso presente el niño ha nacido el 5 de noviembre de 1994 y la separación de hecho se remonta, según el marido de la madre, a la fecha en que ingresó en prisión el 27 de abril de 1994. Ahora bien, aunque por las razones que da el auto apelado se estime que el ingreso en prisión tuvo lugar el 22 de enero de 1994, tanto en un caso como en otro resulta que desde el momento en que se inicia la separación de hecho —y antes de ella existe la presunción de convivencia entre los cónyuges del artículo 69 del Código— hasta la fecha del nacimiento del hijo no habían transcurrido trescientos días, de modo que entra en juego la repetida presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código Civil.

Siendo esto así, ha de inscribirse la filiación matrimonial. El reconocimiento de la filiación no matrimonial otorgado por la madre casada y por varón distinto del marido es ineficaz por estar acreditada la filiación matrimonial contradictoria (cfr. art. 113, II, CC) y la oposición de una y otro habrá de hacerse valer en la vía judicial oportuna.

- 1.2. *Inscripción de la filiación paterna matrimonial aun cuando el esposo manifieste que en la fecha de la concepción ambos se encontraban separados de hecho, al no llegarse a destruir la presunción que establece el art. 116 del CC, dejando abierta lógicamente la vía judicial para la impugnación de la paternidad.*

RESOLUCIÓN de 29 de abril de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil, el 18 de noviembre de 1999 doña M. reconocía como hija suya y fruto de su matrimonio con don J. a la niña nacida el día 11 de noviembre de 1999, solicitando su inscripción de nacimiento con filiación matrimonial. Manifestaba que contrajo matrimonio con el padre de la niña el 13 de febrero de 1999, y que ambos se encuentran separados de hecho habiendo presentado la demanda de separación.
- En la tramitación del expediente se dio traslado de la incoación del mismo a don J. manifestando éste que la hija de doña M. no es hija suya, que se casaron el 13 de febrero de 1999 y el 19 de marzo su mujer abandonó el domicilio conyugal, que hasta ese momento había tomado anticonceptivos, volvió el 1 de abril del mismo año, hicieron el amor con preservativos y no hubo más contacto físico entre ellos, que ella se marchó de nuevo en mayo regresando y volviéndose a marchar definitivamente el 8 de julio, que cuando le comunicó que estaba embarazada él le pidió las pruebas de A.D.N. negándose a realizarlas, que en la actualidad hay una demanda de separación interpuesta en septiembre de 1999.
- El Ministerio Fiscal informó favorablemente a lo solicitado ya que rige la presunción del artículo 116 CC pues la separación según las manifestaciones del esposo se produjo el 8 de julio de 1999.
- EL Juez Encargado dictó auto con fecha 4 de febrero de 2000, por el que al regir en el presente caso la presunción del artículo 116 CC, que establece que los hijos nacidos después del matrimonio y dentro de los trescientos días anteriores a la separación de hecho o de derecho se presumen como hijos del marido, se acuerda la inscripción de nacimiento fuera de plazo de la menor como hija matrimonial de don J. y doña M.
- Don J. interpuso recurso ante la DGRN alegando que su esposa el 18 de marzo de 1999 abandonó el domicilio conyugal siendo testigo M., la cual hace un acta de declaraciones ante Notario, que se adjunta, que su mujer regresó el 30 de marzo, que según el informe ginecológico del nacimiento de la niña el tiempo al nacer fue de 33 semanas de gestación, por lo que se deduce que la concepción se realizó el día 25 de marzo de 1999 cuando su mujer se encontraba en otra ciudad.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La cuestión básica que se discute en las presentes actuaciones de inscripción dentro de plazo de nacimiento es la filiación que debe figurar en el asiento. A estos efectos, hay que tener en cuenta que si la madre es casada y el alumbramiento ha tenido lugar antes de transcurridos trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges, es obligado inscribir la filiación matrimonial, dada la fuerza probatoria (art. 113 CC) de la presunción de paternidad del marido de la madre del artículo 116 del Código

y mientras no llegue a desvirtuarse la eficacia probatoria de tal presunción (arts. 1250 y 1251 CC).

Puesto que en este caso no existe la más mínima prueba de la falta de convivencia entre el matrimonio es forzoso presumir la convivencia entre los cónyuges que establece el artículo 69 del Código Civil y por tanto la filiación matrimonial del menor, debiendo hacerse valer la impugnación de la paternidad en la vía judicial oportuna.

1.3. *Imposibilidad de rectificar la inscripción de nacimiento de un menor en la que consta exclusivamente la filiación materna aunque, dado que la madre se encontraba casada, pudiese operar la presunción de filiación paterna del marido.*

RESOLUCIÓN de 17 de junio de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 26 de junio de 1988 doña M. contrajo matrimonio canónico con don J., matrimonio que se inscribió en el Registro Civil el 22 de septiembre de 1997, en virtud de unas actuaciones de inscripción fuera de plazo.
- El 3 de enero de 1989 nace un niño hijo de la señora M. que se inscribe en el Registro Civil el día 12 del mismo mes y año por declaración de la propia madre, haciendo constar exclusivamente la filiación materna e imponiendo al hijo los mismos apellidos de la madre. En cuanto a los datos del padre, se consigna exclusivamente un nombre a efectos meramente de identificación.
- El 19 de febrero de 1990 recayó sentencia declarando la nulidad del citado matrimonio, dictada en méritos de autos de menor cuantía promovidos por el esposo. En dicha sentencia se da por probado que «inmediatamente de celebrarse el matrimonio, sin que los esposos hayan iniciado su convivencia, la demandada se marcha y abandona al demandante manifestándole que no quiere vivir con él. Esta sentencia se inscribe al margen de la inscripción de matrimonio.
- El 10 de diciembre de 1992 se aprueba decisión pontificia por la que se dispensa como rato y no consumado el citado matrimonio.
- El 3 de abril de 1996 se insta por doña M. juicio ordinario de menor cuantía en reclamación de filiación extramatrimonial contra don J. en relación con

el hijo antes indicado, en cuyo procedimiento informó desfavorablemente el Ministerio Fiscal por entender que debía actuar plenamente la presunción de filiación matrimonial del artículo 116 del Código Civil por haberse producido el nacimiento del menor pasados los primeros 180 días desde la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a su disolución, y entendiendo que lo procedente era rectificar el Registro Civil inscribiendo el matrimonio omitido, anotando la sentencia de nulidad y rectificando mediante expediente gubernativo la inscripción de nacimiento del menor para hacer constar su filiación matrimonial.

- Doña M. solicitó ante el Registro Civil la rectificación de error en la inscripción de nacimiento de su hijo de forma que se consigne: 1) como nombre completo del menor el de F.A.Q.J.; 2) como estado civil de la compareciente el de casada; 3) se completen los datos del padre, es decir de J.F.Q.M.; 4) se completen los datos del matrimonio de los padres; 5) se complete el Libro de Familia que se aporta, inscribiendo en el mismo el nacimiento del menor. Acompañaba como documentación: certificación literal de matrimonio de la promotora con don J.F.Q.M., original del Libro de Familia, certificación de nacimiento del menor en el que consta como nombre del padre J. a efectos de identificación.
- Don J. manifestó su más absoluta disconformidad, ya que: a) el matrimonio no fue consumado como declara la nulidad del matrimonio por rato y no consumado; b) porque doña M. inscribió al menor como hijo de ella; c) también se declaró nulo dicho matrimonio. En segundo lugar la promotora pretende conseguir a través del expediente de rectificación de error una declaración de filiación a pesar de que la promotora es conocedora de que el hijo no es del compareciente.
- El Fiscal informó el 15 de marzo de 1999 que examinado el presente expediente, entiende que el régimen de presunción legal de paternidad matrimonial que establece el Código Civil es aplicable al presente caso, ya que se ha acreditado que la madre estaba casada a la fecha del alumbramiento y que éste tuvo lugar después de los 180 días de la celebración del matrimonio y antes de transcurridos 300 días de la separación de los cónyuges, sin que sea necesario para inscribir la filiación matrimonial la posesión de estado de tal filiación, pues la sola presunción de paternidad del marido es un medio de prueba suficiente de la filiación matrimonial presumida, por lo que procede acceder a lo solicitado por la promotora y rectificar el error padecido respecto de su estado civil, e inscribir la filiación paterna del marido.
- La Juez Encargada del Registro Civil de E. dictó auto por el que acordó denegar la rectificación de error, a excepción de los datos de la madre donde dice soltera que deberá decir casada.
- Doña M. interpuso recurso ante la DGRN que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Con arreglo a los artículos 50 y 92 de la Ley del Registro Civil y el artículo 113 del CC no puede rectificarse por expediente registral el estado de filiación que aparece “prima facie” en una inscripción de nacimiento, pues ello requiere acudir a la vía judicial ordinaria.

Es cierto, como señala el Ministerio Fiscal, que conforme al artículo 93.3.^º de la Ley del Registro Civil puede rectificarse en expediente gubernativo cualquier error cuya evidencia resulte de la confrontación con otra u otras inscripciones que hagan fe del hecho correspondiente. Ahora bien, la inscripción del matrimonio de la madre, sobre haberse practicado fuera de plazo en un momento posterior a la inscripción del nacimiento del menor, hace fe de este acto matrimonial y de su fecha, hora y lugar (art. 69 LRC), pero no de su subsistencia y, menos aún, de la convivencia de los cónyuges. La circunstancia de que, habiendo nacido el hijo el 3 de enero de 1989, conste por inscripción marginal que ha sobrevenido una declaración de nulidad del matrimonio dictada por sentencia de 19 de febrero de 1990, no excluye que haya podido preceder una situación anterior de separación de hecho o de ausencia de convivencia previa a la celebración del propio matrimonio y, si esta situación no ha precedido a los 300 días anteriores al nacimiento del hijo (arts. 116 CC y 185 RRC), es algo que no lo prueba ni puede probar el Registro, sino que ha de acreditarse por medios extrarregistrales. A mayor abundamiento la sentencia que declara la nulidad del matrimonio da por probado el hecho de que no existió relación conviven-

cial ninguna subsiguiente a la celebración del matrimonio, a lo que se ha de añadir la circunstancia de que la inscripción de nacimiento del menor dentro de plazo se practicó con carácter no matrimonial por propia declaración de la ahora recurrente (arts. 1231 y 1232 CC).

Por otra parte, si bien el hecho de que el nacimiento del menor hubiere acaecido transcurrido un plazo superior al de los ciento ochenta días iniciales siguientes a la celebración del matrimonio determina la imposibilidad de utilizar como sólo instrumento para desvirtuar la presunción de filiación matrimonial del artículo 116 del Código Civil la declaración auténtica en contrario realizada unilateralmente por el marido, conforme a la previsión del artículo 117 del mismo Código, no por ello se debe anudar a aquel hecho la conclusión de que dicha presunción pasa a ser inalterable, sino exclusivamente la imposibilidad de utilizar el citado medio simplificado para su destrucción, pero ello sin perjuicio de los demás medios probatorios en contrario que autoriza el artículo 1251 del Código Civil, a cuyos efectos presenta gran relevancia los hechos probados a que se refiere la sentencia de nulidad del matrimonio antes referidos.

Por todo ello hay que concluir que no es posible rectificar la filiación no matrimonial que proclama el Registro mediante expediente gubernativo, siendo de aplicación en este supuesto la regla general contenida en el artículo 92 de la Ley de que las inscripciones sólo pueden rectificarse por sentencia firme recaída en juicio ordinario.

2. MATRIMONIO

- 2.1. *No se concede la dispensa de edad para contraer matrimonio al constar la oposición fundada del padre de la menor y del Ministerio Fiscal. La falta de medios económicos del novio y el abandono de los estudios de ella no ofrecen una garantía sólida para una vida normal ni para la crianza de los hijos.*

RESOLUCIÓN de 29 de abril de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña C., menor no emancipada, solicitaba dispensa para contraer matrimonio con don E., de nacionalidad nigeriana.
- Ratificada la promotora se dio traslado de la incoación del expediente a la madre de la menor que dio su conformidad al mismo. Posteriormente se dio traslado de la incoación del expediente al padre, el cual se opuso al matrimonio de su hija por ser menor de edad y considerar que debe dedicarse al estudio, asimismo manifestó que el novio de su hija vive en el domicilio familiar desde el 15 de julio último, sin su consentimiento, sólo con el permiso de su esposa, de quien ha iniciado los trámites de separación.
- El Ministerio Fiscal se opuso a la dispensa de edad solicitada por no existir justa causa y considerar que es mejor para los intereses de la menor.
- La Juez Encargada dictó auto con fecha 12 de enero de 2000 denegando lo solicitado al no existir justa causa ya que el hecho de que el novio de la menor conviva en el domicilio familiar no es razón suficiente para la dispensa, toda vez que la falta de medios económicos del novio y el abandono de los estudios de ella no ofrecen una garantía sólida para una vida normal ni para la crianza de los hijos.
- Doña C. interpuso recurso ante la DGRN que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El menor no emancipado necesita para contraer matrimonio obtener la oportuna dispensa de edad que, a partir de los catorce años, la concede el Juez de Primera Instancia Encargado del Registro Civil del domicilio (cfr. art. 48 CC; 17 LRC y 365 RRC) en un expediente registral sometido al régimen de recursos de la legislación del Registro Civil.

La peticionaria ha alegado como justa causa para la obtención de la dispensa el encontrarse embarazada y que la oposición de su padre está fundamentada en problemas mentales que éste padece. Tal embarazo, no obstante ser una causa de cierta entidad, no puede por sí solo ser suficiente para la obtención de dicha dispensa, como tampoco lo

pueden ser los supuestos problemas mentales del padre. En efecto, ninguno de los argumentos expuestos por la recurrente está probado y el Encargado debe tratar, con un criterio objetivo, de cerciorarse respecto a la conveniencia del matrimonio para la peticionaria; y es evidente que, para llegar a esa apreciación, debe tener en cuenta, muy especialmente, las manifestaciones de los padres y por supuesto del Ministerio Fiscal como defensor nato del menor. Teniendo en cuenta que tanto el padre como el Fiscal consideran que es conveniente que la menor no interrumpa sus estudios y que ambos manifiestan su oposición al pretendido matrimonio, es procedente el criterio del Encargado de entender que no existe justa causa para conceder la dispensa de edad.

3. SEPARACIÓN Y DIVORCIO

3.1. *Inscripción de la sentencia alemana de divorcio sin necesidad de tramitar el procedimiento de exequátur.*

RESOLUCIÓN de 14 de abril de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por escrito de 23 de marzo de 1999 presentado en el Consulado General de España en Düsseldorf doña María promovió expediente en el que solicitaba el reconocimiento, según la Ley española, de la sentencia de divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Eschweiler (Alemania), el 11 de enero de 1999, relativa al matrimonio celebrado con el ciudadano alemán don Erwin Wagemann en Los Llanos de Aridane, el 26 de julio de 1980. Fundamentaba su solicitud en que la sentencia dictada con fecha 11 de enero de 1999 es firme desde el 11 de enero de 1999, que el Tribunal que la dictó era el competente (arts. 7 y 8 del Convenio entre España y la República Federal de Alemania, sobre reconocimiento y ejecución de re-

soluciones en materia civil y mercantil, en vigor desde el 18 de abril de 1988), y no se trata de sentencia declarada en rebeldía, ni existe motivo de denegación del reconocimiento.

- Ratificada la promotora, el Canciller del Consulado General de España en Düsseldorf envió escrito a don Erwin Wagemann en el que se le informa de la incoación del expediente de reconocimiento de la sentencia alemana de divorcio, con el ruego de que por su parte firme la declaración jurada y se devuelva a esa Representación Consular.
- El Cónsul General, Encargado del Registro Civil Consular, dictó auto propuesta con fecha 28 de abril de 1999, por el que ordenó se trasladara el expediente al Registro Civil donde constaba inscrito el matrimonio.
- El Juez Encargado del Registro Civil de Los Llanos de Aridane dictó auto con fecha 23 de julio de 1999, por el que denegó la práctica de la inscripción marginal de divorcio que solicita la promotora, fundamentando el auto en que el Tratado Internacional suscrito con la República Federal de Alemania establece un sistema siempre referido al órgano jurisdiccional del Estado requerido, no a oficina del Registro Civil, para lo cual estaba previsto establecer un sistema distinto que todavía no se ha convenido.
- Doña María interpuso recurso gubernativo que fue estimado por la DGRN.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El problema fundamental que ha de decidirse es el de si es inscribible la sentencia de divorcio dictada por un Juez alemán el 11 de enero de 1999 por la cual se disuelve el matrimonio celebrado en Los Llanos de Aridane (Tenerife) el 26 de julio de 1980. Este problema ha de resolverse a la vista del Convenio bilateral citado en los vistos (publicado en el BOE de 26 de febrero de 1988), cuyas disposiciones forman parte del ordenamiento español y se sobreponen a las normas internas sobre la materia (arts. 96 de la Constitución y 1 del Código Civil).

Como viene declarando la doctrina de este Centro Directivo, el Convenio bilateral distingue claramente, respecto de las resoluciones judiciales, el reconocimiento de las mismas, regulado en el capítulo II, de la ejecución de éstas, a la que se dedica el apartado I del capítulo III. Las reglas de la ejecución entrarán en juego cuando se pretenda la

efectividad en España de la sentencia alemana y sea necesaria la colaboración de los órganos judiciales españoles para lograr tal efectividad, mientras que la sola inscripción en el Registro Civil de la disolución se desenvuelve en el ámbito probatorio e implica dar publicidad a la sentencia, es decir, entra en el campo de lo que el Convenio denomina «reconocimiento» y no en el de la «ejecución». Precisamente la singularidad del Convenio estriba, frente al régimen general establecido por el artículo 107, II, del Código Civil, en que el «reconocimiento» de la sentencia de divorcio no requiere intervención judicial ni exequátur, si se cumplen otras condiciones.

La sentencia alemana acompañada en cuanto implica la disolución del vínculo debe ser reconocida en España, con arreglo a las disposiciones pertinentes del Convenio. En efecto: a) al no haber establecido Espa-

ña el procedimiento especial simplificado al que alude el artículo 10.4, la sentencia es reconocida sin necesidad de procedimiento especial (cfr. art. 10.1) por concurrir las dos condiciones del artículo 4, como son la de haber ganado firmeza y la de ser competente el Tribunal alemán conforme a las previsiones de los apartados 1 y 2 del artículo 8.^º, al tener el demandado al iniciarse el procedimiento nacionalidad alemana, además de tener demandante y demandado su residencia habitual en Alemania en tal momento, y b) no existen los motivos excepcionales de

denegación del artículo 5.^º (la sentencia no es contraria al orden público), ni del artículo 6.2 (nótese en cuanto a este punto que, aunque no se haya aplicado la ley española —art. 107.I, CC— se hubiera llegado al mismo resultado de aplicar ésta, ya que es causa de divorcio el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho —art. 86.3.^ºa)— y aquí la separación consentida se remonta al mes de enero de 1997).

4. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

4.1. *Admisión de la inscripción del nuevo régimen de gananciales establecido por los cónyuges aportando determinados bienes ya que el negocio jurídico de comunicación de bienes contemplado no plantea, desde ningún punto de vista, problema alguno de expresión de la causa.*

RESOLUCIÓN de 8 de mayo de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 1 de octubre de 1996, mediante escritura pública otorgada ante Notario, los cónyuges, don Juan y doña Celia, casados, en régimen de separación de bienes, pactado en escritura de capitulaciones matrimoniales, acuerdan que su matrimonio vuelva a regirse por las normas que para el régimen de gananciales establece el Código Civil en los artículos 1344 a 1410, pactando expresamente dicho régimen. Asimismo, hacen un inventario de los bienes propios y acuerdan que cada cónyuge aporta a la sociedad de gananciales los bienes descritos en el mismo, los cuales constituyen el nuevo activo patrimonial de dicha sociedad, asumiendo igualmente con carácter ganancial la deuda hipotecaria afectante a las fincas aportadas.
- Presentada copia de la escritura en el Registro de la Propiedad de Murcia, número 2, se denegó la inscripción en base a que para que se produzcan transferencias de bienes desde el patrimonio privativo de cualquiera de los cónyuges al patrimonio ganancial se requiere la existencia de

un negocio cuya causa y régimen jurídico resulte con precisión y claridad del documento presentado a inscripción (Resolución de 25 de septiembre de 1990), expresando debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación y, especialmente, su causa (Resolución de 28 de mayo de 1996), exigencia ésta imprescindible, tanto para el adecuado cumplimiento de la función calificadora, como para la expresión de las circunstancias de aquél en el Registro (Resolución de 7 de octubre de 1992) y para la debida determinación de la protección que el sistema dispensa en función de la onerosidad o gratuidad de la causa (Resoluciones de 11 de junio de 1993 y 28 de mayo de 1996). Tal exigencia no puede considerarse cumplida con las manifestaciones contenidas en el documento calificado.

- El Notario autorizante interpuso recurso gubernativo ante el TSJ de Murcia que fue estimado.
- El Registrador de la Propiedad interpuso recurso ante la DGRN que fue desestimado.

RECURSO ANTE EL TSJ DE MURCIA

1. Alegaciones del Notario recurrente.

Que la cuestión jurídica objeto del presente recurso puede sintetizarse en los siguientes términos: Si pactadas unas capitulaciones matrimoniales que recogen un acuerdo entre cónyuges consistente en cambiar su régimen matrimonial que pasa a ser de separación de bienes a gananciales y en las que con ocasión de dicho cambio los cónyuges aportan bienes propios a su nueva sociedad de gananciales, se entiende cumplidos los requisitos de expresión de los elementos constitutivos de negocio de aportación y, especialmente, su causa, o por el contrario no se entienden cumplidos.

Que en defensa de su criterio de no inscribir por falta de expresión de la causa cita el señor Registrador varias resoluciones que se deben examinar:

a) En primer lugar, y muy importante, en todas las resoluciones citadas se plantean casos en los que la sociedad de gananciales ya existe y los desplazamientos patrimonia-

les que se pretenden se producen en el seno de la sociedad de gananciales vigente.

b) Que dichas resoluciones parten del principio de validez del negocio de aportación, así la de 11 de junio de 1993. Que la cita del artículo 609 del Código Civil es fundamental en este caso. Si la propiedad se transmite como dicho artículo establece, además de por los contratos que menciona, “como consecuencia de ciertos contratos seguidos de la tradición”, es indudable que uno de estos contratos puede ser el contrato de bienes con ocasión del matrimonio, es decir, los acuerdos entre cónyuges destinados a ordenar sus relaciones económicas y recogidos en capitulaciones matrimoniales. Aquí está la causa.

c) Que en la Resolución de 28 de mayo de 1996, se encuentra un argumento decisivo para defender la inscripción de la escritura en la expresión que utiliza el Presidente del Tribunal Superior de Justicia en el auto. Que, efectivamente, si el Sr. Registrador no pide que se exprese la causa en una escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que se pacta la disolución y la liquidación de

gananciales y se adjudican bienes a los cónyuges en pago de gananciales, no se entienden por qué ha de pedirla para la operación inversa. Que por la misma razón que en el supuesto de disolución-liquidación no lo pide, tampoco debe pedirlo en el supuesto de constitución-aportación, ya que la causa tanto en un caso como en el otro, va ínsita en el propio negocio, y no es otro que el propio contrato de bienes con ocasión del matrimonio, o más exactamente por causa del matrimonio.

