

¿VA TODO BIEN CON LA NUEVA LEC?

Todos los sectores implicados temían la entrada en vigor de la LEC. Muchos guardaban esperanzas de que al final no sucediese, pero la realidad es que llevamos ya casi seis meses con la nueva normativa procesal y transcurridos “los cien días de gracia” es momento de comentar qué está pasando.

En la revista número siete, vaticinábamos los problemas que iban a presentarse, y señalamos que mucho nos temíamos que no hubiese adaptación al efecto 2001 y que, a excepción de unos precipitados cursos de información para funcionarios y la distribución de unos cuantos ejemplares de la LEC, a primeros del próximo año se tuviese que ir improvisando, sin prever los perjuicios que ello pueda generar a los justiciables. Y la verdad es que ha sido así.

Como era de esperar, el miedo a lo desconocido provocó una enorme avalancha de demandas en los últimos días del mes de diciembre y primeros de enero de 2001. En los días siguientes a la entrada en vigor de la LEC parecía que no había conflictos, era difícil ver una demanda redactada conforme a la nueva normativa procesal. Nadie quería servir de conejillo de indias.

¿Has tenido ya algún juicio con la nueva LEC? se preguntaban todos los letrados. Y la respuesta dependía de si el juzgado al que acudió tenía o no tenía instalada “la famosa cámara de vídeo”. Si ello era así, parece que había cierta satisfacción con el resultado. La intermediación, concentración y oralidad se valoraba como muy positiva. No obstante, también hay que decirlo, la inexperiencia en las tareas de manejo de los aparatos de sonido y grabación, motivadas por las precipitada instalación de los mismos y la falta de previsión de dotar a los juzgados de personas cualificadas para la manipulación de estos soportes magnéticos, hizo perder inicialmente la esperanza de que la reforma procesal sirviera realmente para algo.

Si la pregunta anterior la respondía un letrado que había asistido a un juicio de la nueva LEC, pero en un juzgado que carecía de medios de grabación, la respuesta no se dejaba esperar: la comparecencia ha sido

interminable, los procedimientos se van a retrasar, en una mañana, como mucho sólo podrán celebrarse tres o cuatro comparencias.

Vistas las dos experiencias, parece que el problema no está en la ley, ya que la nueva mecánica procesal se aplicó en ambos juicios, sino en la existencia o no de medios de grabación. En efecto, la reforma del sistema procesal o lo que es lo mismo, de la rutina de la presentación de escritos y más escritos, de los pliegos de posiciones, de preguntas y de repreguntas, de los escritos de resumen de pruebas, exige que en la celebración del juicio esté presente una cámara de vídeo. Por ejemplo, cuando se practicaba una prueba testifical, constaban en autos por escrito el pliego de preguntas y de repreguntas y en el acta se hacía constar *“A la primera, que es cierto. Preguntado, manifiesta que no es cierto, que él presenció los hechos”*. Una vez que han desaparecido los pliegos de preguntas y repreguntas, en la grabación queda constancia de la pregunta y de la respuesta, del gesto que hizo el testigo, y de otros muchos detalles que antes pasaban inadvertidos. Pero claro, si no hay cámara, no queda otra opción que consignar en el acta tanto las preguntas como las respuestas que haya dado el testigo, lo cual evidentemente no es fácil, al menos para los que no somos expertos en taquigrafía y la consecuencia de ello no es otra que la prolongación innecesaria de una comparencia que si se hubiese grabado no hubiese tardado más de veinte minutos y que con el acta manuscrita ha durado más de cuarenta y cinco minutos. Logicamente si las vistas se prolongan, habrá que hacer menos señalamientos al día y ello implica retraso en la tramitación normal de asuntos.

El problema está en que aún hay muchos juzgados que no disponen de sistema de grabación, en otros se han instalado pero aún no funcionan. En algunas ciudades los juzgados disponen de dos o tres días en semana para celebrar las vistas en la Sala que cuenta con medios de grabación, en otros, sólo pueden celebrarse “los nuevos juicios” un día en semana. Aún no se ha previsto cómo hay que hacer los duplicados de las grabaciones para entregar copia a las partes, aunque bien es cierto que, aunque la ley es clara en este sentido, parece que existe cierta oposición a la distribución de copias por temor a que algunas terminen en algún programa televisivo.

Si estos problemas no se solventan rápidamente, no cabe duda que habrá retrasos en la justicia civil.

Para terminar y aunque desde esta tribuna mostramos inicialmente nuestro escepticismo con el éxito de la reforma procesal, es justo reconocer que, cuando los medios técnicos permitan que la LEC esté operativa al 100% en todos los juzgados, habrá de calificarla como de muy positiva.

ÍNDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

- Lesión, justiprecio y particiones justas hechas sin intervención de tasadores. *Eusebio Aparicio Auñón* 19
- El deber de fidelidad conyugal como obligación jurídica y consecuencias de su infracción. [Comentario a la STS. de 30 de julio de 1999]. *Luis Sancho Villarreal* 77

JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 131
- I. **Patria potestad** 131
 - 1. Régimen de visitas (*S. de 29 de mayo de 2000*) 131

	<u>Página</u>
II. Régimen económico matrimonial	139
1. Embargo de bienes gananciales (<i>S. de 16 de octubre de 2000</i>)	139
III. Filiación	143
1. Acción de reclamación de filiación no matrimonial (<i>S. de 16 de octubre de 2000</i>)	143
TRIBUNAL SUPREMO	149
I. Filiación	149
1. Reclamación de paternidad	149
1.1. Cuestiones de legitimación pasiva en el procedimiento de reclamación de paternidad (<i>S. de 18 de diciembre de 1999</i>)	149
1.2. Reclamación de filiación no matrimonial de hijo con nacionalidad extranjera (<i>S. de 22 de marzo de 2000</i>) .	151
1.3. Cuestiones relacionadas con la práctica de la prueba biológica (<i>S. de 28 de marzo de 2000</i>)	154
1.4. Prueba testifical practicada en procedimiento de reclamación de filiación (<i>S. de 29 de marzo de 2000</i>)	158
1.5. Negativa a la práctica de la prueba biológica (<i>S. de 24 de abril de 2000</i>)	162
II. Regímenes económico-matrimoniales	166
1. Determinación del régimen económico	166
1.1. Determinación del régimen económico-matrimonial (<i>S. de 28 de enero de 2000</i>)	166
2. Régimen de separación de bienes	169
2.1. Carácter común de los bienes (<i>S. de 29 de enero de 2000</i>)	169

	<u>Página</u>
3. Gestión, administración y disposición de bienes gananciales .	172
3.1. Nulidad de compraventa de bien ganancial realizada por un cónyuge separado de hecho sin el consentimiento del otro (<i>S. de 14 de febrero de 2000</i>)	172
3.2. Procedimiento del art. 131 de la LH sobre bien ganancial (<i>S. de 17 de abril de 2000</i>)	174
4. Liquidación de la sociedad de gananciales	176
4.1. Calificación de bienes: indemnización por extinción de relación laboral (<i>S. de 22 de diciembre de 1999</i>) . . .	176
4.2. Carácter privativo de inmueble adquirido durante el matrimonio (<i>S. de 24 de febrero de 2000</i>)	179
4.3. Carácter privativo de la oficina de farmacia adquirida por ambos cónyuges antes de contraer matrimonio (<i>S. de 27 de marzo de 2000</i>)	183
4.4. Calificación de bienes: Vivienda adquirida a plazos antes de contraer matrimonio (<i>S. de 3 de abril de 2000</i>)	187
4.5. Calificación de bienes tras la separación de hecho (<i>S. de 26 de abril de 2000</i>)	189
III. Vivienda familiar	192
1. Atribución de uso de la vivienda familiar (<i>S. de 27 de diciembre de 1999</i>)	192
IV. Reclamación de alimentos	195
1. Alimentos hijos mayores de edad (<i>S. de 23 de febrero de 2000</i>)	195
2. Legitimación del progenitor para solicitar alimentos de hijos mayores en el procedimiento matrimonial (<i>S. de 24 de abril de 2000</i>)	197
V. Patria potestad	202
1. Privación de la patria potestad (<i>S. de 24 de abril de 2000</i>) . .	202

	<u>Página</u>
VI. Uniones de hecho	204
1. Derecho a prestación de desempleo (<i>S. de 24 de febrero de 2000</i>)	204
VII. Pensiones de viudedad	207
1. Pensión de viudedad tras el divorcio sin concurrencia de otros beneficiarios (<i>S. de 17 de enero de 2000</i>)	207
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	211
I. Fiscal	211
1. Tributación por el Impuesto de la renta de las Personas Físicas (<i>TSJ CANARIAS, S. de 28 de octubre de 1999</i>)	211
2. Tributación por el Impuesto de la renta de las Personas Físicas (<i>TSJ CANARIAS, S. de 10 de octubre de 1999</i>)	213
3. Tributación por el Impuesto de la renta de las Personas Físicas (<i>TSJ CASTILLA-LA MANCHA, S. de 8 de febrero de 2000</i>) .	214
4. Tributación de la liquidación de gananciales (<i>TSJ GALICIA, S. de 26 de noviembre de 1999</i>)	215
II. Pensiones de viudedad	218
1. Pensión de viudedad solicitada por conviviente homosexual (<i>TSJ CASTILLA-LEÓN, S. de 18 de enero de 2000</i>)	218
AUDIENCIAS PROVINCIALES	221
I. Causas de separación, divorcio y nulidad	221
1. Procede decretar la separación cuando queda acreditado que el esposo, por no residir en el domicilio familiar, transfiere periódicamente una cantidad a la esposa para atender los alimentos. <i>AP HUELVA, Sec. 2.ª, S. de 28 de marzo de 2000</i>	221

	<u>Página</u>
2. No procede declarar la separación matrimonial de los cónyuges de nacionalidad marroquí cuando tal institución no está recogida por la normativa nacional aplicable. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 6 abril 2000</i>	222
3. Declaración de nulidad del matrimonio celebrado cuando queda acreditado que al contraerlo uno de los cónyuges tenía la única finalidad de facilitar al otro su residencia en España. <i>AP ASTURIAS, Sec. 4.ª, S. de 27 de marzo de 2000</i>	223
II. Patria potestad, guarda y custodia, y régimen de visitas ..	225
1. Patria potestad	225
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, S. de 15 de mayo de 2000</i> .	225
2. Guarda y custodia	226
2.1. Establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, en virtud del cual el hijo convivirá con la madre lunes, martes, miércoles y jueves hasta el mediodía, permaneciendo con el padre el resto de la semana hasta el domingo. <i>AP VALENCIA, Sec. 6.ª, S. de 9 de marzo de 2000</i>	226
3. Régimen de visitas	228
3.1. Suspensión de la condición impuesta para el cumplimiento del régimen de visitas de que debe llevarse en presencia de la abuela paterna. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Auto de 6 de marzo de 2000</i>	228
3.2. Régimen de visitas que debe cumplirse en el domicilio materno. Procede dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a la autorización al padre no custodio para que vaya acompañado de un familiar. <i>AP ALAVA, Sec. 1.ª, Auto de 23 de marzo de 2000</i>	228

	Página
III. Vivienda familiar	230
1. Los gastos de comunidad por ley corresponden al cónyuge propietario aunque no se le haya atribuido el uso de la vivienda. <i>AP TARRAGONA, Sec. 3.ª, S. de 7 de marzo de 2000</i> .	230
IV. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio	231
1. Siendo los hijos mayores de edad y no habiendo sido acreditada la imposibilidad de obtención de ingresos propios por causas no imputables al alimentista procede el cese de la obligación de alimentos. <i>AP NAVARRA, S. de 6 de marzo de 2000</i> .	231
2. Fijación de alimentos a favor de la madre y con cargo a uno de los hijos. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 14 de marzo de 2000</i>	232
V. Pensión compensatoria	233
1. Acreditada la convivencia marital con un tercero procede extinguir la pensión compensatoria, siendo irrelevante que en la actualidad haya cesado dicha convivencia. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 5.ª, S. de 2 de marzo de 2000</i>	233
2. La ayuda que los familiares pueden prestar graciosamente a la esposa no es excusa para que se proceda a fijar una pensión compensatoria con cargo al esposo. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 6 de marzo de 2000</i>	234
3. Extinción de la pensión compensatoria por concurrir la causa de cese pactada en el convenio. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 14 de marzo de 2000</i>	235
4. Fijada una pensión compensatoria temporal en el procedimiento de separación no puede utilizarse el divorcio para solicitar una prolongación de la misma. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 15 de marzo de 2000</i>	236

	<u>Página</u>
VI. Cuestiones procesales	237
1. Una vez que se ha fijado la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad en el procedimiento matrimonial, no puede utilizarse el procedimiento específico de alimentos para solicitar un aumento de la cuantía. <i>AP VIZCAYA, Sec. 6.ª, S. de 15 de marzo de 2000</i>	237
2. 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, S. de 2 de mayo de 2000</i>	238
VII. Ejecución de sentencias	239
1. La extinción de la pensión alimenticia tiene efectos desde la fecha de la sentencia que la acuerda y no desde la interposición de la demanda. <i>AP NAVARRA, S. de 6 de marzo de 2000</i> .	239
2. No pueden tenerse en cuenta para reducir la deuda por impago de pensiones las cantidades entregadas por el abuelo de la menor. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Auto de 6 de marzo de 2000</i> .	240
3. Devolución de las cantidades en concepto de contribución a las cargas del matrimonio abonadas de más durante la sustanciación del recurso de apelación. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Auto de 13 de marzo de 2000</i>	241
4. Interpretación de la cláusula en que los alimentos se fijan en un 25% de los ingresos netos del pagador alimentante por cualquier concepto. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Auto de 16 de marzo de 2000</i>	243
VIII. Regímenes económicos	244
1. Carácter privativo de la vivienda adquirida por el esposo transcurridos dos años desde que la pareja se hallaba separada de hecho, ante la falta de acreditación por la esposa de que contribuyera a pagar el precio de la misma. <i>AP SALAMANCA, S. de 3 de abril de 2000</i>	244
2. Valoración de la vivienda familiar a efectos de liquidación de la sociedad de gananciales conforme al precio de mercado. <i>AP ASTURIAS, Sec. 1.ª, S. de 5 de mayo de 2000</i>	245

	Página
IX. Filiación	246
1. Transcurrido con creces el plazo de ejercicio de la acción de impugnación, el Tribunal sigue el criterio mantenido en ocasiones por el Tribunal Supremo que no toma en consideración la existencia del plazo formalmente establecido, sino el respeto al principio de verdad biológica que constituye el fundamento de la vigente regulación española sobre la materia. <i>AP de ASTURIAS, Sec. 1.ª, S. de 17 de abril de 2000</i>	246
X. Procedimientos de menores	249
1. No procede la cesación del acogimiento cuando la situación de los padres biológicos que provocó dicha medida continúa siendo la misma y por otro lado se aprecia la evolución positiva de los menores tras la constitución del acogimiento. <i>AP NAVARRA, Sec. 1.ª, S. de 2 de marzo de 2000</i>	249
2. 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. <i>AP TOLEDO, Sec. 1.ª, Auto de 2 de marzo de 2000</i>	250
3. Régimen de visitas de la menor que se encuentra en acogimiento con su madre biológica. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Auto de 2 de marzo de 2000</i>	252
XI. Uniones de hecho	253
1. Concurrencia de causa de extinción en una unión de hecho. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 9 de marzo de 2000</i>	253
2. La convivencia de hecho no lleva implícita el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes, sino que habrán de ser los convivientes los que, por su pacto expreso o por sus “facta concludentia” evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos constante la unión de hecho. <i>AP ALICANTE, Sec. 6.ª, S. de 28 de marzo de 2000</i>	254

	<u>Página</u>
XII. Temas penales	255
1. Concorre el delito de desobediencia cuando se incumple consciente y deliberadamente un mandato judicial, dirigido a cumplir una deuda dimanante de una sentencia de separación matrimonial. A pesar de los distintos requerimientos efectuados, el acusado no procede a la retención de parte del sueldo de su empleado, orientado a sufragar las cargas del matrimonio. <i>AP BALEARES, Sec. 1.ª, S. de 7 de marzo de 2000</i>	255
2. Falta de lesiones por agresión del esposo a la esposa cuando éstas necesitan solo una primera asistencia sanitaria. Proporcionalidad de la multa de tres mil pesetas al día durante sesenta días, dada la gravedad de los hechos y el especial reproche que merece la violencia doméstica. <i>AP PALENCIA, S. de 20 de marzo de 2000</i>	259

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Filiación	263
1.1. Aun cuando la hija sea mayor de edad, y haya dado su consentimiento, no es inscribible la escritura de reconocimiento de filiación, al estar inscrita una filiación matrimonial contradictoria. <i>R. de 6 de mayo de 2000</i>	263
1.2. En Navarra el reconocimiento de la paternidad de un menor es válido por sí mismo sin que puedan aplicarse las normas del artículo 124 del Código Civil. No obstante, dicho reconocimiento podrá ser impugnado judicialmente, no sólo por el propio menor al alcanzar la plena capacidad, sino también por su representante legal durante la minoría y con justa causa. <i>R. de 17 de junio de 2000</i>	264

	<u>Página</u>
2. Regímenes económico-matrimoniales	266
2.1. Validez de la escritura de capitulaciones matrimoniales en la que los cónyuges pactan el régimen de gananciales y con ocasión de ello la esposa aporta a la sociedad un inmueble, aportación que se hace con carácter gratuito, siendo una de las causas recogidas en el artículo 1274 del Código Civil. <i>R. de 30 de diciembre de 1999</i>	266
3. Sucesiones	271
3.1. Si del testamento resulta la existencia de dos hijos del testador, al constar debidamente acreditado que la filiación de uno de ellos ha sido impugnada y prosperado la acción, ha de tenerse a ambos hijos como legitimarios del causante y por tanto será preciso para la validez de la partición el concurso de uno y otro. <i>R. de 18 de abril de 2000</i>	271

DERECHO COMPARADO

— El tratamiento jurídico a la unión de hecho en Cuba. <i>Dra. Olga Mesa Castillo</i>	277
---	-----

DERECHO CANÓNICO

— Incidencia de la inmadurez psico-afectiva en el matrimonio canónico. <i>Inmaculada Marín Carmona y M.^a Soledad Benítez-Piaya Chacón</i>	293
--	-----

TRIBUNA ABIERTA

- La custodia compartida: proyectos legislativos en curso 309

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Proposición de ley del Senado 319
 — Proposición de ley 321

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

- Publicaciones y Noticias 325

ESTUDIOS DOCTRINALES

LESIÓN, JUSTIPRECIO Y PARTICIONES JUSTAS HECHAS SIN INTERVENCIÓN DE TASADORES

EUSEBIO APARICIO AUÑÓN

Magistrado

A Jaime Santos Briz

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.**
 - II. LESIÓN PRODUCIDA POR SOBREVALORACIÓN DE BIENES AL HACER LA PARTICIÓN.**
 - III. LESIÓN PRODUCIDA POR INFRAVALORACIÓN DE LOS BIENES: LESIÓN INDIRECTA.**
 - IV. CÁLCULO DE LA LESIÓN EN SUPUESTOS DE SOBREVALORACIÓN.**
 - 1. El método simple.
 - 2. El método de De la Cámara.
 - 3. Cálculo de la lesión total sumando las lesiones directa e indirecta.
 - V. CÁLCULO DE LA LESIÓN EN SUPUESTOS DE INFRAVALORACIÓN.**
 - VI. ANTECEDENTES MEDIEVALES DE LA RESCISIÓN POR LESIÓN.**
 - VII. ANACRONISMO DE LA IDEA DE LESIÓN EN LOS PRECIOS Y TRÁNSITO AL CAMPO DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA.**
-

VIII. ¿TIENEN LOS BIENES REALMENTE UN JUSTO PRECIO?.

1. Las cosas valen en justicia *el trabajo* que cuesta producirlas.
2. Las cosas valen justamente lo que la gente está dispuesta a pagar por ellas.
3. Para Santo Tomás, *el justo valor* de las cosas lo da cierta estimación común y pública (*in quaedam aestimatione consistit*).
4. Para Molina, el precio justo es el precio de libre mercado.

IX. CRÍTICAS DE LAS TEORÍAS DEL JUSTO PRECIO.

X. FORMAS PARTICIONALES QUE NO NECESITAN VALORACIÓN PERICIAL DE LOS BIENES.

1. Partición aceptable entre dos.
2. Generalización de esta forma particional.
3. Partición aceptable entre tres.
4. Generalización al caso de tres herederos desiguales.
5. Partición justa entre varios (no importa el número).

XI. APLICACIÓN DEL MÉTODO DE SUBASTA RESTRINGIDA A UN SUPUESTO CONCRETO.

XII. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA SUBASTA RESTRINGIDA.

1. Herencias y patrimonios comunes en general.
2. Interesados con los mismos y con distintos derechos.
3. Disputas sobre la forma de inventariar.
4. Confección del cuaderno particional en forma canónica.
5. Reducción al mínimo de los suplementos a metálico.

XIII. FÓRMULA JURÍDICA PARA LA PUESTA EN PRÁCTICA DEL MÉTODO DIVISORIO DE LA SUBASTA RESTRINGIDA.

XIV. FORMACIÓN DE LOTES HOMOGÉNEOS.

XV. CORTAPISAS FISCALES.

XVI. A MODO DE COLOFÓN.

I. INTRODUCCIÓN

1. El presente artículo tiene, como indica el título tres partes bien diferenciadas, que son tres intentos de abordar el difícil problema de dividir un patrimonio común entre sus distintos titulares de forma satisfactoria.

En la primera de ellas se examina el concepto de lesión particional y los métodos para determinar su cuantía. Es decir, se parte del supuesto de una partición ya hecha, pero desigual o injusta; y se dan criterios para reconocerla a efectos de poderla rescindir, bien para que se indemnice el daño, bien para que se proceda a nueva partición.

La aportación fundamental sobre este punto es una nueva forma de hacer el cálculo más completa que las usadas comúnmente, por cuanto toma en cuenta los dos efectos o tipos de lesión a que dan lugar los errores de valoración. Mientras que los métodos tradicionales sólo han reparado en la modalidad de lesión que nosotros denominamos **directa**, el método aquí sugerido permite discriminar y sumar dos componentes lesivos —**lesión directa** y **lesión indirecta**— tanto en supuestos de *sobrevaloración* como de *infravaloración* de los bienes.

Los divergentes resultados a que llevan las diversas maneras de calcular la lesión se ilustran con ejemplos numéricos en los que el lector podrá apreciar la importancia práctica que tiene discutir el método correcto.

2. En la segunda parte se analiza el fundamento teórico del concepto de lesión y en general de la aritmética de las operaciones particionales, que es **la teoría del justo precio**, responsable de la creencia tan extendida de que, con ayuda de peritos, puede averiguarse cuáles son los justos precios de las cosas.

Tal creencia presupone, primero, que existe ese ente de razón al que llamamos el **justo precio** de un bien; y segundo, que hay personas peritas o expertas en encontrar la entelequia.

Tras pasar brevemente revista a las teorías sobre el justo precio, hacemos su crítica y señalamos las dificultades de aplicarlas en las condiciones económicas actuales. En la mayoría de los casos, el precio que se da a los bienes al hacer la partición se atribuye de buena fe, y en este sentido es un precio con el que no se pretende perjudicar ni beneficiar a ningún interesado en particular. Pero decir por añadidura qué es el precio “justo” de los bienes inventariados es ya plantear una cuestión bizantina de imposible solución. No existen precios que sean intrínsecamente **justos**. Los que pasan por serlo son, en último análisis, valoraciones a gusto del perito, apreciaciones desinteresadas si se quiere, pero estimaciones subjetivas al fin, sin base científica ninguna y por tanto incontrastables.

3. En la tercera parte se abandona este camino, y se exploran métodos particionales, que son *justos* en el sentido que definiremos *pero que sin embargo no requieren valoración pericial de los bienes*.

De estos métodos particionales, uno de ellos —el de división entre dos por el procedimiento de “tú partes y yo elijo”— es conocido de antiguo e incluso lo menciona de pasada el inolvidable Prof. LACRUZ en su “Derecho de Sucesiones”.

El segundo método enseña una forma adecuada para partir un patrimonio entre tres interesados —herederos, comuneros o socios— por partes iguales, sin recurrir a peritos. Aunque no es nuevo, será seguramente desconocido para la mayoría de los lectores de esta Revista, pues la idea central procede de una rama de las Matemáticas conocida como Teoría de Juegos, que ha sido desarrollada usando un lenguaje muy formalizado y de difícil acceso.

4. Por último, presentaremos un método particional de validez general, al que llamamos **el método de la subasta restringida**, que es nuevo y ha nacido del intento del autor por traducir a un lenguaje llano las llamadas “*reglas de Knaster*”, que fijan las condiciones necesarias y suficientes para hacer una partición justa.

Según las citadas *reglas*, se debe asignar cada objeto al heredero que más alto lo valora y luego hay que definir pagos o cobros complementarios (de suma cero) entre los herederos, de forma que todos reciban una misma plusvalía por encima de su haber hereditario.

Quizás ayude a comprender la naturaleza del problema explicar el proceso por el que se ha llegado a la “traducción” que ofrece este artículo.

La primera parte de la regla de KNASTER es fácilmente reconocible como la regla del mejor postor, que sigue cualquier subastador. Traducir la segunda parte no ha resultado tan fácil para el que esto escribe, quizás por haber tenido la idea preconcebida de que el juego matemático de la división justa (*fair division*) entrañaba una **subasta** de los bienes entre los herederos utilizando para pujar un dinero ficticio (digamos, unos ‘vales’), dado por el contador-partidor a cada uno al comenzar la subasta en cantidad proporcional a su respectivo haber hereditario.

Esta manera de construir el modelo de división justa tropezaba, sin embargo, con una dificultad insalvable: y era que para repartir el dinero ficticio en cantidades proporcionales a sus respectivos derechos hereditarios era preciso que **todos estuviesen de acuerdo en el valor total de la herencia**. Esto catapultaba el problema otra vez, hacia a las arenas movedizas de los justos precios de las que precisamente queríamos escapar.

Tras darle vueltas a la dificultad sin encontrarle salida, empecé con una hipótesis más sencilla, a saber: que la estructura del juego matemático ideado

por *KNASTER-STEINHAUS-KHUN* para resolver el problema de la división justa pudiera corresponder, no a una subasta simulada utilizando dinero ficticio, sino **a una subasta real utilizando dinero corriente**. (Digamos pesetas o euros).

En tal supuesto, después de rematados los bienes hereditarios en la subasta restringida (subasta sólo para herederos), el contador-partidor procede a *compensar* la deuda que el heredero tenga que pagar a la herencia por los bienes que haya rematado, contra su crédito en la misma por el haber hereditario que le corresponda. Haber hereditario **que se calcula tomando como base el valor subjetivo de la herencia para cada uno**; el cual, a su vez, se obtiene sumando las posturas hechas por el heredero en cuestión para licitar por los distintos bienes.

El resto del proceso hasta llegar a formar lotes adecuados que dejan a todos contentos, es ya cuestión mecánica y será explicado en el apartado correspondiente.

5. Puesto que la partición puede hacerse utilizando las valoraciones individuales que implícitamente *revela* cada heredero pujando por los bienes, ahora ya no es necesario consensuar un valor único de la herencia aceptable para todos. El haber hereditario calculado a partir del valor **subjetivo**⁽¹⁾ que cada uno da a la herencia, no es ya, como en la partición tradicional, una cifra salida de oscuras alquimias que operan con tasaciones periciales extrañas, sino que representa con exactitud lo que el heredero espera recibir **de acuerdo con su propia estimación de la herencia puesta de manifiesto al formular las posturas**.

Creemos que los ejercicios aritméticos que damos en el artículo bastarán para mostrar que el método de la subasta restringida da lugar a particiones justas en el doble sentido siguiente:

- (i) Nadie obtiene como resultado de la partición menos de lo que esperaba (o sea, nadie recibe adjudicaciones por valor inferior al haber al que cree tener derecho con arreglo a su personal valoración de la herencia).
- (ii) Nadie aprecia el lote ajeno más que el propio, de acuerdo también con su propia escala de valores.

(1) Valor **subjetivo**, pero no caprichoso o arbitrario, ya que, como se explicará en su lugar, el *juego de la subasta restringida* es tal que a nadie le interesa falsear sus propias valoraciones ofertando por encima ni por debajo de lo que crea que vale cada bien. La tesitura es parecida a la de quien tiene que dar un precio al cual **el otro** puede comprar o vender; o a la de quien hace dos lotes iguales para que el otro elija uno, y él se tenga que conformar con el rechazado.

La condición (i) recoge el viejo principio de dar a cada uno lo suyo, que está en el fondo de la idea primaria de justicia: es el *ius suum quique tribuendi* de la famosa definición de ULPIANO⁽²⁾.

La condición (ii) garantiza que de la partición no sale nadie envidiado ni envidioso.

Nótese que los dos requisitos son independientes. En consecuencia, no tienen que darse a la vez.

Cuando una partición cumple el requisito (i), pero no el (ii), diremos que es **acceptable**.

Uno de los resultados de este estudio es que las particiones donde se tengan que suprimir o reducir al mínimo los **suplementos a metálico** dejan de cumplir el requisito (ii). Es decir, nadie podrá quejarse de lesión directa, pero cada uno puede pensar en su fuero interno que el contrario ha salido mejor parado.

6. Distinto de evitar los suplementos a metálico es el problema de evitar los **excesos de adjudicación**, es decir, hacer la partición de modo que no haya lesiones indirectas.

El suplemento a metálico tiene que ver con la forma de pago. No emplear o reducir al mínimo los suplementos en metálico no implica romper la igualdad entre el valor del haber y el valor de lo adjudicado. Es esta desigualdad la que, caracteriza al exceso de adjudicación.

Fiscalmente hay exceso de adjudicación cuando el valor comprobado de lo adjudicado (en metálico o en especie) a uno de los herederos exceda del 50% del valor que le correspondería en virtud de su título⁽³⁾.

Tratándose de dos interesados solamente, siempre que haya para uno de ellos un exceso de adjudicación en más del 50%, automáticamente habrá para el otro una lesión indirecta en más de la cuarta parte.

En otras palabras, en toda partición en que haya para alguno un exceso de adjudicación en sentido fiscal, habrá también para el otro una lesión en más de la cuarta parte que le autorizará en principio a rescindir la partición.

Lo contrario no es cierto.

(2) D. 1.2.10: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*.

(3) Cfr. art. 7.2.B) del texto refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y actos jurídicos documentados, aprobado por RD-Leg. 1/1993, de 24 de septiembre.

7. El método de subasta restringida tiene un amplio campo de aplicaciones.

Puede fácilmente adaptarse para evitar los suplementos a metálico, en cuyo caso, como ya se ha dicho, la partición no cumplirá el requisito (ii). Será, simplemente, **acceptable**: nadie podrá decir que no se le ha pagado su haber completo, pero sí podrá *envidiar* a otro en el sentido de tener en más estima los bienes ajenos que los propios dados en pago.

Puede aplicarse por igual a supuestos particionales con igualdad de derechos entre los interesados o con derechos diferentes.

Puede resolver dudas sobre la estructura del inventario. En particular, da respuesta al problema de si los bienes compuestos, que son casi todos, han de figurar en el inventario como un único bien o desintegrados en sus partes componentes.

El método deja de funcionar cuando hay **bienes de preferente adjudicación**, esto es, bienes que tienen desde el principio un destinatario fijo en la partición. En tal caso no hay forma de evitar que las valoraciones que den los herederos a esos bienes vengan sesgadas por ese conocimiento previo. Es la misma diferencia que hay entre dar un precio para que otro pueda **comprar o vender** a ese precio (en cuyo caso lo mejor que podemos hacer es decir el precio que verdaderamente creemos que vale la cosa) o dar un precio sabiendo que uno de los herederos ha de “comprar” forzosamente, en cuyo caso es lógico que los herederos “vendedores” exageren el valor de la cosa y que el heredero “comprador” (adjudicatario del bien de preferente adjudicación) lo menosprecie.

En estos casos esos bienes que en realidad están ya adjudicados de antemano hay que dejarlos fuera y prescindir de las valoraciones subjetivas que les hayan podido dar los herederos, por ser valoraciones sesgadas en un sentido u otro. No hay más remedio que dejar su determinación al arbitrio de un tercero (el perito): Y no porque el perito sea garante del precio “justo”, sino porque es el garante de un precio **cierto**, dado de forma desinteresada⁽⁴⁾.

Una vez valorados los bienes de preferente adjudicación, su importe se deduce del haber del heredero correspondiente, y para hacer la adjudicación de los restantes se procede normalmente por los trámites de la subasta restringida.

De todos modos, al final del artículo ofreceremos un método particional apto para tratar con lotes previamente configurados, y por tanto para tratar el problema de los bienes de preferente adjudicación.

(4) Cfr. art. 1447 del CC.

En los epígrafes siguientes haremos el desarrollo del programa que acabamos de anunciar.

II. LESIÓN PRODUCIDA POR SOBREVALORACIÓN DE BIENES AL HACER LA PARTICIÓN

Es sabido que las particiones hereditarias —así como las divisiones de los proindivisos⁽⁵⁾, gananciales⁽⁶⁾, y patrimonios comunes o societarios en general⁽⁷⁾— pueden rescindir por causa de lesión en más de la cuarta parte, atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas⁽⁸⁾.

Toda lesión tiene su origen en alguna valoración errónea⁽⁹⁾ de los bienes que se repartieron.

Si alguno de los bienes figura **sobrevalorado** en el inventario, aquél que lo reciba sufrirá una lesión, pues para que cuadre contablemente la partición los excesos de valor hay que compensarlos al hacer la adjudicación con una *menor cantidad* de bienes, dando con ello lugar a que se forme un lote deficitario.

A este tipo de lesión le denominamos **lesión directa**, y es la que clásicamente ha merecido atención de los tratadistas que se han ocupado de la rescisión por lesión.

III. LESIÓN PRODUCIDA POR INFRAVALORACIÓN DE LOS BIENES: LESIÓN INDIRECTA

Pero hay otra forma de posible perjuicio en las particiones que se produce cuando se han **infravalorado** bienes en algún lote distinto del nuestro.

(5) Art. 406 del CC.

(6) Art. 1410 del CC.

(7) Art. 1708 del CC.

(8) Art. 1074 del CC.

(9) No hay lesión por omisión de bienes en la partición (STS 20-XI-1993). La omisión de alguno o algunos objetos o valores no da lugar a que se rescinda la partición por lesión —dice el art. 1079—, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos. Es discutible la interpretación que ve en los errores de valoración un caso de *omisión de valores* (STS 26-II-1979). Por valores debe entenderse solamente los activos y pasivos financieros susceptibles de ser inventariados como parte del patrimonio a dividir. ¿Y el fondo de comercio? La sentencia citada de 26-II-1979 se refería precisamente a un caso en que, al inventariar una Farmacia, se valoró sólo el local pero no el fondo de comercio.

En este caso el adjudicatario de los bienes devaluados recibe *más cantidad* de bienes que la que le corresponde. Y como en todo reparto hay implicado un juego de suma cero, donde lo que uno recibe de más ha de pagarlo otro u otros recibiendo de menos, siempre habrá en estos casos un perjuicio o **lesión indirecta** para los que recibieron los bienes en sus valores reales.

Parece, por tanto, razonable que para calcular la lesión a efectos de ver si la partición es inicua⁽¹⁰⁾, se tome en cuenta tanto la **lesión directa** como la **lesión indirecta** que la misma pueda contener.

En los siguientes epígrafes explicaré cómo debe hacerse el cálculo, tomando en consideración *ambos* componentes y no sólo la lesión directa, que es la que suele detectarse en la práctica.

IV. CÁLCULO DE LA LESIÓN EN SUPUESTOS DE SOBREALORACIÓN

Supongamos que unos esposos, al separarse, han dividido sus gananciales valorados en 12 unidades⁽¹¹⁾.

Cada cónyuge tenía que recibir bienes por valor de 6. Y, efectivamente, en la partición considerada se han hecho hijuelas adjudicando a cada uno un lote de bienes valorado en 6 unidades.

Ahora bien, antes de transcurrir cuatro años de aquélla partición, uno de los cónyuges averigua —y puede demostrarlo— que el verdadero valor de los bienes que le han tocado en suerte es sólo de 4, y no de 6 unidades como nominalmente reza en la partición.

Estamos, pues, ante un caso de sobrevaloración, que da lugar a una lesión directa consistente en que el perjudicado ha recibido menos bienes de los debidos.

¿Cuál será en este ejemplo la cuantía de la lesión?

Tradicionalmente se han utilizado dos formas de cálculo:

(10) Partición inicua en sentido legal es la que produce una lesión en más de la cuarta parte y es por tanto susceptible de ser rescindida.

(11) Tomamos como unidad el millón a fin de simplificar el cálculo. El valor de los gananciales, en nuestro ejemplo, sería de doce millones de pesetas (o bien de euros o de cualquier otra unidad monetaria a que nos estemos refiriendo).

1. El método simple

Esta forma de calcular, más que simple simplista, mide la lesión por la diferencia entre el *valor real* de lo adjudicado y el *valor nominal* que figura en la partición. Esta diferencia se compara con el valor nominal del lote, y de ahí se obtiene el porcentaje de la lesión.

Así, en el ejemplo anterior, la cuantía de la lesión es de 2 unidades, importe en que está hinchado el valor de los bienes del lote en cuestión.

El porcentaje que representa la lesión, con respecto al valor nominal del lote, es de 2/6, o sea el 33.33%.

De acuerdo con esta forma de cálculo, la lesión sería mayor que la cuarta parte y en consecuencia podría dar lugar a una rescisión por lesión

2. El método de De la Cámara⁽¹²⁾

La lesión se calcula *después de rehacer con los verdaderos valores la hijuela afectada*.

En el ejemplo propuesto, utilizando los verdaderos valores de los bienes, obtendríamos como valor del patrimonio a dividir 10 unidades en vez de 12., que es el que figura en la partición.

Hecha esta corrección, el haber del que se dice lesionado pasaría a ser de 5. Y como el valor que *realmente* se le ha adjudicado es de 4 unidades, la lesión es 1.

Dicha lesión representa, en proporción al total adjudicado de 4, un porcentaje de 1/4, o sea el 25%.

Ateniéndonos a esta forma de calcular, la lesión no *supera* el límite de la cuarta parte.

Vemos que para que prospere la acción de rescisión por lesión, **la forma de calcularla** es cuestión de gran trascendencia.

(12) Propugnado por el ilustre jurista M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (*Código Civil*, M. de Justicia), que ha sido aceptado por la doctrina (DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 7.ª edición, p. 612) y por la jurisprudencia, española (SSTS 21-III-1985 y 8-III-1995) y francesa (*La lésion prévue par l'art. 887 doit être calculée en comparant, en se plaçant à la date du partage, la valeur du lot attribué au partageant qui se prétend désavantagé et la valeur de la part qui aurait dû lui revenir dans l'actif* Civ. 1.ª 3 de enero de 1979).

Frente a las anteriores formas de cálculo, proponemos como más justo el siguiente método:

3. Cálculo de la lesión total sumando las lesiones directa e indirecta

La idea es calcular la lesión después de haber rehecho por completo la partición, es decir, tanto el lote afectado como el contrario o contrarios.

Desde esta perspectiva el método de De La Cámara, aún siendo más perfecto que el simple, se queda todavía a mitad de camino, *al rehacer sólo la hijuela dañada y no toda la partición*. En otras palabras, toma en consideración la **lesión directa** del lote que se dice perjudicado, pero no la **lesión indirecta** derivada de que, al corregir los valores hinchados en uno de los lotes aparecerán automáticamente en el otro u otros **excesos de adjudicación**. En efecto, deflactando valores en uno de los lotes se reduce el valor total de la herencia y por consiguiente el haber de todos y de cada uno (no sólo del que sufrió la lesión directa). Como el valor de lo adjudicado al contrario sigue siendo el mismo, al compararlo con un haber más reducido, da como resultado un exceso de adjudicación.

Así, en el ejemplo que estamos estudiando, el cálculo de la **lesión directa** nos llevaría al mismo resultado que por el método de De la Cámara. Es decir:

Haber <i>revisado</i> del que se dice lesionado:	5 unidades.
Valor <i>real</i> adjudicado:	4 unidades.
Lesión directa:	1 unidad.

Hasta aquí, el método coincide con el de Cámara, que es la forma correcta de calcular la lesión **directa**.

Ahora bien, la lesión directa es sólo uno de los componentes de la lesión total. Para completar el cálculo, debemos añadir la **lesión indirecta**, mirando lo que ocurre en el lote contrario al corregir valores en el lote afectado:

Haber <i>corregido</i> del contrario:	5 unidades.
Valor <i>real</i> adjudicado al contrario:	6 unidades.
Exceso de adjudicación:	1 unidad.

Este exceso de adjudicación, que aparece en el lote contrario produce en el lote del perjudicado un agravamiento de su lesión. Para que el contrario pueda

llevar en su lote una unidad de más, el perjudicado ha tenido que sufrir un defecto de adjudicación *adicional* de media unidad. Esta será, pues, la cuantía de la **lesión indirecta**.

Para obtener la lesión total, sólo tenemos que sumar los dos componentes:

$$\text{Lesión total} = \text{Lesión directa} + \text{Lesión indirecta} = 1 + 1/2 = 3/2 = 1,5$$

Porcentaje de la lesión total respecto del valor de lo adjudicado al que reclama por lesión:

$$1,5/4 (= 37,5\%)$$

Vemos que —teniendo en cuenta la lesión total y no sólo la lesión directa— la lesión en el presente caso es mayor de la cuarta parte y procedería la rescisión por lesión.

V. CÁLCULO DE LA LESIÓN EN SUPUESTOS DE INFRAVALORACIÓN

Consideremos ahora el caso de que los bienes que han correspondido *al otro* han sido tasados por debajo de su verdadero valor. Ello determina, como sabemos, que ese *otro* ha obtenido en el reparto, a nuestra costa, más bienes de los debidos.

Sea la misma partición de gananciales del ejemplo anterior, sólo que ahora uno de los lotes está ajustado a los valores reales mientras que los bienes adjudicados al otro están **infravalorados**.

Digamos, para concretar, que los bienes adjudicados al otro están tasados en 6 y valen realmente 8. El valor total de la herencia será ahora 14 y no 12, y el haber de cada cónyuge 7 en lugar de 6.

El cálculo de la lesión por los diferentes métodos da ahora los siguientes resultados.

Método simple

Haber *nominal* del que se dice perjudicado: 6

Valor *real* adjudicado en su lote: 6

No hay lesión directa.

Método de De la Cámara:

Haber <i>corregido</i> del que se dice perjudicado:	7
Valor <i>real</i> adjudicado en su lote:	6
Lesión directa	1
Porcentaje	1/6 (= 16.66%)

La lesión es menor de la cuarta parte.

Método por suma de lesiones:

— *Cálculo de la lesión directa:*

Haber <i>corregido</i> del perjudicado:	7
Valor adjudicado:	6

Lesión directa: 1

— *Cálculo de la lesión indirecta:*

Haber <i>corregido</i> del contrario	7
Valor <i>real</i> adjudicado al contrario	8
Exceso de adjudicación	1

Este exceso de adjudicación de 1 unidad causa un perjuicio *adicional* de media unidad en el otro lote. Por tanto:

Lesión indirecta para el reclamante:..... 1/2 (= 0,5)

La **lesión total**, suma de la lesión directa más la lesión indirecta, será pues,

1 + 0,5 = 1,5 unidades.

Porcentaje que representa la lesión total respecto al valor real adjudicado:

1,5/6 = 25%

La cuantía obtenida de la lesión es mayor que la calculada por el método anterior, aunque en este ejemplo se queda todavía en el umbral que marca el art. 1074 del CC para poder rescindir la partición.

Hasta ahora la jurisprudencia parecía haberse centrado solamente en la lesión producida por una *sobrevaloración* de los bienes. Los casos de lesión por infravaloración no se sabía bien qué hacer con ellos. Concretamente se dudaba si constituían un supuesto de lesión (indirecta) a efectos de rescisión, o si habían de ser tratados como uno de los supuestos de *omisión de valores* previstos en el art. 1079, el cual no da lugar a rescisión ni se le aplica el plazo de caducidad que establece el art. 1076.

La STS de 16-V-1997 ha zanjado la cuestión considerando la infravaloración como un caso de posible lesión atacable por la vía de la rescisión por lesión en más de la cuarta parte, a la par que establece la interpretación correcta del art. 1079, el cual, al aludir a *objetos o valores*, se está refiriendo a las dos clases de **activos** (*tangibles e intangibles*) que pueden haberse omitido en el inventario. Las *valoraciones erróneas* de partidas inventariadas (y por tanto, no omitidas) son un concepto distinto y son las únicas causantes de los dos tipos de lesión ya estudiados.

VI. ANTECEDENTES MEDIEVALES DE LA RESCISIÓN POR LESIÓN

La posibilidad de que **el vendedor** pudiera rescindir la compraventa cuando había vendido la cosa a precio demasiado bajo (*laesio enormis o ultradimidium*), fue desconocida del Derecho Romano, el cual sólo exigía que la compraventa tuviera un precio *cierto*, pero no un precio *justo*.

Créese que fue Justiniano el que, interpolando unas constituciones de Diocleciano y otra de Graciano⁽¹³⁾, permitió por primera vez que pudiera rescindirse la venta de inmuebles cuando habían sido enajenados a precio irrisorio (por debajo de la *mitad* del valor real de la tierra).

El largo periodo de estancamiento económico y consiguiente atonía en los precios, registrado en Europa Occidental durante la Alta Edad Media⁽¹⁴⁾, fue aprovechado por la Iglesia para establecer la Moral que había de regir los contratos y que prohibía tanto al vendedor como al comprador engañarse en el

(13) C. 4.44.2 y 15.

(14) El colapso total del comercio marítimo en el Mediterráneo a consecuencia de las conquistas de los árabes, la desaparición de las ciudades, y el repliegue sobre sí misma de la constitución dominial, hasta quedar petrificada en una economía rural sin mercados, han sido definitivamente estudiados en diversas obras del historiador belga Henri PIRENNE Cfr. "*Historia de Europa desde las Invasiones al siglo XVI*". F.C.E., pp. 71 y ss. de la 5.^a reimpresión de 1985.

valor de las cosas. Los bienes debían de comprarse y venderse siempre, bajo pena de grave pecado, a precios justos o no muy desviados de los justos. San Agustín, por ejemplo, encomia el caso ⁽¹⁵⁾ del comprador de un manuscrito, que al darse cuenta de que el vendedor ignoraba el valor de lo que vendía, le pagó *su justo precio*, “que era mucho más de lo que el vendedor esperaba recibir”.

Dentro ya de nuestro Derecho histórico, los efectos prácticos de la moral cristiana de la contratación los vemos reflejados en el amplio reconocimiento de la posibilidad de rescindir la compraventa por lesión en el precio.

Así, el **Fuero Real** ⁽¹⁶⁾ ya admitía dicha posibilidad, pero sólo para el vendedor.

Las Partidas ⁽¹⁷⁾ la conceden al vendedor y al comprador, cuando uno u otro hubieran sido considerablemente engañados en el precio. La medida del engaño es siempre el *ultradimidium* ⁽¹⁸⁾.

El **Ordenamiento de Alcalá** llegó todavía más lejos al permitir que se rescindieran por lesión *las rentas, cambios y otros contratos semejables*, aun los celebrados en almoneda ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁵⁾ Cita tomada de S. Minguijón, *Historia del Derecho Español*, Zaragoza, 1924, Cuaderno Noveno, p. 84.

⁽¹⁶⁾ Libro III, Tit. X.

⁽¹⁷⁾ Part. V, Tít. V, Ley 56: “*Otrosí dezimos, que se puede desfacer la vendida que fue fecha por menos de la meytad del derecho precio que pudiera valer en la sazón que la fizieron. E si el vendedor esto pudiere prouar, puede demandar al comprador; quel cumpla, sobre aquello que auia dado por ella, tanto quanto la cosa entonce podría valer segund derecho. E si esto non quisiere fazer el comprador, deue desamparar la cosa al vendedor; e recibir del el precio que auia dado por ella...Otrosí dezimos, que si el comprador pudiere prouar que dio por la cosa más de la mitad del derecho precio que pudiere valer en aquella sazón que la compró, que puede demandar se desfaga la compra, o que baxe el precio tanto quanto es aquello que demás dió*”.

⁽¹⁸⁾ En **Las Partidas** la lesión *ultradimidium* es siempre demostrativa de un engaño entre los contratantes. Así lo explica, con su delicioso lenguaje acostumbrado: “*Por miedo o por fuerza comprando o vendiendo algún ome alguna cosa, non deue valer; antes dezimos que deue ser desfecha la compra, si fuer prouado que la fuerza o el miedo fue tal que lo ouo de faxzer maguer le pesasse*”. Loc. Cit. Hoy en día no se suele tratar la lesión *ultradimidium* como un caso de vicio de consentimiento (presunto), sino más bien como un defecto o claudicación de la causa onerosa del contrato. Cfr.L. PUIG FERRIOL y E. ROCA TRÍAS: “*Instituciones de Derecho Civil de Cataluña*”, Bosch, pp. 92 y ss.

⁽¹⁹⁾ Ley única, Tít. XVII.

Sin embargo, el **Ordenamiento de Montalvo** rechazaba la rescisión por lesión de las ventas judiciales⁽²⁰⁾; excepción que ha pervivido en los territorios donde todavía pueden rescindir los contratos onerosos —que no sean aleatorios ni mercantiles— por lesión *ultra dimidium*⁽²¹⁾.

VII. ANACRONISMO DE LA IDEA DE LESIÓN EN LOS PRECIOS Y TRÁNSITO AL CAMPO DE LA JUSTICIA DISTRIBUTIVA

La conmoción en los precios que siguió al descubrimiento de América, las ruinas y estragos causados por las guerras, el impacto de la intervención de los Estados en el funcionamiento de la economía, la acuñación de monedas de baja ley y la emisión de dinero de curso forzoso para remediar las crónicas necesidades del Erario público; la aparición de productos hasta entonces desconocidos, que conectaban la suerte de los mercados locales con la producción ultramarina y el estado de las vías de comunicación, controladas por los Estados o por las famosas Compañías de Indias que monopolizaron durante mucho tiempo el comercio mundial; y por último, con ser lo más importante, el giro capitalista que dio a los modos de producción la primera Revolución Industrial (cuyo gran “invento” fue el sistema de trabajo en Fábricas y sus “productos” más duraderos, la clase obrera, las convulsiones sociales, los ciclos económicos, y las constantes oscilaciones de precios), estos profundos cambios económicos y sociales convirtieron en quimérica la vieja aspiración medieval de fijar precios *justos* a los distintos bienes.

Ahora los precios se movían incesantemente y no era posible conocer el nivel justo de ninguno de ellos. La misma mercancía tenía múltiples precios corrientes. Cuál de ellos acabaría siendo un **precio estable**, y si esto podía llegar a ocurrir alguna vez, eran cosas que nadie sabía.

Fueron en mi opinión estos factores imprevisibles de la dinámica económica capitalista, más que el laicismo o el positivismo jurídico intentando hacer el deslinde entre Derecho y Moral, los que dejaron vacía de contenido la noción del *justo precio* y obligaron a prescindir en la época de la codificación, de ese instrumento de lucha contra los abusos de precios que antes había sido la rescisión *ultradimidium*.

A trueque de echar fuera del tráfico jurídico el concepto de justo precio, el Código francés y a su imitación el nuestro, le confiaron un nuevo papel como

(20) Libro V, Tít. VII.

(21) En Cataluña, por ejemplo, la facultad de rescindir se concede al vendedor que ha recibido menos de la mitad del justo precio, no a favor del comprador que ha pagado por la cosa un precio inflado en más de la mitad.

garante de la justicia distributiva que había de resplandecer **en las divisiones y particiones de bienes.**

El cambio de enfoque se justificó diciendo que, así como el intercambio de bienes es siempre voluntario, el negocio de atribución envuelto en la división patrimonial transformando derecho abstracto en bienes concretos, supone un intercambio *forzoso* puesto que la ley no obliga a permanecer en indivisión. En consecuencia los valores a que se efectúen esas transformaciones forzosas en que la división consiste deben de ser justos en el sentido de dar como resultado adjudicaciones **equivalentes** a los haberes que los interesados tenían en el *totum* indiviso.

El módulo clásico de lesión en más de la mitad aparece ahora rebajado a la **cuarta parte**: quizás por entender que en toda partición puede verse el mismo resultado que con la venta (a la masa o patrimonio a dividir) del derecho abstracto de cada partícipe, seguida de una compra (a la masa y en el mismo precio) de un lote determinado de bienes⁽²²⁾. Esta manera de mirar el negocio divisorio como acción combinada de **dos compraventas que se contrarrestan**, podría ser la explicación de haber reducido **a la cuarta parte** el tradicional módulo *ultra dimidium* de la compraventa singular⁽²³⁾.

VIII. ¿TIENEN LOS BIENES REALMENTE UN JUSTO PRECIO?

La teoría de la rescisión por lesión, y toda la mecánica de las operaciones divisorias, descansa en la creencia de que es posible determinar de alguna manera el justo valor de las cosas.

Para partir un patrimonio poseído en común, primero se hace inventario de los bienes, después se valoran los mismos; a partir de ese avalúo se cuantifica el derecho de cada partícipe (su **haber** en la partición), y finalmente se procede a adjudicar bienes en pago de los haberes previamente calculados.

Cualquier error de valoración produce la doble injusticia que antes hemos estudiado. **Ahora bien, el cálculo de la lesión sería un simple juego**

(22) La STS de 17-IV-1986 habla de la partición como de “*negocio en el que cada uno de los condueños ha cedido a los otros la parte que tenía en su lote, y ha recibido en su lugar, la parte que los otros tenían en el suyo, o, dicho de otro modo, ha enajenado su cuota y ha adquirido bienes concretos*”.

(23) Dos compraventas cruzadas son también una permuta. Véase la huella de la asociación *partición/permuta* en el siguiente pasaje del Digesto: “... *quasi certa lege permutatione fecerint, scilicet si omnes res divisae sint*”

aritmético si no podemos asegurar que los valores dados a los bienes en la partición valores dados a los bienes en la partición, una vez corregida ésta, son los verdaderos valores de los bienes.

Pero, ¿dónde iremos a buscar los verdaderos valores justos precios de los bienes, sobre los cuales se levanta todo el edificio particional y el concepto mismo de lesión en más de la cuarta parte?

La idea de que los bienes tienen un justo precio parece que procede de Aristóteles, quien, como es sabido, concibió lo *justo* como un cierto **término medio entre dos extremos**: uno de los cuales peca por exceso y el otro por defecto.

La definición es ciertamente tautológica⁽²⁴⁾. Determinar el término medio de algo, conociendo los extremos es una operación trivial. Pero averiguar hasta dónde llegan *los extremos* de cualquier cosa puede ser tan difícil como atinar con *el centro*. En otras palabras, para tildar de *excesivo* o de *insuficiente* el valor de un bien, hemos de tener alguna idea preconcebida de cuál es el valor medio o precio *justo* de ese bien⁽²⁵⁾ Esto supone disponer de alguna **teoría del justo precio**.

Aristóteles no dispone de ninguna. Al menos no desarrolla ninguna teoría del justo precio *en su término medio*, sino que va suministrando, aquí y allá, materiales dispersos, sugerencias para diversas teorías *extremas* del justo precio. Esta misma abundancia y riqueza de ideas, y el haber sido para la Escolástica cita obligada de autoridad, han hecho de Aristóteles, lamentablemente, un autor muy traído y llevado, pero quizás por eso poco leído y difícil de interpretar.

(24) Que la definición es circular y no lleva a ninguna parte, puede apreciarse en el siguiente pasaje de la *Ética a Nicómaco*, Libro V, Cap. V: “... la justicia es la disposición que permite calificar de justo al hombre capaz (...) **de operar un justo reparto entre él mismo y otro, o entre dos personas distintas, de tal manera que evite darse a sí mismo más y menos al otro, cuando la cosa es buena o útil, y lo contrario, cuando la cosa es mala; y que sepa respetar esta proporción equitativa y observar una misma conducta cuando las dos partes contratantes son terceras personas**”.

(25) Sin embargo, la idea de que la justicia no debe ser extrema o, si se quiere, que una justicia *extremosa* es una forma de injusticia (lo que los juristas romanos expresaban en el adagio *summum ius, summa iniuria*), es un hallazgo nada obvio sino más bien paradójico, que responde al consejo aristotélico de rehuir de posturas inmoderadas (*nihil nimis*).

Nos limitaremos aquí a entresacar algunas de las ideas embrionarias sobre el justo precio que pueden rastrearse en la obra de Aristóteles, y que luego han dado lugar a una variedad de posturas muy radicales⁽²⁶⁾.

Para mejor comprensión, haremos los enunciados en forma telegráfica:

1. Las cosas valen en justicia el trabajo que cuesta producirlas

“Tomemos como ejemplo un arquitecto y un zapatero; una casa y un calzado. Es necesario que el arquitecto reciba del zapatero el trabajo de éste, y que él le dé en cambio el suyo”⁽²⁷⁾.

Esta misma idea la encontraremos luego en Adam Smith, en el famoso ejemplo de los ciervos y los castores, y de ahí arrancarían Ricardo y luego Marx para desarrollar su **teoría del valor-trabajo**⁽²⁸⁾, que es en mi opinión, el último y más denodado esfuerzo que se ha hecho en la historia del pensamiento por construir (sin éxito) un patrón invariable de valor con el que poder juzgar los abusos y desviaciones de precios.

2. Las cosas valen justamente lo que la gente está dispuesta a pagar por ellas.

“Es, pues, necesario referirse para todo a una medida común, como hemos dicho antes. Y esta medida es, en verdad, la necesidad que une todas las cosas, pues sin necesidad de nada y sin necesidades semejantes, no habría intercambio entre los hombres o los intercambios serían distintos. La moneda, pues, ha venido a ser, por obra de una convención, una especie de sustitutivo de la necesidad”⁽²⁹⁾.

De este lugar común parten todos los que han buscado por el lado de la demanda solución al rompecabezas del justo precio. Señaladamente, cabe citar

⁽²⁶⁾ No se olvide que toda teoría del justo precio encubre un ideal de sociedad, ya que los precios están dados en función de una determinada distribución de la riqueza. Calificar de justo un sistema de precios es tanto como calificar de justa la distribución de riqueza de la que los precios son emanación y reflejo.

⁽²⁷⁾ Ética a Nicómaco, V, 1133.

⁽²⁸⁾ Una variante escolástica menos cruda que la teoría del valor-trabajo (sólo aplicable a economías precapitalistas en las que el único componente del coste de producción sea el tiempo de trabajo) fue desarrollada por Duns Scoto, cuya idea central podría enunciarse así: **las cosas valen lo que cuesta producirlas**, incluyendo entre los costes no solo el trabajo sino cualquier tipo de gastos (*expensae et labores*).

⁽²⁹⁾ Aristóteles, op. cit., ibidem.

aquí a ST. TOMÁS y al español LUIS DE MOLINA, autores⁽³⁰⁾ que construyeron todavía la teoría de precios con la preocupación de hallar un patrón de medida a efectos morales y jurídicos⁽³¹⁾.

Las conclusiones a que llegaron pueden resumirse así:

3. Para SANTO TOMÁS, el justo valor de las cosas lo da cierta estimación común y pública (in quaedam aestimatione consistit)

Esta pública estimación tolera algunos márgenes de error.

El texto clave es éste:

“Quod ideo dico, quia istud pretium rerum non est punctualiter determinatum, sed magis in quedam aestimatione consistit; ita quod modica additio vel minutio non videtur tollere aequalitatem justitiae” (Summa Theologica, secunda secundae, q. 77, art. 1.^o)

4. Para MOLINA, el precio justo es el precio de libre mercado

“En resumen, el precio justo de las cosas depende, principalmente, de la estimación común de los hombres de cada región; y cuando en alguna región

(30) Entre los autores omitidos en el texto, ocupan un lugar de honor los españoles Domingo de Soto (*De iustitia et iure*, 1553), en cuya obra se apoya la de Molina, y Tomás de Mercado (*De los tratos de India y tratantes en ella*, 1569), primero en apuntar una teoría cuantitativa del dinero según la cual los precios de las cosas dependen principalmente de la cantidad de dinero en circulación. Cfr. a este respecto J. A. SCHUMPETER: *History of Economic Analysis*, 1954, George Allen & Unwin Ltd., pp. 95 y ss.

(31) La elaboración posterior de esta tendencia es ya la teoría neoclásica de la **utilidad marginal**, fundada por Menger, Jevons y Walras. Con arreglo a esta teoría, los precios relativos de intercambio en condiciones de equilibrio del consumidor, son iguales a la relación marginal de sustitución o razón en que están sus utilidades marginales para el sujeto considerado. También este desarrollo, que conduce a la teoría de precios académica que hoy profesa la mayoría de los economistas, enlaza con Aristóteles, el primero que distinguió valor de uso y valor de cambio de los bienes: *“Tomemos, por ejemplo, un zapato: existe su uso como zapato y existe su uso como un artículo de intercambio; ambas son, en efecto, maneras de utilizar un zapato, porque, aun cuando el que cambia un zapato por dinero o por alimentos con el cliente que necesita un zapato, lo emplea como un zapato, no hace, sin embargo de él el uso peculiar y propio del zapato, ya que los zapatos no se hacen con el fin de ser cambiados por otra cosa. Esto mismo vale perfectamente para todos los demás artículos de propiedad; todos ellos, en efecto, admiten se les refiera un empleo de intercambio, que nace o procede en primer lugar del orden natural de las cosas, ya que los hombres tienen más de lo suficiente de algunas cosas y menos de lo suficiente de otras”* (Política, Libro I, cap. Ix).

o lugar se suele vender un bien de forma general por un determinado precio, sin que en ello exista fraude, monopolio ni otras astucias o trampas, ese precio debe tenerse como medida y regla para juzgar el justo precio de dicho bien en esa región o lugar, siempre y cuando no cambien las circunstancias con las que el precio justificadamente fluctúa al alza o a la baja” ⁽³²⁾.

IX. CRÍTICAS DE LAS TEORÍAS DEL JUSTO PRECIO

Limitando nuestra consideración a las dos últimas versiones del justo precio, por ser las más elaboradas dentro del campo jurídico ⁽³³⁾, especialmente la de Luis de Molina, lo primero que salta a la vista es que tienen un campo de aplicación muy estrecho.

La teoría tomista, porque la valoración justa de los bienes se hace depender en la práctica de un juicio pericial, cuando precisamente de lo que carecemos es de ciencia, ni siquiera de conocimientos empíricos o prácticos capaces de determinar precios o valores a satisfacción de todos. Y esto y no otra cosa sería, a mi entender, la *communis aestimatio*.

En la práctica, la operación de justipreciar los bienes con arreglo a la *communis aestimatio* consiste en **sustituir** la opinión personal y subjetiva de los interesados en una partición, cuando discrepan sobre el valor de las cosas, por la opinión asimismo subjetiva y personal de los peritos tasadores, supuestos depositarios de una ciencia de los justos precios que no se enseña en ninguna Universidad. ⁽³⁴⁾

Y la teoría molinista, cifrada en la ecuación “justo precio igual a precio de mercado”, porque si bien constituye un patrón objetivo, requiere la existencia

⁽³²⁾ L. DE MOLINA: “*La Teoría del Justo Precio*”, Ed. Nacional, 1981, p. 169.

⁽³³⁾ Ambas teorías están muy relacionadas. Si los precios los fija el estado de la demanda, el precio de mercado viene a ser como el resultado de un plebiscito, donde el que compra a un precio “vota” por ese precio y contribuye a formar la estimación común y pública en que el justo precio consiste.

⁽³⁴⁾ Crf. J. OSSORIO MORALES: “*Manual de Sucesión Testada*”, Inst. Est. Políticos, 1957, p. 385. En este notable trabajo, modelo de claridad y de elegancia expositiva, leemos la siguiente sensata observación a propósito del legado de cosa ajena, cuando el heredero no puede adquirirla o cuando sólo puede hacerlo a un precio exorbitante, en cuyo caso cumple con pagarle al legatario su justa estimación: “claro es que prácticamente, la determinación del límite que basta para justificar el derecho del heredero a cumplir mediante el pago de la estimación en lugar de adquirir la cosa y entregarla, puede suscitar dificultades no siempre fáciles de resolver, ya que el precio justo de las cosas es en la mayoría de los casos materia imprecisa y no susceptible de fijación matemática”.

de mercados perfectos, libertad de acceso, mercancías homogéneas, transparencia informativa, y un grado de *atomización* que reduzca hasta la insignificancia el papel de cada *mercader* dentro del mercado. En tales condiciones —mercado grande y mercaderes pequeños—, el precio es un dato que se impone a todos *porque todos son pequeños*. Bajo esos supuestos, todos tienen que tomar el precio que dicta el mercado como un dato fijo, invariable, objetivo para ellos.

Pero tales condiciones ideales de un mercado perfecto de libre competencia rara vez se darán en la práctica.

Supongamos que en una partición hay que valorar ciertas acciones que cotizan en Bolsa o para decirlo con la expresión al uso, en los mercados secundarios.

Cualquier contador-partidor, sin necesidad de haber leído a Luis de Molina, valorará las acciones en el precio de cotización que tuvieron el día al que hay que referir la valoración.

Eso puede hacerlo así porque la Bolsa *se aproxima* al paradigma de un mercado ideal de libre concurrencia, donde los precios se imponen objetivamente a todo el que llega porque nadie puede individualmente modificarlos comprando o vendiendo pequeñas cantidades.

Pero las cosas serían distintas si lo que el contador-partidor tiene que valorar no son cantidades modestas de acciones, sino un paquete importante de una sola Sociedad.

Ahora la cotización del día ya no puede tomarse como justo precio del “paquete”, pues el intento de vender una gran masa de títulos con seguridad hará caer la cotización a niveles imposibles de prever⁽³⁵⁾.

Dicho de otra forma, un paquete importante de títulos valores **es una de las muchas cosas que no tienen precio definido de mercado**. En consecuencia no puede hablarse de su justo precio, a efectos de valoración, en el sentido de Molina.

Y todavía en materia de títulos-valores estamos, por lo menos, ante un producto homogéneo: cualquier título es exactamente igual que cualquier otro que confiera los mismos derechos, del mismo modo que un billete de Banco es exactamente igual que cualquier otro del mismo valor.

Pero el problema se complica hasta hacerse diabólico, cuando lo que hay que valorar son **cosas heterogéneas** como los inmuebles, para los que no hay

(35) Hablando con franqueza, nadie tiene la menor idea de cómo pueden reaccionar los mercados bursátiles al salir a la venta una cantidad relativamente importante de títulos de la misma Sociedad

mercado o el mercado que hay es muy imperfecto. Aquí sería insensato tomar el precio como un parámetro inmodificable, ya que el que acude a un mercado enrarecido sabe que puede modificar el precio de oferta del bien en cuestión, absteniéndose de comprarlo o comprando otro.

¿Qué tiene que ver entonces con la justicia de la valoración tomar, por ejemplo, como referente del valor de un piso, el precio en que se vendió otro en fecha más o menos remota? ⁽³⁶⁾

Al hacerlo así no sólo trastocamos fechas, sustituyendo el día al que hay que referir la valoración por la fecha en que se realizó la venta que nos sirve de contraste, sino que hacemos tabla rasa de todas las características diferenciales que el mercado siempre valora, pues para el comprador no hay nunca dos pisos iguales.

Supongamos el caso más favorable: dos pisos situados dentro de la misma ciudad, del mismo barrio y todavía más, situados en el mismo edificio. Así y todo, no tendrán un precio común de mercado ni habrá una *communis aestimatio*: ya porque difieran en tamaño, en la planta donde están situados, en el grado de conservación, en si uno es interior y el otro no, en luminosidad y orientación, en distribución, en las instalaciones y servicios, y en mil otras particularidades *que son justamente lo que hay que valorar* y que hacen ilegítima la extrapolación mecánica para que valga como justo precio de uno el que sea o haya sido precio de mercado del otro.

En tales casos el precio de venta del inmueble a estimación de peritos no deja de ser otra cosa que la opinión *subjetiva* del perito, todo lo honrada que se quiera pero sin fundamento económico ninguno.

Quizás se piense que puede defenderse la *justicia* de la valoración pericial sobre la que reposa la justicia de la división tradicional, diciendo que se trata de una estimación *aproximada*.

Pero cuando intentamos aquilatar márgenes de error, como ocurre con la lesión en más o en menos de una cuarta parte, las valoraciones *aproximadas* no sirven de nada y añaden confusión. Sería lo mismo que tratar de corregir una medición errónea utilizando una vara de medir torcida y mal graduada que sólo permitiera hacer mediciones *aproximadas* unas veces de más y otras de menos,

⁽³⁶⁾ A este precio de referencia se le llama a veces, en la jurisprudencia, **precio de confrontación**.

dependiendo de quién sea el que mida y de lo que se imagine *estar leyendo* en las marcas borrosas de la escala graduada⁽³⁷⁾.

X. FORMAS PARTICIONALES QUE NO NECESITAN VALORACIÓN PERICIAL DE LOS BIENES

Debido a las dificultades que tiene hallar el justo precio de las cosas —una empresa parecida a la de buscar el santo grial—, constituye a mi juicio una prueba de ingenio y sutileza increíbles que los matemáticos hayan ideado formas de partir justas, que sin embargo no requieren valoración pericial de los bienes.

Debido a que los trabajos correspondientes han sido publicados en revistas especializadas⁽³⁸⁾, han tenido poca divulgación entre los juristas y tampoco han trascendido a las prácticas divisorias. Quizás por ello sea interesante traer aquí este material en una forma asequible.

Antes de presentar los nuevos métodos particionales, conviene definir algunos conceptos que se necesitan para juzgar de la bondad de una partición:

Partición aceptable: Es aquella en la que ninguno de los interesados termina recibiendo menos de lo que esperaba.

Plusvalía: Es el valor que recibe el interesado por encima de lo que esperaba.

Partición óptima: Es la que genera plusvalía máxima para todos los interesados.

Partición equitativa: Es aquella en la que la plusvalía ha sido distribuida por igual entre todos los interesados, o en caso de que los derechos de estos

⁽³⁷⁾ Esta es, justamente, la situación con las valoraciones periciales. Si se piden tres valoraciones periciales de los mismos bienes, a buen seguro que tendremos tres valoraciones distintas. Si acaso fueran coincidentes, la rareza del suceso debería hacernos sospechar que los peritos han consensuado sus discrepancias antes de emitir el dictámen, por razones de decoro profesional.

⁽³⁸⁾ La bibliografía estándar sobre la matemática de la división justa, es la siguiente; KNASTER, B. y STEINHAUS, H.: *Ann. De la Soc. Polonaise de Math.*, 19, 228-31, 1946. STEINHAUS, H.: *The Problem of Fair Division, Econometrica*, 16, 101-104, 1948. STEINHAUS, H.: *Mathematical Snapshots, Oxford Univ. Press.*, 1960. DUBINS, L.E. y SPANIER, E.H.: *How to cut a cake fairly, Am. Math Monthly*, 68, 1961. H. W. KHUN: *On Games of Fair Division, Essays in Mathematical Economics, in honor of O. Morgenstern*, Princeton, 1967.

últimos sean desiguales se ha repartido en partes proporcionales a sus respectivos derechos.

Partición justa: Es la partición que es, a la vez, óptima y equitativa.

De las anteriores definiciones se desprenden los siguientes corolarios:

- 1) *Toda partición justa es aceptable; pero no a la inversa.*
- 2) *En la partición justa nadie siente envidia de otro por lo que le haya tocado en la partición.*
- 3) *La partición meramente aceptable⁽³⁹⁾ no causa lesión directa a nadie pero puede dar lugar a agravios comparativos motivados por la lesión indirecta.*

Las condiciones que se acaban de enunciar son, como se ve, muy restrictivas. A primera vista parece imposible que puedan existir métodos divisorios que cumplan exigencias tan estrictas y objetivos tan ambiciosos. Sin embargo, ... *eppure si muove*.

1. Partición aceptable entre dos:

Uno de los interesados forma dos lotes con los bienes inventariados y se los presenta al contrario para que elija el que mejor le parezca.

Este método no requiere tasación pericial de los bienes, pero da lugar a una partición **aceptable**.

En efecto, el que hace los lotes y los presenta como iguales, se lleva uno de ellos —el que el otro no quiere— y por tanto su mitad. Y el que no hizo los lotes, si acaso entendió que eran desiguales, pudo elegir el mejor. Ninguno de ellos puede quejarse de no haber recibido su haber completo, o sea la mitad del patrimonio que se divide.

La partición así obtenida no tiene, sin embargo, que ser óptima. Por ejemplo, el que elige puede pensar que los lotes formados por el otro no son óptimos, en el sentido de que él hubiera preferido hacer lotes distintos. Sin embargo, si no eran iguales los que le presentaron (lo que indica que a su juicio uno representaba más y otro menos de la mitad del patrimonio a dividir), pudo elegir el primero, obteniendo una plusvalía.

⁽³⁹⁾ Llamamos partición meramente aceptable a la que es aceptable sin llegar a ser justa; esto es, la que siendo aceptable no es óptima ni equitativa.

El que hace los lotes está en ligera desventaja, porque ha de esforzarse en hacerlos exactamente iguales, de manera que cualquiera que sea el lote que le quede no experimente ningún perjuicio. A cambio, tampoco podrá tener ninguna plusvalía.

2. Generalización de esta forma particional

El método particional descrito, simple y eficaz para hacer la división entre dos, por ejemplo para dividir los gananciales una vez que los cónyuges están de acuerdo en el inventario, puede generalizarse, mediante adecuadas reiteraciones, a casos más complicados de partición entre varios, incluso cuando tienen partes desiguales en la herencia.

Daremos sólo tres ejemplos:

Partición desigual entre dos.

Supongamos que un heredero ha de recibir la cuarta parte y el otro las tres cuartas partes de la herencia. Este último hará cuatro lotes a su juicio iguales, y el primero elige uno. Los tres restantes se adjudican al que ha hecho la partición.

Partición igual entre cuatro.

Uno de los herederos hace cuatro lotes, a su juicio, iguales, para que los otros elijan.

- a) Si las elecciones no son coincidentes, cada uno tendrá el lote que prefiera y quedará un lote sobrante, que se le adjudica al que ha hecho la partición.
- b) Si los tres “electores” eligen el mismo lote, se le adjudica al que ha hecho la partición cualquiera de los desechados, y a continuación los tres “electores” se reparten los restantes bienes por el método de división entre tres, que se expone en el epígrafe siguiente.
- c) Si sólo dos “electores” coinciden en un mismo lote, pero el tercero opta por otro lote distinto, este último le será adjudicado en firme; al que hizo la partición, se le adjudicará cualquiera de los desechados; el resto de herencia se lo reparten los dos herederos que todavía no han cobrado, por el procedimiento “tú partes y yo elijo”.

Partición desigual entre cuatro.

Por ejemplo, supongamos que tenemos que dividir una herencia entre cuatro herederos: (A), (B), (C), y (D).

(A) tiene que recibir la mitad de la herencia; (B) la cuarta parte; (C) la octava parte, y (D) la octava parte.

Podemos aplicar el método particional de “tú partes y yo elijo” de la siguiente manera:

I. (A) hace dos lotes con los bienes de la herencia, a su juicio iguales ($1/2 + 1/2$), y los presenta a sus coherederos (B), (C) y (D), para que elijan uno.

- Si los coherederos están de acuerdo en elegir el mismo lote, el rehusado se lo quedará (A).
- A continuación (B) parte en dos el lote elegido ($1/4 + 1/4$), y los presenta a (C) y (D).
- Si éstos eligen el mismo de común acuerdo, el sublote rehusado se lo queda (B) en pago de su cuarta parte. A continuación, (C) y (D) se reparten el sublote elegido por el procedimiento de “tú partes y yo elijo”, y la partición queda completada a satisfacción de todos.

II. Supongamos ahora que en la primera elección los herederos (B), (C) y (D) no se ponen de acuerdo.

Hay tres formas de posibles desacuerdos:

— **Primer supuesto:** (B) y (C) quieren un lote ($1/2$) y (D) prefiere el otro ($1/2$).

En este caso, (C) divide en dos sublotes iguales ($1/4 + 1/4$), el lote preferido, y (B) elige uno de ellos ($1/4$), quedando pagada su parte. El sublote rehusado lo vuelve a partir (A) en dos mitades ($1/8 + 1/8$). (C) elige una, quedando pagada su parte; el sublote restante ($1/8$) lo recibe A a cuenta de su mitad.

Yendo ahora al lote elegido por (D), el heredero (A) vuelve a partirlo en dos ($1/4 + 1/4$), y (D) elige uno ($1/4$). Sobre la parte elegida, (A) vuelve a dividir en dos partes ($1/8 + 1/8$), y (D) elige una, quedando pagado.

Los restantes bienes ($1/4 + 1/8$) se le adjudican a (A) para completarle su mitad.

— **Segundo supuesto:** (B) prefiere un lote (1/2), y (C) y (D) el contrario (1/2).

Entonces (C) subdivide el lote elegido en dos sublotes (1/4 + 1/4). (D) elige uno (1/4) y lo parte a su vez en dos (1/8 + 1/8): (C) elige uno (1/8) y queda pagado a satisfacción; a (D) se le adjudica el otro (1/8) y también queda pagado a satisfacción, puesto que hizo los sublotes iguales.

El lote elegido por (B) lo parte este último en dos (1/4 + 1/4), para que (A) elija uno. El rehusado se lo queda (B) en pago de su haber (1/4).

Los restantes bienes completan la mitad de (A).

— **Tercer supuesto:** (B) y (D) prefieren un lote y (C) el contrario. Este caso es idéntico al primero, cambiando (C) por (D) ⁽⁴⁰⁾.

El lector puede comprobar que la partición así hecha es aceptable para todos.

Hemos expuesto, deliberadamente, un supuesto difícil, para que el lector se forme una idea de las posibilidades de generalización de este método particional. Sin embargo, fuera de los casos más sencillos de dos o de cuatro herederos, el proceso particional reiterado se hace teóricamente tedioso y prácticamente complicado, por lo que es preferible usar los métodos más potentes que a continuación exponemos.

3. Partición aceptable entre tres:

- Una vez inventariados los bienes, uno de los interesados hace con ellos tres lotes a su juicio iguales.
- Los otros dos indican, por turno, con cuál de los lotes se conformarían.
- Si eligen lotes diferentes, el lote rechazado se adjudica al que hizo los lotes y la partición queda hecha a satisfacción de todos.

⁽⁴⁰⁾ Los herederos (C) y (D) son intercambiables porque ambos tienen derecho a una octava parte. En cambio los otros dos heredan en distintas proporciones y su papel en el proceso particional no puede permutarse o, dicho de otra manera, no hay *simetría* entre ellos.

- **En otro caso tendrá que haber al menos un lote que los “electores” consideren inferior a la tercera parte del total** ⁽⁴¹⁾. Este lote rechazado por ambos “electores” se adjudica al que ha hecho la partición, pues para él sí representa la tercera parte.
- **Los restantes bienes** ⁽⁴²⁾ se los reparten a continuación los dos “electores” por el procedimiento, ya descrito, de “tú partes y yo elijo” ⁽⁴³⁾.

Aquí valen las mismas consideraciones que hemos hecho para la partición entre dos. La partición es aceptable; nadie puede quejarse de lesión; pero la forma de partir no tiene por qué ser óptima, salvo para el que hizo los lotes. Por ejemplo, los que tienen que elegir pueden considerar que los lotes han sido hechos de forma torpe y desmañada. A cambio, los que eligen están en condiciones de obtener una plusvalía inasequible para el que hace los lotes, porque por definición los tres lotes son exactamente iguales para el último.

(41) Tiene que haber un lote que *ambos* electores consideren inferior. En efecto, cada “elector” sólo podrá considerar aceptable dos lotes como máximo (los tres no podrían ser mayores de un tercio cada uno). Si el segundo en elegir sólo encuentra aceptable el mismo lote que ya ha elegido el primero, ello quiere decir que considera inaceptable *cualquiera* de los otros dos. Luego al que hizo la partición se le podrá adjudicar aquél de los lotes rehusados que indique el primer elector. Ello hay que hacerlo así para evitar acuerdos colusorios entre el que elige en segundo lugar y el que hizo los lotes. Por ejemplo, supóngase que dos de los lotes presentados por el heredero partidador contienen prácticamente el cien por cien de los bienes a repartir, y que el tercer lote es simbólico (consiste en un alfiler, digamos). El que elige primero se lleva uno de los dos lotes buenos; pero el segundo ‘finge’ que ninguno de los otros dos lotes lo encuentra aceptable. Si él mismo pudiera decidir cuál de esos lotes por él rechazados hay que adjudicar al que hizo los lotes, podría llegar con él a un acuerdo en fraude de los derechos del que eligió primero, dándole el lote más cuantioso, que él fingió encontrar inaceptable, y dejando como resto de la herencia, a compartir con el primer ‘elector’, el lote elegido por éste... y un alfiler. Que un mismo heredero sea el que elija primero y el que señale cuál de los lotes rehusados por el segundo hay que dar al que hizo los lotes, le confiere una indudable ventaja (ventaja que estaría reñida con el concepto de partición **óptima**, pero no con el de partición **aceptable**, como es la considerada). Por eso, el reparto de papeles determinante de quién hace los lotes, quién elige primero, y quien después, debe decidirlo la suerte.

(42) Téngase en cuenta que este residuo que queda por repartir representa, a juicio de los electores, más de las dos terceras partes de la herencia o patrimonio a dividir.

(43) El procedimiento de división justa que se acaba de describir se debe al matemático polaco H. Steinhaus, publicado en 1948 en la Revista *Econometrica*, 16. 101-104. Recogido también en su libro: *“Mathematical Snapshots”*, Oxford Univ. Press, 1950, p. 68. Reelaborado más recientemente, en el marco de la teoría de juegos, por el matemático norteamericano Harold W. Kuhn (*On Games of Fair Division, en, Essays in Mathematical Economics, in honor of Oskar Morgenstern*, Princeton, 1967, p.30)

4. Generalización al caso de tres herederos desiguales.

El método puede generalizarse para abarcar casos más complicados de partición de la herencia entre tres herederos instituidos en partes desiguales.

Supongamos, por ejemplo, tres herederos, **A, B y C**, instituidos el primero en la mitad, el segundo en la tercera parte, y el tercero en la sexta parte de la herencia.

El heredero A empieza haciendo seis lotes, a su juicio, iguales, y los presenta a sus coherederos para que elijan: uno C, y dos B.

Si las elecciones no son coincidentes, B y C quedan pagados con los lotes que han elegido, y A se queda con los rehusados. La partición queda hecha a satisfacción de todos.

Y si ocurre que a C el lote que más le gusta es precisamente uno de los dos que ha elegido B, este lote en disputa se reintegra a la masa, reteniendo B el otro (1/6) a cuenta de su cuota. Por otro lado, al heredero A se le adjudican, a cuenta de su cuota, dos cualesquiera de los cuatro lotes que no quisieron ni B ni C.

En este momento, a los herederos les faltará por cobrar 1/6 a cada uno, con lo que el resto de los bienes (que son 3/6) se lo pueden repartir fácilmente por el método expuesto de división igualitaria entre tres.

La generalización podría llevarse más lejos, combinando las técnicas particionales para un número par de herederos y para un número de herederos múltiplo de tres. Pero no vale la pena proseguir, porque para los casos complejos es mejor el siguiente método.

5. Partición justa entre varios (no importa el número):

- **(1) El contador-partidor convoca a los interesados a participar en una subasta de los bienes de la herencia.**
- **(2) Sólo pueden ser postores los herederos⁽⁴⁴⁾ (o dicho con el lenguaje del art. 1062 CC, no se admitirán licitadores extraños).**

⁽⁴⁴⁾ Aquí hablamos de “herencia” y de “herederos” para facilitar la exposición. Pero el método no sólo se aplica a la división hereditaria, sino también a la división de gananciales, de proindivisos y de cualquier patrimonio societario.

- (3) Los herederos pujan por los bienes, cada uno según su personal forma de valorarlos, en plicas cerradas.
- (4) Abiertas las plicas, el contador partidor adjudica cada bien al que haya ofrecido el precio más alto, como es habitual.
- (5) A continuación, el contador-partidor calcula el valor en que cada heredero ha tasado la herencia⁽⁴⁵⁾. Naturalmente habrá tantos valores de la herencia como herederos haya.
- (6) A partir del valor subjetivo que cada uno ha dado a la herencia, el contador partidor determina el haber (también subjetivo) que corresponde a cada heredero, teniendo en cuenta su derecho o parte en la herencia.
- (7) Determinados los respectivos haberes hereditarios, los compensa, hasta la cantidad concurrente, con el precio o precios de remate que el heredero adeude a la herencia por los bienes que le hayan sido adjudicados en subasta.
- (8) Hechas las compensaciones, habrá siempre un superávit a favor de la herencia, puesto que los remates han sido hechos a los precios máximos.
- (9) Este superávit o plusvalía lo distribuye el contador partidor entre los herederos, en proporción a su respectiva cuota o parte en la herencia.

La partición así hecha es *justa* en el sentido ya definido.

En efecto, después de adjudicados los bienes y de ir compensando, heredero por heredero, el precio que adeude por los remates contra su haber hereditario, quedará siempre en la herencia un remanente o **plusvalía** pendiente de repartir. Ello es así porque los remates se han hecho a los precios máximos, mientras que los haberes son una parte proporcional del valor de la herencia, que es para cada heredero la suma de todas sus posturas, tanto de las mejores, que ganaron el remate como de las peores que fueron desestimadas en la puja.

Cualesquiera que sean los valores dados por los herederos a los bienes, las adjudicaciones se han hecho a los precios más altos posibles, de modo que la plusvalía generada es máxima. Así, pues, la partición es **óptima** en el sentido antes definido.

(45) Para ello sólo tiene que sumar los valores contenidos en las plicas, es decir los precios a que cada heredero ha estado dispuesto a quedarse con los distintos bienes sacados a subasta.

Además, el paso (9) del proceso divisorio obliga a distribuir la plusvalía entre los herederos en la misma proporción en que heredan. Luego la partición es **equitativa** en el sentido también definido.

Siendo óptima y equitativa, la partición es **justa**. Ningún heredero cree, de acuerdo con sus propias valoraciones, haber recibido menos de lo que le corresponde (en realidad cada uno cree haber recibido más): y además, cada uno piensa que su lote es más valioso que el de los otros.

Por último, es demostrable que la mejor estrategia de juego que pueden seguir los herederos en esta forma particional es ser sinceros con su personal valoración de los bienes, **no ofreciendo nunca en subasta más ni menos de lo que realmente creen que valen** ⁽⁴⁶⁾.