Que, en definitiva, no se trata del mismo caso contemplado por las resoluciones citadas en la nota de calificación. En este caso, se trata de un contrato de régimen económico matrimonial pactado en capitulaciones, al amparo de la posibilidad de otorgamiento de contratos entre cónyuges y de capitular libremente después de celebrado el matrimonio, que es encuadrable perfectamente en el artículo 609 del Código Civil y que, por tanto, no necesita de expresión de ninguna otra causa para producir el desplazamiento patrimonial pretendido en base a un negocio válido de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes con categoría autónoma y diferenciada, tal y como lo recoge y admite la Resolución de 28 de mayo de 1996.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

Que se trata de un pacto capitular entre unos cónyuges, consistente en un nuevo cambio de régimen económico matrimonial para volver a regirse por el régimen de gananciales, al que inicialmente estuvieron sometidos.

Que estos pactos capitulares están reconocidos por el Código Civil en los artículos 1325 y 1326. Que las Resoluciones citadas en la nota de calificación, aunque resuelvan casos planteados en los que la sociedad de gananciales ya existe y los desplazamientos patrimoniales que se pretenden lo son desde

el patrimonio privativo de los cónyuges al patrimonio ganancial existente, son aplicables al caso presente.

Que hay que resaltar que la Ley de 13 de mayo de 1981 dio una nueva redacción al título III, libro IV del Código Civil, comprensivo de los artículos 1315 a 1444, que pasó a llevar el epígrafe “Del régimen económico matrimonial” en lugar de la anterior denominación. Que después de la reforma del Código Civil, sigue con el mismo sistema de libertad de estipulaciones, se suprime la prohibición de contratación entre cónyuges y admite el otorgamiento y modificación de las capitulaciones matrimoniales en cualquier tiempo, antes o después de celebrado el matrimonio. Pero de tales modificaciones introducidas no se puede deducir que las mismas hayan afectado, en cambio, a aquellos principios gananciales y básicos que informan la regulación del régimen de gananciales. Que si en la escritura calificada se establece como pacto primero, en congruencia con el artículo 1345 del Código Civil “que a partir del día de hoy, su régimen económico matrimonial será de gananciales, regulado en los artículos 1344 a 1410 del Código Civil”, las normas y limitaciones de este régimen son las que ellos mismos han pactado y como consecuencia lógica de ello el principio establecido en el artículo 1346.1 del Código Civil, dentro del capítulo dedicado a la sociedad de gananciales, determina que son privativos de cada uno de los cónyuges los bienes y derechos que le pertenecieron al comenzar la sociedad. Que nada impide, por tanto, la coexistencia de dos patrimonios distintos, uno de la titularidad exclusiva de cada uno de los cónyuges y otro patrimonio común o ganancial que empezará a formarse desde el momento del otorgamiento de los capítulos y conforme las normas de los artículos 1347 y siguientes del Código Civil. Este es el criterio que sustenta el Registrador en la Resolución de 28 de mayo de 1996. Que en la nota de calificación del presente recurso, lo único que se cuestiona es la falta de la expresión de una causa que justifique la transferencia de los

bienes del patrimonio privativo al ganancial, ya que no se estima que tal exigencia pueda considerarse cumplida con las manifestaciones contenidas en el documento calificado en su pacto “aportaciones”, por ser imprecisos, como la propia Resolución de 28 de mayo de 1996, los elementos constitutivos del negocio de aportación verificado y especialmente su causa, al estar en el caso concreto pactando una modificación de régimen matrimonial cuyo pacto por sí solo no se estima causa para el desplazamiento patrimonial pretendido, cuando en la regulación a la que se someten y por razón del pacto primero de la escritura calificada se están acogiendo a la propia regulación del Código Civil en la materia, con carácter de

derecho necesario que como normas de derecho de familia se le puede atribuir a los artículos del Código a los que los mismos otorgantes se someten.

3. Resolución del TSJ de Murcia.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, revocó la nota del Registrador fundándose en que de la misma manera que al disolver la sociedad de gananciales estos bienes pasan a ser privativos, nada obsta que al constituirse ésta se transmuten en gananciales los aportados por los cónyuges; y en virtud de lo establecido en los artículos 609, 1277, 1317, 1355 y 1392.4 del Código Civil.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Registrador recurrente.

El Registrador apeló el auto presidencial, manteniéndose en las alegaciones contenidas en su informe.

2. Doctrina de la DGRN.

Son hechos a tener en cuenta en la resolución del presente recurso los siguientes: Unos cónyuges que, en su día, disolvieron la sociedad de gananciales, estableciendo el régimen de separación de bienes, adjudicándose los que entonces formaban parte de la masa común, otorgan cuatro años después una escritura pública, estableciendo de nue-

vo el régimen de gananciales y aportando al mismo determinados bienes, resultando que la valoración que se hace en la escritura de los aportados es igual para los aportados por cada uno de ellos. El Registrador deniega la inscripción por no expresarse la causa de la aportación.

El defecto atribuido no puede mantenerse pues, centrándonos en el supuesto concreto, un negocio jurídico de comunicación de bienes como el contemplado, en el que se aportan por ambos cónyuges bienes a la nueva sociedad de gananciales que se constituye, estimando los otorgantes de igual valor los aportados por cada uno de ellos, no plantea, desde ningún punto de vista, problema alguno de expresión de la causa.

DERECHO COMPARADO

LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA

CARLOTA VERBEL ARIZA

*Decana Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Cartagena de Indias
Colombia*

SUMARIO

- I. LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA.**
 - II. LEYES QUE HAN REGIDO LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA.**
 - III. EL CÓDIGO CIVIL Y LA ADOPCIÓN.**
 - IV. LA ADOPCIÓN SEGÚN LA LEY 140 DE 1960.**
 - V. DERECHOS SUCESORALES DEL ADOPTIVO SEGÚN LA LEY 140/1960.**
 - VI. LEY 5.^a DE 1975 Y LA ADOPCIÓN.**
 - VII. DERECHOS SUCESORALES DEL ADOPTIVO SEGÚN LA LEY 5.^a DE 1975.**
 - VIII. ADOPCIÓN SEGÚN EL DECRETO 2737 DE 1989 O CÓDIGO DEL MENOR.**
 - 1. Concepto de adopción.**
 - 2. Quiénes pueden adoptar según la legislación colombiana vigente.**
 - 3. Quiénes no pueden adoptar.**
 - IX. OBLIGACIONES Y DEBERES DE PADRES E HIJOS ADOPTIVOS.**
 - 1. Obligación de educar.**
 - 2. Obligaciones de los hijos de familia.**
-

- X. QUIÉNES PUEDEN SER ADOPTADOS.
 - XI. CONSENTIMIENTO O AUTORIZACIÓN PARA LA ADOPCIÓN.
 - XII. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ADOPCIÓN.
 - 1. En relación con la familia de origen.
 - 2. Consecuencias jurídicas en relación con adoptantes y adoptado.
 - XIII. ASPECTO PROCESAL DE LA ADOPCIÓN.
 - XIV. REQUISITOS ADICIONALES CUANDO SE TRATA DE ADOPTANTE EXTRANJERO.
 - XV. NUEVO APELLIDO DEL MENOR ADOPTADO.
 - XVI. DERECHOS HERENCIALES DEL HIJO ADOPTIVO.
 - XVII. GARANTÍAS PARA LA MADRE ADOPTANTE EN COLOMBIA.
 - XVIII. EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA.
 - XIX. BIBLIOGRAFÍA.
-

I. LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA

La adopción es un acto humano que en los tiempos que transcurren se ha ido fortaleciendo, e incrementando a gran velocidad, esto se debe en parte a las reformas en la legislación de familia pertinente, y por la demanda constante de las parejas que no han podido procrear y realizar sus aspiraciones y deseos por medios naturales, lo hacen a través de la adopción; otra razón de peso para usar esta figura es la protección que debe brindarse a los niños abandonados muchas veces por no ser deseados por sus padres, o los que permanecen en hogares infantiles transitoriamente esperando una persona que tenga sentido de solidaridad para brindarles un hogar y un futuro mejor.

La adopción la define el Código del Menor como “una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado se establece de manera irrevocable, la relación paterno filial entre personas y que no la tienen por naturaleza”.

Anteriormente se definía como “el prohijamiento como hijo de quien no lo es por naturaleza”.

El objeto de la adopción es dar al adoptado la posición de hijo frente al adoptante.

Se ha tratado con las diferentes reformas que han tenido las leyes de adopción, equiparan esta filiación a la de sangre, y para esto se han roto por ley los vínculos del adoptivo con su familia de origen.

La adopción es considerada por el Código del Menor como una medida de protección para el menor de 18 años. Pero la adopción es también una clase de parentesco; se trata del **parentesco civil**. Según el art. 50 del Código Civil Colombiano es definido como: “El que resulta de la adopción, mediante el cual la ley estima que el adoptante, su mujer y el adoptivo se encuentran entre sí, respectivamente, en las relaciones de padre, de madre, de hijo”. Esta norma ya no se aplica porque el parentesco se extiende mucho más allá de lo que ella expresa.

La adopción fue elevada a canon constitucional pues el artículo 42 inciso 6.º de nuestra Carta Política establece: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes...”.

El artículo 100 del Código del Menor manifiesta que: “La adopción establece parentesco civil entre el adoptivo, el adoptante y los parientes consanguíneos o adoptivos de este y extingue todo parentesco de consanguinidad con la familia de sangre, a menos que el adoptante sea cónyuge del padre o madre del adoptivo (arts. 100 y 98 del Código del Menor).

II. LEYES QUE HAN REGIDO LA ADOPCIÓN EN COLOMBIA

La adopción ha sido objeto de muchas regulaciones jurídicas, y siempre con miras a equiparar en lo posible al hijo adoptivo con los hijos de sangre.

III. EL CÓDIGO CIVIL Y LA ADOPCIÓN

Nuestro Código Civil adoptado por la Ley 57 de 1887 consideró la adopción como: “El prohijamiento de una persona o la admisión en lugar del (sic) hijo del que no lo es por naturaleza”.

Las reglas para la adopción según el Código Civil eran:

Con relación al adoptante:

1. Que éste no estuviera bajo el poder o dependencia de otra persona.
2. Debía ser mayor de edad.
3. Debía ser 15 años mayor que el adoptado.
4. No debía tener descendencia legítima.

5. Debía ser del mismo sexo del adoptado aunque se permitía la adopción conjunta por los cónyuges.
6. Si el tutor o curador quería adoptar al pupilo debían reunirse estos requisitos:
 - a) Que el pupilo fuera mayor de 18 años.
 - b) Que al guardador se le hubieran aprobado sus cuentas y estuviese a paz y salvo por la administración de los bienes a su pupilo.

El adoptivo podía heredar al padre por testamento en caso de que no hubieren descendientes legítimos y en caso de que los hubiere solo tenía derecho a la décima parte de los bienes. El adoptante en ningún caso podía heredar al adoptado.

La adopción era irrevocable, pero podía revocarse excepcionalmente cuando el adoptado cometía una de las causales de desheredamiento. La adopción fenecía por muerte del adoptante o del adoptado y por tener el adoptante descendencia legítima.

IV. LA ADOPCIÓN SEGÚN LA LEY 140 DE 1960

Luego se expidió la Ley 140 de 1960 que modificó el sistema que venía rigiendo referente a esta materia en el Código Civil. Con base en esta ley, la adopción es el prohijamiento o admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza; se mantiene la adopción solo entre personas de un mismo sexo.

El hijo natural reconocido no podía ser adoptado por su padre o madre. La adopción no se oponía a que el adoptante haya tenido, tenga o llegue a tener hijos legítimos naturales o adoptivos. Se podía adoptar conjuntamente por ambos cónyuges o por uno de ellos con la autorización del otro.

V. DERECHOS SUCESORALES DEL ADOPTIVO SEGÚN LA LEY 140/1960

Bajo el imperio de la ley comentada mejoró un poco la situación del adoptivo con respecto a los derechos hereditarios, pues se consideró:

- a) Que concurrían con los hijos legítimos en el primer orden sucesoral, pero recibían solo la mitad de lo que heredaba un hijo legítimo, o sea que heredaba como hijo natural o extramatrimonial. En ese tiempo los hijos extramatrimoniales en Colombia heredaban solo un 50 por 100 de lo que heredaba el hijo legítimo.
- b) A falta de hijos legítimos, los adoptivos concurrían con los ascendientes, los hijos naturales y el cónyuge en el segundo orden sucesoral y recibían igual que un hijo natural.

- c) Si no había ascendientes, el hijo adoptivo heredaba en el tercer orden sucesoral con los hijos naturales o extramatrimoniales.
- d) A falta de hijos naturales y de cónyuge se dividía la herencia por partes iguales como los hermanos legítimos o naturales. El hijo adoptivo solo excluía a los colaterales (tíos, primos) y al municipio de la última vecindad del finado.

Al hijo adoptivo se le consideró como legitimario del adoptante, pero su descendencia no tenía derecho a representarlo en relación con la legítima.

El adoptante no tenía derecho a heredar al adoptivo.

La adopción solo establecía relaciones de parentesco entre el adoptante y el adoptado.

El adoptado continuaba formando parte de su familia de origen y conservaba en ella sus derechos y obligaciones.

VI. LEY 5.^a DE 1975 Y LA ADOPCIÓN

La Ley 5.^a modificó sustancialmente el título XIII del libro I del Código Civil.

Esta ley dio un vuelco total a los fundamentos que habían regido la adopción hasta ese momento que eran: tener un heredero las personas que no habían podido tener hijos, y tener compañía y consuelo en la ancianidad, se pensaba en el adoptante, no en el adoptado, era como una especie de favor que debía ser pagado por el adoptivo con dedicación y cuidado al adoptante, tanto, que el padre podía revocar unilateralmente la adopción.

Con la expedición de esta ley podía adoptar quien siendo capaz haya cumplido 25 años, tenga 15 más que el adoptivo y se encuentre en condiciones físicas, mentales y sociales hábiles para suministrar hogar a un menor de 18 años.

La Ley 5.^a no definió la adopción. Sólo se podían adoptar menores de 18 años a menos que el adoptante hubiere tenido el cuidado personal del adoptable antes de que cumpliera tal edad.

Se permitió la adopción aunque el adoptante haya tenido, tenga o llegue a tener hijos legítimos naturales o adoptivos. Se permitió que el hijo natural fuera adoptado por su padre o madre conjuntamente con el cónyuge.

La adopción requería del consentimiento de los padres, si uno de ellos faltaba era suficiente el consentimiento del otro (artículos 118 y 119).

Reglamentó dos clases de adopción, la **Plena** y la **Simple**; la primera establecía relación de parentesco entre el adoptivo, el adoptante y los parientes de sangre de este. En cambio la adopción simple solo establecía parentesco entre el adoptante, el adoptivo y los hijos de este.

La Ley 5.^a permitía la adopción de menores abandonados; para ello, al defensor de menores le correspondía declarar el estado de abandono de un menor, previo el procedimiento previsto en el decreto 1818 de 1964, arts. 8.^o y 9.^o

VII. DERECHOS SUCESORALES DEL ADOPTIVO SEGÚN LA LEY 5.^a DE 1975

Los adoptivos por disposición de esta ley son legitimarios del adoptante, se le dio derecho a la cuarta de mejoras. Los adoptivos podían ser representados por sus hijos legítimos.

El padre adoptante es a su vez legitimario del adoptivo y tiene en la sucesión de este los derechos hereditarios que tendrían sus padres de sangre. El hijo adoptivo pleno heredaba solo a sus padres adoptantes y en general a los parientes del adoptante y heredaba como un hijo legítimo. El hijo adoptivo simple heredaba tanto a sus padres de sangre como a sus padres adoptantes pero en la sucesión del adoptante recibía la mitad de lo que heredaba el adoptivo pleno y el hijo legítimo.

En el segundo orden sucesoral los padres adoptantes si eran plenos desplazaban a los otros padres de origen, pero si era adoptante simple heredaba en ese orden; con los padres de sangre se repartían la herencia por cabeza.

Según esta ley solo podían desarrollar programas de adopción: El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y las instituciones de Bienestar Familiar mediante resolución motivada, suscrita por el director general, en la cual se les otorga la licencia de funcionamiento.

VIII. ADOPCIÓN SEGÚN EL DECRETO 2737 DE 1989 O CÓDIGO DEL MENOR

Siempre las reformas que se han hecho del parentesco civil o de adopción han sido para fortalecer la situación y posesión jurídica de estos seres humanos que como todos los demás que pueblan el país desean tener una familia, ser felices y tener un adecuado desarrollo de su personalidad.

En Colombia desde el año 1989 se expidió el decreto 2737, o Código del Menor. Este código trató varias situaciones relacionadas con los menores, tales como: Los derechos del menor, medidas de protección, dentro de las medidas de protección se trató de los alimentos, la adopción. La adopción la trató y definió en la sección 5.^a primer apartado, y comienza definiéndola en forma diferente a como venía anteriormente.

1. Concepto de adopción.

El artículo 88 del Código del Menor dice que: “La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la

suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza”.

La adopción fue siempre una institución propia del derecho civil, ese era su marco, desde 1989 es una institución **del derecho de menores**, porque la adopción es para menores de edad por regla general, excepcionalmente se da para mayores de 18 años.

La adopción tiene gran importancia en los países del tercer mundo, por las altas tasas de miseria que manejan afectando en primer lugar a la niñez. De manera que la adopción no sólo tiene interés para las políticas y legislaciones nacionales, sino también para organizaciones e instituciones de carácter internacional; ejemplo de esto lo tenemos con el Instituto Interamericano del Niño, que ha promovido numerosos encuentros y distribuido documentación tendiente a que los países legislen a favor de introducir la adopción, para proteger a los menores del rigor de la carencias absolutas, y por lo demás con esta medida favorecen a los países afectados por la disminución de la natalidad para que sus nacionales puedan tener los hijos que la naturaleza les negó.

2. Quiénes pueden adoptar según la legislación colombiana vigente.

Pueden adoptar:

- a) Los que tengan capacidad, esto es, los que puedan obligarse por sí mismos y sin ministerio o autorización de otros.
- b) Los que hayan cumplido 25 años de edad y tengan 15 años más que el adoptado.
- c) Los que tengan condiciones físicas, esto quiere decir, que tengan integridad orgánica tal, que sea capaz de suministrar un hogar al menor; habría que analizar cada caso, pues un ciego o un sordomudo en términos generales no sería apto para brindar un hogar a un menor; lo mismo sucede con la persona que padece una enfermedad infectocontagiosa.
- d) El adoptante debe ser sano de mente, pues a un enajenado mental no se le puede entregar un menor pues sería exponerlo a riesgos incalculables.
- e) Que tenga idoneidad social y moral; justo es que el adoptante tenga buenas costumbres en el hogar, en el trabajo y dentro de su entorno, que su conducta sea irreprochable, que tenga buenos hábitos, que sea serio, ético.
- f) El adoptante debe tener condiciones económicas, para que el adoptivo viva de una manera digna, porque si lo sacamos del estado de pobreza en que nació no es para que siga igual o peor.

3. Quiénes no pueden adoptar.

No pueden adoptar los incapaces (los dementes, los impúberes, los interdictos, los sordomudos que no se den a entender por escrito).

Además de los mencionados, tampoco pueden adoptar los menores de 25 años. Los que con respecto al adoptivo tienen una diferencia de edad inferior a 15 años.

En consecuencia, solo pueden ser adoptados los menores de 18 años siempre y cuando reúnan estos requisitos:

1. Que hayan sido declarados en situación de abandono.
2. Que previamente hayan consentido en la adopción los padres del menor.
3. Que la adopción haya sido autorizada por el defensor de familia, cuando el menor no se encuentre en situación de abandono y que carezca de representante legal.

IX. OBLIGACIONES Y DEBERES DE PADRES E HIJOS ADOPTIVOS

Los padres e hijos adoptivos tienen los mismos deberes y obligaciones que tienen los padres e hijos de sangre (legítimos o extramatrimoniales); el padre adoptante tiene la obligación de criar al hijo adoptivo y criarlo significa darle lo necesario para subsistir y desarrollar su personalidad, ello implica suministrarle vestido, comida, alojamiento, asistencia médica, recreación, formación integral y educación.

Esta obligación de crianza se extiende hasta que el menor cumpla la mayoría de edad siempre que a esa edad pueda valerse por sí mismo, que no esté discapacitado o que no estudie, pues si la persona llegó a la mayoría de edad pero es discapacitado o no ha terminado su carrera la obligación del padre o madre continúa.

1. Obligación de educar.

Este es un deber que tienen los padres con el fin de formar integralmente al menor, hasta que obtengan un título profesional, un arte u oficio. Está obligado el padre a suministrar a sus hijos la preparación necesaria para que ejerzan profesión u oficio que les permiten subsistir por sí mismos y serle útil a la sociedad.

2. Obligaciones de los hijos de familia.

Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. Aunque los hijos estén emancipados quedan siempre obligados a cuidar de sus padres en la ancianidad,

en el estado de demencia y en todas las circunstancias de la vida que necesiten su auxilio, con base en esto los padres tienen derecho a demandar alimentos de sus hijos si estos no se lo dan voluntariamente. Pero la obligación no es solo con el ascendiente de primer grado (padre) sino que es obligatorio socorrer a todos los ascendientes, en caso de inexistencia de los inmediatos descendientes (arts. 251 y 252 Código Civil).

Los derechos y obligaciones son recíprocos, lo propio sucede con el derecho hereditario, los hijos heredan al padre en el primer orden sucesoral, pero los padres heredan a los hijos cuando estos no tienen hijos.

X. QUIÉNES PUEDEN SER ADOPTADOS

Los adoptivos deben ser generalmente menores de 18 que hayan sido declarados en abandono, o aquellos cuya adopción ha sido consentida por sus padres o autorizada por los defensores de familia, en caso de que el menor sin estar abandonado carezca de representante legal.

Se puede adoptar también al mayor de 18 años siempre que antes de dicha edad hayan estado bajo el cuidado personal de quienes van a adoptarlos.

Pueden adoptarse igualmente los menores indígenas cuando se encuentren abandonados fuera de su comunidad; pero es indispensable en este caso someterlo a consulta de la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno o de la entidad que haga sus veces. Al menor indígena abandonado fuera de su comunidad hay que tratar de reintegrarlo a ella, siempre que esta le brinde la debida protección y habrá que respetar sus usos y costumbres en caso de ser adoptado. El reintegro a la comunidad debe intentarse hasta antes de que se dicte sentencia de adopción.

Puede adoptarse además el hijo de uno de los cónyuges por el otro, sea ese hijo legítimo o extramatrimonial.

En este caso, como los padres deben prestar su consentimiento, si uno de los padres falleció el consentimiento lo otorgará el padre o madre sobreviviente. Cuando el menor adoptable es púber (mujer mayor de 12 y varón mayor de 14 años) se requiere conocer su consentimiento.

El hijo adoptivo puede darse también en adopción y en este caso se requiere el consentimiento de los padres adoptantes.

El pupilo puede ser adoptado por su tutor o curador, previa rendición y aprobación de cuentas o de la administración de los bienes.

XI. CONSENTIMIENTO O AUTORIZACIÓN PARA LA ADOPCIÓN

El Código del Menor al respecto preceptúa que si el menor está bajo patria potestad, el consentimiento deben darlo quienes la ejercen de acuerdo a las

normas civiles (padres legítimos, extramatrimoniales y adoptivos), no importa las relaciones que existan entre los padres, cuando la patria potestad la ejercen conjuntamente. En cualquier situación quien ejerce la patria potestad debe dar su consentimiento para la adopción.

El consentimiento para la adopción debe darse personalmente ante el defensor de familia, quien hará a los manifestantes la advertencia sobre las consecuencia de la irrevocabilidad de la adopción; esta es una instancia administrativa previa a la adopción.

El consentimiento debe ser expresado personalmente y no se admite por intermedio de apoderado; esta diligencia no puede delegarse.

Si el menor adoptable no está bajo patria potestad por inexistencia de quienes pueden ejercerla o por pérdida decretada en la forma ordenada en la ley, la adopción solo es procedente con autorización del defensor de familia mediante resolución motivada (art. 94 Código del Menor).

El padre o la madre de un menor falta no solo por muerte, sino cuando por enfermedad mental o grave anomalía psíquica, está en incapacidad de dar un consentimiento válido. Estas anomalías serán certificadas por la dirección de medicina legal y en su defecto por la sección de salud mental de los servicios seccionales de salud de la respectiva entidad territorial a solicitud del defensor de familia.

El consentimiento que se da para la adopción jurídicamente válida es irrevocable por quien lo dio (padres o representantes legales del menor); dicha irrevocabilidad surte efectos legales después de un mes contado a partir de la fecha en que se dio; sobre este carácter deben estar suficientemente informados los padres que otorgan el consentimiento.

XII. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA ADOPCIÓN

Las consecuencias jurídicas de la adopción plena tienen dos aspectos:

a) Frente a la familia de origen del adoptado; b) En relación con el adoptado y adoptantes.

1. En relación con la familia de origen.

Una vez ejecutoriada la sentencia de adopción termina todo vínculo o relación del menor con su familia anterior (legítima, natural o adoptiva); en consecuencia los derechos y obligaciones existentes antes de la adopción dejan de tener vigencia y solo perdura el impedimento matrimonial. La ley prohíbe cualquier acción para establecer o reconocer una relación paterno-filial con el adoptivo basada en vínculos de sangre.

2. Consecuencias jurídicas en relación con adoptantes y adoptado.

Concedida la adopción y en firme la sentencia que la concede, adoptante y adoptado adquieren los derechos y obligaciones de padre e hijo, en consecuencia todo lo relativo al estado civil, patria potestad, impedimentos matrimoniales y demás instituciones del régimen de familia, rigen las relaciones creadas con la adopción.

XIII. ASPECTO PROCESAL DE LA ADOPCIÓN

Con base en el art. 104 del Código del Menor, la adopción únicamente podrá ser solicitada por los interesados en ser declarados adoptantes, mediante demanda presentada por medio de apoderado ante el juez de familia del domicilio de la persona o entidad a cuyo cuidado se encuentre el menor.

La demanda de adopción tiene los requisitos comunes de cualquier demanda, pero tendría además los siguientes anexos especiales:

1. El consentimiento para la adopción.
2. El registro civil de nacimiento de los adoptantes y del menor.
3. El registro civil de matrimonio o la prueba de la convivencia extramatrimonial de los adoptantes.
4. Copia de la declaración de abandono o autorización para la adopción según el caso.
5. Certificación con vigencia no mayor de 6 meses, expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o una entidad autorizada para el efecto, sobre la idoneidad física, mental, social y moral de los adoptantes, y constancia de la entidad respectiva sobre la integración personal del menor con el adoptante o adoptantes.
6. La solicitud de adopción suscrita por los adoptantes presentada personalmente por ellos.
7. El certificado vigente sobre antecedentes penales o policivos de los adoptantes, expedido por autoridad competente.
8. La certificación actualizada sobre vigencia de la licencia de funcionamiento de la institución donde se encuentra albergado el menor, expedida por el I.C.B.F.

XIV. REQUISITOS ADICIONALES CUANDO SE TRATA DE ADOPTANTE EXTRANJERO

Cuando el o los adoptantes son extranjeros y residen fuera del país deberán aportar además los siguientes documentos:

- a) Certificación expedida por entidad gubernamental o privada oficialmente autorizada donde conste el compromiso de efectuar el seguimiento del menor adoptable hasta su nacionalización en el país de residencia de los adoptantes.
- b) Autorización del gobierno del país de residencia de los adoptantes para el ingreso del menor adoptable.

Se preferirá a los adoptantes colombianos antes que a los extranjeros.

Cuando todos los solicitantes sean extranjeros se preferirá a los ciudadanos oriundos de un país que haya ratificado o se haya adherido a la convención sobre conflicto de leyes en materia de adopción o a otros semejantes que apruebe el Congreso Nacional. En este caso, la adopción se sujetará a las cláusulas allí establecidas.

Una vez presentada la demanda por el apoderado de los adoptantes se dará traslado al defensor de familia por 5 días; si este se allanare a ella, el juez dictará sentencia dentro de los 10 días siguientes. Pero si el juez considera insuficientes las pruebas acompañadas, señalará un término máximo de diez días para decretar y practicar las que considere necesarias. Vencido este término el juez notificará personalmente al menos a uno de los adoptantes.

Cuando la adopción fuere conjunta y uno de los adoptantes fallece antes de la sentencia, el proceso continuará con el sobreviviente que manifieste su voluntad de persistir, y solo respecto a él producirá efecto la sentencia. En caso contrario el proceso terminará. Si la adopción es individual y el adoptante muere antes de la sentencia, el proceso terminará. Contra la sentencia de adopción procede el recurso de apelación ante la sala civil o de familia del Tribunal Superior de Justicia respectivo y además el recurso extraordinario de revisión.

Al menor adoptado solo se le permite la salida del país, una vez ejecutoria da la sentencia de adopción y las autoridades de emigración exigirán copia auténtica de la sentencia con la constancia de su ejecutoria.

Todos los documentos y actuaciones administrativas o jurisdiccionales propias del proceso de adopción tendrán una reserva de 30 años, y de ellos solo podrán expedirse las copias que los adoptantes solicitaren directamente o a través de apoderado o del defensor de familia, o lo solicite el adoptivo que hubiere llegado a la mayoría de edad, la Procuraduría General de la Nación para efecto de las investigaciones a que hubiere lugar.

XV. NUEVO APELLIDO DEL MENOR ADOPTADO

El hijo adoptivo según las normas vigentes debe llevar el apellido del adoptante; si la adopción es conjunta (marido y mujer) llevará los apellidos de los padres adoptantes.

En relación con el nombre podrá ser cambiado en los siguientes casos: 1) Cuando el adoptado sea menor de 3 años. 2) Cuando el adoptado consienta en ello. 3) Cuando el juez considere justificadas las razones para proceder a cambiar el nombre del adoptado (art. 97 C. del Menor).

XVI. DERECHOS HERENCIALES DEL HIJO ADOPTIVO

El decreto 2737 de 1989 o Código del Menor no dice expresamente cuáles son los derechos herenciales del hijo adoptivo y de los padres adoptantes pero contiene normas de carácter general, como el art. 112, de las que se pueden deducir.

Esta norma establece que la sentencia que decreta la adopción producirá todos los derechos y obligaciones de la relación paterno-filial, y deberá contener los datos necesarios para que su inscripción en el registro civil constituya el acta de nacimiento y reemplace la de origen, la cual se anulará. En la sentencia se omitirá el nombre de los padres de sangre, si fueren conocidos. En consecuencia tanto los hijos adoptivos como los padres adoptantes se registrarán por la ley 29 de 1982, por la que se concedió igualdad de derechos herenciales a los hijos fueran legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y así en el primer orden sucesoral, están los hijos adoptivos y desplazan a los padres, hermanos etc.; ellos solo comparten herencia con los otros hijos del causante sean de sangre o adoptivos. Si el adoptivo no tiene hijos lo heredan sus padres adoptantes, o sus hermanos a falta de padres; pero el adoptivo hereda a sus hermanos cuando estos no tienen hijos ni padres y pueden heredar también a sus tíos, hermanos de los padres. Pueden representar y ser representados, pues ellos son parientes de todos los parientes del adoptante.

Toda sentencia ejecutoriada de adopción debe inscribirse en el registro del estado civil de las personas.

XVII. GARANTÍAS PARA LA MADRE ADOPTANTE EN COLOMBIA

Considerando la maternidad como uno de los actos más importantes del ser humano y de la mujer en particular, y como la adopción es una medida de protección a los menores de edad, el Congreso de Colombia dictó la ley 24 de 1986 por medio de la cual adicionó el art. 236 del capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo, que trata sobre la protección de menores así:

XVIII. EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA

Artículo 1.º Adicionarse el artículo 236 del capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo, con el siguiente numeral:

4. “Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente para la madre adoptante del menor de 7 años de edad, asimilando a la fecha del parto la entrega oficial del menor que se adopte”.

De manera que así como la trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de 12 semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso, de la misma manera la adoptante tiene derecho a esa licencia desde la fecha de la entrega oficial del menor de 7 años. Si el adoptado tiene más de 7 años no hay derecho a la dicha licencia.

Para los efectos de la licencia la trabajadora adoptante debe presentar al patrono:

- a) La sentencia de adopción.
- b) El acta de entrega del menor o de la menor.
- c) Registro civil de nacimiento del menor o de la menor.

XIX. BIBLIOGRAFÍA

Código Civil Colombiano. Arturo Castro, Álvaro Tafur, Gustavo Contre-ras. Cuarta edición. Editorial Leyer.

Constitución Política de Colombia. Presidencia de la República 1991. Bogotá, Colombia.

Código del Menor y jurisdicción de familia. Antonio José Martínez López; Ediciones Librería del Profesional, primera edición, 1991.

Derecho Civil, Derecho de Familia. Valencia Zea Ortiz Monsalve. Editorial Temis, séptima edición, 1995.

Lecciones de Derecho de Familia. Alcides Morales, Acacio. Grupo Editorial Leyer, primera edición, 1997.

Tratado sobre los Derechos de la Familia y la Defensa del Niño. Rodríguez Moreno, Rafael. Primera edición, 1993.

Código Civil Colombiano. Eduardo Rodríguez Piñeres. Segunda edición, 1914.

Sistema de Derecho Civil. Luis Díaz Picazo y Antonio Gullón. Volumen IV. *Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones*. Séptima edición, 1997. Editorial Tecnos. 2000. Madrid, España.

Proyecto de Código de Derecho Privado. Valencia Zea, Arturo. Superintendencia de Notariado y Registro. Bogotá, 1980.

DERECHO CANÓNICO

PROBLEMAS PROCESALES EN EL PROCESO CANÓNICO DE NULIDAD MATRIMONIAL ⁽¹⁾

LOURDES RUANO ESPINA

*Profesora Titular de Derecho Eclesiástico
Facultad de Derecho - Universidad de Salamanca*

La celebración de unas Jornadas sobre la Administración de la Justicia Eclesiástica en España me pareció que podría ser el marco adecuado para presentar una serie de reflexiones en torno a dos cuestiones que desde hace tiempo me vienen preocupando por la forma en que están siendo tratadas y se están resolviendo en la práctica de ciertos Tribunales Eclesiásticos. La falta de unanimidad de criterio en cuestiones que pueden afectar al mismo *ius defensionis* del *christifideles* me indujo a reflexionar sobre estos temas y a indagar en las posibles soluciones, siempre sobre la base de que el Derecho Procesal, como me enseñó mi apreciado y admirado maestro, el P. L. ACEBAL LUJÁN, es un Derecho instrumental o adjetivo, que cumple una importantísima función: la tutela de los derechos sustantivos.

Entre los múltiples problemas que puede y suele plantear la práctica de los procesos canónicos de nulidad matrimonial yo solamente voy a referirme aquí a dos ⁽²⁾, que se plantean en momentos procesales concretos y diferentes: el primero tiene lugar en la fase introductoria del proceso y hace referencia a la actitud procesal de la parte demandada, más concretamente, a la determinación

⁽¹⁾ Comunicación presentada en las Jornadas sobre la Administración de la Justicia Eclesiástica en España: *El Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de Madrid*, celebradas en la Universidad Pontificia de Salamanca, los días 5 y 6 de febrero de 2001.

⁽²⁾ La Revista *Ius Canonicum* publicó, en el vol. 39, núm. 78, de 1999, un interesantísimo artículo de S. BUENO SALINAS, titulado “Algunos problemas y soluciones en torno al proceso canónico de nulidad del matrimonio”. Aunque el autor trata alguna cuestión relacionada con el sometimiento a la Justicia del Tribunal, lamentablemente no se refiere en ningún momento al segundo de los problemas que aquí planteamos.

de los supuestos en que debe entenderse en puridad que el demandado se ha sometido a la Justicia del Tribunal; el otro tiene lugar al final de la fase probatoria y se refiere a la posibilidad o la procedencia de que las partes —además de sus abogados— puedan conocer las actas del proceso como consecuencia de la publicación.

I. LA ACTITUD PROCESAL DE LA PARTE DEMANDADA. LA REMISIÓN A LA JUSTICIA DEL TRIBUNAL

Cuando el demandado recibe la cédula de citación, puede adoptar diversas posturas ante el proceso de nulidad del matrimonio que ha sido incoado por su cónyuge y en el que, en muchos casos sin saberlo y sin quererlo, se ha constituido en parte. La determinación de la postura procesal del demandado reviste una gran importancia en el proceso, pues de ella dependerán en muchos casos la buena marcha del mismo, las actuaciones que deben serle notificadas, el pago de las costas judiciales, etc. Esta actitud procesal puede estar claramente definida en muchos casos, sin embargo la práctica de los Tribunales eclesiásticos ha puesto de manifiesto la dificultad existente en otros muchos para determinar cuál es realmente la actitud procesal que ha adoptado la parte demandada, dificultad que encuentra su explicación, entre otras cosas, en que el Código no regula, ni siquiera menciona, las distintas posturas procesales que puede adoptar el demandado, y las que sí regula, como la reconvencción o la ausencia, han sufrido una importante modificación con relación a la legislación canónica anterior.

De forma simplificada, podríamos decir que, en general, las distintas posturas procesales que el demandado puede adoptar en el proceso canónico de nulidad matrimonial pueden reducirse a las siguientes:

1. El demandado no comparece ante el Tribunal cuando es citado, ni ofrece una excusa razonable. En estos casos consta que la citación llegó a sus manos, sin embargo guarda silencio, renuncia a defenderse. Puede ocurrir, incluso, que el demandado manifieste al cursor que le entrega la citación, o al propio Tribunal, que no quiere saber nada del asunto litigioso. En estos supuestos, a tenor del canon 1592, el Juez ha de declararlo ausente del juicio y mandar que la causa prosiga hasta la sentencia definitiva y su ejecución.

Con palabras de ACEBAL, la ausencia formal es “la inactividad o pasividad procesal de las partes por la renuncia tácita o presunta al ejercicio de sus

derechos de contradicción procesal: renuncia tácita al ejercicio del derecho de defensa por parte del demandado que es declarado ausente”⁽³⁾.

2. El demandado no comparece pero propone una excepción prejudicial, alegando por ejemplo que la citación adoleció de algún defecto o vicio sustancial o que el Tribunal carece de título de competencia⁽⁴⁾.

3. El demandado se persona en el juicio, comparece ante el Tribunal y manifiesta que se remite a la justicia del Tribunal. Esta postura procesal admite a su vez dos supuestos:

— El demandado está de acuerdo con los hechos vertidos en el escrito de demanda, e incluso con la petición de declaración de nulidad presentada por su cónyuge, es decir, que se allana a la acción.

— El demandado se opone a la demanda o a la declaración de nulidad, aunque decide no tomar parte activa en el proceso, sino que, estimando que la acción es infundada y su matrimonio válido, se somete a la Justicia del Tribunal, comprometiéndose a comparecer cuantas veces sea citado.

En cualquiera de los dos casos el demandado decide no tomar parte activa en el proceso, no constituirse en parte, permanece inactivo y a disposición del Tribunal. La actitud del demandado en esta situación de remisión o sometimiento a la justicia del Tribunal es una actitud de inhibición defensiva⁽⁵⁾, perfectamente legítima, ya que nadie está obligado a defenderse, bien sea personalmente o bien por medio de representación legal.

4. El demandado se persona en autos, comparece ante el Tribunal y se opone a la declaración de nulidad, constituyéndose en parte. Nos encontraríamos entonces ante un verdadero contradictorio procesal, en que el demandado decide tomar parte activa en el proceso y presenta escrito de contestación a la demanda. Para ello la parte demandada puede designar abogado y procurador que le defienda y represente o bien puede defenderse a sí mismo, personalmente, ya que en el proceso canónico de nulidad matrimonial no es preceptiva la designación de abogado y procurador (cf. Can. 1481, 11 y 31).

5. La parte demandada se constituye en parte activa, se opone a la demanda y además propone acción reconvenzional contra el actor (canon 1494). El demandado puede estar de acuerdo con la declaración de nulidad de su matrimonio pero por causas distintas de las que han fundamentado la demanda que

(3) “La ausencia en el proceso de nulidad matrimonial”, *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro* (Salamanca, 1990), 423-24.

(4) Cf. S. PANIZO, *Temas procesales y nulidad matrimonial* (Madrid, 1999), 385-86.

(5) S. PANIZO, *Temas procesales...*, p. 386.

ha incoado el proceso. En este caso, el demandado no solamente contesta a la demanda, oponiéndose a la misma, sino que a su vez se convierte en parte actora de la acción reconvenzional, instando él también la nulidad aunque por causas distintas a las que han fundado la acción principal.

De todas estas posibles actitudes procesales, voy a ocuparme exclusivamente de la tercera, de la remisión o sumisión a la justicia del Tribunal, ya que creo que es la única que puede llevar en ocasiones al Tribunal a realizar una interpretación inexacta y equívoca de la actitud real que está adoptando el demandado, que puede estar actuando incluso de forma fraudulenta. Esta circunstancia puede venir motivada por que la sumisión a la justicia del Tribunal tiene que ser siempre un acto voluntario, libre y expreso, sin embargo, la declaración de voluntad de la parte demandada de remitirse a la justicia del tribunal no siempre coincide con la verdadera actitud que está adoptando en el proceso. Pondremos un ejemplo, para la mejor comprensión de la situación que nos preocupa.

En varios Tribunales eclesiásticos, en la primera comparecencia que hace la parte demandada el propio Tribunal le informa sobre las distintas actitudes que puede adoptar en la causa, y se le hace saber que puede: 11. designar procurador que le represente y abogado que le defienda, corriendo en este caso con los gastos que le corresponda sufragar en el proceso, 21. puede también solicitar el beneficio de patrocinio gratuito, si reúne los requisitos para ello, en cuyo caso se le pueden designar abogado y procurador de oficio, y 31. puede remitirse a la justicia del Tribunal, sin intervención activa en el proceso, actitud que implica que el demandado debe estar dispuesto a comparecer en el Tribunal cuantas veces éste lo estime necesario. Esta tercera opción —se informa— está libre de costas judiciales.

De esta exposición de las posturas procesales posibles, el demandado, que a menudo carece de interés por el proceso de declaración de nulidad, hace de ordinario una lectura rápida: si no designa abogado ni procurador estará exento de abonar costas judiciales. Tengo constancia de que son muchos los casos en que es ésta la única razón que lleva a la parte demandada a manifestar expresamente que desea someterse a la justicia del Tribunal, aunque también en otros muchos supuestos el demandado se hará asesorar a lo largo de todo el proceso por un letrado. La práctica expuesta ha llevado incluso a determinados Tribunales eclesiásticos a entender que en todos aquellos casos en que la parte no designe abogado y procurador, se está remitiendo a la justicia del Tribunal, si así lo manifiesta expresamente, y ello a pesar de que la parte demandada presentara escrito formal de contestación a la demanda —casi siempre redactado por un letrado, aunque no figurará en ningún momento del proceso—. En estos casos estoy convencida de que, además de una falsa apreciación por parte del Tribunal, de la actitud procesal real del demandado, se está produciendo un

verdadero fraude por el demandado, haciéndose recaer la totalidad de las costas judiciales sobre la parte demandante, cuando en realidad están siendo generadas por ambas partes. Por ello me parece de suma importancia clarificar cuándo se produce realmente la remisión a la justicia del Tribunal y cuándo, pese a existir una manifestación expresa de sumisión, se está produciendo una defensa activa con auténtico contradictorio procesal.

En el caso anteriormente expuesto el demandado está tomando parte activa en el proceso, con las consecuencias que de ello se derivan y no puede entenderse sin más sometido a la justicia del Tribunal, a menos que con tal expresión se entienda que se pone a disposición del Tribunal y que acatará su resolución final, en cuyo caso también debe entenderse que la parte demandante se ha sometido a la misma justicia del Tribunal. Pero no es éste el verdadero significado de la sumisión, como actitud procesal. Para evitar el posible equívoco creo que es preferible hablar de **remisión** a la justicia del Tribunal que de **sumisión o sometimiento**, pues la relación jurídica procesal que media entre las partes y el juez es siempre una relación de subordinación y sometimiento⁽⁶⁾ a la decisión judicial, mientras que la remisión a la justicia, como actitud procesal de las partes, hace referencia a la inhibición defensiva.