En efecto, suponiendo que no se producen filtraciones ni colusiones con el depositario de las plicas cerradas, al heredero que ignora lo que van a ofertar los demás no le interesa elevar los valores por encima de lo que piensa que valen los bienes, pues se arriesga a tener que cargar con ellos a precios exorbitantes si se los adjudican (que será lo más probable ofertando alto). Y tampoco le interesa ofertar por debajo de lo que piensa que valen, porque si no resulta adjudicatario (que será lo más probable ofertando bajo), participará en menor proporción en el reparto del superávit o remanente que siempre queda como hemos visto, a favor de la herencia.

XI. APLICACIÓN DEL MÉTODO DE SUBASTA RESTRINGIDA A UN SUPUESTO CONCRETO

Veamos ahora cómo funciona el método expuesto de subasta restringida en un ejemplo concreto ⁽⁴⁷⁾.

Supongamos que se trata de dividir equitativamente una herencia compuesta de cinco objetos, designados (1), (2), (3), (4) y (5), entre cuatro herederos a los que llamaremos **A, B, C y D**.

El contador partidario ha convocado la subasta restringida de los bienes de la herencia, recibiendo en plicas cerradas las ofertas de los herederos.

⁽⁴⁶⁾ A menos, naturalmente, que por algún medio fraudulento conozcan por anticipado las cifras contenidas en las plicas de los demás y puedan hacer cábalas con esta información *privilegiada*.

⁽⁴⁷⁾ Las operaciones que se desarrollan en este epígrafe tienen carácter muy elemental, pues no pasan de las cuatro reglas. Sin embargo, hasta para comprobar sumas, restas, multiplicaciones y divisiones, hace falta papel y lápiz (o bien una calculadora) y un poco de paciencia.

Al abrir las plicas resulta que los valores que cada heredero ha dado a los bienes (por los que estaría dispuesto a adjudicárselos), han sido los siguientes:

TABLA N.º 1: VALORACIONES SUBJETIVAS

(en miles de pesetas)

	A	B	C	D
(1)	1.000	5.000*	1.000	2.500
(2)	3.000	1.000	4.000*	3.500
(3)	3.000*	2.000	1.500	2.000
(4)	5.000	4.000	6.000*	5.000
(5)	1.000	500	1.500	2.000*
TOTAL	13.000	12.500	14.000	15.000

Cada entrada de la Tabla indica el valor que el heredero designado en la columna atribuye al bien indicado en la fila correspondiente.

Así, por ejemplo, la primera columna nos dice que **A** estuvo dispuesto a quedarse con el bien (1) por un millón de pesetas⁽⁴⁸⁾; con el bien (2) por tres millones; con el bien (3) por la misma cantidad; con el bien (4) por cinco millones, y con el bien (5) por un millón. La segunda columna nos dice que **B** ofertó cinco millones por el bien (1), un millón por el bien (2); dos millones por el bien (3); cuatro millones por el bien 4, y quinientas mil pesetas por el bien (5)... Análogos significados tienen los datos de las dos últimas columnas, donde se leen los valores que los herederos (**C**) y (**D**) atribuyen a los bienes.

Los bienes se adjudican, como siempre, al mejor postor. Por consiguiente el bien (1) se le adjudicará a **B**; el bien (2) a **C**; el bien (3) a **A**; el bien (4) también a **C**; y el bien (5) a **D**. Los precios de remate de estas adjudicaciones figuran en la Tabla n.º 1 marcados con asterisco y destacados en negrita.

Supongamos ahora que los cuatro herederos lo sean a partes iguales.

Para calcular el haber de cada uno, dividiremos por cuatro el valor que la herencia tiene para él. Este valor (subjetivo) de la herencia es el que figura en la última fila (la de “total”).

A partir de esos haberes, el contador-partidor procederá a hacer las operaciones que figuran en la siguiente tabla.

(48) Luego un millón de pesetas es el valor subjetivo que el bien (1) tiene para (**A**).

TABLA N.º 2: Hoja de Cálculo de los suplementos a metálico

	(A)	(B)	(C)	(D)
Haberes	3.250	3.125	3.500	3.750
Remates	3.000	5.000	10.000	2.000
Saldo	+ 250	- 1.875	- 6.500	+ 1.750
Derrama	1.593'75	1.593'75	1.593'75	1.593'75
Suplementos A metálico	+ 1.843'75	- 281'25	- 4.906'25	+ 3.343'75

La primera línea recoge los haberes de cada heredero, según su propia estimación de los bienes. Es el valor que el heredero espera recibir en la partición. En sentido jurídico, representa un *crédito* del heredero frente a la herencia.

La segunda fila refleja los precios en que los herederos han rematado los bienes. Representa, pues, una *deuda* del heredero frente a la herencia.

La tercera fila indica el saldo resultante de compensar crédito y deuda. El signo + indica un crédito **neto** del heredero frente a la herencia; el signo *menos*, un crédito **neto** de la herencia frente al heredero.

Es inmediato comprobar que los ingresos de la herencia procedentes de la subasta de los bienes excede a los haberes hereditarios que hay que pagar. La diferencia constituye la plusvalía, ascendente en el presente caso a 6.375.000.

El contador-partidor derrama este sobrante entre los herederos, correspondiéndole a cada uno 1.593.750 ptas., cuya cifra ha sido escrita en la penúltima línea de la tabla bajo el título “derrama”.

Sumándole (o restándole) a la “derrama” el saldo resultante de la compensación anterior, obtenemos finalmente los suplementos a metálico que equilibran los lotes. Aparecen escritos en la última fila, afectados del signo más o menos, según se trate de suplemento *a cobrar* (de otro heredero) o *a pagar* (a otro heredero).

Es fácil de comprobar que el importe total de los suplementos a cobrar es el mismo que el total de los suplementos a pagar.

Estamos ahora en condiciones de hacer los lotes:

Lote del heredero (A): Se le adjudica:

- El bien (3).
- Un suplemento a metálico de 1.843.750 pts., con cargo al heredero **(C)**.

Lote del heredero (B): Se le adjudica:

- El bien (1).
- La obligación de pagarle a **(D)** 281.250 pts.

Lote del heredero (C): Se le adjudica:

- El bien (2).
- El bien (4).
- La obligación de pagarle a **(A)** 1.843.750 pts.
- La obligación de pagarle a **(D)** 3.062.500 pts.

Lote del heredero (D): Se le adjudica :

- El bien (5).
- Suplemento a metálico de 281.250 pts, con cargo al heredero **(B)**
- Suplemento a metálico de 3.062.500 pts., con cargo a **(C)**.

Sólo nos falta comprobar ahora que la partición así hecha es **justa** en el sentido que ya hemos definido.

Para ello, hemos de responder a las siguientes preguntas:

- ¿Qué piensa cada heredero del lote que le ha correspondido?
- ¿Qué piensa de los lotes de los demás?

La Tabla n.º 3 muestra los valores que cada heredero atribuye a los distintos lotes.

TABLA N.º 3 : VALORACION DE LOS LOTES

(en miles de ptas.)

	A	B	C	D
Lote de A	4.843,75 *	3.843,75	3.343,75	3.843,75
Lote de B	718,75	4.718,75 *	718,75	2.218,75
Lote de C	3.093,75	93,75	5.093,75 *	3.593,75
Lote de D	4.343,75	3.843,75	4.843,75	5.343,75 *

La Tabla se lee igual que siempre. El heredero **A**, por ejemplo, valora su propio lote en 4.843.750 pts, y el de los demás, en los valores restantes que aparecen en la primera columna. El heredero **C**, por ejemplo, valora su propio lote en 5.093.750 pts, el de **A** en 3.343.750 pts, el de **B** en 718.750, y el de **D** en 4.843.750 pts. Y así sucesivamente.

Los valores de los Lotes se obtienen fácilmente, ya que conocemos el valor (subjetivo) que cada heredero da a los bienes, así como los bienes que entran en cada lote.

A lo largo de la diagonal principal las cifras han sido destacadas en negrita y con un asterisco. Tales cifras son los valores que cada heredero da a su propio lote.

Como vemos, las cifras en negrita *dominan* sobre las demás pertenecientes a la misma columna: ello significa que cada uno valora el lote propio más que el ajeno (nadie envidia a otro) Y asimismo *dominan* a las demás cifras de su fila: ello significa que los otros valoran *nuestro* lote menos que nosotros mismos (nadie es envidiado). Como esto ocurre con todos los herederos, ninguno es envidiado y ninguno estará envidioso como consecuencia del reparto.

El segundo contraste que debemos hacer es ver si cada uno ha recibido todo lo que esperaba. Para ello hemos de comparar los valores de los Lotes para cada adjudicatario, con los “haberese” que cada uno esperaba recibir de acuerdo con su personal valoración de los bienes⁽⁴⁹⁾.

Se comprueba enseguida que todos los herederos han recibido más de lo que esperaban. Y esto que reciben de más (la plusvalía) es igual para todos

En efecto: **A** esperaba recibir 3.250.000 pts., y recibe 4.843.750 pts.: obtiene una plusvalía de 1.593.750 pts. **B** esperaba recibir 3.125.000 pts, y recibe un

(49) Ver tabla n.º 2, primera línea.

Lote que él valora en 4.718.750 pts.: obtiene una plusvalía de 1.593.750 pts. Y lo mismo para los herederos (C) y (D), según puede comprobar el lector por sí sólo.

Así, pues, la partición realizada ha sido hecha a plena satisfacción de todos y no ha necesitado sustituir los valores que los herederos dan a las cosas, por los valores *supuestamente reales* pero en realidad *subjetivos* que le dan los peritos.

XII. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA SUBASTA RESTRINGIDA

El método particional que acabamos de exponer es de una gran versatilidad y, como veremos ahora puede aplicarse a una amplia variedad de supuestos.

1. Herencias y patrimonios comunes en general

Aunque por claridad expositiva hemos aludido a la “herencia” y a los “herederos” al explicar la subasta restringida, el mismo procedimiento de división es aplicable a patrimonios no hereditarios de cualquier clase poseídos en común, tales como gananciales, condominios y patrimonios sociales en general. Los pasos a seguir son idénticos, salvo que donde hemos dicho “herencia” debe entenderse “patrimonio objeto de división”, y donde decimos “herederos” hay que leer “interesados en la división”.

2. Interesados con los mismos y con distintos derechos

En segundo lugar, el procedimiento de subasta restringida no requiere que todos los interesados en la partición tengan los mismos derechos.

Por ejemplo, si uno de los interesados tuviera la mitad, otro la tercera parte, y otro la sexta parte del patrimonio que se va a dividir, el procedimiento divisorio sigue los mismos pasos ya explicados, salvo que ahora los “haberés” de la Hoja de Cálculo se obtienen dividiendo por dos, por tres y por seis, los valores subjetivos que cada uno ha dado a la herencia.

3. Disputas sobre la forma de inventariar

El método particional arranca, como no podía ser de otra forma, de un inventario previo de los bienes. El desglose de las partidas del inventario ha de hacerlo el contador con criterios de racionalidad. Por ejemplo, no sería racional

inventariar como bienes distintos el zapato derecho y el zapato izquierdo de un mismo par de zapatos; o inventariar una biblioteca descabalandando colecciones que la hagan desmerecer; o inventariar un vehículo y, como un bien aparte, su rueda de repuesto, etc.

Como muestran estos ejemplos, la estructura de un inventario no es una cuestión baladí, **sino que en sí misma encierra ya una primera división a priori del patrimonio**. División que puede merecer el rechazo de todos o de algunos herederos.

Si se plantearan estas cuestiones, el método de la **subasta restringida** puede también ayudar a resolverlo. Todo lo que tendría que hacer el contador-partidor es recoger las valoraciones que dan los herederos a los bienes integradados (la *universitas rerum*) y ver si es mayor o menor que la suma de valores que le dan a los bienes por separado, eligiendo como forma de adjudicación (y por tanto como forma de descomponer el inventario) la que sea más beneficiosa para la herencia.

4. Confección del cuaderno particional en forma canónica

La **subasta restringida** no impide que, una vez averiguados los lotes que dan lugar a la partición justa, se redacte el cuaderno particional siguiendo la pauta impuesta por el uso, que acostumbra a dividir el cuaderno en cuatro secciones: inventario, avalúo, división y adjudicación, precedido de unas “Bases de la partición” donde se deja constancia de los antecedentes y criterios seguidos para hacerla.

He aquí el esquema de cuaderno particional que haríamos para el caso estudiado de cuatro herederos y cinco bienes (omitiendo, por innecesaria, la redacción de las Bases).

Sección 1.^a Inventario y Avalúo de los bienes

1. Descripción del Bien (1)	
Se valora en	3.687.500 pts.
2. Descripción del Bien (2)	
Se valora en	3.326.600 pts.
3. Descripción del Bien (3)	
Se valora en	1.558.500 pts.
4. Descripción del bien (4)	
Se valora en	4.989.900 pts.

2. Descripción del Bien (5)	
Se valora en	62.500 pts. ⁽⁵⁰⁾
Suma el total de la herencia	13.625.000 pts.

Sección 2.^a División de la herencia

Habiendo cuatro herederos por partes iguales, cada uno de ellos ha de recibir un valor igual a la cuarta parte de la herencia, o sea 3.406.250 ptas.

Sección 3.^a Adjudicación y pago

Hijuela del heredero A:

— Le corresponde a este heredero un haber por importe de	3.406.250 pts.
— En pago de dicho haber se le adjudican los siguientes bienes:	
1. ^o El bien (3) descrito bajo el n. ^o 3 del inventario, en pleno dominio, por su valor de	1.558.500 pts.
2. ^o Un suplemento a metálico, con cargo al heredero C, por importe de	1.847.750 pts.
Total adjudicado	3.406.250 pts.

(50) El lector se preguntará de dónde han salido los valores de los bienes que figuran en este inventario.

Se han obtenido razonando de la siguiente manera:

Los bienes hereditarios han sido adjudicados a los herederos en un total de 13.625.000 pts. Este es, pues, el **valor** total que hay que distribuir.

Cada heredero tiene un haber igual a la cuarta parte de esa cifra, o sean 3.406.250 pts. Como los lotes que se han configurado tienen que ser todos iguales entre sí, en términos de valor, y a su vez igual al haber del adjudicatario, tendremos:

$$(3) + 1.847.750 = (1) - 281.250 = (2) + (4) - 4.910.250 = (5) + 3.343.750 = 3.406.250$$

De donde se obtienen con facilidad los valores de (1), (2), (3), (4) y (5) que satisfacen la anterior cadena de igualdades.

Hijuela del heredero B:

— Le corresponde a este heredero un haber por importe de	3.406.250 pts.
— En pago de dicho haber se le adjudican los siguientes bienes:	
1.º El bien (1) descrito bajo el n.º 1 del inventario, en pleno dominio, por su valor de	3.687.500 pts.
2.º La obligación de pagarle al heredero C la cantidad de .	- 281.250 pts.
Total adjudicado	3.406.250 pts.

Hijuela del heredero C:

— Le corresponde a este heredero un haber por importe de	3.406.250 pts.
— En pago de dicho haber se le adjudican los siguientes bienes:	
1.º El bien (2) descrito bajo el n.º 2 del inventario, en pleno dominio, por su valor de	3.326.600 pts.
2.º El bien (4) descrito bajo el n.º 4 del inventario, en pleno dominio, por su valor de	4.989.900 pts.
3.º La obligación de pagarle al heredero A la cantidad de .	- 1.847.750 pts
4.º La obligación de pagarle al heredero D la cantidad de .	- 3.062.500 pts
Total adjudicado	3.406.250 pts.

Hijuela del heredero D:

— Le corresponde a este heredero un haber por importe de	3.406.250 pts.
— En pago de dicho haber se le adjudican los siguientes bienes:	
1.º El bien (5) descrito bajo el n.º 5 del inventario, en pleno dominio, por su valor de	62.500 pts.
2.º Un suplemento a metálico, con cargo al heredero C , por importe de	3.062.500 pts.
3.º Un suplemento a metálico, con cargo al heredero B , por importe de	281.250 pts.
Total adjudicado	3.406.250 pts.

5. Reducción al mínimo de los suplementos a metálico

Una de las reglas de necesaria observancia en una buena partición es evitar en lo posible los suplementos a metálico, salvo cuando la cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división⁽⁵¹⁾.

Así lo dice el art. 402.2.º CC., para la división de la cosa común:

“En el caso de verificarse por árbitros o amigables componedores, deberán formar partes proporcionales al derecho de cada uno, evitando en cuanto sea posible los suplementos a metálico.”

Y el art. 1061, aplicable a toda clase de particiones, dispone:

“En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.”

Los dos preceptos que hemos transcritos están muy relacionados, pues ambos se refieren a la forma de pagar los derechos en la comunidad. Pero no dicen lo mismo.

El primero manda que el pago de todas las cuotas indivisas se haga, de ser posible, en **partes** del propio bien que se divide, evitando que unos reciban su liquidación en metálico y otros en especie, pues ello supondría darle ventaja al comunero rico. En efecto, de admitirse el suplemento a metálico, el bien común (generalmente la tierra, en el pensamiento de los legisladores de 1889) siempre terminaría en manos del comunero rico: si se le adjudica el bien a este último, con la carga de pagarle al otro u otros un suplemento a metálico, porque por definición el rico puede siempre pagar sin dificultad el suplemento y quedarse con la cosa. Y si se hace al revés, el comunero pobre, agobiado con la carga de tener que pagarle al rico el suplemento a metálico, tendría que vender de todas formas lo que se le hubiera adjudicado en especie para afrontar el pago.

Si el art. 402 se conforma con que la adjudicación se haga en especie, el art. 1061 va más lejos, porque lo que tiene ante los ojos no es una finca relativamente homogénea, sino un **patrimonio** compuesto de cosas heterogéneas. Por eso no se limita a ordenar que se paguen los haberes con bienes, sino que exige que los bienes dados en pago sean de la misma naturaleza, especie y calidad. **En**

(51) Cfr. art. 1062 CC y, respecto a la no sujeción al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales del exceso de adjudicación en tal supuesto, el art. 7.2.B) del RD-Leg. 1/1993, de 24 de septiembre.

cada lote tiene que entrar un poco de cada clase de cosa que figure en la herencia. La misma mezcla o composición de bienes que tenga el patrimonio, la misma mezcla o composición de bienes ha de estar representada en cada una de las hijuelas (en la medida de lo posible)⁽⁵²⁾.

Veamos cómo puede adaptarse nuestro método de la subasta restringida al cumplimiento de estos requisitos.

Trataremos primero de la reducción al mínimo de los suplementos a metálico. Para ello utilizaremos el mismo ejemplo que ya hemos trabajado en la sección 10.

Allí llegábamos a una partición formada por los siguientes lotes:

$$L_A = \{(3) + 1.847.750 \text{ pts. a cargo de C}\}$$

$$L_B = \{(1) - 281.250 \text{ pts. a pagar a D}\}$$

$$L_C = \{(2) + (4) - 1.847.750 \text{ pts. a pagar a A} - 3.062.500 \text{ pts. a pagar a D}\}$$

$$L_D = \{(5) + 281.250 \text{ pts. a cargo de B} + 3.062.500 \text{ pts. a cargo de C}\}$$

Una somera inspección de la composición de estos lotes nos dice que los suplementos a metálico podrían reducirse pasando uno de los bienes (2) o (4) desde el Lote de C al Lote de D, aunque al hacerlo así infringimos la regla de Knaster que aconseja adjudicar los bienes al heredero que más lo aprecia.

En efecto, **D** valora (2) en 3.500.000 pts. y (4) en 5.000.000 pts., en tanto que para **C** los valores respectivos son 4.000.000 pts. y 6.000.000 pts.⁽⁵³⁾. El bien (2) tiene para **D** un valor bastante similar a lo que tiene que cobrar de **C**. Luego parece lógico transferirle el bien (2) en 3.500.000 pts. para así reducir el suplemento a metálico.

⁽⁵²⁾ Si hay más herederos que bienes indivisibles a repartir, será imposible formar lotes homogéneos. Y también lo será, en general, cuando el patrimonio tenga pocos bienes de alguna clase en relación con el número de herederos. La disparidad en las valoraciones de los bienes de distinta naturaleza puede ser otro obstáculo para conseguir la deseada homogeneidad en la composición de los lotes, etc.

⁽⁵³⁾ Consúltese la tabla n.º 1.

Al hacer esta transferencia, la partición quedaría como sigue⁽⁵⁴⁾:

$$L_A = \{(3) + 1.718.750 \text{ pts.}\}$$

$$L_B = \{(1) - 406.250 \text{ pts.}\}$$

$$L_C = \{(4) - 1.031.250 \text{ pts.}\}$$

$$L_D = \{(2) + (5) - 281.250 \text{ pts.}\}$$

Y se habrán perdido, con respecto a la partición anterior, 500.000 pts de **plusvalía**, que es la diferencia entre el valor dado por **C** al bien (2) y el que ahora le da **D**.

Vemos, pues, que la regla de reducir al mínimo los suplementos a metálico interfiere con la de adjudicar los bienes al mejor postor. El bien (2), por ejemplo, ha habido que quitárselo al mejor postor (que era **C**) y dárselo a **D**. Esto hace que la nueva partición con mínimos suplementos, no sea óptima. Pero sigue siendo **aceptable**, porque la pérdida de plusvalía no ha sido tanta que haya pasado a ser negativa. Y ésto quiere decir que todavía el valor de lo adjudicado supera la suma de haberes de los herederos.

Por tanto, en el proceso de ajustar los lotes salidos de la subasta restringida para reducir al mínimo los suplementos a metálico, siempre hemos de respetar la siguiente regla:

Los traspasos de bienes de un lote a otro, con el fin de reducir los suplementos a metálico, tienen como límite que haya plusvalía suficiente para absorber la pérdida de valor que conlleva pasar a formas particionales subóptimas, transfiriendo bienes desde el heredero que más los aprecia a otro que los aprecia menos.

⁽⁵⁴⁾ La tabla de cálculo de los suplementos a metálico, adjudicándole el bien (2) a **D** en lugar de a **C**, es la siguiente (en miles de pts.):

	A	B	C	D
Haberes	3.250	3.125	3.500	3.750
Remate	3.000	5.000	6.000	5.500
Saldo	+ 250	- 1.875	- 2.500	- 1.750
Derrama	1.468,75	1.468,75	1.468,75	1.468,75
Suplemento	1.718,75	- 406,25	- 1.031,25	- 281,25

XIII. FÓRMULA JURÍDICA PARA LA PUESTA EN PRÁCTICA DEL MÉTODO DIVISORIO DE LA SUBASTA RESTRINGIDA

La subasta restringida, como habrá observado el lector, no es más que un expediente para que el contador-partidor (ya sea testamentario, designado por los herederos, o dativo)⁽⁵⁵⁾ pueda conocer las valoraciones subjetivas que los herederos dan a los bienes.

En este sentido, el método opera igual si, en lugar de convocar a los herederos a una subasta **real** de los bienes de la herencia, el contador partidor se limita

(55) La esencia del proceso divisorio es hacer un inventario primero, y encargarle a un contador-partidor que haga la partición, después. Pero la ley no le dice al contador cómo debe hacer la partición, que, en cambio, es el tema de que trata este artículo.

En lo que difiere la Ley Procesal de 1855 de la de 1881, y ésta de la que está próxima a entrar en vigor, es en la manera de tratar las incidencias que surjan al hacer el inventario y las objeciones que se hagan a la partición final. La idea genial de Manresa al simplificar el galimatías de 1855 fue posponer la discusión sobre el inventario (inclusión o exclusión) o sobre la valoración dada a los bienes, a que estuviese hecho el cuaderno particional y entonces permitir la oposición al mismo por el motivo que fuera: atacando ya el inventario ya el avalúo ya la forma de partir. Luego vino la rutina, esa poderosa fuerza inercial que gobierna el mundo del Derecho, e hizo que las discusiones siguieran intercalándose a lo largo de las distintas fases de elaboración de la partición, haciéndolas eternas. Justamente lo que había querido evitar Manresa. ¡En rigor, los practicones han venido aplicando la Ley derogada de 1855, como si tal cosa, durante casi siglo y medio!

La nueva Ley Procesal vuelve a intentar posponer para el final (para cuando haya un cuaderno particional encima de la mesa) la oposición al mismo (oposición que podrá dirigirse *contra cualquiera de sus páginas*, digámoslo así: contra el inventario, contra el avalúo, contra la liquidación de haberes, o contra la forma de adjudicación). Pero no va tan lejos como Manresa, porque admite controversias “de previo pronunciamiento” sobre inclusión o exclusión de bienes en el inventario (art. 749), cuando sólo tendría que haber admitido tales incidentes dilatorios **cuando los planteara un tercero ajeno a la partición**: bien fuera para protestar de que se hubiera inventariado como de la herencia un bien suyo; bien para pedir la inclusión de un crédito suyo omitido. Pero la discusión sobre inclusión o exclusión planteada por los propios interesados, debió aplazarse para el final, “tirando adelante” con el inventario que el Notario o el Secretario judicial han podido y debido hacer con criterios puramente técnicos, esto es, a la vista de los títulos presentados, aplicando las presunciones legales en materia de propiedad. En particular, la presunción en que consiste el principio de legitimación registral, tratándose de inmuebles inscritos; y la presunción legitimadora de la posesión adquirida de buena fe, tratándose de bienes muebles. Es absurdo paralizar el proceso particional habiendo una apariencia legitimadora de la propiedad (bien sea para incluir, bien para excluir un bien del inventario), cada vez que a uno de los contendientes se le ocurra objetar cosas como ésta: “Bueno, es cierto que este inmueble está inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de la sociedad conyugal, pero **no debe incluirse** en el inventario de los gananciales porque en realidad se compró con dinero de mis padres, que nos lo dieron al casarnos”. ¿Cómo es posible morder estos anzuelos? Si hay una apariencia legitimadora de la propiedad —una escritura de compra, por ejemplo—, aquél al que beneficia la presunción está dispensado de toda prueba (art. 1250) y se le ha de reconocer su propiedad al hacer el inventario. Y es el que se sienta perjudicado por la apariencia del título (diciendo que es simulado, etc.), el que tiene que ir a pleito para intentar destruirla.

a remitirles por conducto notarial copia del inventario, conminándoles a cada uno a devolverlo debidamente cumplimentado con sus valoraciones personales de los bienes, en sobre cerrado, que habrán de depositar en poder del Notario encargado de levantar acta del contenido de los sobres, dentro del plazo que al efecto se fije. En la conminatoria se dejará bien claro que el heredero que no presente sus valoraciones dentro del plazo prefijado, o que las presente incompletas, se entenderá que renuncia al derecho a valorar los bienes por sí mismo y que, en consecuencia, acepta la valoración supletoria que se encargará a un perito, a costa del renunciante. En ese caso, se prorrogará el plazo para la apertura de plicas el tiempo suficiente para que el perito pueda realizar su valoración, la cual presentará también en sobre cerrado ante el mismo fedatario.

En la fecha anunciada, previa citación de los herederos y en su caso del perito, el contador-partidor abrirá los sobres en presencia del Notario, que levantará acta de su contenido.

Una vez en posesión de esta información (en esencia, la Tabla nº 1 del apartado XI), el contador-partidor procede, con suma facilidad, y sin tener que contar para nada más con los herederos, a formar los lotes idóneos y a redactar el cuaderno particional en la forma explicada.

El resultado de la partición vincula a los herederos por el principio de los actos propios, pues el contador-partidor puede demostrar, ante cualquier protesta o queja que pudiera hacerle *cualquier* heredero:

1.º que el lote que se le ha adjudicado vale más que el haber que esperaba, **de acuerdo con su personal valoración de los bienes** (dada a conocer de modo fehaciente). Y

2.º que, también de acuerdo con su propia valoración, ningún otro lote de la partición es mejor que el suyo⁽⁵⁶⁾.

En cuanto a la instrumentación jurídica de la partición entre dos, entre tres, y sus derivados, es tan obvia que apenas merece comentario. Es preciso suscribir un protocolo aceptando como forma particional el *modus operandi* de que se trate.

La nueva Ley de Enjuiciamiento civil exige que con la solicitud de liquidación de la sociedad de gananciales, “deberá **acompañarse una propuesta de liquidación** que incluya el pago de las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge **y la división del remanente en la proporción que corresponda,**

(56) Mejor se entiende, naturalmente, en el sentido de más valioso.

teniendo en cuenta, en la formación de los lotes, las preferencias que establezcan las normas civiles aplicables”⁽⁵⁷⁾.

No habiendo bienes de preferente adjudicación, la propuesta de liquidación que hay que acompañar se limitará a presentar dos lotes iguales para que el demandado elija uno en la comparecencia que al efecto habrá de celebrarse ante el Secretario Judicial. Puesto que la ley parte del supuesto de que previamente se ha formado el inventario, no cabe oponer reparos respecto a su integridad, como pretexto para no elegir uno de los lotes. El supuesto desacuerdo que la ley prevé, al no poderse referir al inventario físico, tendrá que referirse a los valores dados a los bienes o a algún error aritmético deslizado en la propuesta de liquidación. Para resolver estos desacuerdos no hacía falta tomar el derrotero que marca la Ley (designar un contador y, en su caso, peritos). Contador y peritos ¿para qué? ¿No hay dos lotes que la parte que los hizo dice que son iguales? Haga el demandado sus cálculas y consultas en los diez días que preceden a la comparecencia, y elija uno de los lotes, sin preocuparse de qué valores dice el otro que tienen los bienes para él. Y si lo que hay que corregir es algún error material, ¿también habrá de precisarse un contador y peritos para subsanarlo?

Habiendo bienes de preferente adjudicación, los desacuerdos tendría que dirimirlos un contador. Pero ese contador puede realizar su trabajo a plena satisfacción pidiéndoles simplemente a los interesados que valoren los lotes presentados⁽⁵⁸⁾ (valoraciones subjetivas se entiende, después de asesorarse de quien tengan por conveniente). A partir de esos datos puede formar lotes “justos” sin tener que contar con “peritos en valoraciones” a que remite el art. 810.3, ya que la práctica de las operaciones divisorias no necesitan para nada de ellos, como mostraremos a continuación⁽⁵⁹⁾.

XIV. FORMACIÓN DE LOTES HOMOGÉNEOS

Consideremos ahora el art. 1062: En la partición se ha de procurar que entren en todos los lotes bienes de la misma naturaleza, especie y calidad.

Si el inventario está suficientemente atomizado, la distribución de bienes en los lotes tenderá a hacerse uniforme al reducirse los suplementos a metálico.

(57) Art. 810.

(58) Los lotes presentados inicialmente, o los que rehaga el contador, si los primeros no los encuentra correctos *a priori*.

(59) El contador sólo tendría que recurrir a la valoración pericial sustitutoria si alguno de los interesados se niega a darle valores a los bienes (si se utiliza el método particional del apartado X) o a los lotes (si el contador utiliza el método particional del apartado XIV).

Pero una forma más directa de conseguir lotes de parecida composición, es la siguiente:

1. **El contador-partidor diseña unos lotes *a priori* ⁽⁶⁰⁾ procurando que sean lo más homogéneos posibles y que a su juicio tengan el mismo valor.**
2. **A continuación “subasta” ⁽⁶¹⁾ los lotes propuestos entre los herederos, y obtiene la Tabla de valoraciones subjetivas *de los lotes*, análoga a la tabla núm. 1 de valoraciones subjetivas *de los bienes* que vimos en el apartado XI.**
3. **Puede demostrarse que, dada una tabla o matriz de valoraciones subjetivas, siempre es posible asignarle valores a los lotes de forma que, ofertados a los herederos en esos valores, cada uno se interese por uno y sólo por uno de los lotes ⁽⁶²⁾. A esos precios de equilibrio ⁽⁶³⁾, que serán también los de adjudicación, cada lote irá a parar a un heredero y solamente a uno.**

Ahora puede el contador-partidor ver si los lotes propuestos que a él le parecieron, *a priori*, de igual valor, lo son a juicio de los herederos. Para ello le bastará comparar entre sí los precios de equilibrio asignados a los lotes. Si esos precios son muy dispares (hay mucha diferencia entre los lotes en términos de valor) el contador-partidor deberá proponer otros lotes, a fin de reducir el im-

⁽⁶⁰⁾ Tantos lotes como herederos.

⁽⁶¹⁾ Recuérdese que la subasta es **virtual**, a los solos efectos de conocer las valoraciones subjetivas de los interesados, y que la fórmula jurídica sigue siendo el acta notarial de apertura de sobres explicada en el apartado XIII.

⁽⁶²⁾ La demostración es de David Gale: “*The Theory of Linear Economic Models*”, Mc Graw-Hill, 1960, pp. 160-162.

⁽⁶³⁾ Estos **precios de equilibrio**, que aquí aparecen asociados con la partición justa, son si se quiere la versión moderna de los **justos precios** de antaño. Pero nótese que son *el resultado* del proceso de optimización, no su *dato* de partida. La mayor aportación de la ciencia económica al conocimiento de la dinámica social, se ha producido precisamente en este terreno, al descubrirse que asociado con todo problema de asignación óptima de recursos —del que sería un caso particular el problema de la división justa, que consiste en asignar óptimamente los bienes de un patrimonio en pago de determinados haberes—, **hay un sistema de precios-sombra que sustenta la asignación**. Como consecuencia de ello, para lograr cualquier objetivo “colectivista”, es mucho más eficaz la “planificación” indirecta a través de los precios, dejando libre a la iniciativa individual, que imponiendo la solución desde arriba, desoyendo las valoraciones **subjetivas** individuales que merezca la situación considerada.

porte de los suplementos a metálico necesarios para equilibrarlos. Pero los precios de equilibrio le dirán qué lote es excesivo y cuál es defectuoso, y por tanto le indicarán el sentido en que debe hacer la corrección.

4. Adjudicados los lotes (los primitivos o los corregidos), se determinan los suplementos a metálico en la misma forma explicada en el apartado X, de suerte que todos los adjudicatarios reciban la misma plusvalía.

La partición así hecha es justa⁽⁶⁴⁾ y, además, cumplirá con la condición de homogeneidad que impone el art. 1061.

Un nuevo concepto hace su aparición en esta forma particional —el de “**plusvalía transferida**”—, que es la que transfiere directamente un heredero a otro sin pasar por la herencia. A diferencia de la plusvalía que ya conocemos, ésta no se derrama entre todos los herederos, sino que beneficia solamente a uno de ellos.

La mejor manera de comprender el juego de la “plusvalía transferida” es imaginar que los licitadores pueden hacer componendas⁽⁶⁵⁾ a fin de ahuyentar de la subasta a los más indecisos.

Veamos cómo funciona este método particional en un caso concreto.

Sean cuatro herederos por partes iguales, **A, B, C y D**. El contador-partidor ha formado con los bienes de la herencia cuatro lotes iguales a su juicio y lo más homogéneos que ha podido. Llamémosle a los lotes L_1 , L_2 , L_3 y L_4 .

Se celebra la subasta restringida de los lotes formados *a priori*, y de ella se obtiene como resultado la siguiente Tabla de valoraciones subjetivas de dichos lotes.

(64) En realidad es cuasi-justa porque no se da estrictamente la condición de que todos los interesados valoren su hijuela **más** que la de otros: la valoran “no menos que la de otro”. La diagonal principal de la Tabla n.º 3 del apartado XI no será siempre dominante, sino sólo *semi-dominante*, que quiere decir que las cifras fuera de la diagonal principal nunca **superan** a las de ésta (pero podrían ser **iguales**).

(65) Componenda era la cantidad que se pagaba en ciertas oficinas de la Santa Sede por la obtención de bulas y otros beneficios. En el sentido aquí utilizado componenda significa sencillamente soborno.

TABLA DE VALORACIÓN DE LOS LOTES

(en millones)

	A	B	C	D	Precios
L ₁	20	25	19	24	25
L ₂	25	24	27	26	26
L ₃	18	16	21	20	20
L ₄	22	21	20	15	22
Total	85	86	87	85	93

Leyendo por columnas, la tabla anterior nos dice que el heredero **A** valora el primer lote en 20, el segundo en 25, el tercero en 18, el cuarto en 22. El heredero **B** valora el primer lote en 25, el segundo en 24, el tercero en 16, el cuarto en 21. El heredero **C** da a los lotes los valores 19, 27, 21 y 20, respectivamente. Y **D**, los valores 24, 26, 20 y 15, también respectivamente.

Para esta tabla de valoraciones subjetivas, los precios de equilibrio, obtenidos por un procedimiento de cálculo muy elemental pero cuyo detalle estaría fuera de lugar explicarlo aquí,⁽⁶⁶⁾ son los que figuran en la última columna.

Como las diferencias entre los precios de equilibrio (última columna de la Tabla) no son considerables, los suplementos a metálico que se precisarán para equilibrar los lotes no serán importantes⁽⁶⁷⁾, por lo que no será necesario rectificar los lotes iniciales. Pero si fuera aconsejable hacerlo, los precios de equilibrio indican que habría que reforzar los lotes tercero y cuarto a expensas del segundo y del primero.

⁽⁶⁶⁾ El lector interesado en calcular por sí mismo estos precios, puede consultar David Gale, op. cit. Cap. V, dedicado a la Programación Lineal Entera. El contador-partidor que no quiera complicarse con cálculos, puede siempre pedir que se los haga un experto. A diferencia de pedirle al “perito” que dé el “justo precio” de los bienes (lo que es, por decirlo así, endosarle una cuestión *metafísica*), ésta de pedirle que calcule los precios de equilibrio se reduce a una cuestión puramente *técnica*, propia de una pericial.

⁽⁶⁷⁾ La importancia del suplemento a metálico es una magnitud relativa y hay que ponerla en relación con el valor del lote al cual complementa.

El lector puede comprobar que los precios dados en la tabla son de equilibrio, en el sentido de que asignan a cada heredero un lote y nada más que uno, siempre que se admitan componendas⁽⁶⁸⁾.

Así, si el primer Lote sale a subasta valorado en 25 (su precio de equilibrio), el único heredero que se interesará por él será **B**, que precisamente lo valora en 25, mientras que los demás lo valoran más bajo.

Si el segundo lote sale a subasta valorado en 26, a los únicos que les interesará será a **C**, que lo valora en 27, y a **D**, que lo valora en 26. Pero **D** no puede pujar por encima de 26 en tanto que **C** puede llegar hasta 27: hay margen para la componenda, en cuya virtud **C** paga a **D** la plusvalía de 1 para que se retire y no haya puja, adjudicándose el lote en 26 (su precio de equilibrio) experimentando una plusvalía de 1 que le resarce de la cantidad transferida a **D**.

Si el tercer lote sale valorado en 20, nuevamente serían **C** y **D** los únicos interesados en principio. Pero como **C** no acude a la subasta porque ya tiene su lote, se lo quedará **D**, que justamente lo valora en 20⁽⁶⁹⁾.

Finalmente el cuarto lote, que sale en 22, sólo le interesará al heredero **A**, que lo valora precisamente en 22.

Para determinar la cuantía de los suplementos a metálico que igualan los lotes, haremos los mismos cálculos ya explicados en el apartado X.

La Hoja de Cálculo es la siguiente:

(68) Recuérdese, una vez más, que aquí estamos tratando con una subasta virtual, fingida por lo que no ha lugar a objetar la ilicitud de la componenda. En este contexto las componendas no defraudan a nadie, puesto que los bienes que se subastan no son de un **tercero** sino de los propios licitadores, que son los herederos. En la medida en que todos son mayores de edad y tienen la libre disponibilidad de sus bienes, pueden ‘componer’ sus intereses en la forma que tengan por conveniente. Art. 1058 CC.

(69) El lector debe reparar en que si **C** y **D** hubiesen hecho componenda con motivo de la “subasta” del tercer lote en vez de con el segundo, **la plusvalía transferida de C a D hubiera sido la misma y los lotes adjudicados tendrían el mismo valor**. Por tanto, si la subasta fuera real, sería cuestión de gusto o de ocasión que **C** y **D** hagan sus componendas con motivo de la subasta del segundo lote o del tercero. Pero si, como es el caso, se trata de un simulacro a efectos de conocer las valoraciones individuales, el contador puede quedarse para hacer su trabajo con la modalidad de componenda imaginaria que haga mínimos los suplementos a metálico necesarios para equilibrar los lotes.

TABLA N.º 2: Hoja de Cálculo de los suplementos a metálico

(en millones)

	A	B	C	D
Haberes	21,25	21,5	21,75	21,25
Remates	22	25	26	20
Saldo	- 0,75	- 3,5	- 4,25	1,25
Derrama	1.812,5	1.812,5	1.812,5	1.812,5
Suplementos A metálico	+ 1.062,5	- 1.687,5	- 2.437,5	+ 3.062,5
Transferencia	0	0	- 1	+ 1

El lector puede comprobar que los suplementos a metálico, positivos y negativos, se cancelan entre sí. Esto puede tomarse como comprobación de que no hay error de cálculo.

El **haber** de cada heredero —primera fila de la tabla núm. 2— es la cuarta parte del valor de la herencia para cada uno (las cifras de “total” de la tabla núm. 1).

Los precios de **remate** —segunda fila de la tabla— son los precios de equilibrio en que cada lote ha sido adjudicado al heredero correspondiente.

El **saldo** —tercera fila de la tabla— es la diferencia o resultado de compensar la deuda por el remate contra el haber de cada adjudicatario.

La **derrama** —cuarta fila de la tabla— es el resultado de dividir por cuatro la plusvalía que queda en la herencia después de hacer las compensaciones. En el presente caso es de 7,25⁽⁷⁰⁾, correspondiéndole a cada heredero 1,8125.

Sumándole o restándole a la derrama el saldo que quedó pendiente de la compensación, se obtienen los suplementos de la última fila de la tabla.

La partición que resulta es la siguiente:

⁽⁷⁰⁾ La cuenta explícita es, sumando las cifras de la fila de ‘saldo’: $- 0,75 - 3,5 - 4,25 + 1,25 = - 7,25$, y representa la plusvalía o superávit que queda *a favor de la herencia*, después de descontar el importe de los haberes a lo recaudado por la subasta de los Lotes.

Hijuela del heredero A:

Se le adjudica el Lote n.º 4 y un suplemento a metálico de 1.062.500 pts, con cargo al heredero B.

Hijuela del heredero B:

Se le adjudica el Lote n.º 1; la obligación de pagarle a **A** 1.062.500 pts., y a **D** 625.000 pts.

Hijuela del heredero C:

— Se le adjudica el Lote n.º 2 y la obligación de pagarle a **D** 3.437.500 pts.

Hijuela del heredero D:

— Se le adjudica el Lote n.º 3, un crédito frente a **B** por importe de 625.000 pts, y otro, frente a **C**, por importe de 3.437.500 pts.

Con objeto de visualizar las hijuelas⁽⁷¹⁾ con más claridad, podemos escribirlas en notación más compacta, del siguiente modo:

$$H_A = \{L_4 + 1.062.500\}$$

$$H_B = \{L_1 - 1.687.500\}$$

$$H_C = \{L_2 - 2.437.500 - (1.000.000)_C\}$$

$$H_D = \{L_3 + 3.062.500 + (1.000.000)_D\}$$

El nuevo concepto —la plusvalía directamente transferible de un heredero a otro— lo hemos escrito entre paréntesis. El nombre del heredero aparece como subíndice, y el signo + o - indica si el heredero *recibe*, o si por el contrario, *paga*, el importe indicado entre paréntesis.

La redacción del cuaderno particional en forma canónica, es ahora cuestión de rutina y no cansaremos al lector con ella.

¿Qué juicio merece a los herederos esta partición?

La tabla siguiente recoge las valoraciones (subjetivas) que cada heredero hace de su propio Hijuela y de la de los demás.

⁽⁷¹⁾ El lector habrá advertido que, así como en la subasta restringida se partía de los bienes y se formaban los lotes, ahora se parte de unos lotes iniciales, formados por el contador con una composición lo más parecida posible, y se forman las hijuelas. En el primer contexto lotes e hijuelas significaban lo mismo. Ahora no, porque hemos de diferenciar los *lotes iniciales* de las *hijuelas* finales que salen del proceso explicado. Una *hijuela* es ahora un *lote inicial*, más (o menos) cierto crédito (u obligación) complementario.

TABLA N.º 3: VALORACION (SUBJETIVA) DE LAS HIJUELAS

(en millones)

	A	B	C	D
H_A	23,0625	22,0625	21,0625	16,0625
H_B	18,3125	23,3125	17,3125	22,3125
H_C	22,5625	21,5625	23,5625	23,5625
H_D	21,0625	19,0625	23,0625	24,0625

Como se observa, la diagonal principal de la tabla (cuyas cifras se han escrito en negrita) es semidominante, pues sus cifras no están *superadas* por ninguna otra cifra de la misma fila o columna. Ello quiere decir que ningún heredero aprecia otra hijuela más que la suya. (A lo sumo la valora igual, como ocurre con **D** respecto de la hijuela que ha correspondido a **C**).

El método expuesto es aplicable también al caso de herederos en partes desiguales. **Pero hay que evitar presentar a valoración lotes desiguales, pues indirectamente puede colegirse para quién es cada lote.**

Así, pues, el contador partidor dividirá los lotes mayores en sublotes de tamaño igual al del heredero que menos parte tenga.

Por ejemplo, si hay tres herederos, uno instituido en la mitad, otro en la tercera parte, y otro en la sexta parte de la herencia, el contador partidor dividirá la herencia en *seis* lotes iguales, de un sexto cada uno. De esos seis lotes, tres serán para el primer heredero, dos para el segundo y uno para el tercero. Pero, a la hora de valorar seis lotes iguales o parecidos, los herederos no sabrán para quién está destinado cada uno, de forma que las valoraciones que den serán insesgadas⁽⁷²⁾.

XV. CORTAPISAS FISCALES

Hoy en día ningún contador-partidor puede conformarse con hacer una partición *con arreglo al Código Civil*. Ha de hacerla también *con sujeción a la legislación fiscal*, la cual impone serias restricciones que se añaden a las dificultades que ya de por sí encierra el problema de la partición justa.

⁽⁷²⁾ Una partición desigual siempre puede ponerse en forma de una partición a partes iguales, creando el número necesario de herederos “ficticios”.

Respecto del **inventario físico** de la herencia, son de recordar las siguientes reglas sobre inclusión:

- Ha de incluirse *el ajuar doméstico*, que el Fisco valora al menos en el 3% del caudal relicto.
- También, los *bienes de todas clases que hubiesen pertenecido al causante de la sucesión hasta un año antes de su fallecimiento*, salvo prueba fehaciente de que la transmisión se hizo a favor de una persona extraña a la herencia o justificando suficientemente que la contraprestación (metálico u otros bienes subrogados) está inventariada y es *equivalente* al bien transmitido.
- Los bienes y derechos *adquiridos por el causante en usufructo*, durante los tres años anteriores al fallecimiento, cuando el nudo propietario sea heredero o legatario.
- Los *valores y efectos endosados* cuando no se haya tomado razón del endoso con anterioridad al fallecimiento (o asentado en los libros de la entidad emisora, si se trata de transmisión de títulos nominativos), salvo que la dilación haya sido por causas ajenas a la voluntad de los interesados, y salvo también que pueda justificarse que el precio o cosa recibidos como contraprestación han sido incorporados al caudal inventariado.

Deudas deducibles son sólo las que hubiere contraído el causante y se acrediten por documento público o por documento privado que reúna los requisitos del art. 1227 del Código Civil⁽⁷³⁾.

Gastos deducibles a efectos fiscales son los de última enfermedad, entierro y funeral, y los del litigio particional si son en interés común de todos los herederos.

Con respecto a la **valoración** de los bienes inventariados, hay que tener presente *que los valores consignados no deben ser inferiores a los que resulten de las reglas de valoración establecidas en el Impuesto sobre el Patrimonio*. En tal caso, no habrá sanción aunque se determine un mayor valor comprobado, ni podrá ejercitar la Administración *el derecho de adquisición preferente* que de otra forma tendría sobre los bienes o derechos cuyo valor comprobado exceda en más del 50% del declarado.

(73) Téngase en cuenta que la jurisprudencia admite la oponibilidad a terceros del documento privado, además de en los casos expresamente mencionados en el art. 1227, cuando su autenticidad o veracidad vengán determinadas por otras pruebas (cfr., por ej., las SSTs de 20-X-1989 y 12-III-1992).

¿Cómo repercuten estas normas fiscales en las técnicas particionales que hemos expuesto?

Está claro que los valores subjetivos que los herederos dan a los bienes no tienen por qué coincidir con los del Impuesto de Patrimonio, ni con los valores fiscales en general. Pero téngase en cuenta que los valores subjetivos con los que hemos operado tienen solamente un valor instrumental, **a efectos de hacer lotes que sean aceptables por todos los herederos**. Una vez que sabemos a qué lotes queremos llegar, tenemos que olvidarnos de las valoraciones subjetivas y atender al valor fiscal de los bienes (un valor, por cierto, también convencional).

El contador-partidor tendrá ahora que hacer la partición marcha atrás; es decir, partiendo del final (unas hijuelas dadas) remontarse al principio, a las valoraciones. Aunque el cuaderno particional se presente como si de las valoraciones hubieran salido las hijuelas, en la inmensa mayoría de los casos ocurre lo contrario: son las valoraciones las que “salen” de las hijuelas. Primero los herederos se han puesto de acuerdo en un reparto definido, y una vez conseguido este acuerdo se deja en manos del contador-partidor el trabajo de encajar la partición, dando a los bienes los valores adecuados para que las hijuelas sean las que tienen que ser, esto es, las que desean los herederos⁽⁷⁴⁾.

Una vez cuadrada la partición, ajustar el valor *total* de la herencia al valor fiscal que deba tener es un problema trivial de cambio de escala⁽⁷⁵⁾. Pero ajustar el valor de los bienes individuales a su valoración fiscal, sin distorsionar la partición, exige cierto tacto.

Podemos aumentar sin peligro (aunque con un coste fiscal que habrá que evaluar) el valor de algunos bienes por encima de su valor “en Patrimonio”. En cambio, para disminuirlo, hay que tener cuidado en no incurrir en excesos de

(74) A este proceso de ir imputando valores a los bienes para que se iguale el haber de cada uno con el valor de lo que se le desea adjudicar, se le llama **cuadrar la partición**. No es un problema tan sencillo como a primera vista pudiera parecer. Desde luego, es muy difícil acertar con la solución mediante prueba y ensayo. Cualquiera que lo haya intentado sabe que, más tarde o más temprano, se cae en la desesperación; sobre todo si interviene el usufructo del cónyuge viudo. En cambio, resolviendo algebraicamente el sistema de ecuaciones que resulta de igualar el importe de cada haber con el valor del lote correspondiente, se obtienen los valores correctos de los bienes (todos simultáneamente) que cuadran la partición.

(75) Si el valor de la herencia que arroja la partición es, digamos, una tercera parte del valor fiscal que deba declararse, todo lo que hay que hacer es multiplicar por tres todas las cifras de la partición; si es la mitad, duplicar las cifras; y así con cualquier otra proporción en que puedan estar los valores utilizados con respecto a los valores fiscales.

adjudicación, que tributan como transmisión patrimonial. Se liquidan excesos de adjudicación cuando el valor comprobado de lo adjudicado a uno de los herederos o legatarios exceda del 50% del valor que le correspondería en virtud de su título, salvo en el supuesto de que los valores declarados sean iguales o superiores a los que resultarían de la aplicación de las reglas del Impuesto sobre el Patrimonio Neto.

No es nuestra intención estudiar a fondo estos problemas. Para nuestros propósitos actuales sólo interesa destacar que, si se hubiera hecho la partición con cualquier otra técnica (por ejemplo, aceptando como cifras incontrovertibles las de una tasación pericial), el problema de coordinación con los valores fiscales sería el mismo. Mejor dicho, sería peor. Habría que ajustar las tasaciones periciales, por un lado, a los valores fiscales que deban declararse, y por otro a los deseos de los herederos. Doble trabajo.

XVI. A MODO DE COLOFÓN

El presente trabajo se propone mostrar la fragilidad de las teorías sobre el justo precio y romper una lanza contra el mito de las tasaciones periciales, en cuyo nombre se hacen y se deshacen (o se rescinden) las particiones.

La valoración pericial no refleja **el coste de producción** del bien, ni **el valor de reposición** del mismo, ni **el valor de realización** o precio de mercado, ni **el valor capitalizado de sus utilidades esperadas**, cuatro valores por demás discrepantes. La valoración pericial lo único que refleja es la opinión subjetiva del perito, en una materia, abierta a toda clase de opiniones, puesto que no existe, hasta la fecha ninguna ‘ciencia del justiprecio’.

Al mostrar la manera de hacer particiones aceptables y justas, sin recurrir a tasaciones periciales, creemos que contribuimos a un nuevo enfoque del problema, que sugiere fórmulas de reparto más prácticas y económicas que las consagradas por las leyes y por las buenas costumbres.

Este es un asunto de la mayor importancia, pues pese a las proclamaciones retóricas de que “nadie está obligado a permanecer en la indivisión”, y de llenárenos la boca con la imprescriptibilidad de la *actio communi dividundo* y de la *actio familiae erciscundae*, la realidad es que salir de un estado de comunidad patrimonial del tipo que sea es en la práctica muy difícil y cuesta años de ruinosos litigios... Para acabar, casi siempre, todos descontentos.

Como hemos dicho, todo sistema de precios es emanación y reflejo de una distribución determinada de los bienes que se valoran. Modificar un reparto dado de los bienes exige cambiar todas las valoraciones. A su vez, nuevas valoraciones traen consigo repartos distintos.

Los tasadores, que en opinión de muchos tienen el poder de dar con el valor “inmanente”, “justo”, “celestial” de cada bien, no son una excepción. Lo que dicen lleva en sí el germen de una partición determinada. El sistema particional tradicional garantiza **que el reparto de bienes que sale de esas valoraciones periciales está “a gusto de los peritos”**. La pregunta es: ¿por qué no hacerlo a gusto de los interesados?

Para hacer una partición a gusto de los interesados, lo peor es empezar tirando a la papelera las valoraciones de los “herederos” y poniendo en su lugar la valoración de los peritos. Esta última no es más “justa” ni más “objetiva” ni más “verdadera” que la de aquéllos. Lo que podría aducirse como mayor ventaja de la tasación pericial, que es provenir de un tercero sin interés en el asunto, constituye precisamente en este contexto su mayor inconveniente. Pues si las valoraciones periciales inducen particiones que son hechura del modo de pensar y de apreciar las cosas los peritos, las particiones que obtengamos de las tasaciones periciales será un milagro que coincidan con los gustos, los deseos, o las opiniones de los interesados en la partición. La prueba de que no coinciden es que normalmente aquellos valoran de distinta manera, y por eso se oponen casi siempre a cualquier propuesta particional confeccionada con valoraciones extrañas.

Como los herederos mayores de edad y con libre administración de sus bienes —según dice el art. 1058— pueden distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente, ¿por qué preguntar a los peritos cómo desean partir los bienes de otros (y a ello equivale preguntarles por el valor de los bienes) en lugar de preguntárselo directamente a los interesados?

La segunda ventaja que tienen los métodos particionales expuestos es que, cuando los interesados no consiguen ponerse de acuerdo **en ninguna partición hecha por contador**, puede que acepten **una forma de partir en la que la partición la hagan ellos mismos, directa o indirectamente**.

Por ejemplo, personas separadas y divorciadas, que se pasan la vida discutiendo una y mil veces las más diversas propuestas de división de los gananciales sin llegar a ningún acuerdo, puede que finalmente acepten **el método sencillo** de que uno haga dos lotes y el otro elija uno.

Y en las particiones hereditarias, campo abonado para todo género de discusiones, donde no es infrecuente que haya uno o varios herederos dispuestos a rechazar cualquier propuesta particional que se les presente, ¿no podríamos salir del atasco pidiéndoles que nos digan su valoración personal de los bienes inventariados y, a partir de este sólo dato, les presentamos en quince minutos ⁽⁷⁶⁾

(76) Lo que tarde en imprimirse la ejecución de un programa de ordenador.

un cuaderno particional que les dará más de lo que esperaban a tenor de su propia escala de valores?

Además, partimos del supuesto realista de que las valoraciones que dan los interesados son **subjetivas**. Por supuesto los “herederos” han podido asesorarse de quien tengan a bien antes de dar los valores. Pero no tienen necesidad de explicar, justificar, ni fundamentar nada, como tendrían que hacer los peritos. Tanto si el valor que dan es un valor de afección; si es el valor que *creen* que puede ser de mercado; si es una corazonada, una conjetura, una cifra que han soñado, que les hayan dicho; un valor que recuerdan de alguna experiencia o que les cuadra para un proyecto personal; en fin, una apreciación del tipo que sea, lo único que se exige es que sea un valor irrevocable una vez dado y vinculante en sus consecuencias por el principio de los actos propios.

La tasación pericial tendría ahora el papel vicario de proporcionar una valoración **supletoria** en sustitución de la que el interesado no quiera dar o se niegue a darla. El perito entraría en escena sólo cuando algún interesado ha dejado pasar el plazo fijado, sin haber presentado **su propia valoración** en sobre cerrado.

En la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no hay obstáculos para que los interesados puedan sustituir el método oficial de hacer la partición por otro cualquiera.

Así, tratándose de particiones hereditarias, el art. 789 permite que en cualquier estado del juicio de división de la herencia puedan los interesados separarse de su seguimiento y adoptar los acuerdos que estimen convenientes. Y por lo que hace al procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, su carácter supletorio, “en defecto de acuerdo entre los cónyuges”, se desprende del texto del art. 806.

El *quid* de las nuevas técnicas particionales era encontrar formas de interrogar donde los interesados se vean constreñidos a tener que declarar por su propio interés **el valor que realmente piensan que tienen las cosas**⁽⁷⁷⁾. Una vez descubiertos estos procedimientos, que son los expuestos, y la forma de **extraer** la partición que las valoraciones esconden, ya tenemos todo lo que hay que saber para hacer una buena partición. Una partición a gusto de los interesados, donde no hay lugar para el agravio o la lesión.

(77) La valoración no tiene que ser necesariamente numérica. Valorar es un término más genérico que cuantificar. Por ejemplo, el que presenta dos lotes y *afirma que son iguales*, ya está haciendo una valoración, una ponderación cualitativa de los bienes, aunque no dé ninguna cifra.

EL DEBER DE FIDELIDAD CONYUGAL COMO OBLIGACIÓN JURÍDICA Y CONSECUENCIAS DE SU INFRACCIÓN

[Comentario a la STS de 30 de julio de 1999]

LUIS SANCHO VILLARREAL
*Profesor Ayudante de Derecho Civil
Universidad de Málaga*

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO.**
- II. NATURALEZA, CONCEPTO Y CONTENIDO ACTUAL DEL DEBER DE FIDELIDAD CONYUGAL.**
 - 1. Naturaleza del deber de fidelidad conyugal.**
 - 2. Concepto y contenido del deber de fidelidad conyugal.**
- III. SANCIONES A LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE FIDELIDAD CONYUGAL.**
 - 1. Causa de separación.**
 - 2. Otras sanciones.**
 - A) *Causa de divorcio.*
 - B) *Causa de desheredación.*
 - C) *Causa de pérdida del derecho de alimentos.*

- D) *Causa de revocación de donaciones.*
 - a) Donaciones efectuadas por razón de matrimonio.
 - b) Otras donaciones.
- E) *Otras posibles sanciones.*

IV. LA CUESTIÓN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR LA INFIDELIDAD.

1. Estado de la cuestión en nuestra doctrina y jurisprudencia.
2. Derecho Comparado.
3. Posible producción de daños.
 - A) *Daños morales.*
 - B) *Daños patrimoniales.*
4. Resarcibilidad de los daños derivados de infidelidad conyugal.
5. Reclamación por vía de responsabilidad contractual.

V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO

Regula el Código Civil en el Capítulo V del Título IV del Libro Primero, bajo la rúbrica “*De los derechos y deberes de los cónyuges*”, los denominados efectos personales del matrimonio. Dentro de los citados *derechos y deberes* se halla el denominado *deber de fidelidad conyugal*, consagrado en el vigente artículo 68 del Código Civil al establecer que “*los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad*”. El objeto principal del presente estudio va a consistir en la determinación de si el deber de fidelidad conyugal es un simple deber de carácter ético-social con consecuencias exclusivas en dicho campo o si bien nos encontramos ante una auténtica obligación de carácter jurídico con efectos también jurídicos.

La cuestión no es baladí ya que, en caso de concebir el deber de fidelidad conyugal como auténtica obligación jurídica, se plantea, a su vez, el problema de la determinación de la responsabilidad en que incurriría el cónyuge incum-

plidor. Dentro de este último aspecto cabría también preguntarse, si la vulneración del deber de fidelidad puede originar daños, incluidos morales, al cónyuge no infractor susceptibles de resarcimiento, y, en caso afirmativo, si cabrían catalogarse dentro de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, debido al diferente plazo prescriptivo, quince años o un año respectivamente, aplicable al ejercicio de las posibles acciones indemnizatorias.

La anterior cuestión se plantea al hilo de la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1999 (Ponente Sr. Barcala Trillo-Figueroa) que niega, en general, al incumplimiento del deber de fidelidad la asignación de efectos económicos en contra del infractor y, en particular, niega que el daño moral generado por la infidelidad sea susceptible de reparación económica alguna, entendiendo que la infidelidad es merecedora de “*un innegable reproche ético-social*”, pero “*que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su art. 82*”⁽¹⁾.

Los hechos a los que da lugar la anterior sentencia vienen contenidos en el fundamento de derecho primero de la misma y son los siguientes:

Don Alberto V.M. y doña María Ángeles B.D. contrajeron matrimonio en Madrid el día 8 de mayo de 1974. Durante el matrimonio nacieron dos hijos en 1977 y 1981. El día 8 de febrero de 1983 los cónyuges suscribieron un convenio regulador, protocolizado notarialmente, por el que procedían a su separación matrimonial de hecho, quedando los hijos bajo la guarda y custodia de la madre, con las obligaciones del padre respecto a las cargas matrimoniales. En 1984 la esposa formuló demanda judicial contra el marido impugnando su paternidad respecto de los hijos habidos del matrimonio, que fue estimada mediante sentencia de fecha 18 de marzo de 1986, que declaró que un tercero, don Vicente S.L., era el padre de los dos niños, habidos con doña María Ángeles B.D. de relaciones extramatrimoniales. En el año 1986 la esposa promovió demanda de divorcio que fue estimada por sentencia de 15 de febrero de 1988, que a su vez estimó la reconvenición formulada por el marido, aunque acordó no conceder

(1) Por esas fechas se dictó por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo (mismo ponente) otra sentencia —22 de julio de 1999— también significativa al rechazar una reclamación de indemnización por daño moral extracontractual, sufrido por el que había sido considerado padre del hijo habido en el matrimonio (declarado nulo con posterioridad), al no apreciar una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la progenitora. Pese a la coincidencia temporal de las dos sentencias, he preferido centrarme en el comentario de la de 30 de julio de 1999 por la mayor transcendencia y repercusión que, a mi juicio, tiene esta última, al ser muy numerosos los casos de infidelidad como causa de las crisis matrimoniales. La otra sentencia, aunque también importante, al contemplar un supuesto más concreto o específico, tiene menor relevancia.

pensión compensatoria por desequilibrio económico a favor de don Alberto, sentencia que fue confirmada por otra de 6 de mayo de 1989. En 1991 don Alberto interpuso demanda contra doña María Ángeles reclamando el pago de una cantidad de dinero como consecuencia, de un lado, del daño patrimonial sufrido por el actor, al mantener dos hijos fruto de relaciones extramatrimoniales habidas entre la demandada y don Vicente S.L. hasta el momento de la separación de hecho del matrimonio, y, por el pago realizado por don Alberto de pensiones alimenticias a los hijos derivadas del procedimiento de separación matrimonial; y, por otro lado, del daño moral sufrido. Además postulaba la nulidad del convenio regulador y nueva liquidación de la sociedad de gananciales habida del matrimonio. El Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Madrid, que conoció de la demanda, en sentencia de 5 de octubre de 1992 estimó parcialmente la demanda condenando a doña María Ángeles al pago de 10.000.000 pts. en concepto de daños morales y absolviéndola del resto de las peticiones planteadas. Interpuesto recurso de apelación por la misma, éste fue estimado por la sentencia de 28 de noviembre de 1994 de la Sec. 10.^a de la Audiencia Provincial de Madrid, que revocó la sentencia de instancia absolviendo a la citada de todos los pedimentos de la demanda. Contra esta sentencia recurrió en casación don Alberto.

Los fundamentos de derecho que constituyen la *ratio decidendi* del fallo de la sentencia son los siguientes:

“Tercero: Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los arts. 67 y 68 CC, son merecedores de un innegable reproche ético-social, reproche que, tal vez, se acentúe más en aquellos supuestos que afecten al deber de mutua fidelidad, en los que, asimismo, es indudable que la única consecuencia jurídica que contempla nuestra legislación substantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su art. 82 pero sin asignarle, en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderles dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el art. 97, e, igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del art. 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar.

Cuarto: Las precedentes consideraciones, unidas a las formuladas en la sentencia recurrida —que la Sala hace suyas— son suficientes de por sí en orden a concluir que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal a quo haber infringido, en el aspecto estudiado, los arts. 67 y 68 CC, en relación con el 1101 del mismo, y esto así, y dado lo dispuesto en el ritual art. 1715.3, resulta procedente

declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por don Alberto V.M., con imposición de las costas causadas.”

II. NATURALEZA, CONCEPTO Y CONTENIDO ACTUAL DEL DEBER DE FIDELIDAD CONYUGAL

El análisis y resolución de las anteriores cuestiones nos obliga a plantearnos previamente la naturaleza, concepto y contenido actual del deber de fidelidad conyugal.

1. Naturaleza del deber de fidelidad conyugal

La obligación de los cónyuges de guardarse fidelidad es una norma jurídica de carácter legal, consagrada en el artículo 68 del Código Civil, cuyo contenido impone a los cónyuges un deber recíproco de proceder lealmente en sus relaciones personales al decir que *“los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad”*. Se trata, pues, de una auténtica norma jurídica de origen legal cuyos antecedentes se remontan a las Partidas⁽²⁾.

El legislador, de esa forma, otorga a los cónyuges un derecho subjetivo consistente en la facultad de exigir a sus cónyuges un determinado comportamiento o conducta, y a los que correlativamente les impone un deber jurídico.

(2) García Goyena cita como precedente de este artículo a las Partidas. Las leyes 1.^a, 3.^a y 7.^a del Título II de la Partida 4.^a describen el deber de fidelidad de los cónyuges de la siguiente manera: Ley 1.^a: *“Matrimonio es ayuntamiento de marido, é de mujer, fecho de tal entención de vivir siempre en uno, é non se departir; guardando lealtad cada uno de ellos al otro, é non se ayuntando el varón á otra mujer, nin ella á otro varón, viviendo ambos á dos”*; ley 3.^a: *“...pero con todo esto, bien se podrían de partir si alguno dellos fiziesse pecado de adulterio...”*; ley 7.^a: *“Ligamiento, e fortaleza grande ha el casamiento en sí, de manera que después que es fecho entre alguno como deue, non se puede desatar que el matrimonio non sea; maguer que alguno dellos se faga Hereje, o Judío, o Moro, o fiziesse adulterio...”*.

La actual redacción del artículo 68 del Código Civil coincide con la versión original del antiguo artículo 56, que fue mantenida por la Ley 14/1975, de 2 de mayo, que dio nueva redacción al Título IV del Libro Primero del Código Civil. Este precepto (inicialmente art. 56) fue a su vez copiado literalmente del proyecto de Código Civil de 1851, en el que era su artículo 57. De la misma forma el artículo 44 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870 establecía que: *“Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente.”*

Esa norma legal contiene un mandato de tipo positivo, ya que en principio lo que la norma prevé como jurídicamente correcto es una conducta positiva, un hacer —guardarse fidelidad—. A “sensu contrario”, la conducta negativa es considerada como antijurídica y, de alguna manera, merecedora de sanción, teniendo en cuenta que la formulación de un deber positivo equivale a la formulación de un deber negativo de la conducta contraria. Efectivamente, este aspecto negativo de la fidelidad conyugal es tipificado posteriormente por el legislador, denominándolo *infidelidad conyugal*, en el art. 82 CC, asignándole determinados efectos en contra del cónyuge incumplidor, como veremos posteriormente.

Se trata, como se desprende de la propia rúbrica del capítulo V, de un deber legal consistente en un concreto comportamiento exigido por el ordenamiento a los cónyuges como necesario para el orden jurídico. En este sentido, siempre se ha considerado que los cónyuges no pueden disponer, al menos inicialmente, mediante convenio de este deber que se configura como de orden público⁽³⁾, aunque, actualmente, ese carácter se ha ido debilitando, como se verá posteriormente. Es, pues, una norma legal de tipo imperativo, cuya infracción constituye un acto de “*incumplimiento*”, como tal antijurídico y generador de una responsabilidad. El cónyuge que incumpla este deber jurídico de fidelidad conyugal será sancionado y asumirá una determinada responsabilidad, del mismo modo que sucede con el incumplimiento de otros deberes conyugales: v. gr., el deber de alimentos entre cónyuges que legitima el ejercicio de una acción indemnizatoria por los daños ocasionados⁽⁴⁾. Las concretas consecuencias o sanciones de ese acto incumplidor serán analizadas posteriormente.

Ese carácter jurídico del deber de fidelidad no le priva de ser considerado también como un deber moral o ético, y, viceversa, su carácter ético o moral no le priva de juridicidad. Existen múltiples normas o pautas éticas o morales

(3) Cfr. SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, 1978, Tomo II, pág. 117; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, en *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, pág. 150; y LACRUZ BERDEJO, en *Derecho de Familia*, 4.^a ed., Barcelona, 1997, pág. 101.

(4) Para DELGADO ECHEVERRÍA, J.L., el art. 148 CC no excluye que, en ciertos casos de incumplimiento consciente del obligado, pueda pedirse indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación de alimentos, en *Comentario del Código Civil*, comentarios a los arts. 142 a 153, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 536. Esta tesis ha sido seguida por LACRUZ BERDEJO en *Elementos de Derecho Civil*, IV, «*Derecho de Familia*», vol. 1.^o, Barcelona, 1990, págs. 57 y 58; y por GARCÍA RUBIO, María Paz, que la considera certera, en *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Madrid, 1995, pág. 61.

incorporadas al ordenamiento jurídico, v. gr., el no matar, sin que ello implique ausencia de coactividad de las citadas normas⁽⁵⁾.

Desde otra perspectiva, el deber de fidelidad conyugal puede entenderse como una manifestación especial del principio general de buena fe, que impone a todos, como señala DÍEZ-PICAZO, un deber de comportamiento consistente en ajustar la propia conducta al arquetipo de la conducta social reclamada por la idea ética imperante, aplicable, en general, en todas las relaciones jurídicas y, particularmente, también en las relaciones obligatorias surgidas en virtud de negocio jurídico, como lo sería el vínculo matrimonial. El ordenamiento jurídico exige el comportamiento de buena fe, no sólo en lo que tiene de limitación o de veto de una conducta deshonesto (v. gr., no engañar, no defraudar, etc.), sino también en lo que tiene de exigencia positiva, prestando al prójimo todo aquello que exige una fraterna convivencia (v. gr., deberes de diligencia, de esmero, de cooperación, etc.)⁽⁶⁾. Desde esta perspectiva, a los cónyuges, en su condición de partes intervinientes en el negocio jurídico matrimonial, se les exige fidelidad en el sentido de comportarse recíprocamente de buena fe, que supone el ser leales y honrados el uno con el otro en sus relaciones personales, de conformidad con los compromisos asumidos y a la palabra dada, no defraudando la confianza ni abusar de ella.

Por otro lado, parte de nuestra doctrina considera este deber de fidelidad conyugal como una manifestación concreta del más amplio y general deber de respeto mutuo plasmado en el art. 67 CC⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ LACRUZ BERDEJO, J.L., entiende que el deber de fidelidad es una *obligación jurídica* y que el art. 68 CC caracteriza el deber de fidelidad como *verdadera obligación*, en *Derecho... cit.*, pág. 104. G. SPOTA, A., afirma que el deber de fidelidad recae sobre los esposos como auténtica obligación jurídica y no sólo como un deber moral, en *Tratado de Derecho Civil*, tomo II, vol. 2, Buenos Aires, 1968, pág. 111.

Por contra GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen, afirma, refiriéndose a los deberes conyugales en general que, aunque “*jurídicamente reciben la calificación de ser deberes jurídicos, no se trata de verdaderas obligaciones*”, en *Comentario del Código Civil*, comentario al art. 67, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 318.

⁽⁶⁾ Cfr. DÍEZ-PICAZO, Luis, en *La Doctrina de los Propios Actos*, Barcelona 1963, pág. 139.

⁽⁷⁾ En este sentido GETE-ALONSO, cuando afirma que “*en el amplio concepto del deber de respeto encuentra cabida del deber de fidelidad*”, y, que “*la exigencia de fidelidad es una especificación del deber de respeto mutuo*”, en *Comentario... cit.*, comentarios a los arts. 67 y 68, págs. 319 y 320. De igual manera se pronuncia SERNA MEROÑO, Encarna, en *Jurisprudencia Civil comentada*, Granada, 2000, pág. 563.

2. Concepto y contenido del deber de fidelidad conyugal

No es pacífica en la doctrina la cuestión del concepto del deber de fidelidad conyugal, y, correlativamente, de su quebrantamiento, aunque hay unanimidad por lo que se refiere a su difícil delimitación⁽⁸⁾. Se trata de un concepto cambiante que, a lo largo del tiempo, ha venido experimentando social, ética y jurídicamente grandes modificaciones por los nuevos rumbos impuestos por los hábitos de la convivencia, por lo que para su apreciación y aplicación habrá de estarse al elemento sociológico en la interpretación de las normas previsto en el artículo 3.1 del Código Civil. Se señala como objeto de este deber el de preservar el carácter monogámico del matrimonio occidental⁽⁹⁾. Su concepto ético y moral abarcaría todos los órdenes de la vida de los cónyuges, no circunscribiéndose a su dimensión de exclusiva sexual. Etimológicamente la palabra fidelidad significa lealtad, observancia de la fe o confianza que uno debe a otro. En este sentido la fidelidad se halla ligada a conceptos como el del honor, reputación, honestidad y dignidad. Aplicada a la institución matrimonial la fidelidad conllevaría la obligación negativa de los cónyuges de abs-

Las sentencias de la Audiencia Provincial de Málaga de fechas 3 de noviembre de 1995 y 27 de febrero de 1996, sistematizadas por PÉREZ MARTÍN, A.J. en *Derecho de Familia. Doctrina sistematizada de la Audiencia Provincial de Málaga*, Valladolid, 1996, págs. 66 a 68, parecen pronunciarse en tal sentido, aunque de forma algo confusa y contradictoria, al decir la primera de las sentencias que: “...a los efectos de lo dispuesto en el artículo 82, número 2 del CC, la infidelidad conyugal es de aplicación en aquellos supuestos en que se mantiene una conducta con otra persona que por su forma e intensidad va en deterioro personal y social del otro cónyuge hasta el punto de ver quebrantado el deber de respeto mutuo contemplado en el artículo 67 del CC, que exige entre otras una abstención en ciertas conductas que puedan mermar dicho deber de respeto”. Por su parte la segunda de las sentencias declara que: “...si bien no se ha demostrado la presencia de infidelidad conyugal por la esposa actora, en su sentido último, es decir el de adulterio, sin embargo las probadas y públicas muestras de amistad íntima entre ella y su compañero de actividad —que excede de la necesaria colaboración en el quehacer profesional— constituyen una vejación grave del honor del marido, que naturalmente ha de sentirse humillado por tal actitud de su esposa. Estas muestras externas de afectividad con un tercero, ..., y constituyen la causa de separación prevista en el número primero del artículo 82 del CC bien se les considere como constitutivas de infidelidad, al menos en sentido espiritual, pero demostrado por actos externos, o bien y en todo caso, si se les califica como conducta vejatoria del honor del marido.”

⁽⁸⁾ Según LACRUZ BERDEJO, la tarea de delimitar el concepto del deber de fidelidad corresponde a los tribunales, en *Derecho...*, *cit.*, pág. 131.

⁽⁹⁾ En tal sentido se expresan SCAEVOLA en *Código Civil*, Tomo II, *Matrimonio*, Madrid, 1946, pág. 402; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., en *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Madrid, 1989, pág. 194; ENTRENA KLETT, C.M., en *Matrimonio, Separación y Divorcio (En la legislación actual y en la historia)*, 3.ª ed., 1990, pág. 487.

tenerse de realizar cualquier acto o conducta, sea o no en relación con terceras personas, que suponga una traición o engaño a esa confianza o fe que se tienen depositados mutuamente los cónyuges y que ponga en peligro valores como el honor, la honestidad, la reputación, la integridad o la dignidad del otro cónyuge.

La doctrina reconoce unánimemente el carácter ético-moral de los deberes, entre ellos el de fidelidad, consagrados en los arts. 67 y 68 CC⁽¹⁰⁾. Así, pues, en principio no podría haber duda que el concepto de fidelidad que se consagra en el artículo 68 del CC es el que se deriva de su dimensión ético-moral, en toda su amplitud. Sin embargo, pese al general reconocimiento de su carácter ético-moral, la doctrina española no se pone de acuerdo a la hora de conceptualizar jurídicamente este deber, distinguiéndose, por un lado, un sector que mantiene una concepción clásica o estricta, que lo circunscribe a un plano estrictamente sexual, y, de otro lado, un sector, dentro del que me situaría, que mantiene una concepción moderna o amplia, que entiende que este deber afectaría a todas las facetas de la vida en común de los cónyuges y no sólo al aspecto sexual.

En definitiva, en el fondo de esta discusión doctrinal lo que subyace es la cuestión del alcance de la coercibilidad de este deber, o, dicho de otro modo, hasta dónde alcanza la juridicidad de este deber moral. La cuestión latente es la de determinar si la infracción de este deber de fidelidad es coercible jurídicamente en toda su amplitud o sólo es coercible la infracción de aspectos o manifestaciones concretas del mismo. La coercibilidad directa de este deber resulta imposible, por su carácter ético⁽¹¹⁾ y naturaleza personalísima e interna, motivo por el que nuestro ordenamiento jurídico ha recurrido desde antiguo a la imposición de sanciones indirectas⁽¹²⁾. Un análisis histórico de las mismas nos lleva a afirmar que la coercibilidad de este deber afecta fundamentalmente

(10) SANCHO REBULLIDA, considera el deber de fidelidad como una “*exigencia de Derecho natural*”, en *Comentarios...*, cit., pág. 124.

(11) La sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 2.^a) de 4 de marzo de 1994 basa la inexigibilidad jurídica de los deberes conyugales —entre ellos el de fidelidad—, en defecto de cumplimiento voluntario, en el carácter eminentemente ético de los citados deberes, al afirmar (F.D. 2.^o): “...*pues siendo las obligaciones que dimanar del mismo (matrimonio), fidelidad, amor, respeto y ayuda mutua, de carácter eminentemente ético, no es posible, faltando la voluntad de los interesados, obligar a su debido cumplimiento, ...*”.

(12) Para LACRUZ BERDEJO, “*el hecho de que no sean directamente coercibles —los deberes conyugales del art. 68— no les priva de su juridicidad.*”, en *Derecho...* cit., pág. 104.

a un aspecto del mismo, el de la fidelidad sexual, y, más concretamente, lo que se ha venido sancionando jurídicamente es el adulterio, considerado éste como el ayuntamiento carnal voluntario entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge. Este panorama, sin embargo, cambia sustancialmente tras la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, pues va a considerar como causa de separación la “*infidelidad conyugal*” en vez de el “*adulterio*” a que se refería el antiguo artículo 105 CC. Este cambio terminológico implica también un cambio sustantivo, ya que va a afectar al amparo jurídico del deber de fidelidad conyugal, pues a partir de ese momento debe considerarse extendida la coercibilidad del deber de fidelidad del art. 68 CC a toda la amplitud de su concepción moral. Este significado o acepción amplia de la expresión “*infidelidad conyugal*” se deduce, sin lugar a dudas, de los antecedentes y trámites parlamentarios de la citada Ley (13). Al amparo de éstos se ha defendido esta concepción amplia del término infidelidad conyugal como causa de separación, entendiéndose que no se le puede dar el estricto sentido de infidelidad sexual, calificándola como toda conducta grave o reiterada contraria al amor e intimidad conyugal como pudiera ser un silencio, una incomunicación o una mentira grave o continuada, etc. De conformidad con lo anterior se mantiene que el deber de fidelidad del art. 68 CC no sólo tiene un sentido sexual, sino más profundamente como auténtica identificación y continuación de la personali-

(13) El Proyecto de Ley se refería inicialmente como causa de separación a “*las relaciones sexuales extraconyugales*” abandonando el término de adulterio. La Ponencia aceptó la enmienda núm 236 del Grupo Centrista UCD en la que se proponía la sustitución de los anteriores términos por los de “*infidelidad conyugal*”, justificándola en que “*la infidelidad conyugal es un concepto mucho más amplio, dentro del cual se puede entender englobadas las relaciones sexuales*”. En la discusión del Proyecto en el Congreso se produjeron también intervenciones en el sentido de que la infidelidad conyugal no queda reducida al adulterio. Así, el diputado Moscoso del Prado afirmó que “*tenemos de este deber un sentido mucho más amplio que el simple sentido de fidelidad sexual; no estamos pensando exclusivamente en el adulterio, sino en una fidelidad más amplia, más ética, más moderna, diríamos más gráficamente, y en este sentido nos parece que todavía debe mantenerse en el Código*”. El diputado Guerra Fontana se pronunció en defensa de la enmienda núm. 272 del Grupo Parlamentario Socialistas de Cataluña de la siguiente manera: “*Efectivamente estamos de acuerdo con la interpretación dada al deber de fidelidad por el diputado Sr. Moscoso, pero es que creemos que no es de conformidad —y en las leyes se debe tratar de reflejar la opinión pública, la opinión de la sociedad— con la interpretación que se da comúnmente al deber de fidelidad. Nosotros creemos que la fidelidad sí debe comportar otras acepciones que están más bien comprendidas por las frases de respeto mutuo, que para nosotros también comportan este deber de fidelidad al que hace referencia al proyecto*” (DSCD, núm. 153, de 25 de marzo de 1981, págs. 9556 y 9557).

dad, fidelidad ligada a la intimidad y protegida por el ámbito jurídico, fidelidad ligada a la confianza, como lealtad a la identidad participada por la igualdad y la intimidad⁽¹⁴⁾.

Aplicando este concepto amplio al supuesto de hecho de la sentencia que comentamos, no cabe duda que cabe calificar la conducta de la esposa como de *infidelidad conyugal*, no sólo por las relaciones sexuales habidas durante el matrimonio con tercera persona —fruto de las cuales tuvo nada menos que dos hijos—, sino fundamentalmente por tener hijos con otra persona distinta del marido⁽¹⁵⁾ y por silenciar y ocultar al marido la auténtica paternidad de sus hijos haciéndole creer que eran hijos suyos. Esa conducta de la esposa puede calificarse de deshonesta y de mentira grave y continuada, al crear una falsa apariencia de paternidad en perjuicio del marido, al asumir éste sus obligaciones de padre. Esta última conducta de la esposa afecta más, a mi juicio, a la fidelidad conyugal, que el hecho de haber mantenido relaciones sexuales con tercero, considerándola más grave y reprochable no sólo ética sino jurídicamente. Dentro de esta concepción amplia del deber de fidelidad, podríamos calificar, a título de ejemplo, como supuestos de infidelidad, además del caso anterior, los siguientes: la interrupción del uso de medios anticonceptivos sin comunicarlo a la otra parte (engaño por omisión) o el mantenimiento de relaciones sexuales con el otro cónyuge asegurándole haber tomado precauciones anticonceptivas sin haberlo hecho en realidad (engaño por acción), el uso unilateral de anticonceptivos después de la decisión común de tener un hijo, o bien la esterilización o el aborto contra la voluntad del otro cónyuge o sin ella, y el uso por

(14) En este sentido se pronuncian autores como ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., en *Curso de Derecho de Familia*, tomo I, *Matrimonio y Régimen Económico*, 1988, págs. 136, 137, 154, 155 y 156; y RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, cuando sostiene que para él la infidelidad se producirá “cuando un cónyuge tenga una conducta desleal hacia su consorte, ya se trate de una actividad sexual, afectiva, familiar o social...infiel es quien pone cuernos, pero también lo es quien traiciona de cualquier otra manera a su pareja...sería infidelidad toda conducta por la que una persona casada defraude la confianza que como cónyuge se merece su pareja. Esta deslealtad se puede realizar de distintas maneras: desvelando secretos e intimidades a terceros, poniéndose públicamente a favor de otra persona con la que el cónyuge tiene un conflicto, o hasta creando una apariencia de relaciones extramatrimoniales aunque no se corresponda con la realidad”, en *¿A qué obliga el matrimonio?*, Cáceres, 1998, págs. 75 y 83. Por su parte LACRUZ BERDEJO también afirma que la infidelidad “se configura con una amplitud mayor que el Derecho anterior que la concretaba reductivamente en el adulterio.”, en *Derecho... cit.*, pág. 131.

(15) Para PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, también constituye infidelidad conyugal el tener hijos con otra persona distinta del cónyuge, en *Derecho... cit.*, pág. 152.

parte de la esposa de cualquier medio de reproducción asistida sin consentimiento del marido⁽¹⁶⁾.

Pese a lo anterior, la doctrina española mayoritaria circunscribe el deber de fidelidad conyugal a una dimensión estrictamente sexual, identificando fidelidad conyugal a fidelidad sexual, reduciéndola a la reprobación del adulterio⁽¹⁷⁾, conceptualizado éste como el mantenimiento de relaciones sexuales con otra persona distinta del otro cónyuge, entendidas estas relaciones sexuales en un sentido amplio superadoras de la antigua noción estricta de adulterio. De conformidad con lo anterior se considera como infidelidad conyugal el adulterio propiamente dicho y otras conductas, sexuales o no, equiparables al mismo⁽¹⁸⁾.

(16) Para RAGEL SÁNCHEZ también sería infidelidad el supuesto de donación por el marido de su esperma para fecundar artificialmente a otra mujer sin consentimiento de su esposa, en ob. cit., pág. 83.

(17) En este sentido se pronuncian autores como Díez-Picazo, L. y Gullón, A., en *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, 7.^ª ed., reimpresión, 1998, pág. 97; GARCÍA CANTERO, Gabriel, en *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo 5.^º, vol. 1.^º, Madrid, 1994, pág. 266; ROCA TRÍAS, E., en *Derecho de Familia*, 2.^ª ed., Valencia, 1995, pág. 69; y VEGA SALA, Francisco, en *El nuevo derecho del matrimonio*, en *El nuevo derecho de familia español*, Madrid, 1982, págs. 258 y ss.