Creo que aunque los problemas procesales derivados de la inexacta o errónea apreciación de la postura procesal adoptada por el demandado no afectan de forma directa al *ius defensionis*, la atenta observación de la actitud real y la sabia interpretación de la misma por el Tribunal eclesiástico puede contribuir de forma indubitada al adecuado y armónico desarrollo del proceso de nulidad.

El Código de Derecho Canónico no regula la remisión a la justicia del Tribunal, como actitud procesal pasiva, ni siquiera es mencionada en el Código, no lo fue en el de 1917 ni tampoco se refiere a ella el vigente Código de 1983. Como figura jurídica fue contemplada por las Normas del Tribunal de la Rota Romana de 1910, en cuyo artículo 26.61 se consideraba que en algún caso la ausencia puede entenderse como renuncia al propio derecho y remisión a la justicia del Tribunal⁽⁷⁾. Las nuevas normas del Tribunal de la Rota Romana de 1934 se refirieron de nuevo a la sumisión a la justicia del Tribunal en diversos artículos, encargados de regular la citación del demandado en tierras de misión (artículo 66), la prohibición de declarar contumaz a la parte que se remite a la justicia del Tribunal (artículo 71), las notificaciones que deben hacerse al some-

⁽⁶⁾ J.L. ACEBAL, “La sumisión a la justicia del Tribunal”, *Ciencia Tomista* 107 (1980), 557.

⁽⁷⁾ *Regulae Servandae in iudiciis apud Sacrae Romanae Rotae Tribunal*, artículo 26, 61: AEffectus declaratae absentiae, hoc in casu, est ut preventus censeatur iuri suo renuntiasse et se remisisse iustitiae sacri tribunalis. Attamen dubiorum concordatorum formula ei notificandum est: AAS 2 (1910), 792-93.

tido (artículo 73) y las costas procesales del mismo (artículo 175)⁽⁸⁾. La Instrucción *Provida Mater Ecclesiae*, de 15 de agosto de 1936, dedicó escasa atención a esta actitud procesal. Tan sólo se refirió a ella para establecer, en su artículo 89.41, que si el reo, bien personalmente o por medio de carta, declarase que se remite a la justicia del Tribunal, se fijará el *dubio* y se le notificará, como en el supuesto de contumacia⁽⁹⁾. Finalmente hemos encontrado una referencia a esta figura jurídica en el *Ordo* judicial de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España⁽¹⁰⁾, de 1934, en sus artículos 32 y 35, que prácticamente repiten lo regulado por los artículos 66 y 73 de las Normas de la Rota Romana, sin embargo no hacen referencia a la misma las nuevas normas del Tribunal de la Nunciatura Apostólica de 2 de octubre de 1999⁽¹¹⁾.

En el ámbito doctrinal la remisión a la justicia del Tribunal, como actitud procesal, ha sido un tema ciertamente poco tratado. Entre la moderna bibliografía de Derecho procesal canónico encontramos escasas referencias al mismo, no obstante parece haber acuerdo en entender que el demandado se remite a la justicia del Tribunal en aquellos casos en que adopta una postura pasiva ante el proceso, es decir, renuncia temporal o definitivamente al ejercicio de contradicción procesal y no ejercita su derecho a la defensa, pues desde el momento en que el demandado se opone a la demanda o niega los hechos de la misma está manifestando un *animus litigandi*, al menos presunto (F. Della Rocca, *Instituciones de derecho procesal canónico*, Buenos Aires, 1950, pp. 198-199).

Veamos algunas de las referencias que hemos encontrado sobre el tema:

— Según J.M. Iglesias Altuna⁽¹²⁾ ante la demanda que le ha sido notificada el demandado puede: a) adoptar una actitud pasiva, bien no compareciendo y permaciendo ausente del juicio o bien compareciendo y sometiénose a la justicia del Tribunal; b) adoptar una posición activa: se allana ante la demanda, se limita a negar la realidad de los hechos en que el demandante funda la demanda, o bien admite los hechos pero niega el efecto jurídico que el demandante pretende; c) proponer excepciones procesales (o de forma) o materiales (de fondo); y d) reconvenir.

⁽⁸⁾ *Normae S. Romanae Rotae Tribunalis*, 29 junio 1934: AAS 26 (1934), 449-91.

⁽⁹⁾ AAS 28 (1936), 313 y ss.

⁽¹⁰⁾ *Ordo pro causis iudicialibus expediendis in Tribunali Rotae Nunciaturae Apostolicae in Hispania*, en X. OCHOA, *Leges Ecclesiae* III (Romae 1972), col. 3906-3911.

⁽¹¹⁾ Carta Apostólica *Motu Proprio sobre la acomodación de las Normas de la Rota de la Nunciatura Apostólica que se han de observar en España*: AAS 92 (2000) 5-17.

⁽¹²⁾ *Procesos matrimoniales Canónicos* (Madrid, 1991), 170.

— En la misma línea, Cabrerros Anta, en su comentario al canon 1726 del Código de Derecho Canónico de 1917, ed. BAC, entendía que el demandado puede adoptar diversas líneas de conducta: allanarse a la pretensión del actor, oponer excepciones dilatorias procesales o sustanciales, o excepciones perentorias de pleito acabado, puede permanecer inactivo no compareciendo ante el Tribunal ni alegando excusa, o puede finalmente oponer a la pretensión del actor por medio de una negación directa o por medio de excepciones de fondo o perentorias sustanciales. Los tres primeros casos no hay contestación a la demanda porque o no hay oposición a la misma o no hay voluntad actual de litigar judicialmente. Sólo en la cuarta hipótesis hay propiamente litiscontestación, que incluye la petición del actor, contradicción del reo, personación de ambos o sus representantes, ánimo de litigar e inserción en autos de los puntos de discrepancia.

— A. Benlloch Poveda afirma que el demandado puede responder a las pretensiones del actor manteniendo diversos grados de oposición, como son: coincidir con la petición del actor, presentar excepciones dilatorias o perentorias, limitándose a negar o atacando a su vez al actor con una acción reconvenicional⁽¹³⁾. Además de estos grados de oposición también puede el demandado someterse a la justicia del Tribunal o permanecer inactivo ante la citación, en cuyo caso se le declarará ausente. Y el mismo autor, comentando el can. 1677, señala que en varios Tribunales se advierte al demandado que si no contesta en el plazo establecido se le considerará sometido a la justicia del Tribunal.

— Más recientemente S. PANIZO se refiere a la remisión a la justicia del Tribunal, como actitud que puede adoptar la parte demandada, en los siguientes términos: el demandado puede personarse para allanarse a la demanda y con sometimiento a la justicia. En este caso el demandado dice estar conforme con la demanda y hasta con la nulidad pero se somete a la justicia puesto que nadie viene obligado a defenderse positivamente. Este sometimiento a la justicia ha de ser voluntario e incluso expreso y a nadie se le puede presumir sometido si no hay una manifestación en tal sentido. Esta situación es más bien una actitud de inhibición defensiva, pero lleva consigo que el demandado tiene derecho a ser informado del curso del proceso y se pone a disposición del Juez⁽¹⁴⁾.

Pero sin duda quien ha estudiado con mayor profundidad el tema de la remisión a la justicia del Tribunal, entre la doctrina española, ha sido el maestro

(13) *Comentario al can. 1513 del CIC*, Ed. Edicep, Valencia, 1993.

(14) *Temas Procesales y nulidad matrimonial*, 385-86.

J.L. ACEBAL LUJÁN⁽¹⁵⁾. En su opinión nos encontramos ante una actitud procesal meramente pasiva, pues supone “un mínimo de actitud procesal”⁽¹⁶⁾: el demandado contesta a la demanda y manifiesta su opinión o actitud procesal: frente al derecho de acción del actor no quiere ejercer su derecho de contradicción procesal, no está ni a favor ni en contra de la pretensión del actor (aunque puede estarlo), pero manifiesta que se atiene a lo que en el proceso se pruebe y resulte, sin presentar pruebas ni defensas de ningún tipo, manteniéndose ausente de la contienda procesal⁽¹⁷⁾. El demandado se constituye en espectador neutral y ausente del proceso y manifiesta abstenerse de toda actividad probatoria y defensiva, remitiéndose a lo que resulte probado merced a la actividad instructoria del Tribunal⁽¹⁸⁾. En definitiva, concluye Acebal, que la remisión a la justicia del Tribunal puede definirse como “una declaración o manifestación judicial unilateral de voluntad (un compromiso) de mantenerse procesalmente ausente o inactivo en el proceso, ateniéndose a lo que la ley determina en estos casos y a lo que el Tribunal estime probado”⁽¹⁹⁾.

De todo lo anteriormente dicho parece que podemos concluir que, pese a las escasas referencias al tema que pueden encontrarse tanto en el Derecho canónico como en la bibliografía procesal, parece haber acuerdo en que solamente puede entenderse que la parte demandada se remite a la justicia del Tribunal cuando adopta una postura pasiva ante el proceso y así lo manifiesta expresamente. Sería erróneo, por tanto, que el Tribunal identificara esta actitud procesal con la opción, perfectamente legítima del demandado, de defenderse personalmente y de no designar abogado y procurador, pese a que en estos casos la parte demandada manifestara su deseo de someterse a la justicia del Tribunal. Si adopta una actitud activa en el proceso, oponiéndose a la demanda o a la declaración de nulidad matrimonial, estamos ante un verdadero contradictorio procesal que no puede ni debe confundirse con la actitud pasiva de la sumisión, suficientemente descrita.

Ello conecta con el segundo tema que voy a plantear, y es que si la parte demandada se opone a la demanda o a la declaración de nulidad del matrimonio, pero opta por defenderse personalmente, deberá serle notificado, además

(15) Vid. “La sumisión a la justicia del Tribunal”, *Ciencia Tomista* 107 (1980), 557-83; “La ausencia en el proceso de nulidad matrimonial”, en *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro IX* (Salamanca 1990), especialmente pp. 425-30.

(16) “La ausencia...”, p. 427.

(17) “La sumisión a la justicia...”, p. 563.

(18) *Ibid.*, p. 565.

(19) *Ibid.*, p. 567.

del decreto de litiscontestación, el decreto de publicación de la causa, una vez practicadas las pruebas propuestas por ambas partes y admitidas por el Tribunal.

II. POSIBILIDAD Y/O PROCEDENCIA DE QUE LAS PARTES —ADEMÁS DE SUS ABOGADOS— PUEDAN CONOCER LAS ACTAS DEL PROCESO COMO CONSECUENCIA DE LA PUBLICACIÓN

Es éste un tema, sin duda, de mucha mayor complejidad. El canon 1598, 11 del Código de Derecho Canónico, prescribe que “una vez recibidas las pruebas, el juez, mediante decreto, debe permitir, bajo pena de nulidad, que *las partes y sus abogados* examinen en la cancillería del Tribunal las actas que aún no conocen; y que puede entregar copia de las actas a los abogados que la pidan...”. La publicidad es uno de los principios elementales del proceso canónico ⁽²⁰⁾, pero en los procesos de nulidad matrimonial, como en todos aquellos procesos que afectan al bien público, la publicidad debe entenderse restringida a los sujetos de la relación procesal, es decir, a las partes, sus abogados y al Defensor del Vínculo, y no afecta obviamente a la naturaleza reservada que tiene el proceso frente a terceros.

La publicación de las actas de la causa implica la posibilidad de que las partes y sus abogados examinen las actas del proceso, en la cancillería del Tribunal. La finalidad que persigue la publicación radica en que pueda realizarse el contradictorio de las partes ⁽²¹⁾, y en la necesidad de que éstas conozcan las actas del proceso para que puedan ejercitar su derecho de defensa y puedan preparar convenientemente sus defensas o alegatos. Parece indiscutible que el derecho de defensa de las partes exige el derecho no sólo a conocer cuál es el objeto del litigio y el derecho a proponer y practicar pruebas, sino también el derecho a conocer las pruebas practicadas y el resto de las actas en su integridad. Esta conexión entre el derecho de defensa y la publicación de la causa fue destacada por el Papa Juan Pablo II en el Discurso que dirigió a los miembros del Tribunal de la Rota Romana el 26 de enero de 1989, en el que destacó que “el derecho de defensa exige de por sí la posibilidad concreta de conocer la prueba adoptada sea por la parte contraria o de oficio” ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ S. PANIZO, *Temas procesales y nulidad matrimonial*, p. 424.

⁽²¹⁾ F. DELLA ROCCA, *Instituciones de Derecho Procesal Canónico* (Buenos Aires 1950), 294.

⁽²²⁾ AAS 81 (1989), 924.

De ahí que el legislador exija la publicación, “bajo pena de nulidad”. Sin embargo podría cuestionarse si realmente la omisión del decreto de publicación o su no notificación a una de las partes puede llevar consigo la nulidad de la sentencia, pues los cánones 1620 y 1622, al regular los vicios de nulidad insanable y sanable, respectivamente, de que puede adolecer la sentencia, no hacen referencia expresa a este supuesto. No obstante, dada la íntima conexión existente entre el *ius defensionis* y la publicación de las actas, la mayoría de la doctrina ha entendido que en caso de incumplimiento de la prescripción del canon 1598, 11 la sentencia sería nula en atención al canon 1620, 71, por haber sido denegado a una de las partes el derecho de defensa⁽²³⁾.

La titularidad del derecho de defensa corresponde exclusivamente a las partes. Los letrados, que defienden a las partes en el litigio, en realidad están ejerciendo el derecho de defensa de la parte, pero es ésta quien únicamente ostenta la titularidad del mismo⁽²⁴⁾. Por ello, al detentar el ejercicio del *ius defensionis* y el *ius postulandi* el mismo canon 1598, 11 permite que sean entregadas copias de las actas *a los abogados que las pidan*, sin embargo no menciona a las partes. El Código de 1917, pese a ser menos abierto a la publicidad⁽²⁵⁾, concedía también a las partes, además de a sus abogados, la facultad de pedir copias de los autos del proceso⁽²⁶⁾. Ello dio pie a que en algunos países —como USA y Canadá— se introdujera una práctica consistente en que quienes habían sido parte en un proceso canónico de nulidad matrimonial, haciendo uso de las actas del mismo, presentaron querellas por difamación ante los Tribunales civiles, con el fin de obtener un beneficio económico⁽²⁷⁾, causándose así un grave perjuicio a la fama y a la dignidad de la otra parte, de los testigos que habían depuesto en la causa y hasta del propio Tribunal eclesiástico.

Para evitar que en lo sucesivo pudieran plantearse situaciones semejantes, con el consiguiente perjuicio para los fieles implicados y para la misma Iglesia, y pese a que en la primera fase redaccional del canon 1598 se autorizaba tam-

(23) M.F. PONPEDDA, “Diritto Processuale nel nuovo Codice di Diritto Canonico. Revisione o innovazione”, *Ephemerides Iuris Canonici* 39 (1983) 223; R. RODRÍGUEZ OCAÑA, en *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. IV/2 (Navarra, 1997), 1482.

(24) J.L. ACEBAL, “El derecho de defensa...”, 294.

(25) P.A. BONNET, en *Comentario Exegético al Código...*, 941.

(26) El canon 1859 establecía que “Una vez que se ha concedido a las partes y a sus abogados la facultad de examinar los autos procesales y de pedir copia de ellos, se considerará hecha la publicación del proceso”.

(27) Cf. R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Comentario Exegético al Código...*, 1484 y 1478.

bién a las partes a pedir copia de las actas⁽²⁸⁾, en el texto definitivo el legislador canónico optó por conceder al Tribunal la facultad de entregar copia de las actas exclusivamente a los abogados que las pidan, suprimiendo la referencia a las partes, por lo que parece que debemos entender que las partes, aunque pueden conocer las actas, no gozan de la facultad de pedir copias de las mismas. Y no distingue el legislador los supuestos en que la parte opta por defenderse personalmente de aquellos otros en que ha designado abogado que ejercite su derecho de defensa. Haciendo una interpretación literal del texto de la norma la doctrina ha entendido que la parte que se defiende a sí misma tampoco está autorizada a pedir y recibir copia de las actas⁽²⁹⁾, lo cual implica sin duda una grave limitación para el detenido estudio de la causa y la preparación y argumentación de la defensa. Para evitar la discriminación a la que podría llevar una situación semejante, con el perjuicio correspondiente y merma de la justicia, algunos autores han propuesto que en estos casos sería prudente que el juez designara a la parte un abogado de oficio⁽³⁰⁾. De todas formas, la entrega de las copias no se exige bajo pena de nulidad, por lo que en cualquier caso será una decisión potestativa del Juez entregarlas o no al abogado que las pida.

Incluso, con el fin de evitar la praxis a la que me acabo de referir, en el proceso de revisión del Código se planteó mantener en secreto las actas para las partes, pero la Comisión codificadora entendió que la imposibilidad de conocer las pruebas practicadas llevaría consigo una violación clara del derecho de defensa⁽³¹⁾. Puede concluirse, por tanto, de todo lo anteriormente dicho, que de la regulación que hace el legislador canónico de la publicación de la causa, rige en los procesos canónicos, incluido el proceso de nulidad matrimonial, un principio general de publicidad de las actas de la causa, extensiva a las partes y a sus abogados, y restringida respecto a terceros, que no implica la facultad de obtener copia de las mismas a las partes del litigio. No obstante, prescindiendo ya de aquellas situaciones extremas, en que una de las partes, o un testigo, o el propio juez eclesiástico, tuviera que enfrentarse a un Tribunal civil —o incluso penal— con motivo de las actuaciones practicadas en un proceso canónico de nulidad matrimonial, a nadie se escapa que, en las causas de nulidad matrimonial, resulta casi siempre extremadamente delicado que las partes conozcan en su integridad las pruebas practicadas. Aun cuando el juez tenga suficiente ga-

(28) Cf. *Communicationes* 11 (1979), 134.

(29) S. GUERRO, “Sul processo matrimoniale canonico: pubblicazione degli atti e dibattito”, *Il Diritto Ecclesiastico* 105 (1994) II, 493.

(30) *Ibid.*, p. 496.

(31) PCITL, *Congregatio Plenaria diebus 20-29 octobris 1981 habita* (Typis Polyglottis Vaticanis, 1991), 469-79.

rantía de que las actas, y los datos que obran en ellas, no serán utilizados con fines ajenos a los exclusivamente relacionados con la causa canónica, creo que puede no resultar conveniente que las partes conozcan personalmente las actas del proceso, pues al conocer el resultado de las pruebas pueden realizar una inadecuada interpretación de las mismas que puede perjudicar gravemente la buena marcha del proceso y hasta la confianza que necesariamente debe tener la parte en su defensor y en el propio Tribunal, aparte del deterioro en las relaciones humanas con quienes han comparecido y depuesto en la causa, que muchas veces se produce a consecuencia del conocimiento de su declaración.

Estos y otros problemas semejantes han llevado a los Tribunales eclesiásticos a plantearse en la práctica si, de acuerdo con el espíritu de las normas canónicas que regulan el proceso de nulidad del matrimonio, las partes están realmente legitimadas o incluso tienen derecho, a conocer las actas de la causa, aunque no puedan pedir copia de las mismas, o son solamente los abogados los que están legitimados para ver las actas del proceso. La cuestión es compleja, y exige un delicado tratamiento del tema, pues la práctica seguida por los Tribunales eclesiásticos al respecto es muy variada. En algunos Tribunales se permite a los abogados (o mejor no se prohíbe a los mismos) entregar copia de las pruebas a la parte a quien defienden, o al menos permitirle examinar las actas, cuyas copias permanecen en poder del patrono, al entender que es la parte —bien sea demandante o demandada— quien goza en realidad de la titularidad del derecho a conocer las actas. Sin embargo en otros Tribunales el *usus fori* ha llevado al Tribunal a exigir al letrado, en cada causa, un compromiso formal de no manifestar a la parte a quien defiende —y en muchos casos también representa— el resultado de la prueba practicada, de forma que previamente a la entrega de la copia de las actas, o simultáneamente a la misma, se le pide que firme una declaración por la que se compromete a guardar secreto, incluso frente a su propio cliente, de las actas del proceso.

El propio ordenamiento canónico establece una serie de limitaciones y excepciones al principio general de publicidad, excepciones que encuentran su fundamento en razones de bien común y en la necesidad de evitar males graves⁽³²⁾. Así, por una parte, el canon 1598, 11 establece que en las causas que afectan al bien público, el juez, para evitar peligros gravísimos, puede decretar que algún acto no sea manifestado a nadie, pero teniendo cuidado de que siempre quede a salvo el derecho de defensa. Del tenor literal de esta norma puede deducirse que las condiciones para que pueda aplicarse la excepción al principio general de publicación de las actas son las siguientes:

(32) S. PANIZO, *Temas procesales y nulidad matrimonial*, 82.

— Se trata de una limitación restringida a aquellas causas que afectan al bien público, y que por tanto afecta también a las causas canónicas de nulidad matrimonial.

— La excepción a la publicidad de las actas viene referida exclusivamente a “algún acto, que puede no ser mostrado a nadie, es decir, que el legislador impone una limitación cuantitativa a la cláusula restrictiva del principio general de publicidad”, por lo que sería contrario a la norma que una parte importante de la instrucción de la causa permaneciera en secreto para las partes.

— En cualquier caso tiene que quedar a salvo el derecho de defensa de las partes, de forma que el no conocimiento de la actuación que permanece en secreto no puede en ningún caso producir indefensión. Tal indefensión tendría lugar cuando el pronunciamiento del juez estuviera apoyado precisamente en ese acto, de forma que hubiera sido determinante para la formación de la certeza moral que el juez necesita para dirimir la causa, bien a favor o bien en contra de la pretensión de las partes⁽³³⁾. Para salvar el derecho de defensa en estos casos la doctrina ha arbitrado una solución posible, como sería la de dar a conocer el acto solamente al abogado, obligándole a guardar secreto del mismo bajo juramento⁽³⁴⁾.

La excepción que contempla el canon 1598, 11 no puede en ningún caso convertirse en regla general. Como ya afirmó el Papa Juan Pablo II, en el citado Discurso al Tribunal de la Rota Romana de 1989, “es justo observar que sería un torcimiento de la norma, además de un grave error de interpretación, si se hiciese de la excepción la norma general”. Es necesario, por tanto, atenerse fielmente a los límites indicados en el canon⁽³⁵⁾.