(18) Debe entenderse superado el antiguo concepto del adulterio —como acto de yacimiento de una persona casada con un tercero— comprendiendo en su concepto cualquier relación sexual sea del tipo de sea, aunque no supongan el coito o penetración vaginal, siempre que intervenga una tercera persona. Así, deben entenderse incluidos en su ámbito las relaciones homosexuales, sodomíticas, orales o cualquier otra semejante, porque a través de cualquiera de ella se ofende la lealtad al otro cónyuge. Lo anterior es admitido por ALBALADEJO, M., que afirma que el deber de fidelidad no se reduce a excluir sólo las relaciones físicas que culminen en unión carnal con alguien que no sea el otro cónyuge, sino que alcanza también a prohibir cualesquiera actos que la conciencia social reputa como infidelidad conyugal, lo mismo sean con personas de distinto sexo, que actos de homosexualidad, bestialidad, etc., e igual supongan que no realización completa de cópula o ayuntamiento sexual, en *Curso de Derecho Civil*, Vol. IV, *Derecho de Familia*, 3.^ª ed., 1987, pág. 129. Igualmente, FOSAR BENLLOCH, E., que entiende que a la infidelidad conyugal heterosexual debe asimilarse la homosexual y en general cualesquiera otras conductas sexuales incompatibles con la recíproca disponibilidad afectiva de los cónyuges entre sí, en *Estudios de Derecho de Familia*; y, GETE-ALONSO, que comprende dentro de la infidelidad no sólo el adulterio y el amancebamiento, en su tradicional concepto, sino “en general cualquier conducta contraria al respeto debido entre los cónyuges y a la dignidad que el matrimonio comporta”, aunque a continuación matiza dicha declaración entendiendo como tales conductas “la relación homosexual con terceros o de cualquier otro tipo, incluso las relaciones no carnales siempre que la conciencia social así las califique.”, en *Comentario... cit.*, págs. 320 y 321.

Parte de la doctrina y la jurisprudencia, reconoce, además de una infidelidad material, una infidelidad o adulterio moral, que situaría también dentro de la citada obligación negativa, la de abstenerse de cualquier conducta que permita suponer que existen las citadas relaciones sexuales aunque éstas no se produzcan de hecho⁽¹⁹⁾.

Para la corriente doctrinal dominante el deber de fidelidad implicaría la denominada exclusividad de relaciones sexuales entre los cónyuges, que les

Por su parte el Tribunal Supremo ya apuntó en su día la anterior idea al declarar en la sentencia de 24 de enero de 1935 que: “*Pueden cometerse actos que sean atentatorios a la fidelidad conyugal, que sin tener una demostración de que lleguen a la categoría de ayuntamiento carnal, constitutivo de adulterio, pueden entrañar una conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges que produzca la perturbación en las relaciones matrimoniales que haga insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida en común*”. También la AT de Burgos en sentencia de fecha 8 de marzo de 1983 afirmaba que: “*...infidelidad, término indudablemente más amplio, que pudiera incluir o englobar supuestos excluidos del ayuntamiento o unión carnal en que el adulterio estrictamente consiste*”.

Otros autores españoles, sin embargo, discrepan con lo anteriormente expuesto negando, bien, que las relaciones sexuales distintas del ayuntamiento carnal puedan ser consideradas como *infidelidad conyugal*, o bien que las relaciones homosexuales sean también incluibles en el concepto de *infidelidad conyugal* o exigiendo determinados requisitos para que las citadas relaciones sexuales sean así consideradas. Entre éstos podemos citar a PUIG FERRIOL que comprende dentro del concepto actual de adulterio el cometido por cualquiera de los cónyuges, así como las relaciones sexuales con personas del mismo sexo, considerando al resto de posibles relaciones sexuales de uno de los cónyuges con tercera persona como quebrantamiento del deber de mutuo respeto del art. 67 CC y como causa de separación por conducta “*injuriosa o vejatoria*”, en *Comentario del Código Civil*, comentario al art. 82, Ministerio de Justicia, pág. 337; y a VALLADARES RASCÓN, E., que distingue el adulterio de las relaciones sexuales homosexuales, calificando ambas conductas como infidelidad conyugal, aunque mantiene un criterio restrictivo respecto a las relaciones homosexuales, que sólo en determinado supuesto considera equiparable al adulterio, y, respecto al resto de contactos sexuales extraconyugales únicamente los califica como infidelidad si son reiterados, y en el caso de no darse esta reiteración los considera como contrarios al deber de respeto, en *Nulidad, Separación, Divorcio. Comentarios a la Ley de Reforma del Matrimonio*, 2.ª ed., 1982, págs. 125 y 126.

(19) En este sentido se han pronunciado autores como LACRUZ BERDEJO, cuando dice que el concepto de fidelidad es más amplio que el de adulterio e incluye la obligación, para cada cónyuge, de observar una conducta inequívoca, absteniéndose de cualquier relación que cree una apariencia comprometedor y lesiva para la dignidad del otro, en *Derecho... cit.*, pág. 99; y SANCHO REBULLIDA, que se expresa en idéntico sentido, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, comentario al art. 56, Edersa, 1978, pág. 125. Ambos autores siguen expresándose en el mismo sentido en *Derecho de Familia conforme a las Leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Barcelona, 1982, pág. 219. Por su parte G. SPOTA, A., también afirma que el deber de fidelidad significa una conducta limpia que obsta, tanto a toda relación adulterina, como a toda actitud que, sin implicar esa relación, lesione el ordenamiento ético-jurídico del matrimonio, en *Tratado... cit.*, pág. 111.

impondría una obligación negativa o de abstención recíproca, cuya prestación consiste en un “*no mantenimiento de relaciones sexuales extraconyugales*”. Según esto, no se comprendería dentro del ámbito de este deber de fidelidad el llamado débito conyugal o deber de prestación sexual, por no constituir, propiamente, un deber jurídico exigible⁽²⁰⁾, aunque algún autor y sentencia del Tribunal Supremo y de Audiencia también ha considerado incluida la obligación de

La jurisprudencia de antiguo ha incluido las citadas conductas dentro del concepto de infidelidad y de la misma forma la doctrina de las Audiencias que han llegado a hablar de una infidelidad espiritual, psicológica, afectiva o sentimental. En este sentido se pronunció la sentencia de AT de Valladolid de 6 de junio de 1984 y la de la Audiencia Provincial de Huesca de 25 de noviembre de 1992 cuando afirma que “*la fidelidad conyugal excede de la simple exclusividad de las relaciones sexuales de los cónyuges, pudiendo darse una infidelidad de carácter espiritual, psicológico o sentimental que conduce al quebrantamiento de los deberes que atañen a los esposos y que establecen los arts. 66, 67, 68 y 69 del CC; en este sentido la Audiencia Territorial de Cáceres, en S. de 2 de junio de 1984, entendió que la infidelidad es concepto más amplio que el adulterio, ya que la fidelidad supone para cada cónyuge la obligación de observar una conducta inequívoca, debiendo abstenerse cada uno de ellos de cualquier relación que origine una apariencia comprometedor y lesiva a la dignidad del otro*”. También la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 24 de septiembre de 1992, sistematizada por PÉREZ MARTIN, A.J. en su obra *Derecho de Familia... cit.*, pág. 63, cuando afirma que “*...la obligación que a los esposos impone el artículo 68 del CC, que comporta no sólo la fidelidad material que se vulneraría con el adulterio, sino la fidelidad moral que, sin precisar llegar a tanto, significa la ausencia de intrigas y manejos amorosos que van en detrimento de la promesa de vida en común, constitución de una familia y promesa de cohabitación exclusiva que el hombre y la mujer formulan con ocasión del matrimonio...*”.

(20) Éste era considerado por la doctrina tradicional y dominante, hasta época reciente, como el aspecto positivo del deber de fidelidad, que venía a representar la recíproca disponibilidad sexual de los cónyuges. Para esta orientación, el denominado débito conyugal constituía un deber jurídico incluido entre los “*deberes conyugales*” del art. 68 y cuya infracción venía a constituir causa de separación al amparo del la causa 1.^ª del art. 82 CC. En este sentido se expresan autores como LACRUZ BERDEJO, en *Elementos de Derecho Civil*, IV, «*Derecho de Familia*», vol. 1.^º, pág. 138; ALONSO PÉREZ, en *Dialéctica... cit.*, pág. 48; y, O’CALLAGHAN en *Compendio de Derecho Civil*, Tomo IV, «*Derecho de Familia*», 1988, pág. 47.

Modernamente, sin embargo, se considera que el Derecho no puede entrometerse en el aspecto íntimo de esas relaciones conyugales, entendiendo que el Estado no puede dictar a los cónyuges instrucciones sobre su vida íntima, reduciendo al individuo y a su cuerpo a objeto de una situación jurídica subjetiva y de un derecho real. En definitiva, la falta de coercibilidad de este deber íntimo conyugal lo situaría estrictamente en la esfera ética o moral, con exclusión de la jurídica. Así se manifiesta, entre otros, GARCÍA CANTERO, en *Derecho... cit.*, pág. 270. Este aspecto es resaltado también por LACRUZ BERDEJO cuando dice que “*En todo caso, es unánime la doctrina acerca de la incoercibilidad directa o indirecta de los deberes íntimos conyugales, y ello no tanto en atención a los derechos de la personalidad del cónyuge casado, como a la intimidad misma de la relación que impide al orden judicial entrar en el examen y prueba de sus diversos aspectos, incidencias y motivaciones*”, en *Elementos... cit.*, pág. 138.

prestarse el débito conyugal dentro de otros deberes conyugales distintos al de fidelidad ⁽²¹⁾.

Tampoco es pacífica en la doctrina la cuestión de si la inseminación artificial puede ser considerada como infidelidad conyugal en aquellos supuestos en que faltare el consentimiento del marido. Para la doctrina anteriormente expuesta debería quedar fuera del concepto de infidelidad la denominada heteroinseminación artificial o cualquier otro medio de reproducción asistida, practicado sin consentimiento del marido, pues faltaría el elemento esencial de la relación sexual con tercero. Sin embargo, parte de la doctrina entiende equiparable dicha conducta a la infidelidad conyugal ⁽²²⁾, aunque dichas conductas

(21) En este sentido VÁZQUEZ IRUZUBIETA, que incluye la obligación de prestarse el débito conyugal dentro del deber de *convivencia* del artículo 68 del Código Civil, citando a PUIG PENA, en ob. cit., pág. 193.

Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1985 y la de la AT de Pamplona de 13 de octubre de 1987 califican las respectivas conductas de uno de los cónyuges de vejando al otro, por un lado, y, a su vez, el otro negándose a tener acceso carnal con el primero, por otro lado, “*de una efectiva y persistente vulneración de los mutuos deberes de respeto, ayuda mutua y socorro a que se refieren los arts. 67 y 68 CC, y, causa bastante para acordar la separación conforme al art. 82.1.º CC.*”

(22) En este sentido ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., señala que: “*...la inseminación artificial inconsentida debe merecer el mismo tratamiento que la infidelidad...*”, en *Curso... cit.*, pág. 105. Por su parte LACRUZ BERDEJO entiende que el caso heteroinseminación artificial realizada sin consentimiento del marido, aunque no se pueda calificar tal acto de adulterio, por falta de relación sexual con tercero, sí constituye infidelidad, en *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al Nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, 1982, pág. 392; también en *Elementos... cit.*, pág. 139 y en *Derecho... cit.*, 3.ª ed, 1990, pág. 139. Para HERRERA CAMPOS, Ramón, el caso de inseminación artificial heteróloga en contra de la voluntad expresa del marido o sin su consentimiento puede considerarse “*como causa suficiente para pedir la separación, con base en el art. 82.1 del Código Civil.*”, en *La inseminación artificial (Aspectos doctrinales y regulación legal española)*, Granada, 1991, pág.52. QUESADA GONZÁLEZ, M.ª Corona, mantiene que el esposo que no consintió la fecundación artificial con gametos del marido, supuesto que considera parecido al de la esposa que tiene relaciones sexuales con su marido asegurándole haber tomado precauciones anticonceptivas, podrá pretender “*una indemnización por los perjuicios que ello le cause, haciendo responder al médico y a su esposa, pudiendo también ser causa de separación o divorcio, por constituir una violación del deber de fidelidad*”, en *Promiscuidad sexual y determinación jurídica de la paternidad (La exceptio plurium concubentium)*, Madrid, 1993. En el mismo sentido ENTRENA KLETT, que concluye que todo acto biogénico artificial realizado sin la voluntad del cónyuge —ya fuere emisor o receptor— implica adulterio, salvo una sola excepción, que el óvulo implantado en la persona, con su anuencia y el desconocimiento del marido, estuviese fecundado con semen de éste.

Por otro lado, autores como BOSSERT y LLAMBIAS sostienen que aun en aquellos casos en que el marido ha prestado su consentimiento, puede arrepentirse e impugnar la paternidad del niño nacido en estas condiciones, entendiéndolo que cabría forzar una interpretación equiparando la inseminación heteróloga al adulterio, en *El régimen de impugnación de la paternidad legítima*, LL, 1978, págs. 979 y ss. y *La fecundación humana in vitro*, ED, pág. 395.

también pudieran ser consideradas como infracción del deber de respeto del artículo 67 del Código Civil.

Desde otra perspectiva, se ha pretendido concebir la obligación de fidelidad como algo ajeno al deber de exclusiva sexual, sobre la base de los derechos del individuo a la libertad, la autonomía y la plena realización personal garantizados por la Constitución, según la cual lo importante es la voluntad de plena unión de los cónyuges. Dentro de esta orientación se encuentran aquellos que entienden que una relación sexual extraconyugal de carácter fugaz y ocasional no entraña propiamente una infidelidad conyugal siempre que se consume con sólo los sentidos y sin intervención de los sentimientos. Éstos entienden que mientras que la citadas relaciones sexuales impliquen sólo eso, sin que ello suponga poner en peligro la estabilidad matrimonial, esto es, mientras permanezca la voluntad de seguir unido en matrimonio, no puede hablarse propiamente de infidelidad conyugal⁽²³⁾. Dentro de esta corriente podría incluirse la sentencia de 19 de febrero de 1994 de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya cuando considerara que la relación sexual extraconyugal no establece sino “*esporádica y aislada*” no es infidelidad conyugal⁽²⁴⁾. Frente a esta orientación, parte de la doctrina española se ha pronun-

(23) Véase LACRUZ BERDEJO, Jose Luis, en *Matrimonio y Divorcio... cit.*, págs. 390 y 391, que por su parte se muestra contrario a la anterior postura entendiendo que los citados derechos no pueden utilizarse como un comodín para deshacerse de deberes y responsabilidades, argumentando, acertadamente, que el matrimonio comporta unas limitaciones personales que asume el que se casa y que coartan su vida sexual y afectiva legítimamente, en virtud de un compromiso aprobado por la Constitución, afirmando que este deber de exclusiva sexual se convierte de tal forma en una de las bases del matrimonio con el carácter de base de orden público.

(24) Afirma esta sentencia que: “...*la infidelidad conyugal sancionada en el artículo 68 se conecta con el deber de respeto mutuo que se traduce en su vertiente de incumplimiento, en la relación, casual o no, con terceros, pero en una valoración que abarque la realidad social que en este aspecto puede ofrecer criterios distintos. Ciertamente que deben incluirse las relaciones de adulterio o amancebamiento, hoy equiparadas y con incidencia sólo en la esfera civil, caracterizadas por una estabilidad, pero en el caso de la relación esporádica y aislada, por sí sola, estima la Sala que no tiene virtualidad de integrar un supuesto de infidelidad a los efectos de la causa del artículo 82.1.º; será preciso indagar, además, si dicha relación extramatrimonial es causa del cese de la convivencia o consecuencia de un efectivo cese anterior*”, y, “...*vista la grave nota de disvalor que conlleva la infidelidad, no puede estimarse por acreditada la misma con la única reunión habida entre la esposa y el tercero, ..., y menos aún, puede precisarse si para entonces la convivencia entre los esposos había ya cesado al tiempo... o el cese fue a raíz de la cita...*”.

ciado en el sentido de que “*hechos aislados*” también pueden ser considerados como infidelidad⁽²⁵⁾.

Aunque la cuestión de la subsistencia del deber de fidelidad entre los esposos separados ha sido muy discutida doctrinalmente⁽²⁶⁾, cabe afirmar que el citado deber sólo subsiste durante la efectiva convivencia conyugal, esto es, mientras que el matrimonio no se encuentre separado legalmente o de hecho (por voluntad de ambos o de uno solo), como se desprende del párrafo 2.º de la causa 1.ª del artículo 82 CC que establece un límite temporal o suspensivo a la vigencia de este deber, a efectos de invocar su incumplimiento como causa de

(25) En este sentido, ALBALADEJO, cuando dice que: “...*la infidelidad se produce aun cuando se den los hechos aislados y sin carácter de permanencia, con tal de que la conciencia social estime tales hechos como de persona que no guarda para su cónyuge la exclusividad de sus posibilidades de entrega corporal completa e incluso incompleta.*”, en *Curso... cit.*, pág. 130. GETE ALONSO, también entiende que la infidelidad: “*Se refiere tanto a hechos aislados como permanentes o continuados pero siempre que sean culpables, es decir voluntariamente provocados por el cónyuge infractor.*”, en *Comentario... cit.*, pág. 321.

(26) A favor de de la subsistencia del deber de fidelidad después de la separación se han pronunciado autores como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, en *Sistema de Derecho Civil*, IV, 5.ª de Madrid, 1990, pág. 106; VALPUESTA, en *Derecho de Familia*, pág. 87; PUIG BRUTAU, en *Compendio de Derecho Civil*, Vol. IV, *Derecho de Familia*, 1990, pág. 44; CASTAN TOBENAS, en *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo V, Madrid, 1994, pág. 1.120; ESPÍN, en *Manual de Derecho Civil*, IV, págs. 141 y ss; LUNA, en *Elementos... cit.*, IV-1, pág. 190; O’CALLAGHAN, en *Compendio... cit.*, IV, pág. 184.; y ALONSO PÉREZ, Mariano, en *Dialéctica entre fidelidad matrimonial y libertad sexual: El delito de violación entre esposos separados y el llamado débito conyugal*, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1.º, Barcelona, 1992, págs. 69 y ss. La sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1982 (ponente DÍEZ-PICAZO) también parece decantarse en pro de dicha subsistencia en relación a la separación de hecho cuando afirma que “*la separación matrimonial de hecho no hace desaparecer los deberes derivados de la relación conyugal ni otorga un omnímodo derecho de libertad a los cónyuges, y esta subsistencia de deberes es igual para uno y otro consorte, y uno y otro se injurian si antes de que se produzca la disolución del vínculo desarrollan comportamientos que signifiquen menosprecio o que lesionen otros bienes de la personalidad*”.

En contra de la subsistencia se manifiestan ALBALADEJO, M., tanto en el supuesto de separación legal como en la de hecho, en *Curso... cit.*, pág. 128; PUIG FERRIOL, en *Comentario al art. 83*, pág. 481; LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., en *La ley del divorcio*, 4.ª de Madrid, 1992, págs. 39 a 58; y ALBACAR LÓPEZ y MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, pág. 563. Dentro del ámbito de las Audiencias Provinciales la sentencia de la A.P. de Burgos (Sección 3.ª) de 6 de abril de 1998 afirma en su F.D. 3.º que: “*La sentencia de separación hace desaparecer los deberes de convivencia y de fidelidad*”.

separación⁽²⁷⁾. Consecuentemente con lo anterior el artículo 116 CC deja en suspenso la presunción de paternidad del marido y el art. 6.2 de la Ley 35/1998, de 22 de noviembre, permite a la mujer el uso de las técnicas de reproducción asistida sin consentimiento del marido siempre que estuvieren separados judicialmente o de hecho. Aunque el legislador parece permitir a los cónyuges dispensarse mutuamente o uno de ellos al otro del cumplimiento de este deber, lo cierto es que desaparecida la mutua confianza, base las relaciones matrimoniales, parece absurdo pretender mantener durante la separación matrimonial, por más que todavía perdure el vínculo matrimonial, el mismo *status quo* de los cónyuges que en los momentos en que las relaciones conyugales eran normales, como lo reconoce el propio legislador al dispensar a los cónyuges separados legalmente del deber de convivencia en el art. 83 CC, por lo que carece de sentido seguir exigiendo a los cónyuges separados el deber de fidelidad.

Por último, dicho deber de fidelidad no es exigible a los convivientes extramatrimoniales según la doctrina más reciente⁽²⁸⁾.

III. SANCIONES A LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE FIDELIDAD CONYUGAL

Frente a lo afirmado en la sentencia que se comenta de que “*la única consecuencia jurídica —del quebrantamiento de los deberes conyugales espe-*

(27) En este sentido también se pronuncia LACRUZ BERDEJO, en *Derecho...* cit., 1997, pág. 100. Al respecto la A.P. de Zaragoza en sentencia de 26 de febrero de 1991, afirmaba que “*puestos en relación ambos preceptos (art. 82.1.II y 87 CC) con el documento privado suscrito por ambos cónyuges de fecha 24 de abril de 1989, por el que acordaban vivir cada uno de forma independiente y con libertad de acción, si bien compartiendo el mismo domicilio, ha de apuntarse necesariamente que el inicio de relaciones amorosas por parte de la demandada después del aludido pacto no puede constituir la causa de infidelidad conyugal postulada en la demanda*”.

(28) Véase al respecto, PANTALEÓN PRIETO, Fernando, en *Régimen jurídico civil de las uniones de hecho*, en ponencia a las XI Jornadas jurídicas sobre uniones de hecho publicadas en «Uniones de hecho», obra editada por la Universidad de Lleida, 1998, pág. 74; ESTRADA ALONSO, Eduardo, en *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho Civil español*, Madrid, 1986, págs. 55 y ss; también en 2.ª ed. de la citada obra, Madrid, 1991; también puede consultarse sobre el tema, GARCÍA VILLALUENGA, Leticia, en *Las uniones familiares de hecho en el derecho civil*, en *La Ley-actualidad*, 1996; BUSTOS GÓMEZ-RICO, Modesto, en *Las relaciones personales y económicas entre los integrantes de la unión de hecho y frente a terceros*, en *Consecuencias jurídicas de las uniones de hecho*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1998, págs. 435 y ss.

cificados en los arts. 67 y 68 CC—que contempla nuestra legislación sustantiva es la de estimar su ruptura como una de las causas de separación matrimonial en su art. 82...”, lo cierto es que la infracción de los citados deberes y más específicamente el de fidelidad conyugal es susceptible de producir otras consecuencias jurídicas o sanciones distintas, incluso de carácter económico o patrimonial ⁽²⁹⁾.

Lo primero que habrá de tenerse en cuenta al respecto, como ya advertimos anteriormente, es la imposibilidad de coaccionar directamente el cumplimiento del deber de fidelidad por su carácter ético y naturaleza personalísima e interna ⁽³⁰⁾, que hace que su cumplimiento en forma forzosa o específica resulte imposible, aunque sí quepan sanciones indirectas. Por eso, la coactividad o coercibilidad de la norma, que impone el deber de fidelidad entre los cónyuges,

⁽²⁹⁾ El incumplimiento del deber conyugal de socorro y asistencia al otro cónyuge se sanciona, de forma quizás más efectiva, también por vía penal a través de la tipificación del llamado delito de abandono de familia, que en el artículo 226.1 del vigente Código Penal castiga a quien dejare de prestar la asistencia legalmente establecida para el sustento de su cónyuge. Dentro de este delito se incluye como figura especial, en el art. 227 del Código Penal, el denominado *impago de pensiones*, que castiga al que dejare de pagar las prestaciones económicas establecidas en convenio judicial o en procedimiento judicial de separación y divorcio.

⁽³⁰⁾ La sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1959 (RJ 4483) declaró lo siguiente: ***“Que los derechos y deberes derivados de la relación matrimonial, son especialmente recíprocos, porque incumben y corresponden a ambos cónyuges, a quienes se estima una situación de paridad, teniendo un carácter marcadamente ético, porque se confía al sentimiento y a la conciencia íntima el cumplimiento de tales deberes, y de aquí las consecuencias que las normas reguladoras de esta relación, aun siendo jurídicas por haber sido acogidas por el Código Civil acusan su origen en lo tenue de la sanción que frecuentemente era sólo patrimonial, siempre indirecta, y por ello poco eficaz, siendo los fundamentales y principales deberes recíprocos de los cónyuges, incluidos en los artículos 56 y 57, relativos a guardar fidelidad, cumplir los deberes de mutua asistencia del afecto y estimación recíprocas de convivencia y de cohabitación, obligaciones cuya observancia depende más de la conciencia que del frío precepto legal”***.

Dentro de la doctrina de las Audiencias el carácter ético de los deberes matrimoniales y su inexigibilidad jurídica es resaltada, a mi juicio de forma equivocada y errónea, por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Albacete en sentencia de 4 de marzo de 1994, cuando considera que, ***“como en la actual legislación no puede realizarse una declaración de culpabilidad respecto a cual de los cónyuges sea el responsable de la quibra del matrimonio, acreditada la misma, procede se declare la separación impetrada, siendo las obligaciones que dimanar del mismo, fidelidad, amor, respeto y ayuda mutua, de carácter eminentemente ético, no es posible, faltando la voluntad de los interesados, obligar a su debido cumplimiento...”***.

es reconocida generalmente por la doctrina como *relativa o limitada* (31). Así, pues, la coercibilidad de este deber se produce por vía indirecta a través del

(31) En este sentido se expresan autores como DÍEZ PICAZO y GULLÓN en *Sistema... cit.*, vol. IV, pág. 95; LACRUZ BERDEJO, en *Derecho... cit.*, 3.ª ed., Barcelona, 1990, págs. 130, 135 y 143 al afirmar respecto de los deberes en general que “*tales deberes no sólo son directamente incoercibles, sino que en cualquier caso tienen una sanción imperfecta, pero no pierden por ello su condición jurídica...*”, y “*en general, la doctrina va considerando a los deberes impuestos por el art. 56 como incompletos y provistos sólo parcialmente de coercibilidad jurídica...*”; PUIG BRUTAU, al decir, respecto de los deberes conyugales en general, que: “*Los artículos 66 a 71 del CC contienen breves normas que regulan los derechos y deberes de los cónyuges. Aunque en ellas prevalece el contenido moral y su finalidad de proclamar deberes sociales, no dejan de ser preceptos jurídicos, aunque su posibilidad de coerción es relativa o limitada*” y, respecto del deber de fidelidad en concreto, que: “*La obligación de guardarse fidelidad, que también proclama el artículo 68, carece igualmente de protección coactiva desde la abolición del delito de adulterio por Ley de 28 de mayo de 1978. Pero la infidelidad conyugal está prevista como causa de separación en la 1.ª del art. 82*”, en *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo IV, Barcelona, 1985, págs. 38 y 39; y también en *Compendio... cit.*, pág. 27; PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, en *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, pág. 544; SANCHO REBULLIDA, en *Comentarios... cit.*, págs. 174 y ss; GETE-ALONSO CALERA, en *Comentario... cit.*, comentario al art. 67, pág. 318, al decir, respecto a los deberes conyugales en general, que: “*Caracteres de los mismos son: la especificidad de su contenido en el que participa un componente esencialmente ético y su incoercibilidad. Sin embargo esto último no excluye, por completo, la posibilidad de la existencia de una sanción que se manifiesta desde dar lugar a la suspensión de la vida en común, o al divorcio, pasando por otras consecuencias en el plano sucesorio y —caso de que así se califique— de sanciones penales*” y, respecto a la fidelidad en particular, que: “*Su incumplimiento da lugar a que pueda existir causa de desheredación (art. 855.1.ª CC); pueda actuar como causa de separación (art. 82.1.ª CC) y divorcio [art. 86.3.ª b) CC] salvo si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue (art. 82.1.ª II CC); es causa de pérdida de derecho de alimentos (art. 152.4.ª CC); también puede originar la correspondiente acción indemnizatoria*”; y también en *Comentarios a las Reformas de Derecho de Familia*, págs. 314 y ss.; O’CALLAGHAN MUÑOZ, en *Compendio... cit.*, pág. 47; ALBALADEJO, al decir, respecto a los deberes conyugales en general, que: “*Antes de entrar en el examen particular de cada deber he de señalar que casi todos ellos tienen una fuerte dosis de contenido moral, y que desobedecido el que sea, por cualquiera de los cónyuges, no hay generalmente posibilidad de imponer su cumplimiento forzoso específico, sino que, a lo más, en ciertos casos al ofendido sólo le cabe pedir determinados sustitutivos del cumplimiento, o únicamente tiene en su mano medios de hecho que puestos por obra fueren al otro esposo a decidirse por cumplir, o exclusivamente le es posible, ante la conducta en que el incumplimiento consista, optar por otros caminos (que el de obligar a cumplir específicamente), como el de solicitar la separación matrimonial, que podrá acarrear al incumplidor determinadas desventajas, o podrá sustituir por otras cargas a sus expensas el deber incumplido, o que, de algún modo, evitará para el futuro las consecuencias dañosas del incumplimiento.*”, y, respecto del deber de fidelidad en concreto, que: “*...el único remedio contra la infidelidad es la obtención de la separación (art. 82.1.ª)*” y “*De cualquier modo, no hay medios legales para imponer el cumplimiento del deber de fidelidad. Y si se falta a él no existe otra sanción que la de permitir al ofendido que solicite la separación conyugal (art. 82.1.ª), para cuya petición no podrá, sin embargo, invocarse la infidelidad si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos esposos o*

establecimiento de específicas sanciones para el caso de incumplimiento. Esto es admitido expresamente por el propio legislador español que, reconociendo la trascendencia civil del adulterio, especificada en determinadas “sanciones” que considera “suficientes”, declara “*jurídicamente exigible el cumplimiento del deber de fidelidad*”, en el preámbulo del Proyecto de Ley sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento de 1977⁽³²⁾, aunque con posterioridad la propia Ley de 26 de mayo de 1978 y las reformas operadas por la Ley de 13 de mayo de 1981 y 15 de octubre de 1990 “dulcificaran” las consecuencias y formas de tutela del deber de fidelidad conyugal, aunque manteniendo la coercibilidad del mismo⁽³³⁾. En cualquier caso hay que advertir que la infidelidad

impuesta por el que la alegue (art. 82, 1.º, segundo párrafo).”, en Curso... cit., págs. 127, 128 y 130; LETE DEL RÍO, pág. 380; GARCÍA RUBIO, en Alimentos... cit., pág. 24; y SERNA MEROÑO, Encarna, en Jurisprudencia civil comentada, Granada, 2000, pág. 563.

(32) Extrañamente la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento, no contenía una exposición de motivos que la justificara. Sin embargo, el Proyecto de Ley, publicado en el Boletín Oficial de la Cortes núm. 33 de 22 de noviembre de 1977, sí contenía una justificación que, por su interés, reproduciremos parcialmente: “*Las reformas del Código Penal y de la leyes penales especiales deben inspirarse en el principio de subsidiariedad; esto es, la Ley penal no debe intervenir con sus drásticas sanciones nada más que cuando no existan otros remedios jurídicos adecuados para prevenir o sancionar el hecho de que se trate. Por ello estima el Gobierno que deben suprimirse del Código Penal los delitos de adulterio y amancebamiento, ya que la trascendencia civil que el adulterio puede tener, como causa de separación, en el régimen personal y patrimonial de los cónyuges y en el régimen de la patria potestad, y la inclusión de tal conducta entre las causas de indignidad para suceder y entre las de desheredación constituyen sanciones suficientes para dichas conductas...Las sanciones de orden civil a que se acaba de aludir, ponen, por otra parte, de manifiesto, que la descriminalización de estas conductas no significa que deje de ser jurídicamente exigible el cumplimiento del deber de fidelidad, que obliga a ambos cónyuges, ...La despenalización que se opera obliga a revisar determinados preceptos del Código Civil...Finalmente, se cambian los términos del artículo 756 para que el adulterio no quede sin sanción en éste y en otros preceptos que se refieren a dicho artículo...*”.

(33) La Ley n.º 22 de 26 de mayo de 1978 sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento terminó suprimiendo el adulterio como causa de indignidad sucesoria, pese a que el Proyecto de Ley no sólo no contemplaba tal medida, sino que justificaba la despenalización en la existencia de sanciones civiles, entre otras, su consideración de causa de indignidad para suceder.

La Ley de 13 de mayo de 1981 permitió el reconocimiento de los hijos adulterinos y su equiparación en derechos a los matrimoniales. Como apunta MARTINEZ-CALCERRADA, Luis, en el régimen anterior a la reforma operada por la citada Ley los denominados hijos ilegítimos, entre los que se encontraban los adulterinos —nacidos de progenitor que estuviese casado con otra persona—, sólo tenían derecho a exigir alimentos de sus padres en estrictos supuestos según el antiguo art. 139 CC, en *El nuevo derecho de familia*, tomo I, 2.ª ed., Madrid, 1981, pág. 67.

La Ley n.º 11 de 15 de octubre de 1990 suprimió el último inciso del art. 852 CC, relativo a la consideración del adulterio con el cónyuge del testador como justa causa de desheredación.

conyugal, considerada históricamente como grave infracción de los deberes conyugales, ha ido variando sus consecuencias o efectos a lo largo del tiempo⁽³⁴⁾:

1. Causa de separación

Actualmente la infidelidad conyugal es causa directa de separación conyugal en el artículo 82.1.^ª del Código Civil, al calificar ese comportamiento como un incumplimiento o violación “grave” de los deberes conyugales, salvo “*si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue*” (art. 82.1.^ª II CC)⁽³⁵⁾. “*La infidelidad conyugal*” a que se refiere este artículo es el quebrantamiento del deber de “*guardarse fidelidad*” que sanciona el artículo 68 CC. Se trata de una de las causas de separación que se encuentra fundada en la culpa y se configura, por tanto, como una sanción indirecta al cónyuge autor de la conducta infractora, favoreciendo al no infractor en el sentido de concederle un derecho, adelantado en el tiempo, para obtener la separación y decimos adelantado en el tiempo porque, en cualquier caso, el infractor puede forzar siempre, por cese efectivo de la convivencia por él impuesta, la separación judicial⁽³⁶⁾. Como causa de separación actualmente puede ser invocable por cualquiera de los cónyuges, siempre que no sea el infractor, como consecuencia del principio de igualdad entre cónyuges, consagrado en el artículo 66 del Código Civil, aunque no siempre haya sido así⁽³⁷⁾.

(34) La sanción más grave de la infidelidad conyugal lo constituía hasta 1978 su tipificación como delito de adulterio, tratando el Código Penal con mayor severidad a la mujer que al marido, el cual sólo podía incurrir en el delito de amancebamiento.

(35) Como señala PUIG FERRIOL, de éste párrafo: “...se sigue que sólo el que no haya provocado la separación fáctica de la convivencia conyugal, podrá ejercitar la acción de separación con base a la infidelidad conyugal del otro, o valerse de la misma por vía reconvenzional”, en *Comentario... cit.*, pág. 337.

(36) En este sentido PUIG BRUTAU, *Fundamentos... cit.*, pág. 66; LÓPEZ ALARCÓN, *La Ley*, 1982-1, pág. 805; ESPÍN CÁNOVAS, Diego, en *La separación y el divorcio en la ley de 7 de julio de 1981*, en *Las reformas del Código Civil por leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981*, Madrid, 1983, pág. 99; y GARCÍA CANTERO, en *Derecho... cit.*, pág. 1105.

(37) Aunque el artículo 56 en su antigua redacción también proclamaba la obligación de los cónyuges de “*guardarse fidelidad*”, la, a su vez, versión primitiva del artículo 105.1.^ª CC consideraba como causa de separación el adulterio de la mujer, en todo caso, y el del marido únicamente cuando resultare escándalo público o menosprecio de la mujer. Esto es, el adulterio del marido era irrelevante si no venía acompañado de humillación pública de la esposa. La Ley de 24 de abril de 1958 reformó el anterior precepto considerando causa de separación el adulterio de cualquiera de los cónyuges, sin hacer ya discriminación alguna entre marido y mujer. Con posterioridad, la reforma operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, introdujo la expresión “*infidelidad conyugal*” como causa de separación abandonando la anterior de “*adulterio*”.

Aunque desde antiguo se ha venido considerando el quebrantamiento de la fidelidad como la causa más justificada de la separación de los cónyuges al ser la misma “*elemento esencialísimo del matrimonio*”⁽³⁸⁾, actualmente ha perdido gran parte de su antigua trascendencia tras la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 30/1981, de 7 de julio, al regular la separación con criterios muy distintos a la legislación anterior, entre ellos el relativo a la culpabilidad o inocencia de uno u otro de los esposos, pues, a partir de ese momento, se considera que lo que realmente supone el quebrantamiento de los deberes conyugales es la ruptura del afecto conyugal que imposibilita la convivencia pacífica y armónica que toda unión conyugal requiere inexcusablemente, que es lo que constituye la auténtica causa de separación que se incluye en el art. 82.1.º CC⁽³⁹⁾. De conformidad con lo anterior se ha venido afirmando que la sentencia de separación no puede incluir declaración alguna de culpabilidad o inocencia encaminada a sancionar o exigir responsabilidades a un cónyuge⁽⁴⁰⁾.

Respecto a la prueba de la infidelidad como causa de separación, los pronunciamientos judiciales son muy diversos, y así frente a sentencias que exigen una cumplida prueba a cargo del demandante de la separación, otras sentencias se muestran más flexibles⁽⁴¹⁾.

(38) MANRESA Y NAVARRO, J.M., en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo I, 7.ª ed., Madrid, 1956, pág. 629.

(39) Al respecto, hay que recordar que el Tribunal Constitucional en sentencia de 2 de diciembre de 1982 ha señalado, al interpretar el art. 25 de la Constitución en relación con las causas de separación, que las infracciones de los deberes derivados de la relación jurídica conyugal, que el legislador toma en cuenta para justificar la demanda de separación, no necesitan una estricta y completa tipificación. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de febrero de 1985 que, interpretando el art. 82.1 CC aplicando el elemento sociológico (art. 3.1 CC) afirma que cuando se origina un estado patente de tirantez, desafección y profunda discordia entre los esposos, es obvio que esa conducta reprochable al marido o a la mujer, con grave menoscabo de los fines del consorcio, dejando de ser una ayuda del otro, constituye base legal bastante para acordar la separación.

(40) En este sentido SÁNCHEZ CALERO, Javier, en *Algunos aspectos de los derechos sucesorios del cónyuge viudo*, en *Actualidad Civil*, 30 de marzo-5 de abril de 1992, págs. 188 y 189.

(41) En el ámbito de las Audiencias Provinciales, cabe citar las siguientes sentencias:

Desestimatorias por falta de prueba de la infidelidad:

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Cuenca (AC 1998/4567) de 16 de abril de 1998, que señala lo siguiente (FD 2.º): “...se aduce en la demanda la existencia de una infidelidad conyugal prevenida como causa de separación en el primer número del

2. Otras sanciones

Pese a dejar de ser el adulterio causa de indignidad sucesoria, la anterior sanción —separación— no es la única prevista actualmente en nuestro Derecho con el carácter de especial, tal como afirma, de contrario, la sentencia comentada y algún autor⁽⁴²⁾:

Además de su posible consideración como causa indirecta de divorcio, la infidelidad conyugal se sanciona también específicamente en nuestro derecho civil vigente al considerarse causa de desheredación en el art. 855.1.^a CC, de

artículo 82 del Código Civil. Infidelidad que en absoluto se ha acreditado al punto que el único testigo que ha depuesto en la primera instancia, propuesta por la propia actora, niega radicalmente que conozca la existencia de esa pretendida relación extramatrimonial... Tampoco puede prosperar; lógicamente, la pretensión deducida en el acto de la vista en el sentido de que esta Sala, por utilizar la expresión de la Letrada apelante: lea entre líneas, pretendiendo que se deduzca de una relación de amistad, admitida por el demandado, con una joven a la que pretende ayudar a que se deshabitúe del consumo de drogas, la existencia indubitada de una infidelidad conyugal, lo que naturalmente, representaría mucho más que una lógica deducción basada en la presencia de pruebas relativas a hechos indirectos o de presunciones, para ingresar plenamente en el campo de lo estrictamente especulativo, dando pábulo a meras conjeturas sin suficiente fundamento. En definitiva...no se ha acreditado, ni aun de manera mínima, la existencia de causa alguna de separación...”.

— Sentencia de la A.P. de la Rioja de 3 de julio de 1992 (AC 1992/1071), cuando declara lo siguiente (FD 2.º): “... por lo que respecta a la causa de separación, es cierto que conforme al principio de la carga de la prueba sancionada en el art. 1214 del Código Civil, se deberá acreditar la concurrencia de la causa de separación pretendida por la demandante, por incumbir al actor probar los hechos constitutivos de su pretensión...por lo que será preciso determinar si se ha dado esa probanza, de la que a su vez debe de señalarse que de autos no se desprende la misma, pues la única prueba existente en relación con la pretendida causa (la infidelidad del esposo) viene constituida por una fotografía de una persona no identificada y la declaración testifical a instancia de la actora en la que un testigo, que dice tener mayor amistad con la actora que con el demandado manifestó conocer la infidelidad del demandado por lo que le había dicho la esposa...lo que debe de conducir a que se desestime la petición de esta causa de separación pretendida...”.

Estimatorias dando acreditada la infidelidad: Sentencia de la AP de Navarra de 6 de abril de 1993 (AC 1993/566) cuando declara (FD 2.º) que: “...a la vista del material probatorio obrante en autos al respecto, entre el que destaca: A) La manifestación del hijo común...B) El testimonio prestado...testigo no tachado y a quién la parte interpelada, no formuló repreguntas, quién en armonía con lo ya expuesto por el referido hijo...declara que vió al referido señor y a M.ª José...en actitud muy íntima, dándose besos y abrazos; podemos considerar que, en efecto, concurre la causa de infidelidad conyugal, prevista en el primer párrafo del art. 82.1.º”.

⁽⁴²⁾ En este sentido ALBALADEJO, M. cuando afirma que “el único remedio contra la infidelidad es la obtención de la separación”, y posteriormente reitera que “no existe otra sanción que la de permitir al ofendido que solicite la separación conyugal”, en *Curso... cit.*, págs. 128 y 130.

pérdida del derecho de alimentos en el art. 152.4.º CC y de revocación de las donaciones hechas por razón del matrimonio por ingratitud según el art. 1343 CC.

A) *Causa de divorcio*

La infidelidad conyugal es causa indirecta de divorcio por vía del artículo 86.3.º b) CC, pues puede solicitar el divorcio, tras haberse producido el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos, el cónyuge que acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa legal de separación. Al alegarse la infidelidad conyugal esta causa de divorcio tendrá naturaleza culposa⁽⁴³⁾.

B) *Causa de desheredación*

La infracción del deber conyugal de fidelidad se considera causa para desheredar al cónyuge⁽⁴⁴⁾, de conformidad con el art. 855 CC que establece como justa causa de desheredación: “1.ª *Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales*”. Esta causa únicamente podrá ser alegada mientras no haya habido separación matrimonial, pues decretada ésta, según la doctrina mayoritaria, todo cónyuge separado pierde su derecho a la legítima y a la sucesión intestada, en su caso⁽⁴⁵⁾.

La Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, suprimió el

(43) Vid. PEÑA BERNALDO DE QUIROS, en *Derecho...* cit., pág. 110.

(44) En este sentido se pronuncian autores como DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., en *Sistema...* cit., pág. 97; ALONSO PÉREZ, Mariano, en *Dialéctica entre fidelidad matrimonial y libertad sexual: El delito de violación entre esposos separados y el llamado débito conyugal*, en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol.1.º, pág. 59; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, en *Derecho...* cit., págs. 154 y 155; y ROCA TRÍAS, E., en *Derecho...* cit., pág. 69.

(45) En este sentido se pronuncian autores como VALLADARES, REY PORTO-LÉS, RUEDA PÉREZ y SÁNCHEZ CALERO, Javier. Este último afirma que “*el cónyuge separado pierde todo derecho hereditario*”, entendiendo por lo que se refiere a la legítima que el que el artículo 834 CC debe considerarse modificado por la Ley de 7 de julio de 1981 en el sentido de estar desprovisto de toda idea de culpabilidad, en *Algunos aspectos de los derechos sucesorios del cónyuge viudo*, en *Actualidad Civil* n.º 13, 30 de marzo-5 de abril de 1992, pág. 192. CARCÁBA FERNÁNDEZ, María, aunque no considera lógico el diferente criterio del legislador en la sucesión testada y en la intestada, mantiene, hasta tanto no se produzca una expresa reforma legal, la plena aplicabilidad del art. 834 CC, si bien entendiendo “*que cónyuge culpable equivale hoy a cónyuge incurso en causa de separación*”, en *Los derechos sucesorios del cónyuge viudo*, pág. 26. Otros autores como PEÑA BERNALDO DE QUIROS, Manuel, y MASIDE MIRANDA, José Enrique, sin embargo, mantienen la total operatividad del art. 834, entendiendo que al no haberse producido derogación expresa el cónyuge separado por culpa del difunto conserva su derecho a la legítima, en *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, pág. 102, y, en *Legítima del cónyuge superviviente*, Madrid, 1989, pág. 228, respectivamente.

último inciso del artículo 852 del Código Civil, y, por tanto, el adulterio con el cónyuge del testador dejó de ser justa causa de desheredación, lo que ha sido duramente criticado doctrinalmente, por permitir tomar su legítima al legitimario que comete adulterio con el cónyuge del causante⁽⁴⁶⁾.

También por Ley de 26 de mayo de 1978 se suprimió el adulterio como causa de indignidad sucesoria, contemplado en el antiguo núm. 5.º del art. 756 CC, que establecía como causa de indignidad el “*haber sido condenado en juicio por adulterio con la mujer del testador*”. La supresión de la citada causa, que se considera acertada por discriminatoria, implicó la de cualquier adulterio, pues no se mantuvo el mismo como causa de indignidad, aunque la Ley agregó al art. 852 como causa de desheredación “*el haber cometido adulterio con el cónyuge del testador*”, que a su vez ha sido suprimido, según lo anteriormente expuesto.

C) Causa de pérdida del derecho de alimentos

Según el art. 152.4.º CC cesará la obligación de dar alimentos “*cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación*”. Así pues, poniendo en relación este precepto con el art. 855.1.º CC, la infidelidad conyugal, como cualquier otro incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales, permitirá al cónyuge no infractor negar los alimentos al incumplidor. La infidelidad conyugal, como ilícito civil, ha venido siendo considerada por la doctrina y la jurisprudencia como causa de pérdida del derecho a alimentos, considerada como sanción civil⁽⁴⁷⁾. Sin embargo tras la reforma operada por la Ley de 7 de julio de 1981, el ámbito de aplicación de este precepto es dudoso respecto del cónyuge dentro de un proceso de separación. Durante el matrimonio y la sustanciación del proceso de separación, no cabe duda de que el deber de alimentos entre cónyu-

(46) Por ALBALADEJO, M., aunque opina que el único caso al que podría afectar la supresión del último inciso del art. 852 sería al del adulterio del cónyuge del testador con ascendientes de éste, pues, para el de los descendientes del testador adúlteros con su cónyuge les sería de aplicación la causa de desheredación prevista en el art. 853.2.º interpretada lógicamente, en *La supresión, como causa de desheredación, del adulterio con el cónyuge del causante*, en *Actualidad Civil*, n.º 19, 17 de mayo de 1992, págs. 283 a 289.

(47) Así se expresan DÍEZ-PICAZO, L., y GULLÓN, A., en *Sistema... cit.*, pág. 97; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, refiriéndose a toda infracción grave o reiterada de los deberes conyugales, considerando como infracción grave la infidelidad conyugal, en *Derecho... cit.*, págs. 154 y 155; y diversas sentencias del Tribunal Supremo, todas ellas anteriores a la reforma operada por la Ley de 7 de julio de 1981, entre las que cabe citar la de 10 de diciembre de 1959 (RJ 4883) que declaró que “*...como ya se dijo por este Tribunal, en la sentencia de 13 de octubre de 1953 (RJ 3337), el derecho de alimentos entre parientes no autoriza a entender que produce el efecto de que en todo caso está obligado el marido a prestarlos a la mujer divorciada, por cuanto esta obligación, lo mismo que aquel derecho no son absolutos, sino que están subordinados al cumplimiento*

ges se encuentra comprendido dentro del más amplio deber de socorro mutuo del art. 68 CC, que se hace efectivo a través de la contribución a las denominadas cargas del matrimonio⁽⁴⁸⁾. Admitida por la doctrina y jurisprudencia la

por la mujer de los fundamentales deberes que el matrimonio le impone, siendo uno de ellos el de guardar fidelidad a su consorte, art. 56», cuyo incumplimiento en el caso actual, le priva de toda acción para pedirlos, por cuanto su estado de necesidad proviene de actos suyos contrarios a los principios éticos que rigen la organización moral y legal de la familia; cesando tal obligación cuando, como en este caso acontece, se comete alguna falta de las que dan lugar a la desheredación, una de las cuales es el adulterio de la mujer, artículos 855 y 105 del Código Civil.”. Otras sentencias del citado Alto Tribunal, como la de 17 de febrero de 1925, declararon que, “*si bien la mujer tiene derecho a alimentos cuando formalizó la demanda inicial del juicio sumario de alimentos provisionales, al dictarse sentencia de divorcio por adulterio de la misma cesa la obligación de alimentar porque, según el número 4 del artículo 152 del Código Civil, cesa la obligación cuando el alimentista haya cometido falta que dé lugar a la desheredación*”. También la de 7 de enero de 1927 señaló que, “*el artículo 152 del Código Civil atendiendo a elevadas consideraciones morales y jurídicas dispone como excepción a lo establecido en el artículo 143 del mismo cuerpo legal, desaparece la obligación de alimentar cuando la persona beneficiada cometa alguna falta grave de las que dar lugar a la desheredación, entre las cuales se halla el adulterio según los artículos 105 y 855 del Código, por lo que habiéndose declarado el adulterio de la actora por sentencia firme de un Tribunal eclesiástico y, constando que el marido devolvió la dote, según afirma el Tribunal de instancia es indudable que resulta improcedente el recurso interpuesto.*”

Según la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1969, “*el derecho a percibir alimentos está subordinado al cumplimiento por el cónyuge alimentista de los fundamentales deberes que el matrimonio le impone, entre ellos el de fidelidad a su consorte, y como está acreditado que la recurrente ha sido condenada por adúltera, y que el Tribunal eclesiástico concede al esposo la separación conyugal perpetua por causa de adulterio y la indefinida por sevicia de la esposa, no cabe duda que es perfectamente aplicable el número 4 del citado artículo 152, ya que el adulterio es causa de desheredación del cónyuge, según el artículo 855, y aunque también puede serlo por la sevicia de la que ambos esposos fueron condenados, ello produciría el efecto, no de compensación de culpas, que no puede existir, sino el de cesar para ambos la obligación de dar alimentos*”.

(48) En situación normal de convivencia familiar el deber de alimentos entre cónyuges queda subsumido en el deber de contribución a las cargas familiares. Señala PASTOR ALVAREZ, María del Carmen, que la autonomía jurídica de los alimentos respecto de las cargas familiares “*sólo se producirá en los supuestos de crisis matrimonial*”, en *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia, 1998, pág. 133. La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1985 (5908) para un supuesto de separación de hecho libremente consentida declaró que: “*...y atendiendo a que en las situaciones de normalidad en el desarrollo del matrimonio, con cabal cumplimiento por los esposos de los deberes regulados en los arts. 67 y 68 del Código Civil, la deuda alimenticia o de socorro material entre ambos queda comprendida por la más amplia de contribuir a levantar las cargas del matrimonio con arreglo a los arts. 1318, 1362.2.ª y 1438, cuando ha sido rota la unidad de vida por mutua conformidad entrará en liza el art. 143...*”.

posibilidad de que la sentencia de separación conceda alimentos entre cónyuges incluidos dentro del concepto de cargas del matrimonio al amparo del art. 103.3.^a e incluso del 91 CC⁽⁴⁹⁾, la cuestión se suscita cuando la sentencia decreta la separación con base en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, entre ellos la infidelidad conyugal, por parte del alimentista. Se trata de una cuestión que no es pacífica en la doctrina⁽⁵⁰⁾:

Así, de un lado, cabría considerar no aplicable el art. 152.4.^o CC por entenderse modificado tras la reforma de 1981, en el sentido de que, suprimida toda idea de culpabilidad en la separación, no puede negarse alimentos al cónyuge como sanción a su infracción de deberes conyugales⁽⁵¹⁾. No cabe duda de que el

(49) En este sentido ROCA TRÍAS, E., aunque no se plantea el supuesto concreto de separación culposa, afirma la subsistencia del derecho de alimentos después de la separación como carga del matrimonio, excluyéndolo en los casos de divorcio o nulidad, en *Comentario... cit.*, comentario al art. 90, pág. 385.

La más reciente doctrina de las Audiencia Provinciales viene afirmando la inclusión del derecho de alimentos entre cónyuges dentro de las cargas del matrimonio a efectos del art. 91 CC. Así cabe señalar la sentencia de la A.P. de Burgos de 6 de abril de 1998 (RA 1998/4920) cuando afirma que: “...parece más adecuado hacer una interpretación amplia del concepto de cargas familiares de forma que se incluyan también los alimentos entre cónyuges...”, la de la A.P. de Ciudad Real de 21 de noviembre de 1994 (RA 1994/1958) y la de la A.P. de Castellón de 26 de junio de 1993 (RA 1993/1886). También es cierto que ha habido sentencias que han negado la posibilidad de conceder pensión de alimentos a favor de uno de los cónyuges en la sentencia de separación como la de la A.P. de Madrid de 22 de noviembre de 1992, entendiendo que “cualquier reclamación económica asistencial entre cónyuges, no sólo en la litis de divorcio sino también en la de separación, ha de encontrar su único cauce adecuado en el marco del artículo 97 del Código Civil, bajo el concepto de pensión compensatoria, en la que ciertamente pueden englobarse los antiguos, y ya extintos derechos alimenticios”.

(50) Así lo pone de manifiesto PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, cuando, mostrándose partidario de la pérdida del derecho de alimentos por el cónyuge que, según la sentencia, hubiera incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales, señala en nota a pie de página n.º 30 que “No toda la doctrina está conforme en que persista, entre los cónyuges, la obligación de alimentos: se piensa que el derecho de alimentos ha venido a ser sustituido por el derecho de pensión o ha quedado subsumido en él (LASARTE y VALPUESTA, LÓPEZ y LÓPEZ, A.). En favor de que subsiste la obligación de alimentos: ROCA TRÍAS, LUNA, DE LA CÁMARA”, en *Derecho de Familia*, Madrid, 1989, págs. 101 y 102.

(51) Así se pronuncia LACRUZ BERDEJO cuando afirma que: “Tras la reforma, que no sólo elimina asépticamente la idea de culpabilidad en la causación del divorcio, sino que priva a ésta de cualquier protagonismo en los efectos de la separación, de modo que el cónyuge inocente puede ser condenado a suministrar alimentos al culpable, es de suponer que se afirmará esta orientación jurisprudencial”, en *Derecho de Familia*, Barcelona, 1984, pág. 79. En el mismo sentido se pronuncia PADIAL ALBÁS, Adoración, en *La obligación de alimentos entre parientes*, Barcelona, 1997, pág. 203.

criterio seguido por el legislador para hacer cesar la prestación alimenticia entre cónyuges en el art. 152.4.º CC radica en la culpa del alimentista. En este sentido la extinción de la obligación de alimentos se basa en la conducta imputable al alimentista, esto es, atiende al comportamiento del sujeto que los recibe, y se configura como una auténtica sanción civil. Por ello el citado precepto constituiría una disfunción legal que lo haría inaplicable al chocar con la citada reforma de 1981.

Ahora bien, desde otro lado, también cabría considerar que la consecuencia prevista en el art. 152.4.º CC, de cesación del derecho de alimentos, no constituye propiamente una sanción en sentido estricto al cónyuge culpable, sino un presupuesto o requisito para la existencia del derecho de alimentos entre cónyuges. Desde esta perspectiva, el citado precepto vendría a consagrar legalmente la necesidad de que el matrimonio se encuentre en una situación normal —por lo que se refiere al debido cumplimiento de los deberes conyugales— para la existencia de la obligación alimenticia entre cónyuges. No es que se niegue o se le prive al cónyuge de un derecho de alimentos que tuviera a su favor, sino que, en caso de incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, ese derecho de alimentos no existiría, en ningún caso, por falta de uno de sus presupuestos básicos, como ocurriría también en caso de ausencia de un real estado de necesidad⁽⁵²⁾. En consonancia con lo anterior, la sentencia que declare la separación con base en la infidelidad conyugal del alimentista no debiera incluir —por más que se distinga entre la obligación alimenticia propiamente dicha de la de mantenimiento del cónyuge—, como cargas del matrimonio, alimentos en favor del cónyuge infiel a cargo del cónyuge cumplidor por expresa aplicación de la normativa reguladora del

(52) GARCÍA RUBIO, María Paz, señala que: “...no obstante, cuando la separación legal venga a significar una sanción a la conducta del cónyuge que incumple sus deberes de tal, es probable que la obligación (de alimentos de los cónyuges) pierda ese carácter de reciprocidad y asepticismo y sólo pueda nacer en beneficio del cónyuge «inocente».” y, en nota a lo anterior, que: “Baso la opinión vertida en el texto en el juego de los artículos 82.1.ª y 2.ª, 152.4.ª y 855.1.ª del CC. Si partimos del presupuesto de que las causas de cesación de la obligación de alimentos son circunstancias que configuran negativamente el supuesto de hecho básico de la mentada obligación, de tal suerte que si concurren la obligación no puede surgir, parece que de fundarse la separación en el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales por parte de uno de los cónyuges (causas 1.ª y 2.ª del art. 82) ningún derecho de alimentos puede asistir al cónyuge causante de la separación (art. 855.1.ª en relación con el 152.4.ª, ambos del CC), que sin embargo puede estar obligado a satisfacerlos si quien acredita la situación de necesidad es el otro cónyuge”, en *Alimentos... cit.*, págs. 111 y 112.

derecho de alimentos⁽⁵³⁾. En definitiva, decretada la separación por infidelidad, el deber de alimentos cesaría por la propia culpa del alimentista, no subsistiendo respecto al cónyuge incumplidor carga alguna, al entenderse extinguido el deber de socorro y ayuda de los arts. 66 y 67 CC respecto del mismo. En consecuencia, el cónyuge incumplidor tampoco podrá formular, después de decretada la separación, una reclamación de alimentos de forma autónoma e independiente⁽⁵⁴⁾. Igualmente, después de la separación de hecho o una vez decretada una separación legal no culposa o con base en hechos posteriores a la sentencia de separación no se podrían negar alimentos, alegando infidelidad —como la convivencia *more uxorio* del cónyuge acreedor con otra persona— ya que el deber de fidelidad no es exigible después de la separación y aplicando analógicamente el art. 82.1.ª párrafo 2.º CC, aunque la cuestión no es pacífica en la doctrina⁽⁵⁵⁾. Desde esta perspectiva, cabría entender que a través de la pensión compensatoria del art. 97 CC, cuya concesión está ausente de toda idea de culpabilidad o inocencia⁽⁵⁶⁾, podría burlarse o

(53) Según LACRUZ BERDEJO “*el deber conyugal de socorro mutuo (art. 68) se reduce al deber de alimentos cuando se rompe la unidad de vida; durante la preparación y sustanciación del proceso de separación, divorcio o nulidad*”, en *Derecho... cit.*, 4.ª ed., Barcelona, 1997, pág. 41. Para ALBALADEJO mientras los cónyuges viven juntos en situación normal del matrimonio, los cónyuges subvienen a las atenciones del matrimonio como consecuencia de los deberes que tienen entre sí los esposos (arts. 67 y 68), deberes más amplios que la aislada obligación de alimentos, que queda así absorbida por ellos. El deber autónomo y aislado de alimentos de un cónyuge para con el otro “*sólo nace para el cónyuge cuando el matrimonio se separa*”, en *Curso... cit.*, IV, 3.ª ed., Barcelona, 1987, pág. 17.

(54) Según ROCA TRÍAS, E., después de decretada la separación matrimonial se puede proceder a una reclamación autónoma y separada de alimentos respecto del deber de socorro del art. 68 CC al afirmar que: “*Ahora bien, en los casos de separación, aunque se esté cobrando pensión, si se produce una situación que provoque un estado de necesidad de uno de los cónyuges, éste puede reclamar alimentos al otro*”, en *Derecho... cit.*, pág. 36.

(55) Así, en sentido contrario se ha pronunciado GARCÍA RUBIO, M.P., cuando señala que la remisión del art. 154.2.º CC a las causas de desheredación como causas también de extinción del deber de alimentos puede llevar a considerar que el cónyuge separado que convive maritalmente con otra persona ha incumplido grave y/o reiteradamente el deber de fidelidad para con su legítimo cónyuge y, por consiguiente, pierde definitivamente su derecho de alimentos, invocando a favor de esa idea la sentencia de la A.P. de Bilbao de 18 de mayo de 1989, en la que en un supuesto de separación matrimonial se deniega la pensión alimenticia a favor de la esposa al haberse acreditado la relación afectiva de ésta y otra persona recluida en un establecimiento penitenciario y a quien visitaba semanalmente durante más de cinco años en calidad de novia, en *Alimentos... cit.*, pág. 128.

(56) Vid. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, Julia, en *La concesión temporal de pensión por desequilibrio*, en *Aranzadi Civil*, 1995, vol. I, pág. 121; y CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, en *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, Barcelona, 1989, pág. 23.

evitarse la eventual aplicación del artículo 152.4.º CC, por cuanto que procede la pensión en aquellos supuestos en que concurre el dato objetivo del desequilibrio económico con independencia de si el cónyuge favorecido con ella haya sido o no el responsable de la ruptura matrimonial, pudiendo crearse una disfunción legal en los casos en que se conceda la citada pensión atendiendo a la necesidad del cónyuge beneficiario —presupuesto de los alimentos legales— que a su vez haya sido el incumplidor de los deberes conyugales. La disfunción se produciría al desligarse totalmente la pensión compensatoria de la idea de culpabilidad, ya que llevaría al absurdo de que se nieguen alimentos al cónyuge separado por consecuencia de la violación de sus deberes conyugales (art. 152.4.º en relación con el art. 855 CC) y, sin embargo, ese mismo cónyuge puede conseguir por la vía del art. 97 CC una pensión de su cónyuge mucho más sustanciosa que la estrictamente alimenticia⁽⁵⁷⁾. La doctrina advirtiendo la injusticia de la medida —en cuanto que bien puede generar un derecho de pensión en favor del cónyuge que con su conducta ha sido el culpable de la crisis matrimonial— a propuesto la posibilidad de que el juez tenga en cuenta esa circunstancia —la de la culpabilidad— a la hora de fijarla⁽⁵⁸⁾. En

(57) Aunque las pensiones alimenticia y compensatoria son completamente independientes la una de la otra al basarse en presupuestos distintos como mantiene la doctrina mayoritaria, sin embargo, también es cierto que existe confusión al haberse admitido la posibilidad de acumulación o concurrencia de la citada pensión con el derecho de alimentos. Al respecto vid. LALANA DEL CASTILLO, Carlos E., en *La pensión por desequilibrio económico en caso de separación o divorcio*, Barcelona, 1993, pág. 33; y LUNA SERRANO, Agustín, en *El nuevo régimen de la familia, I, Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, págs. 365, 368 y 369. En el ámbito de las Audiencias Provinciales cabe resaltar sobre el tema la sentencia de la A.P. de Bilbao de 22 de enero de 1993, la de la A.P. de Madrid de 22 de noviembre de 1992 y la de la A.P. de Cantabria de 27 de octubre de 1994.

(58) Así se expresan, alegando el carácter no taxativo que tiene la enumeración de las circunstancias que establece el art. 97 CC, los siguientes autores: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, para quien la conducta culpable de un cónyuge también se tiene en cuenta por el Código en relación con otros derechos de fundamento análogo —arts. 152.4.º, 855.1.º, 834 y 835 —, en *Derecho...* cit., pág. 128; CAMPUZANO TOMÉ, en *La pensión por desequilibrio económico en las causas de separación y divorcio*, 1986; y DE LA HAZA, en *La pensión de separación y divorcio*. Por su parte LALANA DEL CASTILLO, Carlos E., entiende que la culpabilidad puede influir, más que en la concesión de la pensión, en la fijación de su cuantía, invocando dos sentencias de la A.P. de Zaragoza de 18 de noviembre de 1989 y 18 de febrero de 1991 que tuvieron en cuenta la infidelidad de uno de los cónyuges en la fijación de la pensión, en *La pensión...* cit., págs. 25 y 87. Por último RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, Julia, cree excesivo que el presupuesto básico de la pensión se centre “en la existencia de desequilibrio, olvidando en algunos casos que ese desequilibrio no es más que el resultado de una causa anterior, a la que necesariamente hay que vincularlo...”, en *La concesión...* cit., págs. 121 y 122.

este sentido, entendiendo que el fundamento de la pensión compensatoria —desequilibrio económico— puede englobar la situación de necesidad —fundamento de los alimentos legales—⁽⁵⁹⁾, en el caso de que el cónyuge afectado por el desequilibrio haya sido el culpable de la ruptura matrimonial habría de armonizarse le aplicación de los preceptos inicialmente incompatibles, teniendo en cuenta el grado de participación del citado cónyuge en la ruptura matrimonial de cara a una eventual reducción de la cuantía de la pensión compensatoria⁽⁶⁰⁾. Ahora bien, también podría darse una situación de necesidad en un cónyuge separado legalmente al que se le haya negado una pensión por desequilibrio o bien podría ocurrir que la pensión fijada resulte insuficiente para atender las necesidades del cónyuge beneficiario⁽⁶¹⁾, en cuyos casos se deberían alimentos al persistir el vínculo matrimonial, que legitimaría una reclamación autónoma de alimentos legales del cónyuge necesitado frente al otro⁽⁶²⁾. Aunque en los citados casos, también podría invocarse de forma autónoma el art. 152.4.º CC para negar los alimentos reclamados, en su caso.

Sin embargo, pese a todo lo anteriormente expuesto, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia no hace depender la existencia de la obligación alimenticia entre cónyuges de requisito alguno relativo a la existencia de convivencia

(59) LASARTE, C. y VALPUESTA, M.R., entienden que la pensión por desequilibrio se presenta como integradora y superadora de la deuda de alimentos, en *Comentario al art. 97 CC*, en *Comentarios al nuevo Título IV del Libro I del C.C.*, coordinados por LACRUZ BERDEJO, Madrid, 1982, pág. 750.

(60) Por la misma razón, si la sentencia de separación hubiere concedido una pensión por desequilibrio basada en la situación de necesidad del cónyuge beneficiario, habría de reducirse la pensión compensatoria en la sentencia de divorcio que, posteriormente, pudiera dictarse, por cuanto que entre divorciados no existirá la obligación legal de alimentos, de conformidad con lo afirmado por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1988 (RJ 5138).

(61) El desequilibrio económico que constituye el fundamento de la pensión no implica necesariamente estado de necesidad, y viceversa, el estado de necesidad no supone la existencia forzosa de desequilibrio económico.

(62) Según ROCA TRÍAS, E., “en los casos de separación, aunque se esté cobrando pensión, si se produce una situación que provoque un estado de necesidad de uno de los cónyuges, éste puede reclamar alimentos al otro”, en *Derecho...* cit., pág. 36; que también señala que “los alimentos nacerán en los casos de separación cuando el que está cobrando la pensión tenga unas necesidades superiores que la pensión no puede afrontar, dado su carácter de fijeza”, en *El convenio regulador y los conceptos de alimentos, cargas familiares, pensión por desequilibrio e indemnización en caso de nulidad*, en *Convenios reguladores de las relaciones paterno-filiales y patrimoniales en las crisis del matrimonio. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona, 1984, pág. 244.

o a la necesidad de que el matrimonio se encuentre en una situación normal, sino que muy al contrario se considera como normal y habitual que en caso de separación legal la pensión alimenticia se fije en la sentencia de separación con independencia de la culpabilidad de los cónyuges.

En caso de separación de hecho, por lo que se refiere a los alimentos habrá que estar, en primer lugar, a lo convenido libremente por los cónyuges, en su caso. En defecto de convenio, el eventual derecho de alimentos que tendría el cónyuge culpable de la separación debe entenderse cesado o perdido unilateralmente siempre que aquella culpa puede ser equiparada a un incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales de acuerdo con el art. 152.4.^º en relación con el art. 855, ambos del CC, como sería el caso de la infidelidad conyugal, aunque la cuestión no es pacífica en la doctrina ⁽⁶³⁾. En el supuesto de separación de hecho libremente consentida, ninguno de los cónyuges podrá alegar infidelidad para negar alimentos pactados al otro, aplicando analógicamente la solución adoptada por el art. 82.1.II. para pedir la separación por infidelidad ⁽⁶⁴⁾. Para el caso de que la separación de hecho haya sido impuesta por uno de ellos, no podrá éste negar los alimentos al otro alegando infidelidad, aplicando analógicamente la misma solución anterior.

⁽⁶³⁾ Así PASTOR ÁLVAREZ, M.C., afirma que en la actualidad la separación de hecho no priva a ninguno de los cónyuges del derecho a percibir alimentos del otro y “*además sin entrar en valoraciones sobre los motivos o sobre quién haya dado lugar a tal situación de separación, se atiende únicamente al estado de necesidad*”, en *El deber...* cit., pág. 137.

⁽⁶⁴⁾ Al respecto la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1985 (RJ 5908) declara que: “*La obligación de convivencia que el artículo sesenta y ocho impone a los cónyuges, ..., no impide el hecho, harto frecuente, de que no obstante su nota esencial en el matrimonio, es infringida por pacto, expreso o tácito, de marido y mujer, generalmente acompañado de un acuerdo sobre la prestación de alimentos, que no será obstáculo para que el alimentista, según autorizado parecer, pueda acudir al proceso para lograr una pensión más alta cuando circunstancias sobrevenidas... así lo requieren por imperativos de equidad; por ello, ..., cuando ha sido rota la unidad de vida por mutua conformidad entrará en liza el artículo 143, y en tal sentido la más reciente orientación jurisprudencial, en cuya línea son expresivas las sentencias de 28 de febrero de 1969 (R. 1035) y 17 de junio de 1972 (R. 2745), entiende que la separación de hecho libremente consentida entre los esposos, si bien implica una situación anómala e incompatible con los deberes matrimoniales que impone el actual artículo 68, lo que origina que sus consecuencias no sean jurídicamente protegibles, no por ello priva a cualquiera de los cónyuges, atendidas las circunstancias del caso concreto, a recibir alimentos de su consorte conforme a las normas contenidas en los arts. 142 y ss., punto de vista que ha de ser reafirmado a la luz de las directrices informantes de la reforma de 7 de julio de 1981, ajena en materia de divorcio a la aplicación de causas culpabilísticas (art. 86)*”.

D) *Causa de revocación de donaciones*

Son revocables las donaciones por razón de matrimonio hechas al cónyuge culpable⁽⁶⁵⁾, aunque habría que distinguir entre:

a) Donaciones efectuadas por razón de matrimonio

El artículo 1343 CC permite revocar:

1.º Por incumplimiento de cargas, las donaciones otorgadas por terceros al cónyuge donatario cuando le fueren imputables por cualquier causa los hechos que, según la sentencia, causaron la separación y el divorcio.

2.º Por ingratitud, las donaciones efectuadas entre los cónyuges siempre *“que el donatario incurra en causa de desheredación del artículo 855 o le sea imputable, según la sentencia, la causa de separación o divorcio.”*

Así, pues, cuando la sentencia estimatoria de separación o divorcio declare como causa de la misma la infidelidad del donatario, el donante tercero o cónyuge puede revocar por incumplimiento de cargas, el primero, y por ingratitud, el segundo, las donaciones efectuadas por razón de matrimonio. Para ello se requiere que haya mediado un procedimiento contencioso de separación o divorcio en donde se haya alegado y probado la infidelidad como causa del mismo, y que haya sido apreciada por el Juez en la sentencia.

b) Otras donaciones

También se mantiene en la doctrina que el donante, igualmente, puede revocar por ingratitud la donación efectuada al donatario que comete adulterio con su cónyuge, interpretando extensivamente el art. 648.1.º CC⁽⁶⁶⁾.

(65) Así lo afirma entre otros PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, en *“Derecho... cit.”*, págs. 102, 154 y 155.

(66) En este sentido ALBALADEJO, M., en *La supresión... cit.*, pág. 286.
Sobre este tema véase DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, VIII-2, págs. 427 y ss.

E) *Otras posibles sanciones*

Aunque la pérdida de la pensión compensatoria conforme al artículo 101.1 CC, si se pasa a convivir *more uxorio* con otra persona, se ha querido ver por algún autor como una sanción a la infidelidad⁽⁶⁷⁾, lo cierto es que el fundamento de la extinción del derecho de pensión por tal causa no constituye sanción alguna⁽⁶⁸⁾.

IV. LA CUESTIÓN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO CAUSADO POR LA INFIDELIDAD

La cuestión más discutida es la relativa a si la infidelidad conyugal, y más concretamente el adulterio, puede dar lugar a una indemnización de daños y perjuicios. Como ya dijimos, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de julio de 1999 niega la asignación a la infidelidad conyugal de efectos económicos en contra del infractor.

1. Estado de la cuestión en nuestra doctrina y jurisprudencia

La posibilidad de ejercitar una acción de reclamación de daños en caso de quebrantamiento de los deberes conyugales no es ajena a la doctrina y jurisprudencia de nuestro país:

Así, con carácter general afirma PEÑA BERNALDO DE QUIROS que la infracción de cualquier deber conyugal constituye un acto ilícito, con las consecuencias que en Derecho tiene, en general, la acción u omisión ilícita, para referirse a la posible exigencia de la indemnización por daños y perjuicios patrimoniales y morales⁽⁶⁹⁾. En este sentido positivo, respecto de los deberes

(67) En este sentido ALONSO PÉREZ, M., en *Dialéctica...* cit., pág. 59.

(68) Así lo entiende PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., en *Derecho...* cit., pág. 132.

(69) PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., cuando señala en relación a la infracción de cualquier deber conyugal, que “*No hay razón para excluir, en su caso, la indemnización por daños y perjuicios patrimoniales y morales*”, en *Derecho...* cit., Madrid 1989, pág. 154.

conyugales en general, también se pronuncia GETE-ALONSO⁽⁷⁰⁾. En particular, por lo que se refiere a la infracción del *deber de convivencia* establecido en el art. 68 la doctrina muestra reticencias respecto a la posible exigencia de responsabilidad civil indemnizatoria⁽⁷¹⁾.

Más concretamente, por lo que se refiere a la infidelidad, autores como LACRUZ BERDEJO, PUIG BRUTAU, SANCHO REBULLIDA, GETE-ALONSO y ALONSO PÉREZ reconocen la posibilidad de ejercitar una reclamación de daños, mostrándose partidarios de que este tipo de infracciones den lugar a la acción indemnizatoria de daños y perjuicios⁽⁷²⁾. Destaca en este

(70) GETE-ALONSO, respecto del *deber de respeto* consagrado en el art. 67 CC, entiende que puede dar origen a una acción de carácter indemnizatorio dirigida a resarcir los daños causados. Esta posibilidad, apuntada por la autora, es relevante sobre todo teniendo en cuenta que el deber de fidelidad se entiende comúnmente como una manifestación concreta de ese deber de respeto. También afirma que la infracción de ese deber puede producir otra serie de consecuencias en el ámbito penal y civil. En este último orden, la considera causa de separación o divorcio, siempre que sea grave y reiterado, y también justa causa para desheredar al cónyuge y de indignidad sucesoria. Por lo que se refiere al *deber de ayuda y socorro mutuo* enunciado reiterativamente tanto en el art. 67 (ayuda mutua), por lo que se refiere al plano personal, como en el art. 68 (deber de socorro mutuo), en lo atinente a lo económico, esta autora también considera que, en el plano de las relaciones personales, la violación del deber de ayuda mutua puede legitimar el ejercicio de una acción indemnizatoria por los daños ocasionados. Por último también entiende que la infracción del *deber de actuar en interés de la familia* puede dar lugar a la acción indemnizatoria de daños y perjuicios, en *Comentario... cit.*, comentario al art. 67, pág. 319.

(71) Así se expresa GARCÍA CANTERO, que también afirma que “*en ordenamientos extranjeros como el francés y el italiano la infracción de tal deber de convivencia puede dar lugar a la sanción de la indemnización de daños y perjuicios*”, en *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo 5.º, *Derecho de Familia*, vol. 1.º, *Relaciones conyugales*, Madrid, 1994, pág. 263.

Por su parte, LACRUZ afirma que el medio clásico de coacción para el cumplimiento de este deber de convivencia consiste en la imposición al cónyuge infractor de la obligación de prestar alimentos o la negación de alimentos por parte del cónyuge inocente, en *Matrimonio... cit.*

Para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN la única sanción que se deriva del incumplimiento de este deber es su consideración como abandono de familia con sus correspondientes consecuencias (causa de separación, divorcio, etc), en *Sistema... cit.*, pág. 97.

(72) LACRUZ BERDEJO afirma que: “*...si el deber de fidelidad, como el de convivencia, son obligaciones jurídicas, el obligado no puede faltar a ellas sin quedar sujeto al resarcimiento de los daños que cause*”, en *Matrimonio... cit.*, pág. 396. SANCHO REBULLIDA, F.A., mantiene que la transgresión más grave de la fidelidad conyugal en el orden privado no sólo da lugar a una acción de reclamación de daños sino que es causa de separación de los cónyuges, afirmando a continuación que “*en buenos principios, este tipo de infracciones deberían dar lugar también a la acción indemnizatoria de daños y perjuicios*”, en *Comentarios... cit.*, comentario al art. 56, 1978, pág. 125.

sentido la encendida defensa en favor de la admisión de la indemnización de daños y perjuicios que realiza LACRUZ BERDEJO, que se basa en los siguientes argumentos, que hacemos nuestros:

1.^o Juridicidad del deber de fidelidad, que califica de verdadera obligación jurídica pese a que no sea directamente coercible.

2.^o No prohibición o exclusión expresa por el legislador de la posibilidad de reclamar responsabilidades en los supuestos de separación y divorcio.

3.^o El deber de fidelidad es un deber impuesto por una norma que no puede tener una consideración o trato inferior a los impuestos mediante un contrato.

4.^o Se trata de una obligación legal de carácter no patrimonial pero cuya infracción produce a veces consecuencias económicas y, en todo caso, un daño moral resarcible.

5.^o Aplicabilidad a esas consecuencias de las reglas generales sobre incumplimiento de las obligaciones —las de la llamada “culpa contractual”, pero que no sólo se aplican al incumplimiento de las obligaciones contractuales—, y en último término las reglas relativas al ilícito civil.

6.^o No es motivo suficiente para suprimir la vigencia de las normas sobre daños y resarcimiento la alegación de la presencia de unas limitadas sanciones específicas para castigar la infidelidad (desheredación, causa de separación) o bien la idea general del legislador de prescindir de la declaración de culpabilidades en tema de divorcio o de la eficacia de éstas en la separación (73).

Específicamente, QUESADA GONZÁLEZ, considerando como violación del deber de fidelidad el caso de fecundación artificial sin consentimiento del marido, que a su entender no difiere mucho del supuesto en que la esposa tiene relaciones sexuales con su marido asegurándole haber tomado precauciones anticonceptivas siendo otra la realidad, mantiene que el esposo podrá pretender

GETE-ALONSO CALERA, M.C., también manifiesta que el incumplimiento de este deber “*también puede originar la correspondiente acción indemnizatoria*”, en *Comentario... cit.*, comentario al art. 68, pág. 321. De igual forma ALONSO PÉREZ, Mariano, también considera que la infidelidad puede acarrear “*daños y perjuicios por incumplimiento del deber jurídico contemplado en el art. 68 CC como medio de reparar el quebranto moral causado*”, en *Dialéctica... cit.*, pág. 59.

(73) LACRUZ BERDEJO, J.L. en *Elementos... cit.*, IV, *Derecho de Familia*, vol. 1.^o, 3.^a ed., reimpresión, 1990, pág. 143; y también en *Derecho... cit.*, págs. 103 y 104.

una indemnización por los perjuicios que ello le cause, haciendo responder al médico y a su esposa⁽⁷⁴⁾. Quizás aquí nos encontramos con un caso distinto, pues esa indemnización serviría para cubrir los gastos de alimentos por un hijo no deseado y en cuya concepción no se ha contado con él, al mediar engaño.

Por su parte, la Sala segunda del Tribunal Supremo en sentencias de 24 de octubre de 1959, 20 de diciembre de 1973 y 18 de junio de 1976 concedió la reparación del daño moral en supuestos de adulterio a través del artículo 104 del Código Penal⁽⁷⁵⁾. Se trata de sentencias que, aunque antiguas y, por tanto, dictadas en una época en la que imperaba una mentalidad distinta a la actual, son convincentes, y, ello llevó a algún autor a apoyar que esa tesis fuera tam-

(74) QUESADA GONZÁLEZ, M.^a Corona, en *Promiscuidad... cit.*, pág. 187.

(75) La sentencia de 24 de octubre de 1959 relativa a un delito de adulterio, declaraba en su único considerando lo siguiente:

“Que establecido en el artículo 104 del Código Penal que la indemnización de perjuicios que todo responsable criminalmente de un delito viene obligado a reparar por ministerio del artículo 19 del mismo Código comprende también los morales, el problema referente a la reparación del daño moral que plantea el recurso, queda fuera de toda discusión dentro del área de la Ley Penal substantiva de nuestra Nación, y limitado a concretar si en el delito de adulterio hay o no patrimonio moral lesionado; cosa que manifiestamente escapa también de toda discusión, pues la infidelidad de la mujer entregándose carnalmente a un hombre que no es su marido, y la conducta de ese hombre poseyendo a la mujer casada, a sabiendas de que lo es, además de ser una ofensa al sentimiento público de honestidad, ataca directamente la dignidad y honor del marido, que al ver mancillado y deshecho su hogar, ha de sufrir la tortura de tan afrentosa situación, en la cual la Ley Penal no puede dejarle desamparado como si tal lesión en la parte más íntima y afectiva de su ser no se hubiera producido...”

La sentencia de 20 de diciembre de 1973, también relativa a un delito de adulterio señalaba que:

“...la indemnización de daños y perjuicios, es inherente a la comisión de todo delito, según establece el Código Punitivo (art. 101 y siguiente), de lo que no quedan excluidos en modo alguno los perjuicios de carácter —moral—, como son los derivados del delito de adulterio, según el texto del art. 104 del dicho Cuerpo legal ya citado, daños y perjuicios de orden moral y obedientes al ataque del honor del querellante, sobre lo que pudiera afirmarse que en este caso ha revertido la forma más grave y aparatosa que ha podido imaginarse y más en este caso, dada la mucha antigüedad de las relaciones entre los adúlteros y su carácter de ininterrumpidas, que ponen de manifiesto los hechos declarados probados, daños morales que no pueden ser evaluados conforme a meras bases de tipo económico corriente, y que tienen que ser forzosamente evaluados por el Tribunal...”

Por último la sentencia de 18 de junio de 1978, también en un caso de adulterio, dando por sentada la responsabilidad civil de la adúltera, a quien se había condenado a pagar una indemnización a su marido, resuelve una cuestión planteada por la condenada que pretendía hacer extensiva la citada indemnización a los herederos del co-reo fallecido, declarando lo siguiente:

bién aceptada por la Sala primera⁽⁷⁶⁾. En cualquier caso, hoy día no parece que el único cauce adecuado para obtener una indemnización por infidelidad sea considerar ésta como un ataque al honor de uno de los cónyuges sino, más bien, dentro del curso normal de la convivencia familiar y de las expectativas creadas por la relación matrimonial, como una frustración, una ruptura de la confianza sobre la que se basa la buena fe que debe presidir las relaciones conyugales, y como causante de sufrimientos en los sentimientos afectivos del cónyuge inocente.

2. Derecho comparado

El Código Civil alemán contiene una norma (parágrafo 253) en la que establece que por los daños no patrimoniales sólo puede pretenderse un resarcimiento pecuniario en los casos fijados por la ley y que enumeran los parágrafos 847 y 1300 entre los que se encuentran la lesión del cuerpo o de la salud, privación de libertad o especiales ofensas a la moral sexual⁽⁷⁷⁾. Pese a ello, la doctrina alemana de forma mayoritaria se inclina a la concesión de una limitada indemnización, fundada en la infracción del deber de fidelidad y, frente al cómplice, en el derecho de los cónyuges a que no sean perturbadas las relaciones conyugales⁽⁷⁸⁾.

Por su parte, el Derecho francés admite, sin ningún género de dudas, la posibilidad de exigir una indemnización de daños y perjuicios en caso de que-

“...pero si la responsabilidad civil ex delicto se deriva de la penal según dogmática declaración del art. 19 del C.P. y esta última se extinguió para dicho co-reo por su fallecimiento antes incluso de que se ejercitara la querrela por adulterio, es visto que la Sala de instancia ninguna declaración de responsabilidad civil podía hacer contra los herederos del responsable, según permite el art. 105 del C.P., una vez que no pudo declarar tal responsabilidad penal; todo ello sin perjuicio de la acción civil que pueda ejercitar la recurrente contra dichos herederos como presuntos deudores in solidum de la responsabilidad civil de que se trata”

(76) Así SANCHO REBULLIDA, F.A., al citar la sentencia de 24 de octubre de 1959 en nota a pie de página afirma que *“Parece que análoga solución debiera aceptar el tribunal civil, en base al artículo 1902 y más concretamente en una manifestación especial de la no del todo bien denominada culpa contractual”*, en *Comentarios... cit.*, comentario al art. 56, pág. 125.

(77) Según CIAN y TRABUCHI, en la práctica son los casos en que el daño derive de un delito, de acuerdo con el artículo 185 del Código penal de aquel país, aunque se admite que el resarcimiento, en tal caso pueda reclamarse aunque la responsabilidad penal se haya extinguido o no sea posible, por otra causa, el ejercicio de la acción penal, citados por DÍEZ-PICAZO, en *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pág. 325.

(78) Cfr. LACRUZ BERDEJO, en *Matrimonio... cit.*, pág. 395.

brantamiento de los deberes conyugales. Según MAZEAUD la disolución del matrimonio origina para la jurisprudencia tres categorías de perjuicios indemnizables: De un lado, “*el perjuicio resultante de la desaparición de la obligación de socorro*” que se repara a través de la condena al pago de la pensión alimenticia del artículo 301, párrafo 1.º; de otro lado, “*el perjuicio material y moral que sea la consecuencia de la disolución del matrimonio, con la excepción del que resulte de la pérdida de la obligación de socorro*”, cuya indemnización se asegura por la vía del abono de los daños y perjuicios prevista en el artículo 301, párrafo 2.º (equiparable a nuestra pensión compensatoria); y, por último, “*el perjuicio material y moral, distinto del resultante de la disolución del matrimonio*” experimentado como resultado de una culpa del cónyuge, aunque esta culpa haya sido tomada en cuenta como causa de divorcio, que es reparado por las reglas generales de la responsabilidad civil establecida por los artículos 1382 y siguientes⁽⁷⁹⁾.