Por otra parte, en las normas que regulan el proceso especial de nulidad matrimonial en el Código de Derecho Canónico, no encontramos ningún canon que haga referencia directa a la publicación de la causa, pero sí se refiere indirectamente a la misma, y al tema que nos ocupa, el canon 1678. Este canon permite, e incluso reconoce que el derecho que tienen el defensor del vínculo, los abogados y el promotor de justicia, cuando intervenga en el juicio, a asistir al examen de las partes, de los testigos y de los peritos, con una sola excepción, que tendría lugar cuando por las circunstancias del asunto y de las personas, el juez estime que debe procederse en forma secreta (canon 1678, 1, 11 en relación con el 1559). Y además, les reconoce el derecho de los mismos a conocer

(33) R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, en *Comentario Exegético al Código...*, 1485-86.

(34) J.M. IGLESIAS ALTUNA, *Procesos matrimoniales canónicos* (Madrid, 1991), 192.

(35) AAS 81 (1989), 924.

las actas judiciales, aun cuando no estén publicadas, y a examinar los documentos presentados por las partes. Como ha puesto de manifiesto C. DE DIEGO-LORA, esta norma supone una importante concesión al principio de publicidad procesal⁽³⁶⁾, ya que permite a los abogados de las partes el conocimiento de las actas del proceso, sin necesidad de esperar a la publicación de la causa, lo cual puede resultar de gran utilidad en muchos casos, para solicitar un complemento de prueba, evitando dilatar el proceso.

El párrafo primero del citado canon 1678 se refiere, como he dicho, a los abogados —además de al defensor del vínculo y al promotor de justicia—, y no a las partes, por lo que podríamos deducir que las partes no pueden conocer las actas judiciales antes de haber sido publicadas. Pero el párrafo segundo del canon establece expresa y tajantemente que “las partes no pueden asistir al examen del que se trata en el párrafo 1, núm. 1.^o”. ¿Por qué no hace referencia al párrafo 1, núm. 2.^o, implica este silencio u omisión que sí pueden las partes conocer las actas procesales, aun cuando no estén publicadas, y examinar los documentos presentados por las partes y que lo único que no se les permite es asistir al examen de la otra parte, de los testigos y de los peritos? Y si es así, ¿por qué no lo ha dicho expresamente el legislador? ¿Debe darse por supuesto ese derecho de las partes, en virtud del principio de publicidad?

La correcta interpretación de la norma no plantea problemas cuando la parte haya designado abogado, pues éste podrá conocer las actas y lo hará en defensa de los intereses de su defendido, y en el ejercicio de su derecho de defensa. La duda surge en aquellos casos en que la parte ha optado legítimamente por defenderse personalmente. Podría entenderse que el derecho a conocer las actas judiciales antes de la publicación de la causa es un derecho limitado al defensor del vínculo, a los abogados y al promotor de justicia, y que con la mención expresa al párrafo 1, núm. 1 que hace el párrafo segundo del canon el legislador ha querido dejar claro de forma tajante que en ningún caso las partes pueden asistir al examen de la otra parte, los testigos y peritos, por razones obvias. Sin embargo también podría entenderse que, en aplicación del principio general de publicidad, los abogados tienen derecho a conocer las actas judiciales en virtud del *ius postulandi*, el ejercicio de un derecho del que en realidad son titulares las partes, de forma que, si éstas optaran por defenderse personalmente, se les podría permitir el examen de las actas judiciales, aun cuando no estuvieran publicadas. En cualquier caso, sea cual fuere la interpretación que se haga del texto, el derecho de defensa queda siempre a salvo si, mediante el decreto de publicación de la causa, se da cumplida satisfacción del principio de publicidad, en el momento procesal oportuno.

(36) En *Comentario Exegético al Código...*, 1800.

Ello nos lleva de nuevo a plantearnos la cuestión de fondo sobre la que a lo largo de estas breves y apretadas páginas he intentado reflexionar y que según he podido constatar más puede preocupar a los Tribunales eclesiásticos. Y es que, aun reconociéndose claramente en el ordenamiento canónico un principio general de publicidad de las actas judiciales, para las partes y sus abogados, necesario para el ejercicio del *ius defensionis*, aplicable también a los procesos de nulidad matrimonial, en los términos analizados, y con las excepciones expuestas, puede no resultar conveniente, para evitar males graves, que las partes conozcan las actas. Creo sinceramente que en los procesos canónicos de nulidad matrimonial los Tribunales eclesiásticos tienen un delicado y difícil cometido, que es lograr conciliar en cada caso, con sabiduría y prudencia, el derecho intangible de defensa de las partes, que reclama la publicidad de los actos, “con el interés también primario de evitar que en la búsqueda de la verdad puedan surgir perturbaciones, riesgo que puede legitimar la tendencia al secreto”⁽³⁷⁾.

Este es sin duda el espíritu del canon 1455, 31, que entiendo que es aplicable a todos los procesos canónicos de nulidad matrimonial. Con una gran claridad y sencillez, el citado precepto prescribe la facultad que tiene el juez para obligar a las personas que intervienen en el proceso a guardar secreto bajo juramento, cuando de la divulgación de las actuaciones pueda derivarse algún perjuicio de diversa índole. A tenor de este canon, “siempre que por la naturaleza de la causa o de las pruebas pueda ponerse en peligro la fama de otros por la divulgación de las actas o de las pruebas, o se dé pie a rencillas o vaya a provocarse escándalo u otro inconveniente semejante, el juez puede obligar a guardar secreto bajo juramento a los testigos y peritos, así como a las partes y a sus abogados y procuradores”. Entiendo que es esta norma la única que puede fundamentar y legitimar el proceder de aquellos Tribunales eclesiásticos que piden a los abogados, al tiempo que le entregan copia de las actas, un compromiso formal de guardar silencio y no divulgar el contenido de las mismas, ni siquiera a la parte a la que defienden.

Sin embargo, si la parte ha optado por defenderse a sí misma, la norma que contiene el citado canon 1455, 31 no afecta a su derecho al conocimiento de las actas judiciales, del que deriva la necesaria publicación de la causa. El juez debe notificar a la parte, preceptivamente, el decreto de publicación, y debe permitir, bajo pena de nulidad, que la parte examine las actas que aún no conoce, aunque como ya indiqué no está obligado a entregar copia de las mismas a la parte que se defiende personalmente. Es entonces cuando el juez puede obligar a la parte a guardar secreto bajo juramento del contenido de las actas.

⁽³⁷⁾ P.A. BONNET, *Comentario Exegético al Código...*, 942; S. VILLEGGIANTE, *Il diritto di difesa delle parti nel processo matrimoniale canonico* (Roma, 1984), 40.

Este derecho de la parte, que no designa abogado que la defienda, a conocer las actas del proceso, ha sido reconocido en alguna ocasión por el Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica, incluso aun cuando la parte —demandada en este caso— se haya sometido a la justicia del Tribunal. En este sentido se pronunció el Supremo Tribunal en respuesta a una consulta que le dirigió el Tribunal Eclesiástico Regional de Valparaíso⁽³⁸⁾, que aunque tenía como objeto principal una cuestión completamente ajena al tema que aquí nos ocupa⁽³⁹⁾, se pronunció de modo tangencial sobre la necesidad de notificar la publicación de la causa, también a la parte que se somete a la justicia del Tribunal, para dejar a salvo su derecho de defensa. La respuesta del Alto Tribunal al respecto reza así: “La falta de notificación de la publicación de las actas en perjuicio de la parte convenida podría desembocar en una causa de nulidad insanable de la sentencia por denegación del derecho de defensa de la misma parte” (cf. Can. 1598 párrafo 1 y 1620 núm. 7). Esto vale también en el caso en el que el Tribunal de primera instancia hubiese considerado erróneamente que la parte convenida se había sometido a la justicia del Tribunal⁽⁴⁰⁾.

He de confesar que la conclusión a la que parece que debe necesariamente llegarse, de acuerdo con la normativa canónica vigente, no me parece plena-

(38) Respuesta del Supremo Tribunal de la Signatura Apostólica de 11 de marzo de 1999, Prot. núm. 29702/99 VT, comentada por C. SALINAS ARANEDA, en REDC 57 (2000), 239-47.

(39) La consulta concreta que se dirigió al Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica se refería a si el Presidente del Tribunal Nacional de Apelación de Chile tiene en derecho la facultad de decretar por sí mismo, sin intervención del Defensor del Vínculo o del Promotor de Justicia y sin petición alguna de parte, y sin procedimiento alguno, la nulidad de una sentencia de primera instancia. Los hechos que motivaron esta consulta son los siguientes: presentada demanda de nulidad del matrimonio, y habiendo sido citada la parte demandada, ésta compareció ante el Tribunal, presentó declaración ante el juez y manifestó su deseo de no intervenir mayormente en el proceso, si bien estaba dispuesta a someterse a las pruebas periciales que decretara el Tribunal. Al no designar abogado ni procurador el Tribunal entendió que la parte demandada se remitía a la justicia del Tribunal. Practicadas las pruebas propuestas y admitidas el juez instructor dictó el decreto de publicación de las actas, que fue notificado a la parte actora y al defensor del vínculo, pero no a la parte demandada, al entender que al no haber tomado parte activa en el proceso, no era preceptiva tal notificación. Tramitado el proceso en primera instancia la sentencia fue afirmativa, sin que ninguna de las partes la apelara, por lo que fueron remitidos los autos al Tribunal Eclesiástico de Apelación, con sede en Santiago de Chile, en aplicación del canon 1682. Una vez recibidos los autos por este Tribunal su presidente procedió a revisar el expediente y, sin siquiera haber constituido Tribunal, ni solicitar el parecer del defensor del vínculo, dictó un decreto declarando la nulidad de la causa a partir del momento de la publicación.

(40) REDC 57 (2000), 246-47.

mente satisfactoria, pues entiendo que puede llevar en determinados casos a una cierta discriminación entre la parte que ha designado abogado en la causa, que por las razones expuestas puede no tener acceso a las actas, ni siquiera conocerlas, y aquella parte que opta por defenderse personalmente, y que va a poder conocer el contenido íntegro de las actas. Estas situaciones tendrán que ser valoradas por el Tribunal eclesiástico, que en cada caso tendrá que tratar de conciliar, en un delicado equilibrio, el celo por la justicia y la prudencia pastoral, en la búsqueda de la verdad y en el difícil trabajo de servicio a la Iglesia en la función judicial.

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.

INNOVACIONES Y PROPUESTAS DE MODIFICACIONES EN EL DERECHO DE FAMILIA ESPAÑOL

Jorge A. Marfil.

Abogado, miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia.

I. CONFERENCIA DE PRAGA CONVOCADA POR LA INTERNATIONAL ACADEMY OF MATRIMONIAL LAWYERS.

Durante los días 25 a 29 de Abril de 2001 ha tenido lugar en Praga la reunión del Capítulo Europeo de la International Academy of Matrimonial Lawyers, cuya presencia española estaba formada por el Presidente del citado Capítulo, Luis Zarraluqui, y por quien suscribe. Preciso señalar que la citada Academia, en cuanto afecta a Europa, ha sabido reunir a una selección de abogados especialistas en Derecho de Familia, con quienes hemos tenido un excitante intercambio profesional, constatando que aun estando tan cerca en lo geográfico todavía hay lejanía respecto a los planteamientos básicos en esta disciplina.

Si ciertamente una parte de Europa ha hecho un gran esfuerzo para aunar voluntades y alcanzar una moneda común, no ha sido así en cuanto afecta a nuestro derecho familiar, respecto al que, como veremos, todos los impulsos son pocos para homologar directrices y enfoques.

II. PREÁMBULO

Inicialmente quiero hacer mención a dos magníficos trabajos recientes, pues sobre sus temáticas girará cuanto indicaré después. El primero es de José Ramón de Verda Beamonte, profesor titular de Derecho Civil en la Universidad de Valencia⁽¹⁾, y el segundo, más específico y extenso, de Julio V. Gavidia Sánchez, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Cádiz⁽²⁾. En ambos, como puede verse, el trabajo viene centrado en aspectos del Derecho Civil de Familia que los pueblos vienen conquistando con mucho esfuerzo y tesón, siendo moneda corriente ya entre nosotros. Quiero significar, desde este momento, que en la aportación española de la Conferencia de Praga no aludí nada más que a las innovaciones recientes en Derecho Autonómico referidas a Cataluña, Aragón, Valencia y Navarra, como luego veremos, y que ello supuso una extraordinaria novedad entre los colegas europeos, los cuales, en gran parte anclados en nuestro nefasto pasado político-legislativo, no podían creerse que una pareja de homosexuales en Pamplona pudiera adoptar un hijo, o que si uno de los cohabitantes fallece el otro puede ser considerado como viudo/a respecto a una pareja convencional; o que ya hace tres años que en Cataluña pueden adoptar las parejas de hecho heterosexuales, etc., etc., ocasionando todo ello una admirable sorpresa para los compañeros, por lo que me pregunto cuál hubiera sido la reacción si además les hubiera informado de las leyes extremeña, catalana y gallega respecto al Testamento Vital, las narcosalas madrileñas, la dispensa gratuita de la píldora del día después en Andalucía, las ayudas económicas para los padres que se acojan al permiso de paternidad en Castilla y León..., pues todo ello *también* es Derecho de Familia.

Puedo afirmar, por cuanto he visto y hablado en primera persona, y por lo que señalaré después respecto a otros países, que el dinamismo y creatividad en la vieja España en estos momentos encuentra poco parangón en Europa, a excepción de Holanda, y que este impulso innovador está creando una admiración creciente entre nuestros vecinos. Este aldabonazo producido en un país como el nuestro, donde la hipocresía y la artificiosidad van desapareciendo con gran rapidez, nos llevará en los próximos tiempos, nos guste o no, a que se admita el matrimonio entre personas del mismo sexo, como ya ocurrió con la Ley Holandesa del año 2000. Y no se diga *“que los niños serán las víctimas de esta innovación legislativa, pues serán los jueces y tribunales los que decidirán*

(1) “Las uniones de hecho a la luz de la Constitución Española de 1978: estado de la cuestión en la legislación estatal y autonómica”. Actualidad Civil núm. 2, semana del 8 al 14 de enero de 2001.

(2) “Las uniones libres en la Ley Foral Navarra de Parejas Estables”. Actualidad Civil núm. 17, semana del 23 al 29 de abril de 2001.

sobre la idoneidad de los solicitantes... debiendo requerir los informes de la Administración y de los peritos para tomar su decisión”, como acertadísima-mente señala Gavidia⁽³⁾. En estos momentos, sépase, hay varias proposiciones de ley contemplando el matrimonio sin distinción de sexo.

De donde vuelvo a deducir —hace muchos años que lo sé— que si el fracaso estrepitoso del matrimonio convencional sólo ha buscado remedio en el divorcio, las nuevas formas de relación y sus enfoques modernos a desarrollar vendrán a hacer trizas la familia como institución inamovible, como principio permanente, intangible, convirtiéndola en un arcano, y prueba de ello es que ya, en la actualidad, hay más de una Proposición de Ley en el Parlamento tendente a configurar un matrimonio en el que no haya distinción de sexos, como ya he señalado. Por decirlo en clave literaria, y con palabras del maestro Umbral: *“El matrimonio canónico es precisamente una máquina de convertir la violencia en odio callado, la sangre en fanta, el odio en buena educación. Mientras que las parejas de hecho son tan libres de separarse como lo fueron de unirse, en el matrimonio se vive un exilio interior que consiste en estar dentro y estar fuera al mismo tiempo”*⁽⁴⁾.

III. APORTACIÓN ESPAÑOLA EN LA CONFERENCIA DE PRAGA

La vieja y hermosa ciudad de Praga reunió en abril de 2001 a un grupo numeroso de Letrados europeos, como ya dije, y nos ocupamos de exponer en conferencias cortas la situación y desarrollo del Derecho de Familia en nuestros países. Dado que su extensión es mínima transcribiré mis propias palabras, expuestas en una de sus Sesiones.

INNOVACIONES EN EL DERECHO DE FAMILIA EUROPEO. ESPAÑA

Me gustaría empezar con una breve introducción que situara el Derecho de Familia en España dentro de sus coordenadas históricas en el último medio siglo; continuaré luego con algunos ejemplos sobre la manera en que estas innovaciones se han materializado en nuestra más reciente legislación. Seguiré con una descripción breve respecto a las diferentes legislaciones dentro del mapa autonómico español, especialmente en Cataluña, Aragón, Valencia y Navarra, acabando entonces.

⁽³⁾ Idem, pág. 643.

⁽⁴⁾ “El Mundo”, 3/VI/2000.

a) **Introducción.**

Si hablamos del Derecho de Familia en España, especialmente durante el siglo veinte, creo que es necesario indicar primeramente que ya en 1932 mi país había aprobado una Ley de Divorcio muy avanzada, lo cual evidenciaba entonces lo mucho que España había progresado en términos de modernidad en ese punto de su historia.

Desgraciadamente, el dictador Franco no vino sino a ensombrear el país durante 40 años, y sólo es a partir de su muerte —en 1975— cuando hemos podido empezar a recuperar tanto tiempo perdido. Por tal razón es aún más sorprendente que en tan poco tiempo hayamos podido situarnos en el mismo nivel de desarrollo que la mayoría de los países europeos, es decir, hemos pasado desde un sistema patriarcal, bajo los similares poderes represivos de Franco y de la Iglesia Católica Española, a otro abierto y sin complejos, en consonancia con el resto del continente. Esta transformación, dramática, ha tenido lugar en el último cuarto de siglo.

b) **Diferentes legislaciones.**

Para aquellos que pudieran no saberlo quiero decir que en España coexisten diferentes legislaciones, en el seno de las Comunidades Autónomas, debido al poder que éstas tienen para promulgar sus leyes. Como he dicho antes voy a dar varios ejemplos de leyes autonómicas, pero antes me referiré al Derecho Común.

b.1. **Derecho Común en España.**

Como ya he dicho, se ha producido en mi país una transformación tan rápida como considerable en los últimos 25 años; los frutos de tales progresos han sido las sucesivas aprobaciones y promulgaciones de leyes, así como diversas resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. Veamos algunas:

- Igualdad de derechos entre los cónyuges.
- Modificación de la Ley de Adopción.
- Reinstauración del Derecho al Divorcio.
- Legalización del aborto.
- Derecho a reclamar la paternidad en base a pruebas biológicas...

Y además de lo dicho los gobiernos autonómicos han llegado aún más lejos. Aquí quiero recordar que cuando celebramos el Primer Congreso Internacional de Derecho de Familia en Barcelona, año 1993, algunos colegas daneses nos contaron cómo las parejas de homosexuales habían sido reconocidas en su

país; recuerdo que nos pareció estar muy lejos de tales avances, pero lo cierto es que transcurridos solamente siete u ocho años desde entonces ya contamos con similares regulaciones en la mitad del territorio español.

(Seguidamente hice un repaso a las leyes familiares promulgadas en las Comunidades Autónomas de Cataluña, Aragón, Valencia y Navarra, lógicamente desconocidas por los abogados europeos, y que entiendo sobra aquí exponerlas por ser conocidas por cualquier especialista en la materia.)

b.2. Dos conclusiones.

I. Como puede constatarse, las Autonomías del Norte de España están avanzando mucho en términos de Derecho de Familia, suponiendo todo ello una aproximación hacia un mundo más progresista y desarrollado; pero tales desarrollos, basados sin duda en el poder económico y cultural de estas regiones, también acarrea injusticias respecto a otras regiones en mi país: así, por ejemplo, una pareja de homosexuales está reconocida en Cataluña pero no en las Islas Canarias.

II. Sugiero que deberíamos tender —como primer paso— hacia la promulgación de un Código de Familia en aquellos países donde no lo tenemos; el segundo habrá de ser la búsqueda de un Código pero que sea común en la Europa Comunitaria, donde quede preservado el principio de seguridad. Será entonces cuando podamos trabajar todos juntos —jueces y abogados— con garantías de éxito. Entretanto, y tal y como tiene establecido la Propuesta Modificadora del Reglamento del Consejo de Europa 2000/C 274 E/03, tenemos que tender hacia la creación de normas comunes en nuestros países respectivos⁽⁵⁾, de cara a la obtención de resoluciones judiciales más rápidas y eficaces en cada uno de ellas.

IV. PROPUESTAS DE MODIFICACIONES QUE PLANTEA LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA

Todo lo anterior nos lleva a buscar nuevos enfoques de fondo y forma en la problemática familiar, no sólo por pura adecuación histórica sino porque tenemos que dar salida a las experiencias de tantos y tantos operadores jurídicos que nos ocupamos fundamentalmente de esta materia. Es por ello que recientemente —tal y como los diarios y canales televisivos se han ocupado de señalar extensamente— la Asociación Española de Abogados de Familia, que ya supera la cifra de ochocientos Letrados en todo el territorio nacional, ha dado a

⁽⁵⁾ Referencia 228, Actualidad Civil Legislación, semana del 25 de septiembre al 1 de octubre de 2000.

conocer diversas innovaciones que son urgentes y necesarias, significándose que una de ellas ya está en funcionamiento a modo de prueba. Son éstas:

1. Creación del orden jurisdiccional de familia, tal y como ya existe en materia penal, menores, etc., permitiendo que haya Juzgados de Familia para todos los ciudadanos, acabando con la flagrante injusticia actual.
2. Ello podría traer consigo una auténtica especialización de todos los integrantes de los Juzgados de Familia, en los que los jueces, fiscales, secretarios, asistentes sociales... vendrían predeterminados por una específica vocación y adecuación técnica.
3. Solicitamos la supresión de la presencia de los menores para ratificar el Convenio que sus padres presentan con una Separación o un Divorcio. El párrafo 5 del artículo 777 de la nueva LEC no ofrece dudas: el Tribunal, señala, oír a los mayores de 12 años... el tono imperativo es innegable, desproporcionado y carente de lógica. Nos preguntamos qué ocurrirá cuando —tras muchos meses de esfuerzo negociador entre las partes y sus letrados— un muchacho de 12 años muestre su desacuerdo con el régimen vacacional, con las visitas, etc.
4. El mismo malhadado artículo señala en su párrafo 3 que la propuesta de Convenio será ratificada por los cónyuges en el plazo de tres días, y de no ser así “se acordará de inmediato el archivo, sin ulterior recurso”. ¿Cuántas veces ha pisado el Legislador un Juzgado de Familia?, ¿cuántas ha tenido contacto personal con los litigantes y sus problemas diarios?
5. Hay que darle una nueva dimensión al concepto de custodia. Han pasado muchos años y cada vez son más los padres que no quieren ser meros visitantes de fin de semana; son legión los que pretenden imbricarse en la vida cotidiana de sus hijos, alejándose de la figura del paseante dominguero por horas que desconoce el mundo real de su hijo.
6. Creación y desarrollo de los puntos de encuentro, ya funcionando en Sevilla, Valladolid, Málaga, Mallorca, a cargo de asistentes sociales y psicólogos, que hagan más llevaderas y menos agresivas las entregas y devoluciones de ciertos hijos para el cumplimiento de las visitas y vacaciones.
7. Extender a las parejas de hecho la estructura procedimental de los matrimonios convencionales para los casos de ruptura, dotándoles a los convivientes y dotándonos a los Letrados de un cauce procesal análogo, a fin de acabar con el vacío presente.

8. Suprimir el necesario paso por la Separación, posibilitando el acceso directo al Divorcio, suponiendo ello un menor coste emocional y económico. La Separación previa puede permanecer para quien por motivos ideológicos o de pura reflexión quiera concederse ese primer caso, pero desapareciendo su obligatoriedad.
9. Queremos difundir y fomentar el conocimiento de los diversos regímenes económicos, a fin de que los ciudadanos elijan previa y libremente antes de contraer.
10. No quiero excederme, pero desde mi estricto punto de vista también añadiría:
11. La promulgación de un Código de Familia, que recogiera como texto positivo todo lo afectante a esta materia, incluyendo las específicas reglas procesales para su enjuiciamiento. Señalo a modo de ejemplo que naciones como Panamá y Bolivia, con una tradición legislativa infinitamente menor que la nuestra, los tienen desde hace muchos años.
12. La tabulación temporal en la pensión compensatoria, a fin de que los cónyuges sepan el tiempo de percepción o pago antes de iniciar un pleito, y ello para acabar con la inseguridad y marasmo reinantes, y que ya expuse en dos trabajos publicados en esta misma revista ⁽⁶⁾.

Todo lo anterior —vasto empeño— no tiene más finalidad que la de adecuar la Ley a la dinámica vital de los ciudadanos, hacérsela comprensible, cercana, racional, útil.

⁽⁶⁾ “Hacia un planteamiento racional de la pensión compensatoria: la tabulación”, (I y II), en los números 6 y 10, correspondientes a los meses de Enero/00 y Enero/01.

REPRESENTACIÓN PROCESAL EN LOS PROCEDIMIENTOS DE MUTUO ACUERDO CONFORME A LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. COMENTARIO AL ARTÍCULO 777

M.^a Luisa Fuentes Fernández.

Secretaria Judicial Juzgado de 1.^a Instancia núm. 7 (Familia) de Sevilla.

El artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lleva por rúbrica “*Separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro*”, similar a la derogada Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1981 de 7 de julio por la que se modificaba la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determinaba el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, según la cual “*Las peticiones de separación o divorcio presentadas de mutuo acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en la presente disposición adicional*”.

Tanto en la derogada Disposición Adicional Sexta, como en el nuevo artículo 777, se establece el trámite a seguir en los procedimientos matrimoniales de mutuo acuerdo a que hacen referencia los artículos 81.1 y 86.1 del Código Civil, siguiendo, incluso, con igual redacción que estos preceptos.

Conforme al artículo 81.1, “se decretará judicialmente *la separación*, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1. *A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio*”.

El art. 86.1 del CC dispone que: “son causas de divorcio:

1. El cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación *formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro*, cuando aquella se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.”

Tanto la rúbrica, como el párrafo 1.^º del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que reitera que “las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro...”)) plantea la duda, y de hecho se reciben diariamente demandas en tal

sentido, de si el legislador ha mantenido íntegramente la regulación que existía en la disposición adicional sexta. Más concretamente, si subsiste esa especial modalidad de presentar las demandas por un cónyuge limitándose el otro a prestar el consentimiento, como si la intervención de éste terminara en la ratificación de la demanda y el convenio regulador.

Esta posibilidad planteaba en la práctica innumerables problemas a los que no siempre era fácil dar respuesta procesal como consecuencia de la cualidad o carácter que se le atribuyese al cónyuge que simplemente había consentido, y si la prestación del consentimiento era o no suficiente para su consideración como parte procesal.

Pero esta forma de presentación de las demandas existía, y los problemas que se suscitaban se resolvían conforme a los distintos criterios judiciales que variaban en función del concreto Órgano judicial como ocurre siempre que existe un vacío legal o una ambigüedad jurídica.

Así, en relación a la notificación de la sentencia al cónyuge que había prestado el consentimiento, algunos Juzgados entendían que era suficiente la notificación por correo certificado mientras que otros, considerándolo “parte procesal”, acordaban la notificación personal. Había casos en los que el cónyuge que solamente prestaba el consentimiento y ratificaba el convenio regulador se constituía en ignorado paradero, y la notificación de la sentencia era un camino tortuoso, ya que ni podía serle notificada por edictos, al no ser rebelde procesal, ni tampoco a su representación procesal, puesto que era inexistente, por lo que podía quedar la notificación de la sentencia, y por tanto, la firmeza, a resultas de la aparición misteriosa del mismo, con todas las consecuencias de la falta de anotación en el Registro Civil, no solo entre los cónyuges, sino respecto a terceros.

Se suscitaban también problemas en el procedimiento de jura de cuentas, derivados de la falta de postulación procesal en los procedimientos de mutuo acuerdo en los que uno de los cónyuges consentía, en el sentido de si podía ser apremiado de pago de honorarios adeudados a los profesionales que habían intervenido en el procedimiento, y en el que existía un convenio regulador, que seguramente había sido suscrito con el asesoramiento técnico de un Abogado, y que, surtiendo iguales efectos para ambos cónyuges, uno de ellos (el que prestaba el consentimiento), carecía de legitimación pasiva para ser apremiado.

Estas disfunciones han sido solucionadas por la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

Regula en el Libro Cuarto lo que denomina *procesos especiales*, dedicando el Título I a los *procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores*. La regulación legal de estos procesos va encabezada por un capítulo I “artículos 748-755” dedicado a disposiciones generales, que constituyen un conjunto de normas de aplicación general a estos procesos especiales, en los que como dice

la exposición de motivos, “no rige el principio dispositivo, o debe ser matizada su influencia en razón de su indiscutible interés público inherente al objeto procesal, por lo que la ley no se limita codificar sino que con pleno respeto a las normas sustantivas, de las que el proceso ha de ser instrumental, diseña procedimientos sencillos y presta singular atención a los problemas reales mostrados por la experiencia”.

Dentro de estas disposiciones generales, inexistentes en la regulación anterior, en la que todo lo concerniente a la representación y defensa de las partes se regía por lo dispuesto en los artículos 3 y 10 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil, se encuentra el artículo 750 que lleva por título “Representación y defensa de las partes”, según el cual:

“1. Fuera de los casos en que, conforme a la ley, deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal, las partes actuarán en los procesos a que se refiere este título con asistencia de abogado y representadas por procurador.

2. En los procedimientos de separación o divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges, éstos podrán valerse de una sola defensa y representación.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cuando alguno de los pactos propuestos por los cónyuges no fuera aprobado por el tribunal, se requerirá a las partes a fin de que en el plazo de cinco días manifiesten si desean continuar con la defensa y representación únicas o si, por el contrario, prefieren litigar cada una con su propia defensa y representación. Asimismo, cuando, a pesar del acuerdo suscrito por las partes y homologado por el tribunal, una de las partes pida la ejecución judicial de dicho acuerdo, se requerirá a la otra para que nombre abogado y procurador que la defienda y represente”.

A la vista de este nuevo artículo se pueden extraer varias conclusiones:

1. Que la ley utiliza indistintamente la palabra cónyuges y partes, por lo que, con independencia de que se formule la demanda por uno solo de los cónyuges con el consentimiento o por ambos, los dos son sujetos a los que de forma directa afecta el pronunciamiento del tribunal.

2. Que las partes deben comparecer con abogado y procurador, por considerarse preceptivos, tanto en los procedimientos contenciosos como en los de mutuo acuerdo.

3. Que en los procedimientos de mutuo acuerdo, incluida la formulación de un cónyuge con consentimiento del otro, los cónyuges pueden valerse de una sola defensa y representación.

4. Que la modalidad existente en la Disposición Adicional 6.^a de la Ley 30/1981 de 7 de julio de la presentación de la demanda por un cónyuge con el consentimiento del otro, ha sido suprimida, no en su formulación, dada la vi-

gencia de los artículos 81 y 86 del CC, y de la redacción dada al artículo 777 de la LEC, mas si en su tratamiento procesal, y más concretamente en lo referente a la representación y defensa técnica, cuya exigencia se ha hecho ineludible. Tanto se presente la demanda por ambos cónyuges de mutuo acuerdo, o por uno prestando el otro el consentimiento, ambos han de comparecer asistidos de letrado y representados por procurador, sin perjuicio, de que, en los dos supuestos, puedan efectuarlo a través de una sola defensa y representación, por permitirlo el párrafo 2 del artículo 750 de la nueva Ley.

Y ello es así porque el legislador establece categóricamente la necesidad de comparecer con procurador y abogado en todos los procedimientos matrimoniales, no mencionándose ninguna particularidad en los casos en que se presente la demanda por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro.

Tampoco se alude a ello en el artículo 769, apartado 2.º, referido a la competencia en los procesos matrimoniales y de menores, donde se dispone que en “los procedimientos de separación o divorcio de mutuo acuerdo a que se refiere el artículo 777, será competente el juez del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes”.

Parece que el legislador haya querido entender que la prestación del consentimiento de uno de los cónyuges se da por supuesta en los procedimientos de mutuo acuerdo, otorgándole por ello un mismo tratamiento en relación con la asistencia técnica y representación procesal, más acorde con el principio constitucional de igualdad de armas procesales, y sin que la redacción de los artículos 81.1 y 86.1 del Código Civil impida un tratamiento conjunto, ya se trate de procedimientos de mutuo acuerdo, o de procedimientos iniciados por un cónyuge con el consentimiento del otro.

Incluso el párrafo segundo del apartado 2.º del artículo 750 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la necesidad por parte del Órgano Jurisdiccional de garantizar ese principio de igualdad en los procedimientos de mutuo acuerdo, cuando los cónyuges concurren con una representación y defensa únicas, en los supuestos en los que alguno de los pactos propuestos por los cónyuges no sean aprobados por el tribunal, o alguno de los cónyuges inste la ejecución, con lo que en definitiva, de lo que se trata es de procurar el derecho a la defensa de cada una de las partes de una manera real, al objeto de asegurar la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución Española.

Puede concluirse que la rúbrica que se mantiene en el artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene exclusivamente carácter identificativo del procedimiento a tramitar, y de concordancia con la expresión contenida en los artículos 81.1 y 86.1, ambos del Código Civil, pero solamente a esos efectos y no para otorgar un distinto tratamiento procesal, y dos modalidades procesales a los procedimientos de mutuo acuerdo como hasta la entrada en vigor de la nueva

ley se venía produciendo, siendo por tanto preceptivo, en cualquier caso, que ambos cónyuges comparezcan con procurador y letrado.

Es criticable, sin embargo, que el legislador haya conservado la rúbrica del artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando hubiere bastado simplemente con la expresión “*separación o divorcio de mutuo acuerdo*” para haber dejado zanjada definitivamente la cuestión.

CRÓNICA LEGISLATIVA

LEY 1/2001, DE 15 DE MARZO, DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN CATALUÑA

(BOE 91/2001, DE 16 DE ABRIL DE 2001)
(DOGC 3355/2001, DE 26 DE MARZO DE 2001)

PREÁMBULO

La presente Ley da respuesta al artículo 79.2 y a la disposición final tercera de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia, y regula la mediación familiar de acuerdo con las bases establecidas por la mencionada disposición final y de acuerdo con los principios generales que informan la institución de la mediación.

La mediación, en general, como institución compleja, en la medida en que comporta la presencia y la intervención de una tercera persona, es de aplicación a diferentes ámbitos y consiste en un método de resolución de conflictos que se caracteriza por la intervención de una tercera persona imparcial y experta, sea a iniciativa propia de las partes, sea a indicación de una autoridad judicial, que tiene como objeto ayudar a las partes y facilitarles la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio.

La mediación familiar, y concretamente la modalidad encaminada a la solución extrajudicial de los conflictos matrimoniales, apareció en los Estados Unidos de América. En la segunda mitad de los años setenta buena parte de los estados de la Unión ya disponían de servicios de mediación vinculados a los tribunales.

Hay que buscar la causa determinante de la extensión rápida de la mediación familiar en aquel país en el aumento espectacular del número de divorcios, con el incremento

consiguiente de la litigiosidad matrimonial y de los costes procesales.

Estas mismas circunstancias, que se producen cada vez más en muchos otros países desarrollados, han provocado la implantación generalizada de la mediación familiar, sujeta, naturalmente, a diferentes características y matizaciones, pero en todas partes con la misma finalidad: la solución extrajudicial de la conflictividad matrimonial.

Aparte de la mediación como medio de solución de los conflictos matrimoniales, la presente Ley da una respuesta coherente a la institucionalización reciente que han alcanzado las uniones estables en el seno del derecho civil catalán, a partir de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. Esta ha comportado el reconocimiento de derechos y obligaciones entre los convivientes, los cuales pueden exigirlos ante los tribunales.

La mediación regulada por la presente Ley puede llegar a ser, por lo tanto, un instrumento válido para reducir también parte de la nueva conflictividad judicial que se pueda derivar de la aplicación de la Ley de uniones estables de pareja, y también para trasladar a este ámbito los efectos beneficiosos que se derivan de la autocomposición de conflictos que la mediación comporta.

Cabe decir que, si inicialmente la mediación se dirigía principalmente a la reconciliación de la pareja, actualmente se orienta

más hacia el logro de los acuerdos necesarios para la regulación de la ruptura, como son los relativos al ejercicio de la potestad, la custodia de los hijos, el régimen de visitas, los alimentos y, si procede, la atribución de la vivienda familiar, la pensión compensatoria o los otros aspectos que, de acuerdo con la legislación aplicable y las circunstancias del caso, corresponda regular.

En Europa, la mediación familiar ha sido una solución eficaz de los conflictos familiares, tanto desde el punto de vista de la prevención como de la resolución de éstos, aplicada por los países de la Unión Europea más avanzados en políticas sociales.

Muy recientemente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que ya había impulsado, años atrás, en el ámbito de la familia, soluciones alternativas a la vía judicial, en la Recomendación núm. R (98) I, de 21 de enero de 1998, sobre la mediación familiar, insta a los gobiernos de los estados miembros a instituirlos o, en su caso, a vigorizar la que ya tienen.

Dicha Recomendación contiene una extensa exposición de motivos en la cual se formulan una serie de principios sobre la mediación que han sido debidamente recogidos en la presente Ley. Hay que destacar la atención especial que ha de tener la persona mediadora en la cuestión de saber si se ha producido violencia entre las partes o si es posible que se produzca en el futuro.

La Ley del divorcio de 1981 constituye el primer referente legal en España que faculta a las partes para pactar los efectos de su ruptura y establecer el convenio regulador de la separación o divorcio, sin derivar la solución hacia la vía arbitral o judicial. Además, en el procedimiento que se tramita de común acuerdo, se prevé la posibilidad de que intervenga un solo abogado o abogada, cuya intervención, en interés de ambas partes, le reviste de un cierto carácter de componedor.

En Cataluña y el País Vasco, la situación es diferente. En esta última comunidad funciona, desde hace unos años, un servicio de mediación familiar subvencionado por el

Gobierno autónomo con la participación de los servicios sociales locales.

En Cataluña, los equipos psicosociales, integrados por psicólogos y trabajadores sociales, adscritos a los juzgados de familia con la función de asesorar a la autoridad judicial, especialmente en la toma de decisiones relativas a los hijos menores de edad, han ampliado esta función con el asesoramiento a las partes en litigio, que siguen teniendo, de conformidad con el Código de familia vigente, la facultad de regular, de común acuerdo, los efectos de la separación, el divorcio o la nulidad de su matrimonio.

De esta forma, ha surgido de la práctica y la experiencia acumulada durante unos años de asesoramiento en la doble vertiente a la autoridad judicial y a las personas litigantes, un modelo de mediación familiar que se aplica en Cataluña con un resultado positivo.

La presente Ley recoge y canaliza todas estas experiencias con la finalidad de institucionalizar, potenciar y extender a toda Cataluña la mediación familiar, que encaja perfectamente en nuestro ordenamiento jurídico porque la mediación familiar devuelve a las partes el poder de decisión para resolver la crisis del matrimonio o de la unión estable de pareja, o las desavenencias del padre y la madre en relación con los hijos comunes menores de edad o discapacitados y los otros conflictos familiares que prevé la Ley en materia de alimentos y de tutela, en concordancia con el principio de autonomía de la voluntad, uno de los principios generales que informan el derecho civil de Cataluña, y favorece las soluciones pactadas, en la línea del pactismo, que constituye otra nota característica de la mentalidad y de la concepción jurídica del pueblo catalán.

Con estos objetivos, la Ley regula los aspectos jurídicos fundamentales de la mediación familiar y crea el Centro de Mediación Familiar de Cataluña, que asume la responsabilidad de fomentar y organizar el servicio público de esta actividad, sin el propósito de abarcar la mediación que se pueda producir al margen de su intervención, con pleno res-

peto a la voluntad de los ciudadanos y a las iniciativas privadas que ya han nacido en forma asociativa y han alcanzado una experiencia teórica y práctica en el ámbito de la mediación. Regula también la intervención de los colegios profesionales afectados, y les da unas tareas importantes en los ámbitos de la formación y la capacitación de la persona mediadora mediante la posibilidad de creación de servicios de mediación familiares dependientes de los mismos colegios profesionales, así como deontológicas y sancionadoras.

La presente Ley se estructura en cinco capítulos.

El capítulo I establece las disposiciones generales que deben regir la actuación del Centro de Mediación Familiar de Cataluña y de los servicios de mediación familiar dependientes de los colegios profesionales o de estos mismos colegios profesionales: las funciones que deben cumplir; los ámbitos de aplicación de la mediación; las personas legitimadas; la titulación y la formación de las personas mediadoras, respecto a las cuales la presente Ley opta por el modelo simple o unipersonal; la naturaleza de los acuerdos, priorizando el interés superior de los hijos, y los requisitos de acceso a la gratuidad del servicio.

El capítulo II está dedicado a la regulación de las características de la mediación familiar: la voluntariedad, la confidencialidad, la imparcialidad y el asesoramiento técnico de que deben disponer las personas mediadoras. Las dos primeras características garantizan, respectivamente, la libertad y la intimidad de las partes, y las otras dos garantizan la calidad del servicio. Finalmente, el carácter personalísimo de la institución mantiene la coherencia con el aludido retorno a las partes del poder de alcanzar por ellas mismas la solución del conflicto.

El capítulo III regula el desarrollo de la mediación y establece una tramitación muy simple, que permite limitar su duración y evitar que se pueda utilizar como un meca-

nismo dilatorio de la separación y el divorcio.

El capítulo IV crea los registros de personas mediadoras, que son las únicas que pueden ejercer la función de mediación regulada por la presente Ley.

El capítulo V establece el régimen sancionador.

La Ley concluye con dos disposiciones finales: una, por lo que respecta a la habilitación para el despliegue reglamentario que corresponda, y la otra, sobre su entrada en vigor.

CAPÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales

Artículo 1.º Objeto.—1. La presente Ley tiene por objeto regular la mediación familiar como medida de apoyo a la familia y como método de resolución de conflictos en los supuestos que recoge la presente Ley, para evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso y poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance.

2. Los colegios profesionales que incorporan a las personas que llevan a cabo mediaciones en el ámbito de la presente Ley pueden organizar sus servicios de mediación familiar.

Art. 2.º Organización.—1. Se crea el Centro de Mediación Familiar de Cataluña, entidad sin personalidad jurídica propia, adscrita al Departamento de Justicia, que tiene por objeto promover y administrar la mediación regulada por la presente Ley y facilitar que se pueda acceder a la misma.

2. El Centro de Mediación Familiar de Cataluña es el encargado de designar a la persona mediadora en las mediaciones que se solicitan a instancias de la autoridad judicial o de las personas interesadas.

3. Las personas interesadas también se pueden dirigir a los servicios de mediación familiar de los colegios profesionales que incorporan a los profesionales que llevan a cabo mediaciones en el ámbito de la presente Ley.

4. Los colegios profesionales realizan funciones de formación, capacitación de las personas mediadoras, así como una función deontológica y disciplinaria respecto a los colegiados que ejercen la mediación.

5. Los colegios profesionales deben colaborar en el fomento de la mediación regulada por la presente Ley.

Art. 3.º Funciones del Centro de Mediación Familiar de Cataluña.—Para cumplir su objeto, el Centro de Mediación Familiar de Cataluña ejerce las siguientes funciones:

a) Fomentar y difundir la mediación en el ámbito familiar establecida por la presente Ley.

b) Estudiar las técnicas de mediación familiar.

c) Gestionar el Registro general de personas mediadoras.

d) Homologar, a efectos de la inscripción de las personas mediadoras en los correspondientes registros, los estudios, los cursos y la formación específica en materia de mediación.

e) Designar, si procede, a propuesta de los servicios de mediación familiar de los diversos colegios profesionales, a la persona mediadora cuando no lo hacen las partes.

f) Hacer el seguimiento de las mediaciones y arbitrar la solución de las cuestiones organizativas que se suscitan en relación con el proceso de mediación y no forman parte del objeto sometido a mediación.

g) Elaborar propuestas y emitir los informes sobre el proceso de mediación que, en relación con sus funciones, le sean pedidos por la persona titular del Departamento.

h) Elaborar una memoria anual de las actividades llevadas a cabo por el Centro.

i) Remitir al colegio profesional correspondiente las quejas o las denuncias que se presenten como consecuencia de las actuaciones de las personas mediadoras inscritas en sus registros y hacer su seguimiento.

Art. 4.º Funciones de los colegios profesionales.—Son funciones de los colegios profesionales que integran a los profesionales que llevan a cabo mediaciones en el ámbito de la presente Ley:

1. Llevar el Registro de personas mediadoras que estén colegiadas, declarar su capacitación y comunicar las altas y bajas al Centro de Mediación Familiar de Cataluña.

2. Proponer al Centro de Mediación Familiar de Cataluña la persona mediadora cuando las partes se dirijan al colegio profesional.

3. Comunicar al Centro de Mediación Familiar de Cataluña las medidas adoptadas como consecuencia de los expedientes disciplinarios que hayan sido incoados a personas mediadoras.

4. Hacer el seguimiento de las mediaciones llevadas a cabo por los colegiados.

5. Programar y llevar a cabo la formación específica en el ámbito de la mediación.

6. Colaborar con el Centro de Mediación Familiar de Cataluña en el fomento y la difusión de la mediación.

7. Estudiar las técnicas de mediación familiar.

8. Elaborar propuestas y emitir los informes sobre el proceso de mediación que, en relación con sus funciones, le sean solicitados por el Centro de Mediación Familiar de Cataluña.