En el derecho argentino no existe una específica norma que permita a un cónyuge, en caso de separación o divorcio, reclamar una indemnización de daños al cónyuge culpable. Sin embargo, regula una indemnización para los casos de nulidad matrimonial en favor del cónyuge de buena fe, en parecidos términos a nuestro art. 98 CC, solución legal que la doctrina mayoritaria de ese país considera aplicable analógicamente para exigir responsabilidad al cónyuge culpable de la separación o del divorcio. Se considera que la conducta antijurídica del cónyuge culpable de la separación o el divorcio provoca un daño resarcible al otro cónyuge consistente en un ataque a su honor, referido a los valores conyugales que éticamente sustentan las relaciones familiares⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁹⁾ MAZEAUD, *Lecciones de Derecho Civil*, Parte 1.ª, volumen IV, *La Familia, Organización de la Familia, Disolución y Disgregación de la Familia*, Buenos Aires-1959.

También MAZEAUD y TUNC afirman que: “...La ley del 2 de abril de 1941 le ha agregado un segundo párrafo al artículo 301, para permitirle al cónyuge inocente demandar, además de la pensión del artículo 301, párrafo 1.º, el abono de daños y perjuicios como reparación de la integridad del perjuicio que le cause la disolución del matrimonio. El texto legal precisa que ese derecho deja intacto el de reclamar reparación de todos los demás daños ocasionados por el cónyuge culpable, en *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, 1957, pág. 20 y 433.

⁽⁸⁰⁾ En ese sentido se pronuncia ZANNONI, Eduardo A., que señala que: “*Tanto la anulación del matrimonio como el divorcio importan para el contrayente de buena fe, y para el cónyuge afectado por la conducta del otro, respectivamente, un daño provocado por la conducta antijurídica del contrayente de mala fe o del culpable de la separación personal o el divorcio. Hay, básicamente, una afrenta simultánea —o puede haberla— al honor del cónyuge putativo o que no dio causa al divorcio, en sus aspectos subjetivo y objetivo. Se trata de un honor referido a los valores conyugales que éticamente sustentan*

3. Posible producción de daños

El quebrantamiento del deber de fidelidad, entendido éste en un sentido amplio como actuación de mala fe, da lugar a un comportamiento culposo que puede ser determinante de un resultado lesivo, en el orden moral o patrimonial, para el cónyuge no infractor. Ello no quiere decir que todo incumplimiento de un deber conyugal pueda generar una acción de indemnización. Se trata de una mera posibilidad sin que esa infracción suponga automáticamente el nacimiento de un daño. Veamos por separado qué tipo de daño es susceptible de producir la infidelidad conyugal.

A) *Daños morales*

De un lado la infracción del deber de fidelidad conyugal puede originar daños morales⁽⁸¹⁾. Esa posibilidad no es discutida, ni tan siquiera puesta en duda, por la sentencia comentada, al afirmar, por lo que se refiere al supuesto de la sentencia, la existencia del daño moral, aunque no lo considera indemnizable al expresar que, *“el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna”*.

La cuestión va a consistir, pues, en identificar el daño moral que es susceptible de producir la infidelidad conyugal. En este sentido, el tipo de daño moral inferido al cónyuge infractor puede ser diferente según las distintas circunstancias concurrentes.

*las relaciones familiares y que se ven afectados tanto por la causal de divorcio o impedimento matrimonial, como por el divorcio o la nulidad del matrimonio en sí. El ridículo, la frustración del proyecto existencial que sustenta el matrimonio no son, ni pueden ser, indiferentes al derecho, pues los presupone encarnados en quienes contraen matrimonio con responsabilidad de la trascendencia del acto que celebran. Es obvio que toda causal de separación o divorcio culpables (art. 202, Cód. Civil) implica un acto o un hecho ilícito civil, como tal antijurídico que, conforme al art. 1077, «hace nacer la obligación de reparar el perjuicio que por él resultare a otra persona», es decir, al otro cónyuge”, en *El daño en la responsabilidad civil*, 2.^a ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, 1987, pág. 382. Este autor cita a pie de página una copiosa bibliografía sobre el tema que acredita que la cuestión ha sido profunda y monográficamente estudiada por la doctrina de ese país.*

⁽⁸¹⁾ Entendidos los daños morales como, expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1984, *“todo impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades o, incluso, resultados tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensa a la fama, el honor, honestidad, muerte de la persona allegada, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, etc.)”*.

Así, por un lado, la infidelidad conyugal puede producir dolor, sufrimiento o padecimiento psíquico en el cónyuge inocente⁽⁸²⁾, al ver traicionada injustamente la confianza y lealtad depositada en su cónyuge —lesionando el principio de la buena fe—, e, imposibilitando el mantenimiento futuro de una relación familiar estable. La infidelidad no supone siempre ese sufrimiento psíquico en el cónyuge no infractor, pues en muchos casos se llega a esa infidelidad porque anteriormente se ha perdido ese afecto o amor base de la confianza mutua. En este aspecto, la infidelidad es susceptible de producir daños que atañen a lo que se denomina “*la parte afectiva del patrimonio moral*”, que serían aquellos que alcanzan al individuo en sus sentimientos y afectos”⁽⁸³⁾. En el caso de la sentencia que se comenta, no hay duda de que el recurrente padeció un evidente sufrimiento psíquico derivado de la frustración de la creencia de ser suyos los dos hijos habidos durante el matrimonio sobre todo después de haberse creado los naturales vínculos afectivos entre padre e hijos, como consecuencia directa de la conducta dolosa —mediante engaño— de la esposa que ocultó la verdadera paternidad de sus hijos dejando actuar la presunción de paternidad derivada del hecho del nacimiento de los mismos dentro del matrimonio. El grave y reprochable comportamiento de la esposa creó, conscientemente, una falsa apariencia de paternidad de sus dos hijos que al ser destruida originó una evidente frustración en el esposo. El citado resultó lesionado en su buena fe no sólo al descubrir su no paternidad biológica respecto de los que creía sus hijos biológicos, sino también al verse privado también de su paternidad jurídica por el ejercicio por su esposa de una demanda de impugnación de paternidad. Si la esposa hubiera comunicado inicialmente a su marido, la paternidad real de sus hijos, habría reducido el daño, pero su conducta desleal silenciando continuamente la no paternidad biológica del marido, no hizo sino incrementar el daño sufrido, al dejar que se establecieran los lazos de afectividad paterno-filial y hacer que la frustración de la creencia del marido fuera mayor. La conducta

(82) DE ÁNGEL YÁGUEZ, Ricardo, afirma genéricamente que la separación matrimonial puede dar lugar “*para el consorte inocente a una situación de evidente frustración y de innegable daño moral.*”, en *Indemnización del daño moral resultante de la declaración de nulidad del matrimonio*, en *La Ley*, 1986-2, pág. 715.

(83) Así los denominan MAZEUD-TUNC, en *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, tomo 1.º, vol. I, págs. 425 y 426. DE CUPIS, Adriano, también sitúa entre los daños no patrimoniales o morales a “*los afectos anímicos o sufrimientos morales (aflicción, resentimiento, amargura, deseo, preocupación) y a los dolores físicos*”, considerando, por tanto, por tales “*el perjuicio ocasionado al sentimiento de bienestar físico o psíquico, o sea, sobre el daño que se resuelve en un dolor corporal o espiritual...*”, en *El Daño (Teoría general de la responsabilidad civil)*, traducción de la 2.ª ed. italiana y estudio preliminar por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, 1975, págs. 122 y 123.

desleal de la esposa también origina en el esposo una evidente frustración en sus expectativas de futuro en orden al mantenimiento de una relación familiar y paterno-filial estable.

Por otro lado, la infidelidad podría también afectar a la llamada “*parte social del patrimonio moral*”, que serían aquellos que atacan al individuo en su honor, reputación y consideración⁽⁸⁴⁾, según la publicidad que se le haya dado o con la que se haya cometido esa infidelidad o la trascendencia que haya tenido. En este sentido, algunos pronunciamientos judiciales afirman que la infidelidad afecta al “*honor y dignidad*” del cónyuge inocente, y como tal, podemos considerarla como un ataque o lesión a los derechos de la personalidad⁽⁸⁵⁾. También pudiera dar lugar a lo que la doctrina italiana denomina “*daño biológico o daño a la salud*”, consistente en “*las lesiones causadas a la integridad psicosomática de un sujeto con independencia de sus consecuencias o repercusiones de carácter patrimonial*”⁽⁸⁶⁾. Piénsese, v. gr., en la posibilidad de que el cónyuge inocente sufra una profunda depresión nerviosa o alteraciones o trastornos psicológicos o de otro orden que necesiten tratamiento facultativo, lo que no parece que pueda resultar extraño en quienes padecen tales situaciones. Cualquiera de los daños mencionados puede fundar en abstracto una obligación de indemnizar a cargo del causante.

Los daños morales son susceptibles de producirse, pero frente a lo afirmado por algún autor⁽⁸⁷⁾, no puede sostenerse o presumirse su existencia con

(84) Así, también MAZEAUD y TUNC, en ob. cit., pág. 425. También DE CUPIS, cuando señala que: “...los sufrimientos morales, las sensaciones dolorosas, no abrazan todos los daños que no son perjuicios patrimoniales, ya que, por ejemplo, la disminución del prestigio y de la reputación pública, constituye un daño no patrimonial independientemente del dolor o amargura del sujeto que la sufre”, y cuando considera como bienes no patrimoniales susceptibles de ser dañados el honor, así como: “...la tranquilidad de ánimo por la ausencia de preocupaciones económicas, el sentimiento de la dignidad personal y familiar...”, en ob. cit., pág. 123 y 125.

(85) En este sentido la AP de Zaragoza en sentencia de 19 de enero de 1987 señalaba que: “...habiendo aducido la actora como causa para pedir la separación la señalada como núm. 1.º del art. 82 CC, es decir la **infidelidad conyugal**, aparece evidente de la profusa prueba testifical obrante en autos que **el apelante incurrió en dicha causa al observar una conducta anómala manteniendo una relación con persona vecina y de otro sexo indudablemente lesiva para la dignidad de la esposa, conducta aquélla con trascendencia en el barrio donde los litigantes tienen su domicilio y fuera del mismo que no puede menos que reputarse como vejatoria o de menosprecio para la Sra...**”.

(86) Cita de DÍEZ-PICAZO, en *Derecho de Daños*, Madrid, 1999, pág. 328.

(87) ENTRENA KLETT afirma que el adulterio implica un evidente daño moral para el cónyuge, en *Matrimonio... cit.*, pág. 490.

carácter general por el mero hecho de producirse la conducta infractora⁽⁸⁸⁾. No puede afirmarse que como el incumplimiento de un deber conyugal genera, en todo caso, una frustración en el cónyuge afectado, siempre cabe la reparación del daño moral, ya que de pensar así su resarcimiento sería automático, pues bastaría con constatar la existencia de la frustración, inherente a todo incumplimiento matrimonial, para apreciar la existencia de un daño moral. El daño moral, como todo daño, requiere la prueba de la realidad del mismo. Teniendo en cuenta la problemática de la prueba de su *existencia*⁽⁸⁹⁾, en la medida de lo posible habrán de acreditarse y graduarse teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes⁽⁹⁰⁾. Así, por lo que se refiere al adulterio deberán entenderse no ocasionados daños morales en los supuestos en que sea el cónyuge inocente el que haya incitado, promovido o facilitado esa infidelidad, pues equivaldría al consentimiento del mismo. Son circunstancias o supuestos que habrán de tenerse en cuenta para la graduación del daño la trascendencia o publicidad de la infidelidad, el lugar de comisión (propio domicilio familiar del matrimonio u otro), la identidad del tercero (persona de la confianza, entorno, amigos o familia del otro cónyuge), antigüedad de las mismas, posición social de los cónyuges, grado de culpabilidad del ofensor, situación económica del mismo, etc.

(88) En este sentido también se pronuncia DÍEZ-PICAZO, en *Derecho... cit.*, pág. 329, entendiendo que este tipo de daños no debe ser simplemente presumido por los tribunales sino que “*debería ser objeto de algún tipo de prueba*”.

(89) DE CUPIS, frente a las objeciones de los adversarios del resarcimiento del daño no patrimonial, relativas a la prueba de la medida de tales daños y al problema de la prueba de su existencia, “*...como en aquellos daños no patrimoniales que consisten en sufrimientos morales (dolor psíquico) y que vienen condicionados a la respectiva sensibilidad individual*”, afirma que “*la prueba puede ser difícil pero no imposible. De aquí que esta objeción no constituya un argumento decisivo. Ni debe olvidarse que a veces es evidente la existencia del daño consistente en el dolor moral. Y además que el daño no patrimonial no se agota en el dolor, ya que en su más amplia acepción, como lesión de un interés personal no patrimonial, está íntimamente ligado a la violación del derecho de la personalidad en forma y manera tal que la prueba de su violación contiene en sí la prueba de su existencia*”, en ob. cit., pág. 763 y 764.

(90) La Audiencia Provincial de Zaragoza en sentencia de 19 de enero de 1987 consideraba lo siguiente: “*...habiendo aducido la actora como causa para pedir la separación la señalada como núm 1.º del artículo 82 del Código Civil, es decir, la infidelidad conyugal, aparece evidente de la profusa prueba testifical obrante en autos que el apelante incurrió en dicha causa al observar una conducta anómala manteniendo una relación con persona vecina y de otro sexo indudablemente lesiva para la dignidad de la esposa, conducta aquélla con trascendencia en el barrio donde los litigantes tienen su domicilio y fuera del mismo que no puede menos que reputarse como vejatoria o de menosprecio para la Sra...*”.

B) Daños patrimoniales

Más dudoso es que, de la infidelidad conyugal puedan derivarse directamente daños patrimoniales, aunque en el supuesto de originarse *daños a la salud*, en los términos antes señalados, se producirían daños al patrimonio del cónyuge inocente derivados de los gastos de curación: véase, gastos médicos, hospitalarios, farmacéuticos, etc.

Por lo que se refiere al caso de la sentencia que se comenta, el pago de alimentos por parte de un padre a unos hijos en la creencia de que eran tales como consecuencia del engaño de la esposa, que tuvo los citados hijos fruto de las relaciones extramatrimoniales habidas con un tercero, y de la ocultación dolosa de la paternidad de ese tercero, más que daños patrimoniales exigibles al cónyuge culpable, habrían de considerarse como pagos indebidos exigibles al declarado judicialmente como verdadero padre, como beneficiado de la ocultación, por vía del ejercicio judicial de una acción de enriquecimiento injusto en último extremo.

4. Resarcibilidad de los daños derivados de infidelidad conyugal

La sentencia comentada argumenta que al “*quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil*” no se asigna, en contra del infractor, efectos económicos, “*pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar*”. Esta argumentación no parece objetiva, convincente y válida, pues no realiza una distinción entre esas causas de alteración, que en ciertos casos pueden revestir especial gravedad. Cierto es que existen causas de alteración de esa convivencia leves o poco importantes —las más numerosas— que no justificarían una indemnización, ni que los cónyuges estuvieran demandándose de continuo ante los tribunales, cosa que haría incrementar los litigios por un aluvión de reclamaciones basadas en razones personales, originando una incertidumbre jurídica. Pero también es cierto que existen causas de alteración de la convivencia matrimonial especialmente graves o significativas, por antijurídicas y dañosas, que podrían justificar una indemnización. El matrimonio o la convivencia matrimonial no debiera ser considerado un coto cerrado donde se permita que los cónyuges puedan inferirse recíproca, impune y voluntariamente todo tipo de daños —morales y/o patrimoniales—, al no permitirse el resarcimiento judicial de los mismos. Lo contrario animaría quizás al cónyuge dañado, ante la imposibilidad de reclamar judicialmente, a emplear vías de hecho para resarcirse o vengarse, pudiendo fomentar incluso la actualmente tan denostada *violencia doméstica*. Habrá de tenerse en cuenta que no todo incumplimiento de

un deber conyugal supone una frustración o daño a las expectativas matrimoniales. Sólo podrán ser resarcidas las expectativas frustradas en la medida en que el incumplimiento sea relevante y grave, siempre que sobrepase un determinado grado de frustración. En definitiva, estimo que una alteración grave o significativa de la convivencia matrimonial que, implicando un incumplimiento relevante y grave de un deber conyugal, origine daños efectivos, sí es susceptible de reparación con arreglo a las normas comunes de la responsabilidad, que imponen al autor de un daño la obligación de reparar las consecuencias directas de su actuación culpable. A los tribunales les correspondería determinar caso por caso, como cuestión de hecho, los supuestos en que se produciría esa grave alteración de la convivencia matrimonial y el grado de frustración indemnizable. En el caso de la sentencia comentada, la conducta de la esposa, que al silenciar la verdadera paternidad de los dos hijos habidos del matrimonio crea una falsa apariencia de paternidad en perjuicio del marido, constituye una evidente causa grave de alteración de la convivencia matrimonial que origina daños en el marido que se concretan en el sufrimiento psíquico del mismo como consecuencia no sólo del descubrimiento posterior de no ser el padre biológico de los que creía sus hijos, sino también de verse privado de su paternidad jurídica después de haberse creado el vínculo afectivo. Lo anterior debiera obligar a indemnizar los daños causados, tanto si se considera la citada conducta como infidelidad conyugal o como infracción del más general deber de respeto mutuo. Lo cierto es que por parte de la esposa ha habido una infracción voluntaria de un deber jurídico, con plena consciencia de que realizaba un acto antijurídico, que debe generar necesariamente la obligación de reparar el daño causado.

Frente a lo afirmado por la sentencia comentada de que “...*el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna...*”, también cabe alegar lo siguiente a favor de su reparación:

1.º Los cónyuges también tienen derecho a la integridad moral, consagrado como derecho fundamental en el artículo 15 de la Constitución española, que se refiere a “*todos*” los ciudadanos sin hacer distinción según su estado civil. Así, pues, “*todos*” tenemos derecho al reconocimiento de la propia dignidad y al respeto y consideración por parte de los demás miembros de la comunidad. Los casados tienen derecho al reconocimiento de la propia dignidad, respeto y consideración también por parte de sus propios cónyuges, como así lo reconoce de forma expresa el legislador en los arts. 67 y 68 CC.

Ni la Constitución ni ninguna otra disposición legal matiza el derecho fundamental anterior en el sentido de que los cónyuges estén mutuamente exentos de respetar su integridad moral, sino, que muy al contrario, se plasma y desarrolla ese derecho tanto en el artículo 18.1 CE como en la Ley Orgánica

1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que en el apartado 3 del art. 9.º dice además que: “*La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida...*”. Actualmente la doctrina admite pacíficamente que el daño moral pueda ser objeto de reparación pecuniaria.

2.º La citada conclusión jurisdiccional podría vulnerar el principio general de nuestro ordenamiento jurídico “*alterum non laedere*” según el cual quien causa daño lo debe indemnizar. Nuestra doctrina, legislación y jurisprudencia admite con carácter general la resarcibilidad del daño moral por su causante sin prohibir ni excluir de forma expresa la reparación de ese daño en supuestos de infidelidad, teniendo, además, en cuenta que la indemnización, en el caso de los daños morales, no cumple una función punitiva sino meramente compensatoria⁽⁹¹⁾ o de proporcionar “*satisfacción*” al ofendido⁽⁹²⁾. Además, como se señala doctrinalmente⁽⁹³⁾, la jurisprudencia española muestra una tendencia sumamente expansiva o abierta en la apreciación de los daños morales inferidos a la persona⁽⁹⁴⁾.

(91) La sentencia de la sala 1.ª del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1984 afirma que “*...la reparación del daño o sufrimiento moral, que si bien no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar, en la medida de lo humanamente posible, una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado*”.

Por su parte la sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1990 afirma que “*El verdadero daño moral causante de responsabilidad civil, que no implica al tiempo repercusión económica, impide hablar de reparación —que no cabe—, sino de indemnización compensatoria, por vía de sustitución*”.

(92) En este sentido PUIG BRUTAU en *Fundamentos... cit.*, tomo II, vol. III, *Enriquecimiento injusto-responsabilidad extracontractual-derecho a la intimidad*, Barcelona, 1983, pág. 186; y ROCA TRÍAS en *Derecho de Daños*, Valencia, 1996, pág. 109.

(93) Así DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, en *Sistema... cit.*, pág. 601; y LÓPEZ JACOISTE, J.J. en *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, en «Anuario de Derecho Civil», Tomo 39, Fascículo 4, octubre-diciembre 1986, pág. 1.102 y ss.

(94) Efectivamente, la jurisprudencia española acoge la necesidad de indemnizar la lesión de los sentimientos de afecto familiar o de los nacidos de una estrecha amistad en caso de muerte; los dolores físicos y sufrimientos en los sentimientos afectivos (STS de 9 de febrero de 1988) ocasionados por las lesiones; y la honra, el honor, la fama y consideración social. También se considera indemnizable la frustración o ruptura de la confianza que suponen los casos de incumplimiento contractual dentro del curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva (STS de 9 de mayo de 1984); “*el ansia, la inquietud, la preocupación, el deshonor, la tristeza y la melancolía*” (STS 2.ª de 29 de junio de 1987); el sufrimiento y lesión a la sensibilidad

3.º El carácter extrapatrimonial de la fidelidad conyugal, al igual que ocurre con los llamados derechos de la personalidad, no supone que su lesión o violación por el otro cónyuge no comporte consecuencia patrimonial alguna.

4.º La idea de indemnización o resarcimiento por daños derivados de relaciones familiares, en los supuestos de crisis matrimoniales, no es ajena o extraña en nuestro Derecho positivo, como lo constituye:

a) Por una lado, la denominada pensión compensatoria del art. 97 CC, que tiene un evidente carácter indemnizatorio, que incluso no exige la mala fe o culpabilidad del cónyuge obligado a prestarla, por lo que se configura como un supuesto de responsabilidad objetiva⁽⁹⁵⁾. El legislador viene a reconocer que los casos de crisis matrimonial pueden originar daños patrimoniales objetivos e indemnizables en uno de los cónyuges. El daño resarcible lo constituiría la existencia de un desequilibrio económico patrimonial producido por la separación o el divorcio basado en criterios objetivos. Por ello, estimamos acertada la fundamentación de la sentencia comentada cuando excluye de esta *pensión compensatoria* la posibilidad de resarcir los daños derivados del quebrantamiento de los deberes conyugales, que a mi juicio pueden ser objeto de reclamación de forma autónoma e independiente del art. 97 CC.

b) Por otro lado, la específica indemnización prevista, en los casos de nulidad matrimonial, en el art. 98 CC en favor del contrayente de buena fe si

artística como consecuencia de desperfectos y minoraciones en cuadros (STS de 3 de junio de 1991). En el ámbito de las Audiencias también se ha considerado indemnizable, el deterioro de la relación matrimonial basado en un estado de ánimo abatido, preocupación e incertidumbre por el incremento sorpresivo de la familia en dos nuevos miembros que repercute en la tranquilidad, sosiego, relajación y equilibrio de las relaciones maritales, paterno-filiales, sociales y laborales (SAP de Badajoz, Secc 2.ª, 22 de abril de 1991).

⁽⁹⁵⁾ En este sentido se pronuncian autores como ROCA TRÍAS, E., en *Comentario... cit.*, tomo I, Madrid, 1993, pág. 403; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., en *Doctrina... cit.*, pág. 303; FOSAR BENLLOCH, E., en *Estudios de Derecho de Familia*, tomo 2, vol. 1, Barcelona, 1982, pág. 406; PASTOR ÁLVAREZ, María del Carmen, en *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia, 1998, págs. 146 y 147; MARIN GARCÍA DE LEONARDO, Teresa, en *La temporalidad de la pensión compensatoria: Una realidad de nuestro tiempo*, Valencia, 1997, págs. 47 y ss.; PADIAL ALBÁS, A., en *La obligación... cit.*, págs. 200 y 201; LALANA DEL CASTILLO, Carlos E., en *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Barcelona, 1993, pág. 33; y GARCÍA CANTERO, G., que incluso afirma que no cree “*que el art. 97 se proponga eliminar la indemnización por daño moral al menos cuando ello se traduce en consecuencias patrimoniales*”, en *Comentario a los arts. 97 a 101 del CC, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1982, págs. 431 y 432. Por su parte la STS de 29 de junio de 1998 (RJ 5138) afirma que “*...la naturaleza de la pensión compensatoria no es alimenticia sino que constituye un supuesto de resarcimiento del perjuicio objetivo sufrido a causa de la separación o el divorcio y sin vinculación con ninguna idea de responsabilidad por culpa.*”

hubiera existido convivencia conyugal, para ser resarcido de los daños ocasionados por la celebración del matrimonio declarado nulo, incluyéndose también el daño moral, cuya acción puede dirigirse, no sólo contra el otro cónyuge, sino también contra el tercero que dio causa a la nulidad del matrimonio ⁽⁹⁶⁾. En este último caso, el cónyuge de buena fe también tiene a su favor, de un lado, la solución patrimonial prevista en los art. 95.II y 1395 CC, que también tiene carácter de resarcimiento indemnizatorio, y que permite al cónyuge de buena fe impedir al de mala fe la participación en sus ganancias, y, por otro lado, todo daño que pudiera haber sufrido el cónyuge de buena fe puede ser reclamado a través de los cauces generales establecidos en el art. 1902 CC o la consecuente a los casos de dolo ⁽⁹⁷⁾.

Si con base en los arts. 98 y 95.II CC el cónyuge que no provoca la causa de nulidad matrimonial tiene derecho a ser resarcido por el otro cónyuge que a observado una conducta contraria a las normas de la buena fe, no veo la razón para que no se reconozca también una indemnización a cargo del cónyuge que con mala fe haya quebrantado su deber de fidelidad y provocado daños al otro cónyuge, entendiendo que la infracción del deber de fidelidad únicamente se puede producir mediante una actuación intencionada y deliberada contraria a la buena fe.

5.º En todo caso, la existencia de una lesión del derecho de fidelidad conyugal —como en general ocurre con la lesión de cualquier derecho— debe abrir al cónyuge perjudicado la indemnización cuando el daño se haya produci-

⁽⁹⁶⁾ Vid. HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, María Dolores, en *El deber de indemnizar por declaración de nulidad del matrimonio*, en *Revista Poder Judicial*, n.º 34, junio-1994, págs. 275, 276 y 278. Para DE ÁNGEL YAGUEZ, en caso de declaración de nulidad de un matrimonio el cónyuge inocente puede reclamar un indemnización o reparación del daño, incluso moral, por el cauce de la responsabilidad extracontractual, además de la indemnización prevista en el artículo 98 CC, en *Indemnización... cit.*, pág. 717.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. ROCA TRÍAS, E., en *Comentario... cit.*, pág. 405 y 407. También RUIZ RICO, Juan, afirma que el artículo 1902 CC proporciona otra vía para fundar una pretensión indemnizatoria relacionada con la invalidez del matrimonio “*respecto de otros daños no ligados directamente con la convivencia conyugal, como son, en particular, aquellos que experimente el cónyuge de buena fe a raíz de la declaración de nulidad del matrimonio (sufrimientos, frustraciones o alteraciones psíquicas experimentadas por el cónyuge de buena fe, descenso en el nivel de vida mantenido hasta entonces, pérdida de las expectativas de derechos legítimos y de pensiones...)*, siempre que demuestre su existencia y el otro cónyuge sea culpable de los mismos”, invocando a su favor la STS de 10 de marzo de 1992, en *La indemnización por nulidad del matrimonio. Fundamento, presupuestos y alcance*, en *Revista Poder Judicial* n.º 36, diciembre-1994, págs. 210, 214 y 215.

Sobre la indemnización prevista en el art. 98 CC se ha pronunciado el Tribunal Supremo en las sentencias de 26 de noviembre de 1985 y 11 de diciembre de 1992.

do. En el caso comentado, no cabe duda de que el comportamiento de la esposa, no es una mera incidencia doméstica o alteración matrimonial, sino un grave y reprochable engaño que crea una falsa apariencia de paternidad respecto de sus dos hijos y origina unos evidentes daños morales en el esposo que deben ser indemnizados.

5. Reclamación por vía de responsabilidad contractual

Respecto a la vía para reclamar la responsabilidad civil, en el supuesto de reclamación contra el cónyuge infractor, parece que la correcta sería a través del art. 1101 CC, esto es, como responsabilidad contractual, al tener los deberes conyugales el carácter de contractuales. La clarificación de esta cuestión es importante dado el diferente régimen jurídico a que están sometidas la responsabilidad civil contractual y extracontractual, cuyo ejercicio de acciones está sometido al plazo prescriptivo de quince años, art. 1964 CC, en el primer caso, y al de un año, art. 1968 CC, en el segundo.

El matrimonio, según la concepción doctrinal dominante, es un negocio jurídico de Derecho de familia⁽⁹⁸⁾. Aunque la naturaleza del matrimonio trasciende de su concepción meramente contractual⁽⁹⁹⁾ para configurarse como convenio negocial o institución, lo cierto es que ese carácter de verdadero negocio jurídico, derivado de la prestación mutua de consentimiento dirigida a un proyecto común por parte de los cónyuges, lo sitúa dentro de la amplia órbita de la responsabilidad civil contractual u *obligacional*, que comprende otros supuestos distintos del contrato en sentido estricto, siempre que haya un ligamen o vínculo jurídico cualquiera que sea su fuente. La Jurisprudencia, cuando delimita la responsabilidad contractual de la extracontractual, señala claramente que el origen de la responsabilidad contractual se encuentra en la existencia o no de una relación jurídica preexistente entre el autor del daño y el que lo ha

⁽⁹⁸⁾ Véase DÍEZ-PICAZO y GULLÓN en *Sistema...*

⁽⁹⁹⁾ SANCHO REBULLIDA afirma que “*el matrimonio es un contrato...*”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo II, Edersa, 1978, pág. 189. ALBALADEJO, Manuel, afirma que no hay inconveniente en decir que el matrimonio es un contrato, considerándolo ampliamente en el sentido de “*acuerdo de voluntades o negocio jurídico bilateral; pero no en su acepción rigurosa, que se reduce a los acuerdos de voluntades en materia patrimonial.*”, en *Curso de Derecho Civil*, Tomo IV, *Derecho de Familia*, 3.ª de Barcelona, 1987, pág. 31.

sufrido, entre las que cabría incluir no sólo los contratos sino cualquier otro negocio o vínculo jurídico⁽¹⁰⁰⁾.

Una vez situada la infracción de los deberes conyugales dentro de la esfera de la responsabilidad civil contractual u *obligacional*, habría que plantearse si los daños morales contractuales son susceptibles de ser indemnizados. Al efecto habrá de tenerse en cuenta que, aunque nuestro Código Civil no se ha pronunciado expresamente sobre la indemnización del daño moral contractual, la doctrina y jurisprudencia española contemporánea se muestra claramente favorable a su reparación⁽¹⁰¹⁾. Más específicamente, en nuestra legislación especial, el artículo 11.1 de la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados, regula la responsabilidad de los organizadores y detallistas de viajes combinados por los “*daños*”, término en el que deben entenderse comprendidos también los daños morales, sufridos por el consumidor a consecuencia del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato⁽¹⁰²⁾.

En caso de adulterio, también podrá dirigirse la reclamación contra el tercero que mantuvo relaciones con el cónyuge infractor, fundamentalmente cuan-

(100) Véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1983, 26 de enero de 1984, 3 de febrero de 1989 y la de 2 de enero de 1990. Según la sentencia de 26 de enero de 1984, “...*la culpa contractual puede ir precedida de una relación jurídica que no sea un contrato, sino de otra clase, como la comunidad de bienes, o una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado; debiendo tenerse en cuenta que, aunque no haya obligación derivada de contrato, si hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del art. 1902 CC, pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual*”. Por su parte la sentencia de 2 de enero de 1990 afirma que “*No es bastante que haya un contrato (o una preexistente relación de otra naturaleza) entre las partes, para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana (extracontractual), sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado...*”.

(101) En este sentido véase, DÍEZ-PICAZO, en *Derecho... cit.*, pág. 329; IZQUIERDO TOLSADA, Mariano, cuando señala que: “*A mi entender, no sólo es resarcible el daño moral contractual, sino que para obtener el resarcimiento deberían ser más que suficientes las normas contractuales*” y “*Actualmente, si bien no se puede decir que exista en nuestro país una jurisprudencia copiosa al respecto, cada vez son más las opiniones que entienden resarcible el daño moral contractual*”, en *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, 1992, pág. 229; GARCÍA LÓPEZ, en *Responsabilidad civil por daño moral. Doctrina y Jurisprudencia*, pág. 323 y ss.; SANTOS BRIZ, en *Derecho de Daños*, pág. 144 y ss; ÁLVAREZ VIGARAY, en *La responsabilidad por daño moral*, ADC, 1966, pag. 87 y ss. Por su parte, el Tribunal Supremo, en sentencias de 9 de mayo de 1984 (RJ 2403) y 13 de diciembre de 1984 (RJ 6111), ha admitido la resarcibilidad del daño moral contractual.

(102) Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, en *Daño moral por incumplimiento del contrato de viaje*, Revista *Poder Judicial*, n.º 40, 1996, pág. 421.

do conociendo su estado civil se interfiere perturbando y quebrantando la paz familiar. En este caso la reclamación habrá de formularse por el cauce del art. 1902 CC, esto es, como responsabilidad civil extracontractual.

V. CONCLUSIONES

1.^a El deber de fidelidad conyugal, además de un deber moral, es un verdadero deber jurídico en toda su extensión o facetas, fundamentalmente tras la Ley de 7 de julio de 1981.

2.^a El deber de fidelidad conyugal constituye una obligación legal jurídicamente exigible, cuyo incumplimiento tiene una indudable trascendencia civil, a través de las específicas sanciones que contempla nuestra legislación civil, y no sólo repercusión ético-social como afirma la sentencia comentada.

3.^a Como específicas sanciones civiles de la infidelidad conyugal se prevé por el legislador no sólo su consideración como causa culposa de separación matrimonial en el art. 82.1.^a CC, sino también como causa de desheredación en el art. 855.1.^a, de pérdida del derecho de alimentos en el art. 152.4.^o CC y de revocación de donaciones hechas por razón de matrimonio por ingratitud según el art. 1343 CC.

4.^a La infidelidad conyugal considerada como lesión de un derecho puede dar lugar a la producción de daños patrimoniales y morales —concebidos éstos incluso en sentido estricto— indemnizables, de forma autónoma e independiente de la pensión compensatoria regulada en el art. 97 CC. En países de nuestro entorno como Francia se admite la indemnización de daños patrimoniales y morales a cargo del cónyuge culpable de la separación o divorcio.

5.^a La vía adecuada para la reclamación de los citados daños será la de la denominada responsabilidad civil contractual u *obligacional*.

6.^a Por último, la sentencia comentada no da una razón objetiva y válida que justifique la exclusión de la toma en consideración del daño moral procedente de la infracción del deber de fidelidad, como susceptible de indemnización, ya sea en el campo contractual o extracontractual.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. PATRIA POTESTAD

1. Régimen de visitas.

Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia n.º 141/2000, de 29 de mayo.

Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás Vives Antón.

Vulneración del derecho a la libertad de creencias cuando se restringe el derecho de visitas a un padre, miembro del movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, en base únicamente a su pertenencia a dicho movimiento espiritual, sin prueba alguna sobre riesgos o perjuicios para sus hijos menores de edad.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha de 18 de mayo de 1995, doña Carmen formuló demanda de separación matrimonial contenciosa contra don Pedro, en la que entre otros extremos señalaba que desde la incorporación de su esposo al denominado “Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España”, este había hecho dejación de sus obligaciones familiares, “presionando” a su esposa para que se adhiriera a dicha organización, condicionando las relaciones íntimas de la pareja a los preceptos de dicha organización e incluso abandonando el hogar conyugal para residir en otra vivienda propiedad de la sociedad de gananciales. Entre las medidas solicitadas se interesaba la restricción del régimen de visitas de don Pedro a los dos hijos habidos en el matrimonio, ambos menores de edad (de 5 y 12 años), como consecuencia de su pertenencia a dicho movimiento y por el proselitismo que de su ideario hacía

tanto para con su esposa como para con sus hijos “por su deseo de liquidar sus bienes e ir a vivir con sus compañeros de militancia”, resultando conveniente, “mantener a los menores al margen de cualquier tipo de adoctrinamiento que les pueda acarrear perjuicios en su desarrollo psicológico y en su educación”. Se solicitaba también un régimen de visitas en fin de semana atendiendo al “peculiar hábito alimenticio que sigue el padre según los preceptos del movimiento al que pertenece”.

- D. Pedro contestó a la demanda y reconvino, oponiéndose en particular a las restricciones al régimen de visitas solicitadas por su esposa, manifestando que de ningún modo había hecho proselitismo de sus creencias en el seno de su familia, y que su conducta en todo caso resultaba amparada por el ejercicio de la libertad religiosa garantizada en el art. 16 CE. A su juicio, la causa de la ruptura matrimonial estaba en el desafecto entre ambos cónyuges y el deterioro de sus relaciones, hasta el punto de haber motivado su traslado a otra vivienda propiedad del matrimonio. Junto con la contestación a la demanda, aportó copia de los Estatutos del “Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España”, inscrita en el Registro de Asociaciones, según diligencia de 4 de febrero de 1991 del Ministerio del Interior y un folleto explicativo del fin social y las actividades de dicha asociación.
- Entre las diversas pruebas practicadas en el proceso civil, debe señalarse por su relevancia para el presente recurso de amparo, el Informe del Equipo Psicosocial, de 8 de noviembre de 1995, en el cual se concluye que aunque el padre no ha supuesto una influencia negativa para la educación y socialización de los menores, sí se han advertido síntomas de alteración emocional o pérdida de capacidad de percepción de la realidad. Por ello, el Informe también constató que no se habían apreciado razones en contra para que la relación paterno-filial se desarrollase mediante un régimen ordinario de visitas. No obstante, se advierte en dicho Informe, que de la información obrante en autos sobre la asociación podría desprenderse el carácter de “secta destructiva” de la misma “y, en consecuencia, la relación de los niños con la misma tendría un potencial efecto, negativo en su desarrollo, por lo que se estima debería evitarse dicho contacto excluyéndolo, explícitamente, en la regulación del régimen de visitas”.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Valencia dictó Sentencia el 11 de diciembre de 1995 estimando parcialmente la demanda y la reconvención formuladas por ambos cónyuges, declarando la separación matrimonial dada la ausencia de “affectio maritalis” entre ambos, incumpliendo sus deberes de respeto, ayuda y mutuo socorro (fundamento de derecho 2.^o). La Sentencia acordó también la disolución de la sociedad de gananciales y las siguientes medidas sobre los hijos menores: atribuir su guarda y custodia a la esposa, compartiendo ambos progenitores la patria potestad, y estableciendo como régimen de visitas a favor del padre los fines de semana alter-

nos desde las 20 horas del viernes hasta las 20 horas del domingo, la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa, Fallas y de verano, añadiendo, “con prohibición expresa al padre de hacer partícipe a sus hijos de sus creencias religiosas así como la asistencia de los menores a cualquier tipo de acto que tenga relación con aquéllas”.

- D.^a Carmen apeló la Sentencia de instancia, impugnando la cuantía de la pensión de alimentos acordada para los hijos del matrimonio y lo relativo a las medidas adoptadas para preservar a los menores de las creencias y actividades de su padre como miembro del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España, al tenerlas por insuficientes, invocando a tal efecto el art. 27.3 CE.
- La Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, dictó Sentencia el 24 de octubre de 1996 estimando parcialmente el recurso de apelación, acordando respecto del régimen de visitas su limitación a fines de semana alternos desde las 10 horas hasta las 20 horas, sábados y domingos, sin pernoctar en domicilio del apelado, suprimiendo todos los períodos vacacionales. Razona la Audiencia Provincial que no cabía duda sobre la incompatibilidad entre la “vida interior y la exterior” del padre, “colisionando con la forma de vida actual”, lo que a juicio del órgano judicial, hacía preciso examinar si concurrían en el caso circunstancias de tal gravedad como para aconsejar la limitación de su régimen de visitas a los hijos, menores de edad. A la vista del Informe del Equipo Psicosocial que constaba en las actuaciones, la organización a la que el padre podía ser considerada una “secta destructiva”, en contra de lo alegado por éste quien la calificó de “Asociación religiosa”, lo que llevaba en aquel Informe a concluir la conveniencia de que, si bien habían de mantenerse las relaciones paterno-filiales, el régimen de visitas debiera someterse a ciertas restricciones para preservar a los menores de dicha organización.
- D. Pedro interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional con los siguientes pronunciamientos: 1.^o Declarar que ha sido lesionada la libertad ideológica (art. 16.1 CE) de don Pedro y 2.^o Restablecer al recurrente en el pleno disfrute de su derecho fundamental y, a tal fin, anular parcialmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Séptima, de 24 de octubre de 1996, recaída en autos del juicio de separación, únicamente en lo relativo a las medidas restrictivas del derecho de visitas del recurrente en amparo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente en amparo impugna la Sentencia de la Audiencia Provincial, al considerar que la misma ha vulnerado su derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1

CE) al restringir su régimen de visitas a sus hijos menores con motivo de su pertenencia al Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España. A su juicio, el derecho de visitas no tiene por finalidad satisfacer los deseos de los padres, sino el interés del menor y la garantía y protección que merece su desarrollo personal equilibrado y armónico, para lo que el contacto cotidiano con sus progenitores es indispensable. A partir de este criterio general, el art. 94 CC permite la limitación del derecho de visita sólo en el caso de que concurran circunstancias reales y ciertas de suma gravedad que puedan afectar a aquel desarrollo adecuado de la personalidad del menor. Por ello, resulta indispensable que se produzca semejante perjuicio y que éste pueda interferir en el desarrollo personal del menor para fundar la limitación del derecho de visita. De no probarse la concurrencia palmaria e inequívoca de tan excepcionales circunstancias debe primarse el espíritu de la norma. Al hilo de lo dicho, concluye el demandante de amparo, que la mera pertenencia a la mentada Asociación ha llevado a la Audiencia Provincial, con conculcación del art. 16 CE, a considerar que ha habido una colisión con la formación ya recibida por los menores, aconsejando se mantenga la acordada en su día por ambos progenitores. Aduce el recurrente sobre este extremo que no se ha probado en las actuaciones que en efecto hubiese tal acuerdo entre los cónyuges y que la educación elegida hubiese sido la cristiana, sin que deba soslayarse, sigue diciendo, que en este caso ambos progenitores profesan creencias diversas y, justamente, esta diversidad puede aumentar la riqueza de la formación de los menores con el conocimiento de diferentes creencias, por lo que no es conforme a la Constitución limitar el contacto paterno-filial por mostrar un criterio ideológico y religioso diverso al de la madre. No se ha probado tampoco la existencia de hechos graves que entorpezcan o menoscaben el adecuado desarrollo personal de los menores, ni se ha acreditado que la pertenencia del recurrente al Movimiento Gnós-

tico citado haya perjudicado o impedido dicho desarrollo, sin que le sea exigible la “prueba diabólica” de que, en efecto, no los perjudicó. Por todo ello, la Resolución de la Audiencia Provincial habría vulnerado su libertad ideológica y de religión.