9. Remitir al Centro de Mediación Familiar de Cataluña una memoria anual de las actividades del colegio profesional en el ámbito de la mediación.

Art. 5.º Personas legitimadas y ámbito de la mediación.—1. Están legitimadas para instar la mediación familiar que regula la presente Ley las personas unidas por vínculo matrimonial o que forman una unión estable de pareja y las que, sin formar una unión estable de pareja, tienen hijos comunes, para la solución de conflictos en las situaciones que se indican:

Primero. Personas unidas por el vínculo matrimonial:

a) En las crisis de convivencia surgidas antes de la iniciación de cualquier proceso judicial, para llegar a los acuerdos necesarios y para canalizar y simplificar el conflicto por la vía judicial del común acuerdo, cuando las partes ya han decidido romper la convivencia.

b) En la elaboración de los acuerdos necesarios para el logro del convenio regulador de la separación o el divorcio contenciosos.

c) En el establecimiento de las medidas en ejecución de las sentencias de nulidad de matrimonio civil.

d) En el cumplimiento de las sentencias recaídas en los procedimientos de separación y divorcio de matrimonio.

e) En la modificación de las medidas establecidas por resolución judicial firme, por razón de circunstancias sobrevenidas.

Segundo. Personas que forman una unión estable de pareja, regulada por la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja:

a) En las crisis de convivencia surgidas antes de la iniciación de cualquier proceso judicial, para canalizar de mutuo acuerdo los efectos de la ruptura de la unión y, en su caso, simplificar el conflicto.

b) En las cuestiones que hacen referencia a los hijos comunes menores de edad o discapacitados, tanto en el curso de la convivencia, con motivo de la ruptura o después de ésta.

c) En el establecimiento de las medidas en ejecución de las sentencias relativas al pago de compensaciones económicas o de pensiones periódicas.

d) En la modificación de las medidas aprobadas por resolución judicial firme, por razón de circunstancias sobrevenidas.

Tercero. Personas no incluidas en los apartados primero y segundo, en las cuestio-

nes que surgen en el ejercicio de la potestad respecto a los hijos comunes.

2. También puede solicitar la mediación regulada por la presente Ley cualquier persona que tenga un conflicto por razón de alimentos entre parientes o de instituciones tutelares.

3. Fuera de los casos fijados por los apartados 1 y 2, las personas interesadas en solicitar los servicios de una persona mediadora se pueden dirigir a los registros de los colegios profesionales, pero no es de aplicación la presente Ley a la mediación que se lleve a cabo, excepto en el capítulo V por lo que respecta a la persona mediadora.

Art. 6.º Naturaleza de los acuerdos.—1. Las cuestiones que se pueden someter a la mediación familiar, en el marco de las situaciones detalladas en el artículo 5 y, en consecuencia, los acuerdos que se adopten, se han de referir siempre a materias de derecho privado dispositivo susceptibles de ser planteadas judicialmente.

2. Los acuerdos que se adoptan, si hay hijos, han de dar prioridad al interés superior y al bienestar de los hijos y, por consiguiente, establecer las soluciones más apropiadas para todos los aspectos referidos a la vida y al desarrollo de la personalidad de los hijos.

3. En caso de que no haya hijos comunes o de que sean mayores de edad o emancipados, se ha de dar prioridad al interés del cónyuge o del miembro de la pareja más necesitado, en atención a criterios de edad, de situación laboral, de salud física y psíquica y de duración de la convivencia, de conformidad, en todos los casos, con lo que establecen el Código de familia y la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja.

Art. 7.º El mediador o mediadora.—1. El mediador o mediadora debe ser una persona que ejerza de abogado, de psicólogo, de trabajador social, de educador social o de pedagogo y que esté colegiada en el colegio profesional respectivo.

2. La condición de mediador o mediadora ha de ser declarada de acuerdo con la experiencia profesional y la formación específica que se establezcan por reglamento.

Art. 8.º Requisitos previos.—1. Las partes que se someten a la mediación familiar deben aceptar las disposiciones y la tramitación establecidas por la presente Ley. También deben aceptar las tarifas de la mediación, las cuales han de ser facilitadas antes de iniciarla, salvo que gocen del derecho a la gratuidad que establece el artículo 9.1.

2. La mediación se puede convenir antes de la iniciación de las actuaciones judiciales o en el curso de las mismas, pero en este último caso deben haber quedado en suspenso a petición de una de las partes, aceptada por la otra, o de ambas partes de común acuerdo.

3. Las partes pueden designar de común acuerdo a la persona mediadora entre las inscritas en el Registro General del Centro de Mediación Familiar de Cataluña o en los registros de colegios profesionales. De otro modo, deben aceptar la que sea designada por el Centro.

4. Ha de haber transcurrido un año, como mínimo, desde que se haya dado por acabada una anterior mediación sobre un mismo objeto o que ésta hubiera sido intentada sin acuerdo, a fin de que pueda haber una nueva mediación, salvo que el Centro de Mediación Familiar de Cataluña aprecie circunstancias sobrevenidas que aconsejen antes una nueva mediación, en especial, para evitar un grave perjuicio de los hijos, si son menores o discapacitados.

Art. 9.º Supuestos de gratuidad de la mediación.—1. La mediación es gratuita para las personas que son beneficiarias del derecho a la asistencia jurídica gratuita o que podrían serlo puesto que reúnen las condiciones necesarias y la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita así se lo reconozca.

2. La gratuidad de la mediación se atribuye individualmente, según la capacidad económica de cada parte.

3. La parte que no goza del derecho a la gratuidad debe abonar la mitad del coste de la actividad.

Art. 10. Alcance de la mediación.—La mediación parcial se limita a tratar algunas de las materias relativas a la custodia de los hijos, al ejercicio de la potestad del padre y de la madre, al régimen de visitas, al uso de la vivienda familiar o a las económicas. Si abarca todas las materias mencionadas se trata de mediación total.

CAPÍTULO II

Características de la mediación familiar

Art. 11. Voluntariedad.—1. La mediación familiar está basada en el principio de voluntariedad, según el cual las partes no solamente son libres de acogerse o no a la mediación, sino también de desistir en cualquier momento.

2. La persona mediadora también puede dar por acabada la mediación en el momento en que aprecie falta de colaboración en una de las partes o no respeto de las condiciones establecidas, y también la puede dar por acabada si el proceso se vuelve inútil para la finalidad perseguida, considerando las cuestiones sometidas a la mediación. Esta decisión se traslada al servicio correspondiente del colegio profesional a que pertenece la persona mediadora, el cual, en el plazo de un mes, ratifica el acabamiento o pide al Centro de Mediación Familiar de Cataluña una nueva designación.

Art. 12. Imparcialidad.—1. La persona mediadora tiene el deber de la imparcialidad y, en consecuencia, ha de ayudar a los participantes a alcanzar los acuerdos pertinentes sin imponer ninguna solución ni medida concreta ni tomar parte.

2. Si en un momento determinado hay conflicto de intereses entre las partes y la persona mediadora, o algún vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, amistad íntima o enemistad manifiesta entre la persona mediadora y

una de las partes, la persona mediadora debe declinar la designación. En caso de duda, la persona mediadora puede solicitar un informe a su colegio profesional.

3. En caso de que se produzca alguno de los supuestos establecidos por el apartado 2 y la persona mediadora no haya declinado la designación, la parte puede, en el plazo de cinco días desde que tiene conocimiento de la designación de la persona mediadora, recusar su nombramiento mediante escrito motivado donde haga constar las causas de la recusación. Este escrito se ha de presentar ante el Centro de Mediación Familiar de Cataluña.

Art. 13. Confidencialidad.—1. En la medida en que en el curso de la mediación se puede revelar información confidencial, la persona mediadora y las partes han de mantener el deber de confidencialidad en relación con la información que se trate. En cumplimiento de este deber, las partes se comprometen a mantener el secreto y, por lo tanto, renuncian a proponer la persona mediadora como testigo en algún procedimiento que afecte al objeto de la mediación; también la persona mediadora debe renunciar a actuar como perito en los mismos casos.

2. Las actas que se elaboran a lo largo del proceso de mediación tienen carácter reservado.

3. No está sujeta al deber de confidencialidad establecido por los apartados 1 y 2 la información obtenida en el curso de la mediación que:

- a) No es personalizada y se utiliza para finalidades de formación o investigación.
- b) Comporta una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona.

4. En cualquier caso, la persona mediadora está obligada a informar a las autoridades competentes de los datos que puedan revelar la existencia de una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una

persona o de hechos delictivos perseguibles de oficio.

Art. 14. Apoyo a la persona mediadora.—Las personas mediadoras pueden solicitar apoyo o asesoramiento al Centro de Mediación Familiar de Cataluña, en los casos o las situaciones que requieren conocimientos especializados.

Art. 15. Carácter personalísimo.—Las partes y la persona mediadora deben asistir personalmente a las reuniones de mediación sin que se puedan valer de representantes o intermediarios.

CAPÍTULO III

Desarrollo de la mediación

Art. 16. Inicio de la función mediadora.—1. La mediación se puede iniciar:

- a) A petición de ambas partes de común acuerdo.
- b) A instancia de una de las partes, siempre que la otra parte haya manifestado su aceptación dentro del plazo de diez días desde que el Centro la haya citado a tal efecto.

2. En el caso de que el Centro de Mediación Familiar de Cataluña nombre un mediador o mediadora designado de común acuerdo por las partes, la notificación del nombramiento sólo debe hacerse a la persona designada.

Art. 17. Reunión inicial.—1. La persona mediadora ha de convocar a las partes a una primera reunión en la cual les ha de explicitar el procedimiento y el alcance de la mediación; en especial, les ha de informar del derecho de cualquiera de ellas de dar por acabada la mediación y del mismo derecho que tiene la persona mediadora si aprecia que se producen las circunstancias que señala el artículo 11.2.

2. La persona mediadora ha de informar a las partes de la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico durante la mediación y de la necesidad de intervención le-

trada a fin de asesorar en la redacción del convenio, si éste es procedente.

3. En la primera reunión, la persona mediadora y las partes han de acordar las cuestiones que hay que examinar y han de planificar el desarrollo de las sesiones que pueden ser necesarias.

Art. 18. Acta inicial de la mediación.—1. De la reunión inicial de la mediación familiar, se extiende un acta, en la cual se expresa la fecha, la voluntariedad de la participación de las partes y la aceptación de los deberes de confidencialidad establecidos por el artículo 13. En la medida en que sea posible, se identifica el objeto de la mediación y el número de sesiones previstas.

2. El acta se firma por triplicado, se entrega un ejemplar a cada una de las partes y el otro ejemplar lo conserva la persona mediadora.

Art. 19. Deberes de la persona mediadora.—La persona mediadora a lo largo de su actuación tiene el deber fundamental de facilitar un acuerdo voluntario y equitativo entre las partes y, por lo tanto, debe:

a) Facilitar la comunicación entre las partes, promover la comprensión entre ellas y ayudar a buscar posibles soluciones al conflicto suscitado.

b) Velar para que las partes tomen las propias decisiones y dispongan de la información y el asesoramiento suficientes para lograr los acuerdos de una manera libre, voluntaria y exenta de coacciones.

c) Dar a entender a las partes la necesidad de velar por el interés superior de los hijos menores o discapacitados.

d) Dar por acabada la mediación ante cualquier causa previa o sobrevenida, propia o ajena a la persona mediadora, que haga incompatible la continuación del proceso de mediación con las exigencias establecidas por la presente Ley. En este sentido, la persona mediadora ha de prestar una atención particular a cualquier signo de violencia doméstica, física o psíquica, entre las partes.

Art. 20. Duración de la mediación.—

1. La duración de la mediación depende de la naturaleza y la complejidad de los puntos en conflicto. No puede exceder de tres meses, a contar desde el momento de la reunión inicial entre la persona mediadora y las partes. Mediante una petición motivada de la persona mediadora y de las partes, el Centro de Mediación Familiar de Cataluña puede acordar una prórroga hasta un máximo de tres meses.

2. Se ha de establecer por reglamento el número mínimo de sesiones de la mediación para cerrarla sin acuerdo, según cuales sean las cuestiones sometidas a mediación, y el número máximo, tanto si acaba en acuerdo como si no.

3. A efectos estadísticos, las personas que se someten a la mediación han de responder, con carácter potestativo, un cuestionario en el cual han de hacer constar su parecer sobre la duración del proceso y sobre la actividad de la persona mediadora. En el tratamiento de los datos de este cuestionario se debe respetar su total confidencialidad.

Art. 21. Acta final de la mediación.—

1. De la sesión final de la mediación se extiende un acta, en la cual deben constar exclusivamente y de manera clara y concisa los acuerdos totales o parciales logrados.

2. Si es imposible llegar a algún acuerdo sobre el objeto total o parcial de la mediación, se extiende un acta en la cual tan sólo se hace constar que la mediación ha sido intentada sin efecto.

3. El acta se firma tal y como establece el artículo 18.2 y se entrega un ejemplar a cada parte que, si procede, trasladan a los respectivos abogados.

Art. 22. Comunicación de la mediación.—1. El acuerdo conseguido mediante la mediación puede ser trasladado por los abogados de las partes al convenio regulador, y puede, así, ser incorporado al proceso judicial en curso o que se inicie, a fin de ser ratificado y aprobado.

2. En la mediación realizada por indicación de la autoridad judicial, con suspen-

sión del curso de las actuaciones judiciales, la persona mediadora ha de comunicar a la mencionada autoridad, en el plazo máximo de cinco días desde la finalización de la mediación, si se ha llegado a un acuerdo o no. En el mismo plazo se ha de entregar a las partes el acta final de la mediación.

CAPÍTULO IV

Aspectos de registro y de organización

Art. 23. Registro de personas mediadoras.—1. Tanto el Centro de Mediación Familiar de Cataluña como los colegios profesionales que incorporan personas mediadoras gestionan los registros de las mismas. Las personas que cumplen los requisitos de acuerdo con lo que dispone el artículo 7.^º y quieren ejercer la función de mediación regulada por la presente Ley deben inscribirse en el registro del colegio profesional al cual pertenecen. Los colegios profesionales trasladan las inscripciones al registro del Centro de Mediación Familiar de Cataluña que tiene inscritos todos los profesionales.

2. Tanto el Centro de Mediación Familiar de Cataluña como los colegios profesionales han de aplicar un criterio de reparto equitativo de las mediaciones en los casos en que tengan que designar a la persona mediadora.

3. La estructura y el funcionamiento de los registros se han de determinar por reglamento.

Art. 24. Retribución.—1. Las personas que se acogen a la mediación y no tienen derecho a la gratuidad de la misma, regulada por el artículo 9, han de abonar a la persona mediadora, si la otra parte sí tiene reconocido este derecho, la mitad de las tarifas que el Departamento de Justicia establece.

2. El Centro retribuye a las personas mediadoras en los supuestos de gratuidad de la mediación, de acuerdo con las tarifas que el Departamento de Justicia establece.

3. Si ninguna de las dos personas que se acogen a la mediación tiene derecho a la gratuidad de este servicio y se inicia sin intervención de la autoridad judicial, han de abonar a la persona mediadora los honorarios que pacten al inicio de la mediación. Los colegios profesionales pueden establecer unos honorarios orientativos ponderados por la complejidad de la mediación y el tiempo dedicado. En este caso, únicamente es de aplicación el capítulo V por lo que respecta a las personas mediadoras, si bien pueden acordar que la mediación se desarrolle de acuerdo con los preceptos del capítulo III.

Art. 25. Comunicaciones al Centro de Mediación Familiar de Cataluña.—La persona mediadora ha de comunicar al colegio al cual pertenece y al Centro de Mediación Familiar de Cataluña, mediante un impreso normalizado, los datos relativos a cada mediación, a efectos estadísticos y de verificación. Estos datos, considerando que tienen carácter personal, deben quedar protegidos.

CAPÍTULO V

Régimen sancionador

Art. 26. Responsabilidad de la persona mediadora.—El incumplimiento de las obligaciones establecidas por la presente Ley, que comporte actuaciones u omisiones constitutivas de infracción, da lugar a las sanciones correspondientes en cada caso, previo expediente contradictorio.

Art. 27. Hechos constitutivos de infracción.—Constituyen infracción los supuestos siguientes:

- a) Incumplir el deber de imparcialidad exigible en los términos establecidos por el artículo 12.
- b) Incumplir el deber de confidencialidad exigible en los términos establecidos por el artículo 13.
- c) Incumplir los deberes establecidos por el artículo 19.

d) Incumplir las obligaciones establecidas por el artículo 22.2.

e) Incumplir las obligaciones establecidas por el artículo 25.

f) Incumplir el deber de facilitar previamente las tarifas en los términos establecidos por el artículo 8.1.

g) Incumplir el deber de denunciar en los términos establecidos por el artículo 13.4.

Art. 28. Tipos de infracciones.—

1. Son infracciones leves los hechos señalados en el artículo 27.c), d) y e) que no comportan perjuicios a las partes.

2. Son infracciones graves los hechos señalados en el artículo 27.a) y b) que no comportan perjuicios graves a las partes, y también la reiteración de una infracción leve en el plazo de un año. Asimismo, son infracciones graves las señaladas en el artículo 27.c), d) y e) que comportan perjuicios leves a las partes.

3. Son infracciones muy graves los hechos señalados en el artículo 27.a), b) y c) que comportan perjuicios graves a las partes, así como la reiteración de una infracción grave en el plazo de dos años.

4. En todos los casos, las violaciones de los deberes de imparcialidad y de confidencialidad tienen siempre, como mínimo, el carácter de infracción grave.

Art. 29. Tipos de sanciones.—Las sanciones que se pueden imponer son:

a) Por una infracción leve, amonestación por escrito que se hace constar en el expediente del registro.

b) Por una infracción grave, suspensión temporal para poder actuar como persona mediadora, de un mes a un año.

c) Por una infracción muy grave, suspensión temporal para poder actuar como persona mediadora, por un período de un año y un día a tres años, o baja definitiva del Registro de personas mediadoras.

Art. 30. Órganos sancionadores.—El colegio profesional al cual pertenece la per-

sona mediadora es el organismo competente para iniciar de oficio o a partir de una denuncia el expediente, para instruirlo y para sancionar a la persona mediadora de acuerdo con los procedimientos y mediante los órganos que establecen sus normas disciplinarias.

Art. 31. Normas deontológicas.—Las personas mediadoras deben respetar las normas deontológicas del colegio profesional al cual pertenecen y las que apruebe el Departamento de Justicia a propuesta de los colegios afectados o después de haberlos oído.

Art. 32. Régimen jurídico.—1. Todos los actos administrativos que dimanen de los órganos de gobierno y administrativos del Centro de Mediación Familiar de Cataluña pueden ser objeto de recurso de alzada ante el órgano que sea el superior jerárquico del que ha dictado el acto. El recurso extraordinario de revisión se puede interponer ante el consejero o consejera de Justicia en los supuestos regulados en la legislación de procedimiento administrativo.

2. La interposición del recurso contencioso administrativo es procedente según lo que establece la ley de esta jurisdicción.

3. El ejercicio de acciones civiles y laborales se rige por las normas que le son de aplicación, y la reclamación previa debe ser resuelta por el consejero o consejera de Justicia.

4. A los actos de los órganos de los colegios profesionales, les es de aplicación el régimen de recursos establecido por los estatutos respectivos.

DISPOSICIÓN ADICIONAL

Disposición adicional. Estructura territorial del Registro.—1. El Registro de personas mediadoras del Centro de Mediación Familiar de Cataluña se estructura en las demarcaciones que corresponden a las delegaciones territoriales del Departamento de Justicia.

2. Se autoriza al Gobierno para que, mediante un decreto, pueda establecer de-

marcaciones más reducidas que abarquen uno o varios partidos judiciales.

DISPOSICIONES FINALES

Disposición final primera. Despliegue por reglamento.—1. Se faculta al Gobierno para que desarrolle las normas relativas a la organización, el funcionamiento y la publicidad del Registro de personas mediadoras, a la capacitación de las personas mediadoras, al régimen de tarifas, al esta-

blecimiento de los órganos sancionadores y las otras normas de despliegue que sean pertinentes.

2. El Gobierno ha de desplegar las actuaciones que sean pertinentes para ejecutar la presente Ley en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor.

Disposición final segunda. Entrada en vigor.—La presente Ley entra en vigor a los nueve meses de haber sido publicada en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

LEY 1/2001, DE 6 DE ABRIL, POR LA QUE SE REGULAN LAS UNIONES DE HECHO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

(BOE 112/2001, DE 10 DE MAYO DE 2001
DOGV 3979/2001, DE 11 DE ABRIL DE 2001)

PREÁMBULO

En la sociedad en la que vivimos, la sociedad del siglo XXI, el matrimonio continúa siendo la forma de unión predominante en occidente, pero a raíz de los cambios acaecidos en el último medio siglo, otros tipos de unión demandan una regulación por parte de los poderes públicos. Las uniones estables, reconocidas mayoritariamente por la sociedad y denominadas "uniones de hecho", se encuentran en la actualidad con barreras jurídicas para su reconocimiento público.

El matrimonio y las uniones de hecho, por tratarse de instituciones distintas, obedecen a opciones y planteamientos personales que requieren el respeto a la diferencia tanto en el plano social como en el jurídico.

El derecho, por su parte, debe ajustarse a las nuevas realidades sociales. La presente ley trata de dar una adecuada solución a la realidad sociológica del incremento en el número de uniones entre personas, difícilmente encuadrables en las categorías jurídicas existentes.

La convivencia, estable y duradera, debe considerarse una realidad a la que los poderes públicos con capacidad normativa deben dar una respuesta convincente. La regulación normativa debe ser el mecanismo equilibrador e igualitario para aquellas personas que por el libre ejercicio de sus opciones, sean éstas cuales fueren, pudieran sentirse discriminadas. Hasta ahora han sido los tribunales de justicia y, en especial, el Tribunal Constitucional quienes han aplicado soluciones coyunturales o de emergencia a los

casos concretos que se les planteaban. Sin embargo, es la normativa el marco de referencia general donde se han producido avances importantes en los últimos años y donde se deben plasmar las soluciones con carácter universal.

En definitiva, la aprobación de la presente ley tiene su justificación, además, en el artículo 2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, y en el artículo 14 de la Constitución española que garantiza la igualdad de los españoles ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones, entre otras, de sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, así como en la Resolución de 8 de febrero de 1994 del Parlamento Europeo, sobre la igualdad de los derechos de los homosexuales y lesbianas en la Comunidad Europea, que reitera “la convicción de que todos los ciudadanos tienen derecho a un trato idéntico con independencia de su orientación sexual”, y en la Resolución de 19 de mayo de 1994 de las Cortes Valencianas, que recogía el mismo espíritu, por la que éstas asumen la necesidad de regular “las uniones de hecho”.

Por otro lado, esta ley da respuesta a una limitación fundamental, derivada de la falta de legislación propia de la Comunidad Valenciana, dentro de su actual ámbito competencial.

La convivencia genera relaciones diversas de carácter intersubjetivo, muchas de las cuales se ajustan a las esferas personal y patrimonial. Su regulación supondría una extensión del Código Civil a uniones de hecho no formalizadas en sede matrimonial, especialmente en lo concerniente a los convivientes, pues respecto a los descendientes las reformas del derecho de familia dan cumplida respuesta a tales situaciones.

Sin embargo, a la espera de la referida extensión de la legislación civil, la Generalitat Valenciana debe poner sus medios y sus competencias al alcance de las uniones de hecho no reguladas, con el fin de otorgarles un reconocimiento y, también, introducir así

una mayor seguridad jurídica que permita evitar situaciones de desigualdad. Todo ello, además, con la suficiente flexibilidad, de modo que los preceptos de esta ley puedan encajar en las diversas configuraciones legislativas que alternativamente adopte la ley civil estatal, ya sea en su configuración como unión personal civil, ya sea en su conceptualización afectiva o cuasiconyugal.

En este sentido, el Gobierno Valenciano, mediante el Decreto 250/1994, de 7 de diciembre, creó el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana, decreto que fue desarrollado mediante la Orden de 15 de febrero de 1995, de la Conselleria de Administración Pública, suponiendo ahora la presente ley, desde la Comunidad Valenciana, una respuesta clara a una demanda reconocida por amplios sectores sociales e institucionales, con el fin de apoyar un itinerario de reconocimiento de esta fórmula de convivencia en el marco del derecho común que evite cualquier tipo de discriminación para la persona.

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1.º Ámbito de aplicación.—

1. La presente ley será de aplicación a las personas que convivan en pareja, de forma libre, pública y notoria, vinculadas de forma estable, al menos durante un periodo ininterrumpido de doce meses, existiendo una relación de afectividad, siempre que voluntariamente decidan someterse a la misma mediante la inscripción de la unión en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana.

2. La inscripción en dicho registro tendrá carácter constitutivo.

3. Esta ley únicamente será de aplicación a aquellas uniones de hecho en las que, al menos, uno de los miembros se halle empadronado en la Comunidad Valenciana.

Art. 2.º Requisitos personales.—

1. No pueden constituir una unión de hecho de acuerdo con la normativa de la presente ley:

a) Los menores de edad, no emancipados.

b) Las personas ligadas por el vínculo del matrimonio.

c) Las personas que forman una unión estable con otra persona o que tengan constituida una unión de hecho inscrita con otra persona.

d) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.

e) Los parientes colaterales por consanguinidad o adopción dentro del tercer grado.

2. No podrá pactarse la constitución de una unión de hecho con carácter temporal ni someterse a condición.

CAPÍTULO II

De la inscripción de las uniones de hecho

Art. 3.º Acreditación.—1. Las uniones a que se refiere la presente ley se constituirán a través de la inscripción en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana, previa acreditación de los requisitos a que se refiere el artículo 1.º en expediente contradictorio ante el encargado del registro.

2. Reglamentariamente se regulará tal expediente contradictorio. En todo caso, la previa convivencia libre, pública, notoria e ininterrumpida, en relación de afectividad, habrá de acreditarse mediante dos testigos mayores de edad en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

3. La existencia de la unión de hecho se acreditará mediante certificación del encargado del registro.

CAPÍTULO III

De la inscripción de los pactos de convivencia

Art. 4.º Regulación de la convivencia.—1. Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que consideren convenientes para regir sus relaciones eco-

nómicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su cese, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos.

Serán nulos los pactos que contravengan la anterior prohibición.

2. A falta de pacto, se presumirá, salvo prueba en contrario, que los miembros de la unión contribuyen equitativamente al sostenimiento de las cargas de ésta, en proporción a sus recursos.

3. En todo caso, los pactos a que se refiere este artículo, estén o no inscritos en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana, sólo surtirán efectos entre las partes firmantes, y nunca podrán perjudicar a terceros.

Art. 5.º Inscripción.—1. Los pactos a que se refiere el artículo anterior podrán inscribirse en el registro administrativo, siempre que sean válidos.

2. La inscripción podrá efectuarse a petición de ambos miembros de la unión o por resolución judicial en el caso de negativa injustificada o incapacidad de uno de los miembros para prestar su consentimiento.

3. Contra la denegación de la inscripción, que se hará por resolución motivada, podrá interponerse el recurso administrativo que proceda.

CAPÍTULO IV

De la extinción de la unión

Art. 6.º Extinción de la unión.—

1. Las uniones de hecho se extinguen por las siguientes causas:

a) De común acuerdo.

b) Por decisión unilateral de uno de los miembros de la unión de hecho notificada al otro por cualquiera de las formas admitidas en derecho.

c) Por muerte de uno de los miembros de la unión de hecho.

d) Por separación de hecho de más de seis meses.

e) Por matrimonio de uno de los miembros.

2. Los dos miembros de la unión de hecho están obligados, aunque sea separadamente, a solicitar la cancelación de la inscripción de la unión.

Art. 7.º Inscripción.—La concurrencia de causa extintiva de la unión se hará constar en el Registro Administrativo de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana en la forma que se determine reglamentariamente.

CAPÍTULO V

Normas administrativas

Art. 8.º Beneficios respecto de la función pública.—En relación con el personal al servicio de la Generalitat Valenciana, los convivientes mantendrán los mismos beneficios reconocidos a las parejas que hayan contraído matrimonio.

Art. 9.º Normativa valenciana de derecho público.—Los derechos y obligaciones establecidos en la normativa valenciana de derecho público, serán de aplicación a los miembros de la unión de hecho, en especial en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Primera.—El tiempo de convivencia transcurrido antes de la entrada en vigor de esta ley, se ha de tener en cuenta a los efectos del cómputo de los doce meses a que se

refiere el artículo 1.º, si los miembros de la unión de hecho están de acuerdo.

Segunda.—Las inscripciones de uniones en el Registro de Uniones de Hecho de la Comunidad Valenciana, regulado por el Decreto 250/1994, de 7 de diciembre, del Gobierno Valenciano, y en la Orden de 15 de febrero de 1995, de la Conselleria de Administración Pública, se integrarán de oficio y de modo automático en el registro contemplado en el artículo 3.º de esta ley.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA

Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo previsto en la presente ley.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Efectos de la inscripción.—Si la legislación del Estado prevé la inscripción en el Registro Civil de las uniones reguladas por esta ley, los efectos que ésta les otorga deben ser entendidos referidos a las uniones que se inscriban.

Segunda. Desarrollo reglamentario.—1. Se autoriza al Gobierno Valenciano a dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y ejecución de la presente ley.

2. En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, el Gobierno Valenciano deberá aprobar los reglamentos de desarrollo de ésta.

Tercera. Entrada en vigor.—La presente ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Diari Oficial de la Generalitat Valenciana.

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

**TÍTULO: UNIONES DE HECHO: ESTUDIO PRÁCTICO
DE SUS EFECTOS CIVILES.**

*Autor: Antonio Alberto Pérez Ureña.
Madrid, Edisofer S.L., 2000, 288 páginas.*

La paulatina regulación de las uniones de hecho que está emanando de las comunidades autónomas va incrementando el número de publicaciones que analizan todos los aspectos referentes a las mismas. La obra que presentamos se divide en tres partes: En la primera de ellas el autor analiza los aspectos generales de las uniones de hecho, comenzando por la propia denominación, habida cuenta de la gran cantidad de términos empleados tanto por la doctrina como por el legislador (pareja de hecho, unión libre, pareja no casada, uniones extra-matrimoniales, familia de hecho, concubinato, matrimonio de hecho, convivencia *more uxorio*, uniones paramatrimoniales, uniones de participación integral de vida...) llegando a la conclusión de que el término más apropiado es el de unión de hecho. A continuación se intenta dar un concepto o definición legal mucho más amplio de los supuestos de convivencia *more uxorio*. También se abordan los antecedentes históricos, legislativos, la naturaleza jurídica, el derecho comparado y un tema importante: la prueba de la existencia de la unión de hecho.

La segunda parte se refiere a los efectos civiles de las uniones de hecho en el derecho común y en las distintas legislaciones forales, abordando todas las materias relacionadas con ellas (relaciones paterno filiales, materia arrendaticia, propiedad horizontal, reproducción asistida...).

La última parte la dedica el autor a tratar las cuestiones procesales, como jurisdicción, competencia judicial, las medidas de protección a adoptar, el procedimiento, el beneficio de justicia gratuita y la intervención del Ministerio Fiscal, acompañando una selección de doctrina legal, jurisprudencial y anexo de formularios.

TÍTULO: LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD (CRITERIOS LEGALES, DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES)

*Autor: Carolina del Carmen Castillo Martínez.
Valencia, Editorial Práctica de Derecho, 2000.*

La patria potestad constituye una institución exclusivamente concebida en interés y beneficio del hijo y únicamente desde esta consideración encuentra justificación la excepcional medida de la privación de la patria potestad a quienes de modo natural están llamados a ostentar su titularidad cuando su conducta se distancia gravemente del fin último perseguido por la institución, poniendo en peligro la educación y formación integral de los hijos.

La autora comienza abordando el principio general que proclama el interés del menor como el más digno de protección, para después analizarlo en el ámbito del acogimiento y la adopción, del establecimiento del régimen de guarda y custodia y en cuanto a la fijación del régimen de visitas.

Acto seguido se estudia una importante distinción: titularidad y ejercicio de la patria potestad. Respecto de esta distinción, señala la autora que la regulación contenida en el Código civil plantea una palpable confusión, generalizada y extendida a la doctrina y también a la jurisprudencia. Tras referirse al criterio distintivo entre titularidad y ejercicio, reseña algunas posibilidades concretas en orden a la atribución de la titularidad y consiguiente ejercicio de la patria potestad tanto en la situación ordinaria de progenitores convivientes como en la extraordinaria de padres no convivientes.

Centrándose ya en el estudio de la privación de la patria potestad se analiza su fundamento legal (artículos 170, 111, 92 en su párrafo 31 y 172 del Código Civil); los presupuestos esenciales para su aplicación (interpretación restrictiva de las limitaciones legales a la patria potestad, existencia y subsistencia plenamente probada de una causa grave de entidad suficiente para acordar la privación y adecuación de ésta al interés del menor); la necesidad de una resolución judicial que la adopte fundada bien en el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad o dictada en causa criminal o matrimonial; el ámbito de privación de la patria potestad (total o parcial); los efectos de dicha privación (pérdida de la titularidad, manifestaciones concretas de la misma, derecho del progenitor privado a comunicarse con el hijo y subsistencia del deber de velar por los hijos y prestarles alimentos); la recuperación de la patria potestad (carácter temporal o permanente de la privación, la necesidad de intervención judicial, prueba de la cesación de la causa que motivó la privación y efectos de la recuperación); y el procedimiento para la privación de la patria potestad (legitimación activa y pasiva, cauce procesal, audiencia del menor e intervención del Ministerio Fiscal).

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

ALICANTE

El día 21 de septiembre se celebrará en Alicante una jornada de derecho de familia sobre procesos matrimoniales en la nueva LEC organizada por la Asociación Española de Abogados de Familia, con la colaboración de Enfoque XXI. Los temas que se abordarán y los ponentes son los siguientes:

Procesos contenciosos. Medidas provisionales. Mutuo Acuerdo. Modificación de medidas definitivas. Ejecución de resoluciones eclesiásticas. Incapacidad y prodigalidad. Filiación, paternidad y maternidad. Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y sobre la necesidad de asentimiento en la adopción. Excmo. D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Abogado, Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

La ejecución de sentencias matrimoniales: Ejecución provisional, Impago de pensiones, incumplimiento del régimen de visitas. Guarda y Custodia. Vivienda Familiar. La liquidación de la sociedad de gananciales: El inventario, problemática de la calificación de bienes y deudas. La liquidación. Ilmo. Sr. D. Antonio Javier Pérez, Magistrado-Juez del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 7 de Córdoba.

Inscripciones: Eurolang. Avda. de Galicia n.º 29, 1.º izd. 33005 Oviedo. Tel. 98 523 28 67.

PALMA DE MALLORCA

Los días 27, 28 y 29 de septiembre se celebrarán en Palma de Mallorca (Salón de Actos del Centro Cultural de Sa Nostra, c/ Concepción n.º 12) unas jornadas de Derecho de Familia organizadas por la Fundación Escuela de práctica jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares y por la Asociación Española de Abogados de Familia. Los temas y los ponentes son los siguientes:

La modificación de las medidas definitivas. Procedimiento. Problemática planteada en la Ley 1/2000. Ilmo. Sr. D. Joaquín Andrés Joven, Magistrado del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 12 (Familia) de Palma de Mallorca.

Sustracción internacional de menores por sus progenitores. D. Alfonso Alonso Carvajal, Abogado.

Régimen de las atribuciones gratuitas entre cónyuges, constante matrimonio y régimen después del mismo. Dr. D. José Ángel Torres Lana, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de las Islas Baleares.

La indemnización por el trabajo en el hogar establecida en el art. 1.438 del Código Civil. D. Francisco Vega Sala, Abogado.

La situación del menor en la Ley 1/2000. Oposición a las resoluciones administrativas en relación al menor. Ilma. Sra. D.^a Margarita Pérez-Salazar, Magistrada del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 (Familia) de Pamplona.

El recurso de casación. Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda, Magistrado de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo.

La pensión compensatoria. Generalidades. Temporalidad. La conversión de la misma *sine die* en temporal. Extinción. Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández, Presidente de la Sec. 22.^a de la Audiencia Provincial de Madrid.

La intervención de terceros en los procesos de familia. Familiares de los cónyuges respecto al régimen de visitas, propietarios del domicilio familiar, acreedores de la sociedad económica matrimonial, etc. Ilmo. Sr. D. Antonio Javier Pérez Martín, Magistrado-Juez del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 7 de Córdoba.

Inscripciones: Colegio de Abogados de Baleares.

SEVILLA

Los días 4 y 5 de octubre de 2001 se celebrarán en Sevilla (Salón de Actos Caja San Fernando. Chicarreros s/n) las VI Jornadas de Derecho de Familia organizadas por el Iltre. Colegio de Abogados de Sevilla y la Asociación Española de Abogados de Familia, con la colaboración de Enfoque XXI. Los temas y los ponentes serán los siguientes:

El reglamento 1347/200 del Consejo de la Unión Europea relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad sobre los hijos comunes. Doña Susana Moya Medina, Abogada.

Filiación. El derecho de la persona a conocerla. Pruebas. Especial referencia a la prueba biológica. D.^a M.^a Luisa Palay Vallespinós, Abogada.

Uniones de hecho en la nueva LEC. Conflictos y procesos. Ilma. Sra. D.^a Mercedes Caso Señal, Magistrada del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 19 de Familia de Barcelona.

La calificación dudosa de bienes y deudas en la liquidación de la sociedad de gananciales. Excmo. D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Abogado, Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

Problemática del procedimiento de la liquidación de la sociedad de gananciales en la nueva LEC. Ilmo. Sr. D. Antonio Javier Pérez, Magistrado-Juez del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Córdoba.

Inscripciones: Colegio de Abogados de Sevilla, c/ Chapisteros n.º 6, Tel. 95 450 27 57.

CÓRDOBA

Los días 19 y 20 de octubre, se celebrarán en Córdoba (Auditorio del Jardín Botánico de Córdoba. Avda. del Linneo) las 1.ªs Jornadas de Derecho de Familia organizadas por la Delegación en Córdoba de la Asociación Española de Abogados de Familia. Los temas y los ponentes serán los siguientes:

El reconocimiento judicial de resoluciones extranjeras en materia de derecho de familia. Ilmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz, Presidente de la Audiencia Provincial de Córdoba.

Cuestiones Fiscales en los procesos de separación. D. Francisco J. Romero de las Cuevas, Jefe de la dependencia de Gestión Tributaria.

Intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de familia y menores. Ilmo. Sr. D. Fernando Santos Urbaneja, Fiscal de la Ilma. Audiencia Provincial de Córdoba.

Las uniones de hecho. Ilmo. Sr. D. Antonio Javier Pérez Martín, Magistrado Juez del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 7 de Córdoba.

Los procesos matrimoniales en la nueva LEC. Ilma. Sra. D.ª Rosario Flores Arias, Magistrada-Juez del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 (Familia) de Córdoba.

La liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales. D. Pedro Alejándrez Peña, Secretario del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 3 de Córdoba.

Inscripciones: Plaza San Ignacio de Loyola n.º 6, 4.º B. Tel. 957 477613.

OVIEDO

El día 26 de octubre se celebrará en Oviedo una jornada de derecho de familia sobre procesos matrimoniales en la nueva LEC organizada por la Asociación Española de Abogados de Familia, con la colaboración de Enfoque XXI. Los temas que se abordarán y los ponentes son los siguientes:

Procesos contenciosos. Medidas provisionales. Mutuo Acuerdo. Modificación de medidas definitivas. Ejecución de resoluciones eclesiásticas. Incapacidad y prodigalidad. Filiación, paternidad y maternidad. Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores y sobre la necesidad de asentimiento en la adopción. Excmo. D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Abogado, Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia

La ejecución de sentencias matrimoniales: Ejecución provisional. Impago de pensiones, incumplimiento del régimen de visitas. Guarda y Custodia. Vivienda Familiar. La liquidación de la sociedad de gananciales: El inventario, problemática de la calificación de bienes y deudas. La liquidación. Ilmo. Sr. D. Antonio Javier Pérez, Magistrado-Juez del Juzgado de 1.^a Instancia n.º 7 de Córdoba.

I JORNADAS SOBRE MEDIACIÓN EN LA FAMILIA Y EN LA EMPRESA FAMILIAR

Los días 26 y 27 de octubre de 2001 se celebrarán en Valencia (Centro Cultural Bancaja) las Primeras Jornadas sobre la mediación en la familia y en la empresa familiar con el siguiente programa:

Día 26 de octubre: La mediación familiar como medio de resolver conflictos familiares.

Apertura: Excmo. Sr. D. Joaquín Ruiz-Giménez, Presidente de UNICEF; Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Llopis, Patrono de la Fundación Universitaria San Pablo CEU y de la Fundación Juan Pablo II, Familia y Vida; Excmo. Sr. D. Juan Luis de la Rúa, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

La mediación y figuras afines. D. Javier Escrivá Ivars. Catedrático de Derecho Eclesiástico. Universidad de Valencia.

La mediación internacional. D. Guillermo Palao. Prof. Titular de Derecho internacional de la Universidad de Valencia y del Pontificio Instituto Juan Pablo II, sección española

El interés del menor como criterio prevalente en la mediación familiar. D.^a Carolina Castillo. Prof. Titular de Derecho Civil de la Universidad de Valencia y del Pontificio Instituto Juan Pablo II, sección española.

La justicia familiar: la mediación matrimonial canónica. D. Remigio Beneyto Berenguer. Profesor Titular de Derecho Eclesiástico. Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad Cardenal Herrera-CEU.

Mesa Redonda: Aspectos procesales de la mediación familiar: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho Civil; Ilma. Sra. D.^a Purificación Martorell. Magistrada de la Audiencia Provincial de Valencia; D.^a Leticia García Villaluenga. Prof. Titular Derecho Civil. Universidad Complutense Madrid; Moderador: Dr. D. Juan Manuel Llopis Giner. Profesor Titular Derecho Civil. Universidad de Valencia. Registrador de la Propiedad. Patrono de la Fundación Universitaria San Pablo CEU.

Día 27: Una visión de la Mediación en la problemática de la empresa familiar. La planificación sucesoria como instrumento para evitar los conflictos en la empresa familiar. Ilmo. Sr. D. Vicente Simó Santonja. Notario. Consejero Asesor de IVEFA.

Mesa Redonda: La mediación en la resolución de los conflictos familiares en la empresa: Un representante de la administración; D. Mario Mariner. Presidente de IVEFA; D.^a María Manso Díaz-Laviada. Abogado; Moderador: D. Ignacio Tormo. Abogado. Director de IVEFA.

Clausura a cargo del Excmo. y Mgfco. Sr. D. José Luis Manglano de Más. Rector de la Universidad Cardenal Herrera-CEU.

Comité organizador: Presidenta: Dra. Magda Torrero Muñoz. Directora Departamento Derecho Privado. Universidad Cardenal Herrera-CEU. Domicilio: C/ San Bartolomé s/n. 46115. Alfara del Patriarca. Valencia. E-mail de contacto: magda@uch.ceu.es

Entidades Organizadoras: Universidad Cardenal Herrera CEU (Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas. Departamento Derecho Privado); Centro de Orientación y Mediación Familiar PREF, Valencia; Pontificio Instituto Juan Pablo II. Sección española; Instituto Valenciano de la Empresa Familiar; Facultad de estudios sobre la Empresa.

Se pueden presentar comunicaciones libres o dirigidas a una ponencia hasta el 14 de septiembre. La presentación deberá hacerse en formato word, dirigiéndolas por correo electrónico a magda@uch.ceu.es, o por correo postal a la atención de Magda Torrero Muñoz, c/ San Bartolomé s/n, 46115 Alfara del Patriarca (Valencia).

VII CURSO DE FORMACIÓN EN MEDIACIÓN FAMILIAR

El próximo mes de noviembre dará comienzo el “VII Curso de Formación en Mediación Familiar”, organizado por la Unión de Asociaciones Familiares (UNAF), y con el siguiente programa.

- Introducción al concepto de mediación familiar.
- Aspectos jurídicos y psicosociales de la separación y el divorcio.
- Estructura y etapas del proceso de mediación familiar.
- Modelos teóricos de acercamiento a la mediación.
- Obstáculos y agentes facilitadores de la comunicación. Técnicas específicas de la mediación.
- Tipos de conflicto y su gestión positiva.
- Fase de integración I.
- Entrevistas de acogida y premediación.
- Responsabilidades parentales.
- Elaboración del presupuesto económico.
- Aspectos fundamentales sobre el reparto de bienes.
- El lugar del hijo en la mediación.
- Fase de integración II.
- El “saber ser” del mediador.

Información: Unión de Asociaciones Familiares. C/ Alberto Aguilera, 3, 1.º izda A. 28015 Madrid. Telf.: 981 446 31 62 / 50. Fax: 91 445 90 24. E-mail: unaf@unaf.org.

Web: www.unaf.org