La Audiencia Provincial, ante el conflicto planteado entre las partes, pues una, el apelado, invocó el art. 16 CE, y la otra, la apelante, hizo lo propio con el art. 27.3 CE (derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones), al considerar el primero que la restricción del régimen de visitas por razón de su profesión en la mentada asociación vulneraría su libertad ideológica y religiosa, y argüir la segunda que el régimen de visitas estipulado en la instancia resultaba insuficiente al poder producirse en su desarrollo la lesión de su derecho garantizado en el art. 27.3 CE, pues de hecho los menores ya habían asistido a alguna de las reuniones del Movimiento Gnóstico, fundó su fallo en los siguientes términos:

“A la vista del conjunto de actuaciones, y de la causa inmediata de la separación, cese de la convivencia por incompatibilidad ideológica-religiosa con la apelante, sin que haya existido posibilidad de continuar en la convivencia pese a esa dualidad de creencias, este órgano debe tutelar el derecho de los menores de que su formación, religiosa y moral, continúe desarrollándose en la forma que ambos progenitores decidieron de común acuerdo, precisando que no pueden ser sometidos los menores a dos tipos de formación moral, totalmente incompatibles entre sí, mas como este órgano ha formado una convicción de que el apelado no separa en su relación con los menores sus vivencias en el referido Movimiento Gnóstico Cristiano Universal, y que el contenido ideológico del mismo, puede afectar psíquicamente a los dos hijos menores, dada la invocación a planteamientos ideológicos esotéricos (oculto, sólo perceptible para iniciados), el desdoblamiento Astral en una quinta dimensión,

el culto desmesurado al Fundador, la teoría sobre las relaciones sexuales como algo nocivo, etc., debe imponerse una restricción superior a la establecida en la sentencia de instancia, de forma tal que no exista la posibilidad de asistencia y participación de los menores en el Movimiento, y que la apelante, a quien se le ha atribuido la Guarda y Custodia, pueda tener una continua comunicación con los menores, de ahí que se supriman todos los períodos vacacionales, y que los fines de semana alternos se desarrollaran a elección del apelado, desde las 10 horas hasta las 20 horas del sábado y domingo, sin que pernocten en el domicilio del apelado, por lo que debe estimarse en parte el recurso en este particular”.

El Ministerio Público inicia sus alegatos señalando que, aun cuando no se ha impugnado la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, considera que debe paliarse esta deficiencia de la demanda, ampliando, si éste fuere el caso, el fallo de la Sentencia de amparo que estimase la violación del art. 16 CE a la de instancia, pues también incurriría en la misma infracción que se le reprocha a la de la Audiencia Provincial. A continuación sigue razonando el Fiscal, coincidiendo con el demandante de amparo en este extremo, que en el caso no se han acreditado las concurrencias de las graves circunstancias que con arreglo al art. 94 CC autorizan al Juez para la limitar la relación paterno-filial, lo que, en el caso de autos, supuso también la infracción del art. 16 CE al acordar un poder público la limitación al régimen de visitas con ocasión de la ideología del recurrente como miembro del Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España.

El Ministerio Fiscal acude a la doctrina del Tribunal Constitucional (con cita de las SSTC 20/1990, 120/1990, 137/1990 y ATC 19/1992) para recordar que éste ha señalado que la libertad ideológica del art. 16 CE posee una dimensión externa consistente en el derecho a actuar acorde con las propias creencias, sin que por ello pueda recibirse perjuicio alguno, operando el art. 16 como

una cláusula de indemnidad frente a los actos de los poderes públicos. Como también se dijo en esa jurisprudencia que debían ponderarse los intereses en presencia. Pues bien, aduce el Ministerio Fiscal, en el caso de autos, tanto el Juzgado como la Audiencia, imponen al ahora demandante de amparo un deber de abstención de hacer partícipes a sus hijos de sus creencias fundado únicamente en el hecho de profesar en el citado Movimiento sin prueba fehaciente que sustente lo dañoso de esa influencia y sin fundamento legal para dicha restricción. Arguye el Fiscal que la Audiencia Provincial en particular no tuvo en cuenta la libertad ideológica del recurrente (art. 16 CE), sino que estribó toda su argumentación en el derecho a la educación invocado por la esposa y madre de los menores (art. 27.3 CE), sin ponderar ambos derechos; no examinó la prueba practicada y sí sus resultados demostraban efectivamente lo pernicioso de la creencia y de su influencia en los menores, además de que la Audiencia apoyó su fallo en un posible daño futuro, y no sobre la acreditación de un daño real y actual.

Concluye el Ministerio Fiscal señalando que los órganos judiciales no han hecho en sus Sentencias, sino sancionar al ahora demandante de amparo con ocasión de sus creencias religiosas, sin que dicha restricción a su libertad ideológica y religiosa se funde en la acreditación de un daño realmente existente para el desarrollo personal de los menores, sino que parte del riesgo de un daño potencial en su formación.

La libertad de creencias, sea cual sea su naturaleza, religiosa o secular, representa el reconocimiento de un ámbito de actuación constitucionalmente inmune a la coacción estatal garantizado por el art. 16 CE, “sin más limitación, en sus manifestaciones, que las necesarias para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. Ampara, pues, un “agere” licere consistente, por lo que ahora importa, en profesar las creencias que se desee y conducirse de acuerdo con ellas, así como mantenerlas frente a terceros

y poder hacer proselitismo de las mismas. Esa facultad constitucional tiene una particular manifestación en el derecho a no ser discriminado por razón de credo o religión, de modo que las diferentes creencias no pueden sustentar diferencias de trato jurídico (SSTC 1/1981, de 26 de enero F. 5; AATC 271/1984, de 9 de mayo; 180/1986, de 21 de febrero; 480/1989, de 2 de octubre; 40/1999, de 22 de febrero; STEDH Caso Hoffmann §§ 33 y 36, por remisión del § 38), posee una distinta intensidad según se proyecte sobre la propia conducta y la disposición que sobre la misma haga cada cual, o bien lo haga sobre la repercusión que esa conducta conforme con las propias creencias tenga en terceros, sean éstos, el propio Estado o los particulares, bien pretendiendo de ellos la observancia de un deber de abstenerse de interferir en nuestra libertad de creencias o bien pretendiendo que se constituyan en objeto y destinatarios de esas mismas creencias. Cuando el art. 16.1 CE se invoca para el amparo de la propia conducta, sin incidencia directa sobre la ajena, la libertad de creencias dispensa una protección plena que únicamente vendrá delimitada por la coexistencia de dicha libertad con otros derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Sin embargo, cuando esa misma protección se reclama para efectuar manifestaciones externas de creencias, esto es, no para defenderse frente a las inmisiones de terceros en la libertad de creer o no creer, sino para reivindicar el derecho a hacerles partícipes de un modo u otro de las propias convicciones e incidir o condicionar el comportamiento ajeno en función de las mismas, la cuestión es bien distinta.

Desde el momento en que sus convicciones y la adecuación de su conducta a las mismas se hace externa, y no se construye a su esfera privada e individual, haciéndose manifiesta a terceros hasta el punto de afectarles, el creyente no puede pretender, amparado en la libertad de creencias del art. 16.1 CE, que todo límite a ese comporta-

miento constituya sin más una restricción de su libertad infractora del precepto constitucional citado; ni alterar con el solo sustento de su libertad de creencias, el tráfico jurídico privado o la obligatoriedad misma de los mandatos legales con ocasión del ejercicio de dicha libertad, so pena de relativizarlos hasta un punto intolerable para la subsistencia del propio Estado democrático de Derecho del que también es principio jurídico fundamental la seguridad jurídica (SSTC 160/1987, de 27 de octubre, FF. 3, 20/1990, F. 3 y 4). El derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente; pero el derecho a manifestar sus creencias frente a terceros mediante su profesión pública, y el proselitismo de las mismas, suma a los primeros los límites indispensables para mantener el orden público protegido por la Ley. Los poderes públicos conculcarán dicha libertad, por tanto, si la restringen al margen o con infracción de los límites que la Constitución ha previsto; o, aun cuando amparen sus actos en dichos límites, si perturban o impiden de algún modo la adopción, el mantenimiento o la expresión de determinadas creencias cuando exista un nexo causal entre la actuación de los poderes públicos y dichas restricciones y éstas resulten de todo punto desproporcionadas (SSTC 120/1990; 137/1998; SSTEDH Caso Hoffmann § 36; Caso Manoussakis §§ 47, 51 y 53; Caso Larissis § 54).

La libertad de creencias encuentra, por otra parte, su límite más evidente en esa misma libertad, en su manifestación negativa, esto es, en el derecho del tercero afectado a no creer o a no compartir o a no soportar los actos de proselitismo ajenos (SSTEDH Casos Kokkinakis §§ 42 a 44 y 47; Caso Larissis §§ 45 y 47); así como también resulta un evidente límite de esa libertad de creencias la integridad moral (art. 15 CE) de quien sufra las manifestaciones externas de su profe-

sión, pues bien pudiera conllevar las mismas una cierta intimidación moral, en incluso tratos inhumanos o degradantes (SSTC 2/1982, de 29 de enero, F. 5; 120/1990, F. 8; 215/1994, del 14 de julio, F. 4; 332/1994, de 29 de diciembre, F. 6; 137/1997, de 21 de julio, F. 3; AATC 71/1992, de 9 de marzo, F. 3; 333/1997, de 13 de octubre, F. 5; SSTEDH Caso Kokkinakis § 48; Casos Larissis § 53).

A la vista de lo dicho, cumple examinar si la resolución judicial impugnada impuso un límite justificado en aras de un fin constitucionalmente legítimo a la libertad de creencias del recurrente y, en su caso, si lo aplicó de modo proporcionado al sacrificio de dicha libertad.

Desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162.1, 322 y 323 CC o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así pues, sobre los poderes públicos, y muy en especial sobre los órganos judiciales, pesa el deber de velar por que el ejercicio de esas potestades por sus padres o tutores, o por quienes tengan atribuida su protección y defensa, se haga en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el “superior” del niño (SSTC 215/1994, de 14 de julio; 260/1994, de 3 de octubre; 60/1995, de 17 de marzo; 134/1999, de 15 de julio; STEDH Caso Hoffmann).

En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE).

Tratándose, como se trata en el caso de autos, de la supuesta afectación de dos menores de edad por las prácticas de su padre de conformidad con sus creencias, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia, que son de aplicación en España. Y, entre ellas, muy en particular, la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (ratificada por España por instrumento de 30 de noviembre de 1990) y la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo (Resolución A 3-0172/1992 de 8 de julio), que conforman junto con la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, vigente al tiempo de la Sentencia de apelación, el estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 39 CE, y muy en particular, en su apartado 4.º A estos efectos, el estatuto del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos, que constituye un legítimo límite a la libertad de manifestación de las propias creencias mediante su exposición a terceros, incluso de sus progenitores.

Así, el art. 14 de la Convención de Derechos del Niño dispone que “los Estados Par-

tes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”. Añadiendo en sus apartados 2.º y 3.º que “los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades” y “la libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás” (apartados 25 y 27 del § 8 de la Carta Europea).

Por lo tanto, ha de concluirse que el sacrificio de su libertad de creencias impuesto al recurrente por la Sentencia de la Audiencia Provincial que aquí se impugna, obedeció a una finalidad constitucionalmente legítima. Estamos ante una limitación de la libertad de creencias de un padre, consistente en una restricción adicional del régimen de visitas que, al hallarse dirigida a tutelar un interés que constitucionalmente le está supraordenado no resulta, desde la perspectiva de su finalidad, discriminatoria.

Esto sentado, debe decirse desde ahora que la desproporción de las medidas adoptadas por la Audiencia Provincial conduce directamente a la conclusión contraria, esto es, a afirmar que el recurrente ha sido discriminado en virtud de sus creencias y, por lo tanto, a la estimación del amparo. Esa desproporción se pone en evidencia con sólo comprobar que, como ha aducido el demandante de amparo, falta toda justificación de la necesidad de las medidas restrictivas adicionales adoptadas por la Audiencia Provincial, habida cuenta de que los riesgos que para los menores pudieran dimanar de sus creencias habían sido ya prevenidos con la prohibición, adoptada en instancia, de hacer partícipes de ellas a sus hijos, sin que conste en absoluto que tal prohibición hubiese sido violada, ni siquiera que hubiese riesgo de que lo fuese.

Por lo tanto, y dado el canon estricto a que deben someterse las restricciones de la libertad de creencias, que comporta la atribución, a los poderes públicos que las impongan de la carga de justificarlas, ha de concluirse, a falta de tal justificación, que la restricción del régimen de visitas impuesta por la Audiencia Provincial constriñe indebidamente la libertad de creencias del recurrente.

En efecto, la Sentencia de apelación ha supuesto un cambio cualitativo en la restricción de la libertad de creencias sufrida por el demandante de amparo, que ha excedido los contenidos términos a los que la constriñó el Juez de Primera Instancia, para extenderla más allá de lo probado y argumentado como exigible en el caso de autos, representando, por tanto, una injerencia grave en la libertad de creencias del recurrente. Y ello es así porque la inicial restricción impuesta a una manifestación de la libertad de creencias del señor C. respecto de sus hijos menores de edad, se ha transformado, lisa y llanamente, por la Audiencia Provincial en la adopción, frente al demandante de amparo, de una restricción de derechos justificada únicamente en su pertenencia a cierto movimiento espiritual, que la Audiencia Provincial ha presumido peligroso; sin que se haya acreditado que exista un riesgo adicional, no conjurado previamente por la prohibición de hacer partícipes a los hijos de sus creencias y llevarlos a cualquier tipo de acto que tenga relación con ellas impuesta en instancia.

En apelación no se ha practicado prueba distinta a la que ya obraba en las actuaciones ante el Juez de Primera Instancia, y ésta consistió en las declaraciones de la madre de los menores, la abundante documentación aportada por el recurrente sobre el Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España y el Informe del Equipo Psicosocial. Ninguna de ellas arroja resultados que permitan afirmar la mayor intensidad del riesgo en cuestión. No hay en la causa datos objetivos que lo acrediten, deduciéndose el mis-

mo por el órgano judicial a partir de meras conjeturas sobre las características de las creencias profesadas por dicho movimiento, que ni siquiera son desgranadas en la Sentencia de apelación. Tampoco se ha probado en forma alguna que los menores hayan participado en actos de dicha organización o sufrido género alguno de adoctrinamiento o intimidación por su padre o por el movimiento al que pertenece, ni que hayan padecido alteración alguna de su carácter o conducta. La Audiencia Provincial, pese a la gravedad de la cuestión sometida a su conocimiento, no expresa en momento alguno de su Sentencia en qué hechos funda su convicción de la necesidad de extender las medidas limitativas acordadas en la instancia. Ni

siquiera trata de razonar los motivos por los que considera adecuadas al caso las restricciones temporales del derecho de visita del recurrente, ni la relevancia e incidencia que pueda tener el que los menores no pernocten con su padre los fines de semana correspondientes o no disfruten con él de los períodos vacacionales, a los efectos de evitar el grave riesgo que semejante contacto pudiera acarrear para el desarrollo personal de sus hijos.

Así pues, y para concluir, la Sentencia de apelación impugnada, la Audiencia Provincial ha dispensado al recurrente un trato jurídico desfavorable a causa de sus creencias personales, lesionando así su libertad ideológica, por lo que no cabe sino estimar el amparo solicitado.

II. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

1. Embargo de bienes gananciales.

Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia n.º 245/2000, de 16 de octubre.

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

Cuando se embargó un bien ganancial sin conocimiento de uno de los cónyuges y el mismo fue objeto de enajenación judicial, lo procedente era interponer recurso de amparo dentro del plazo de los veinte días siguientes desde que el esposo tuvo conocimiento de la resolución judicial causante de la indefensión denunciada, siendo improcedente, y motivo de la inadmisión del recurso de amparo, plantear un incidente de nulidad de actuaciones que estaba abocado al fracaso, ya que el mismo se interpuso antes de la reforma del art. 240 LOPJ operada por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Félix se encontraba ya separado de D.^a María en virtud de sentencia de fecha 6 de noviembre de 1992, en la que se acordó la separación matrimo-

nial de ambos esposos y se declaró la disolución de la sociedad de gananciales, si bien no se había procedido aún a la liquidación del patrimonio conyugal.

- D. Félix tuvo conocimiento de que un inmueble perteneciente a la sociedad de gananciales había sido objeto de subasta judicial y adjudicación a un tercero, sin haber sido parte en el procedimiento.
- Consta en las actuaciones que el inmueble había sido objeto de embargo por diligencia de 15 de febrero de 1996. En dicha diligencia se expresa que a los fines de los arts. 144 del Reglamento Hipotecario y 1373 del Código Civil se notificaba la existencia del procedimiento al esposo, con entrega de copia de la demanda en la persona de su esposa doña María.
- Don Félix formuló demanda de nulidad respecto de la diligencia de embargo o, subsidiariamente, denuncia de nulidad, de acuerdo con lo previsto en el art. 240.2 LOPJ, solicitando en su escrito, además de otros pronunciamientos, la suspensión del curso del proceso principal, acordándose, por providencia de 18 de noviembre de 1996, la suspensión de la diligencia de entrega de posesión de la vivienda al adjudicatario señalada para el día 20 de noviembre de 1996. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Valladolid, por Auto de 22 de julio de 1997, desestimó la petición de declaración de nulidad de actuaciones por entender que no resultaba procedente dicha vía, sin perjuicio de que el demandante de amparo hiciera valer sus derechos por la vía del juicio declarativo ordinario. Interpuesto recurso contra dicha resolución, fue desestimado por la Sec. 3.^a de la AP de Valladolid por medio de auto de 19 de enero de 1998.
- Don Félix interpuso recurso de amparo que fue inadmitido por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Don Félix que ha visto desaparecer uno de los bienes integrante de la sociedad de gananciales disuelta pero no liquidada, entiendo que el Auto de la Audiencia Provincial ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los derechos de defensa, de contradicción y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

El auto dictado por la Audiencia Provincial considera en primer término, que la pretensión del recurrente en amparo es inviable por la imposibilidad de plantear incidentes

de nulidad de actuaciones al margen de los recursos previstos en la Ley, dada la redacción del art. 240 LOPJ vigente en el momento de suceder los hechos, y, en segundo lugar, que el solicitante de amparo no había sido demasiado diligente al no haber inscrito en los Registros oficiales la Sentencia de separación matrimonial.

La situación de indefensión que el recurrente en amparo denuncia bajo la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) sería

imputable en su origen, como resulta del *petitum* de la demanda de amparo, a aquella diligencia de embargo acordada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Valladolid, al haberse procedido al embargo de un bien del que el demandante de amparo es dueño de su mitad indivisa sin habersele notificado debidamente la citada diligencia, así como a las posteriores actuaciones procesales de la vía que apremio, que concluyó por Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Valladolid, de 24 de septiembre de 1996, por el que se aprobó el remate del bien inmueble subastado, cuya firmeza fue declarada por providencia de 30 de septiembre de 1996.

El Ministerio Fiscal interesó la no admisión a trámite del recurso de amparo dada la extemporaneidad del mismo al no haber sido interpuesto en el plazo de los veinte días siguientes desde que el solicitante de amparo tuvo conocimiento de la resolución judicial causante de la indefensión denunciada, habiendo alargado indebidamente dicho plazo como consecuencia de haber emprendido una vía totalmente improcedente, cual fue la de interponer una demanda de nulidad de actuaciones que necesariamente iba abocada al fracaso.

El Tribunal Constitucional tiene declarado en numerosas resoluciones que el cumplimiento del plazo previsto en el art. 44.2 LOTC no constituye una exigencia formal sin justificación, sino que representa una garantía sustancial de seguridad jurídica que actúa como plazo de caducidad, improrrogable y de imposible suspensión, no susceptible de ser ampliado artificialmente por arbitrio de las partes, mediante el ejercicio abusivo e indebido de todos los remedios procesales imaginables en la vía judicial previa, los cuales sólo deben utilizarse cuando resulten razonablemente exigibles por ser los procedentes con arreglo a las normas procesales, debiendo estimarse excluidos aquellos otros no previstos en la Ley o manifiestamente improcedentes en el curso del proceso de que se trate. En razón de ello, la

fecha en que ha de iniciarse el cómputo del referido plazo es aquella en la que al demandante de amparo se le notifica o tiene conocimiento suficiente o fehaciente de la resolución que pone fin a la vía judicial previa, sin que puedan tomarse en consideración los recursos notoriamente inexistentes o inviábiles que se interpongan con posterioridad a dicha fecha (por todas, SSTC 199/1993, de 14 de junio, FJ único; 338/1993, de 15 de noviembre, FJ 2; 161/1998, de 14 de julio, FJ 2).

En este sentido, es reiterada doctrina constitucional desde la STC 185/1990, de 15 de noviembre, que el incidente o la solicitud de nulidad de actuaciones frente a resoluciones judiciales firmes, antes de la reforma del art. 240 LOPJ operada por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, constituye un recurso manifiestamente improcedente y como tal incapaz de producir una interrupción del plazo de caducidad previsto en el art. 44.2 LOTC para el ejercicio tempestivo de la acción de amparo, plazo que ha de empezar a computarse desde el momento en que se produce la notificación de la decisión judicial a la que se le imputa la lesión constitucional o, en defecto de ésta, desde que el demandante de amparo tiene conocimiento suficiente y fehaciente de la misma, de modo que si por haberse suscitado el incidente de nulidad de actuaciones el recurrente en amparo demora la interposición del recurso más allá de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución lesiva de su derecho fundamental, o desde que tiene conocimiento suficiente y fehaciente de la misma, su posterior demanda deberá ser reputada inadmisibile por encontrarse formalizada fuera de plazo (STC 84/1995, de 5 de junio, FJ 3).

A la luz de la doctrina expuesta, el Tribunal Constitucional aprecia la concurrencia de la causa de inadmisión de la demanda de amparo puesta de manifiesto por el Ministerio Fiscal, en cuanto va dirigida contra la diligencia de embargo de 15 de febrero de 1996 y las posteriores actuaciones procesales de la vía de apremio. En efecto, según

resulta del examen de las actuaciones judiciales, el demandante de amparo se personó y mostró parte en el proceso mediante escrito presentado en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Valladolid el día 8 de octubre de 1996, alegando que hacía breves días que había tenido conocimiento de que se había embargado y subastado la vivienda de la que era copropietario junto con su ex-esposa. Por providencia de la misma fecha se le tuvo por personado en el proceso y tuvo a partir de entonces acceso a las actuaciones como él mismo reconoce y revela el escrito de demanda o denuncia de nulidad de actuaciones que presentó el día 31 de octubre de 1996, mediante el que interesó la declaración de nulidad de la diligencia de embargo de 15 de febrero de 1996 y de todas las actuaciones subsiguientes de la vía de apremio. Desde las fechas inmediatas a su personación en el proceso, el demandante de amparo tuvo conocimiento, por lo tanto, no sólo de la firmeza de la diligencia de embargo, sino también de que la vía de apremio había concluido por Auto de 24 de septiembre de 1996, declarado firme por providencia de 30 de septiembre de 1996. En vez de promover a partir de ese momento en el plazo previsto en el art. 44.2 LOTC demanda de amparo como consecuencia de la indefensión que consideraba que se le había causado, promovió frente a aquella diligencia de embargo y las posteriores actuaciones procesales de la vía de apremio concluida una inexistente y claramente improcedente demanda o denuncia de nulidad de actuaciones que tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial denegaron en aplicación de la legislación procesal entonces vigente, a tenor de lo dispuesto en el art. 240 LOPJ, sin que, dadas las fechas en las que se desarrolló el asunto —transcurridos más de cinco años desde la publicación de la STC 185/1990, de 15 de noviembre, y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre—, resulte dudoso que el demandante de amparo o, en todo caso, su defensa debía ser conocedora de que la petición de nulidad de

actuaciones no podía arrojar más resultado que la de convertir en extemporánea cualquier ulterior demanda de amparo constitucional (STC 166/1997, de 13 de octubre, FJ 3). Con la descrita actitud procesal, el demandante de amparo dilató indebidamente el plazo de caducidad que establece el art. 44.2 LOTC, por la utilización de un remedio impugnatorio manifiestamente inviable, debiendo concluirse, por consiguiente, que la demanda de amparo incurre en la causa de inadmisión prevista en el art. 50.1.a), en relación con el art. 44.2, ambos de la LOTC, en cuanto dirigida contra la diligencia de embargo de 15 de febrero de 1996 y las subsiguientes actuaciones procesales de la vía de apremio.

Sentado cuanto antecede, ningún reproche cabe dirigir a los Autos del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial, de 22 de julio de 1997 y 19 de enero de 1998, respectivamente, contra los que también se dirige la demanda de amparo, al tratarse de resoluciones legalmente correctas que en sí mismas no lesionan derecho fundamental alguno, pues se han limitado a inadmitir una demanda o denuncia de nulidad de actuaciones claramente improcedente por imperativo de lo dispuesto en la legislación procesal entonces vigente, en concreto, en el art. 240 LOPJ, en su redacción anterior a la que le dio la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, y cuya motivación no sólo no puede calificarse de arbitraria o infundada, sino que además es plenamente conforme con una reiterada doctrina constitucional, según la cual no infringe la Constitución ni lesiona derecho fundamental alguno la decisión judicial que por atenerse al art. 240 LOPJ, en la redacción anterior a la indicada reforma, no acuerda la nulidad de resoluciones judiciales firmes en los supuestos de denuncias *a posteriori* de violaciones de derechos fundamentales en el curso del proceso (SSTC 188/1992, de 16 de noviembre, FJ 3; 338/1993, de 15 de noviembre, FJ 1; 271/1994, de 17 de octubre, FJ 4; 166/1997, de 13 de octubre, FJ 4).

III. FILIACIÓN

1. *Acción de reclamación de filiación no matrimonial.*

Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia n.º 236/2000, de 16 de octubre.

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizábal Allende.

No se ha vulnerado el principio constitucional de igualdad ante la ley (art. 14 CE), ni existe discriminación por razón de la vecindad civil del hijo sobre quien pretendió la reclamación de paternidad, por el hecho de que si se aplicaran las reglas del Código Civil que regulan las acciones de reclamación de la filiación no matrimonial, el actor estaría legitimado para reclamar judicialmente la declaración de su paternidad, mientras que por la aplicación de la legislación civil foral de Navarra se le negó dicha legitimación procesal activa.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Jesús promovió juicio declarativo de menor cuantía contra doña María Pilar en solicitud de que fuera declarado que él es el padre biológico del menor Alexis. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Pamplona dictó Sentencia, el 26 de octubre de 1993, en la que estimó la demanda con los pronunciamientos correspondientes.
- En grado de apelación, la sec. 1.^a de la Audiencia Provincial de Navarra dictó sentencia el 12 de mayo de 1994, estimando el recurso y revocó la sentencia de instancia, desestimando la demanda deducida en el proceso, ante la falta de legitimación activa del actor para el ejercicio de la acción de reclamación de filiación no matrimonial.
- Don Jesús interpuso el recurso de casación foral ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Navarra con fundamento, entre otros motivos, en la infracción de la Ley 71 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra. La Sala dictó sentencia el 22 de diciembre de 1994, en la que declaró no haber lugar a la casación de la Sentencia recurrida por estimar que la Ley 71 mencionada no concede legitimación activa al progenitor biológico para el ejercicio de la acción tendente a la declaración de la paternidad o maternidad no matrimonial.
- Don Jesús interpuso recurso de amparo que no fue denegado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Don Jesús denuncia la vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) por estimar que ha sufrido una discriminación por razón de la vecindad civil del hijo sobre quien pretendió la reclamación de paternidad. Porque, si se aplicaran las reglas del Código Civil que regulan las acciones de reclamación de la filiación no matrimonial, el actor estaría legitimado para reclamar judicialmente la declaración de su paternidad, mientras que por la aplicación de la legislación civil foral de Navarra se le negó dicha legitimación procesal activa.

Comienza el Tribunal Constitucional señalando que ha de tenerse presente que el art. 149.1.8 CE, al configurar una “garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política” de las Comunidades Autónomas donde exista un Derecho civil propio, foral o especial (STC 88/1993, de 12 de marzo), y atribuir a éstas la competencia para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo, ha admitido que entre los diferentes Derechos civiles coexistentes en España pueden surgir conflictos o contradicciones normativas respecto a una misma materia, pues en el mismo precepto ha reservado al Estado la competencia exclusiva para dictar “las normas que resuelvan los conflictos de leyes”. Y, por la generalidad de esta expresión, tal competencia ha de entenderse que se extiende tanto a los conflictos con las leyes civiles de otros Estados como a los llamados conflictos internos, esto es, los que pueden surgir entre las distintas legislaciones civiles vigentes en territorio español.

Esta normativa se contiene en los Capítulos IV y V del Título Preliminar del Código Civil, y de ella dos extremos merecen ser señalados a los fines del presente caso. De un lado, que respecto a los conflictos internos el art. 14.1 de dicho cuerpo legal ha establecido que “la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determinará por la vecindad civil”. De otro, lo previsto en el art. 16.1, al disponer que los conflictos

de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas leyes en el territorio español se resolverán, con ciertas particularidades, “según las normas contenidas en el Capítulo IV”. De las que el art. 9.4 es la aplicable a la filiación y determina que esta materia se regirá “por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo”.

Sentado esto, señala el Tribunal Constitucional, ha de repararse en que el planteamiento del recurrente parte de un presupuesto: la existencia de un conflicto o contradicción normativa entre lo dispuesto por el Derecho civil común y el Derecho civil foral de Navarra respecto a la legitimación activa para reclamar la filiación paterna de hijos no matrimoniales. Y, aun admitiendo implícitamente que el segundo es el Derecho aplicable, en atención a la vecindad civil navarra del hijo, su queja por una presunta lesión de su derecho a la igualdad y a la no discriminación en realidad está basada en esta consecuencia, por el contenido más restrictivo del Derecho civil aplicable.

El recurrente soslaya, pues, que la aplicación del Derecho civil foral de Navarra es consecuencia de una previsión del legislador, en ejercicio de la competencia que el citado art. 149.1.8 CE le atribuye y en la que goza de una amplia libertad de configuración legal, más allá de los límites que en esta materia se derivan de la Constitución, según la STC 226/1993, de 8 de julio. Pero es evidente que, en el presente caso, no se cuestiona la paridad entre los Ordenamientos civiles coexistentes en el territorio español, ni tampoco la certeza en cuanto al Derecho aplicable, sino sólo el contenido más restrictivo del Derecho civil foral navarro respecto al Derecho civil común respecto a su pretensión en el proceso *a quo*. Esto es, la contradicción normativa que el legislador ha precisadamente resuelto.

En el proceso constitucional de amparo, cuando éste se pretende respecto del Poder

Judicial, su objeto inmediato consiste en una decisión, cualquiera que fuera su forma, donde se ponga fin a la vía judicial sin posibilidad de ulterior recurso. En este tipo de proceso de amparo su objeto sólo puede serlo un acto singular de un poder público cuya nulidad se pretenda por infligir un agravio a un derecho fundamental, anverso y reverso, acto y pretensión, incluida la razón de pedir o *ratio petendi*. Desde otra perspectiva, para perfilar este elemento objetivo con mayor precisión, no estará de más dejar aquí y ahora bien claro que han de quedar excluidas por definición de tal vía jurisdiccional las normas con rango de Ley, cuyo enjuiciamiento a la luz de la Constitución con el fin de averiguar si la respetan o no, si se mueven en su órbita o no, es el ámbito propio de otros dos procesos: el recurso de inconstitucionalidad, para la impugnación directa, y la “cuestión” para la indirecta.

Por tanto vaya por delante que, no siendo el proceso de amparo la vía adecuada para la impugnación directa de las leyes, la eventual inconstitucionalidad de alguna de ellas sólo podrá plantearse a su través cuando ello resulte imprescindible para corregir la lesión del derecho fundamental que sea achacable directamente a la aplicación del precepto legal que se reputa contrario a la Constitución (STC 206/1990, de 17 de diciembre); es decir, para que este Tribunal, en el cauce de un recurso de amparo, pueda pronunciarse sobre la constitucionalidad de un precepto legal previamente tiene que constatar que, mediante la aplicación del mismo, se ha producido una concreta lesión de derechos y libertades susceptibles de amparo (SSTC 113/1987, de 3 de julio, y 153/1988, de 20 de julio).

En el proceso de amparo el objeto ha de ser diseñado en la súplica de la demanda, que es su sede propia y única, determinando a su vez —por la necesaria congruencia— el contenido del fallo o parte dispositiva de la sentencia. Allí, y en este caso, se pide el amparo, como hemos dicho, contra una Sentencia que resuelve un recurso de casación

en materia foral, pronunciada por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Navarra contra otra anterior que, en grado de apelación, había sido dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, como consecuencia, a su vez, de un juicio de menor cuantía que sobre declaración de paternidad, en su día, fue conocido por un Juzgado de Primera Instancia.

El meollo de la pretensión, como se ha dicho también, es el principio de igualdad en la aplicación de la ley que, si bien se imputa a la Sentencia, tiene su origen, precisamente, en la Ley 71 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, que establece, en su apartado b), que “los hijos no matrimoniales podrán ejercitar la acción conducente a la declaración de paternidad o maternidad en los casos siguientes: 1. Cuando la madre y el padre presuntos hubiesen convivido notoriamente durante el tiempo de la concepción. 2. Cuando haya posesión de estado de hijo respecto del demandado. 3. Cuando exista declaración del presunto progenitor. 4. Cuando haya pruebas biológicas de la relación paterno-filial. 5. Cuando, respecto a la maternidad, haya pruebas del parto. También podrá ser ejercitada la acción por los descendientes del hijo no matrimonial que hubiese fallecido durante su menor edad o estado de incapacitación”. Por otra parte se alega también la vulneración del art. 39 CE que, como es notorio, queda extramuros del amparo por no albergar uno de los derechos fundamentales especialmente protegidos, a tenor del art. 53.2 CE. Nuestro enjuiciamiento, pues, debe ceñirse a comprobar si la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, le discriminó al aplicar la Ley 71 de la Compilación de Derecho Civil Foral, por razón de la vecindad civil del hijo cuya reclamación de filiación había intentado.

En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que desestimó la pretensión del recurrente no ha podido efectivamente vulnerar el principio de

igualdad invocado. Es más, la resolución de dicho Tribunal parece razonable, está motivada, no resulta arbitraria ni errónea y aparece fundada en Derecho en su aplicación de la Ley 71, que, fuera de los puntos en ella regulados, no contempla más sujetos legitimados para el ejercicio de la acción tendente a la declaración de paternidad o maternidad que a los hijos, facultados así para el ejercicio de la acción. Y, por si aun cupiera más, se completa significativamente dicha peculiaridad para ejercitar la acción de filiación no matrimonial en el tercer apartado de la Ley 71, cuando establece que “también podrá ser ejercitada por los descendientes del hijo no matrimonial que hubiese fallecido durante su menor edad o en estado de incapacidad”.

La Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Navarra aplica, por tanto, el mencionado precepto legal a partir de la sumisión de la cuestión a la “ley personal del hijo” al que en este caso le venía atribuida, por parte de la madre, la vecindad civil navarra (art. 9.4 CC). Además, en la Sentencia se explican con precisión sus consecuencias cuando afirma que “tratándose —el ‘Fuero Nuevo’ de Navarra— de un sistema completo, cerrado, que regula la materia del modo indicado, no procede su integración por el Derecho Supletorio, ya que ello supondría tanto como dejar de aplicar las normas que en Navarra regulan la materia”. Corresponde, por tanto, a la ley personal del hijo, al Derecho foral navarro, la decisión de quiénes sean las personas legitimadas para el ejercicio de la acción. Sin olvidar, por lo demás, que la Disposición adicional primera de la Constitución ha venido a traducirse, en Navarra, en una actualización de los antiguos fueros, realizada a través de la Ley Orgánica de 10 de agosto de 1982, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral, con arreglo a la cual Navarra se ha constituido en Comunidad Foral con régimen, autonomía e instituciones propias, asimilable a las restantes Comunidades Autónomas.

Ello, por sí solo, sirve para no considerar válido el término de comparación que ha utilizado el recurrente entre Derecho civil común y Derecho foral, sobre el que ha basado toda su queja de discriminación. En efecto, no se puede aceptar, a los fines buscados por el recurrente, la comparación que utiliza con la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo, pues esta interpreta otras normas (los arts. 133 y siguientes del Código Civil); y, sobre todo, porque, en definitiva, no estamos ante supuestos sustancialmente idénticos, sino, como se ha dicho, ante realidades históricas y legislativas plurales y diferenciadas que han encontrado apoyo, en todo caso, en la vigente Constitución. La cual justifica la posibilidad de que exista en esta materia un tratamiento específico, aunque sea como aquí más restrictivo, por medio de la legislación autonómica de desarrollo, y que la pluralidad de ordenamientos en que se manifiesta, para ser tal, implique, en fin, que cada uno se mueva en un ámbito propio, puesto que, sin excluir, naturalmente, la existencia de relaciones interordinamentales, están fundados, pues, en la separación respecto de los demás; separación que se expresa, así, en un sistema privativo de fuentes del Derecho, las cuales se producen en el ámbito propio de la organización de que el Ordenamiento surge.

Pues bien, el legislador, en este caso el foral de Navarra, ha ejercido su libertad de configuración normativa dentro de la competencia que tiene reconocida a la hora de proceder a la elección de quién está legitimado y de la designación de las personas que, en el ámbito específico de aplicación del Derecho Especial de Navarra, ostentan poder para la interposición de la demanda para el reconocimiento de la filiación no matrimonial.

Por lo demás no es necesario, ni es misión, en definitiva, de este Tribunal adentrarse en las razones que han podido conducir al legislador foral para hacer una u otra elección. Lo que es relevante es que el juez ha pronunciado una decisión razonable a la

que, por lo demás, no se le puede reprochar que la solución dada al caso sea el fruto de la arbitrariedad, sino consecuencia, por tanto, de una exégesis racional del Ordenamiento. El tratamiento desigual que se ha invocado en el recurso no es tal y las diferencias con el

régimen común que se contemplan en la legislación foral navarra no constituyen, en definitiva, desigualdad ante la Ley, pues, de no entenderse así, carecería de sentido, como se ha explicado, la propia existencia de los Derechos forales o especiales.

I. FILIACIÓN

1. RECLAMACIÓN DE PATERNIDAD

1.1 *Cuestiones de legitimación pasiva en el procedimiento de reclamación de paternidad.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 18 de diciembre de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. José de Asís Garrote.**

No existe falta de litisconsorcio pasivo necesario por que la demanda de reclamación de filiación se dirija sólo contra la madre. Inexistencia de intereses contrapuestos entre la madre y el hijo que justifiquen el nombramiento de un defensor judicial.

ANÁLISIS DEL CASO

- Ignacio formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra D.^a Yolanda y el Ministerio Fiscal, sobre reclamación de filiación no matrimonial, solicitando se dicte sentencia por la que se declare que el actor es el padre del menor D. José Antonio.
- D.^a Yolanda contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos, y terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que apreciando la excepción dilatoria de litisconsorcio pasivo necesario y sin entrar a resolver el fondo del asunto, desestime íntegramente los pedimentos formulados de contrario, subsidiariamente para el supuesto

de que la misma no sea estimada y entrando en el fondo del asunto, aprecie la excepción perentoria de falta de acción y legitimación activa “ad causam” desestimando íntegramente la demanda, o en su caso y con carácter subsidiario a esta segunda petición supuesto de no quedar probada la paternidad del demandante por los medios exigidos legalmente, desestime el “petitum” formulado de contrario, todo ello con expresa imposición de las costas devengadas en el juicio a la contraparte y todo aquello que sea procedente en derecho.

- El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Baracaldo dictó Sentencia el 15 de noviembre de 1993 estimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, absolviendo de ésta en la instancia sin entrar en el fondo del asunto.
- En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la AP de Bilbao dictó Sentencia el 16 de enero de 1995 estimando el recurso interpuesto por D. José Antonio y desestimando la excepción de falta de litisconsorcio pasivo, se entró en el fondo del asunto estimando la demanda.
- D.^a Yolanda interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La recurrente impugna la sentencia de la Audiencia Provincial por entender que viola la doctrina jurisprudencial del litisconsorcio pasivo necesario, por no haber traído al juicio a todas las personas que les afecta la sentencia, en particular el menor José Antonio que es el principal implicado, pues en el procedimiento se va a decidir sobre su filiación, por lo que se ha constituido la relación procesal de forma inadecuada, y en perjuicio del menor.

Al respecto y reconociendo la forma poco afortunada de promover la demanda por la parte actora, el Tribunal Supremo señala que hay que convenir con la sentencia recurrida, que si se demanda a la madre, no puede ser en otra calidad que como representante legal del menor (como por otra parte se deduce de la simple lectura de la demanda) de acuerdo a lo que determina el art. 162 CC, y que si en virtud a lo dispuesto en el art. 129 las acciones que corresponden a los menores pueden ser ejercitadas, indistinta-

mente, por su representante legal y por el MF, también y en la misma calidad deben soportar la carga de ser demandados, en cuanto a los menores, el ordenamiento jurídico, no les concede capacidad de obrar y por consiguiente actuar directamente activa o pasiva en el procedimiento, deben hacerlo por su representante legal, o en su caso por el MF. Y si bien es cierto, que en primera instancia y en el acto de comparecencia del art. 691 LEC, se puso de manifiesto la posibilidad de la existencia de esa situación litisconsorcial, y el actor se ofreció a ampliar la demanda, el Juzgado siguió el procedimiento en primera instancia sin dar solución a esta cuestión, dictando después sentencia apreciando la excepción, y absolviendo de instancia a la demandada, resolución que fue revocada en apelación, sentencia recurrida que como se razona el párrafo cuarto del fundamento de Derecho segundo de la misma, no ha producido indefensión para el hijo menor (no llamado de forma nominal-

mente al juicio), ya que ha comparecido su representante legal oponiéndose a la demanda, la madre del menor D.^a Yolanda S. V., alegando excepciones procesales y rebatiendo el fondo del asunto, así como el MF, por lo que hay que entender representados todos los intereses a los que afecta la litis (S. 5 de febrero de 1990), y sin que se haya acreditado que el reconocimiento de la filiación natural pueda ocasionar, en este caso concreto, perjuicio al menor, ya que hay que entender que en situaciones normales el reconocimiento de la filiación es beneficioso a los hijos menores, por lo que fue desestimada conforme a derecho la excepción de litis-consortio pasiva necesaria. Y por otra parte, como se pone de manifiesto en la sentencia recurrida, el hijo menor según lo dispuesto en los arts. 137 y 140 CC, podrá impugnar la paternidad que hubiese sido declarada, cuando alcance la mayoría de edad.

Por otro lado, entiende el recurrente que se han infringido los arts. 162.2 y 163 CC, ya que en el procedimiento, la madre y el hijo tienen intereses contradictorios. Motivo que desestima el Tribunal Supremo en cuanto no se ponen de manifiesto los extremos

en que pueden entrar en contradicción los intereses de la madre y del hijo en el pleito de filiación, y menos cuando no se aprecia esa contradicción de intereses, en los procedimientos entablados para los supuestos contrarios, esto es, cuando es la madre del menor la que demanda la filiación paterna, por lo que es indudable que en estos procedimientos el único interés que existe es el del menor, pudiendo, en todo caso, tener intereses distintos la madre a los que corresponden de forma primordial al menor, que no entran en oposición con los de su madre, y en todo caso, al oponerse ésta a la pretensión del actor, queda cumplido el principio de contradicción fundamento para la obtención de una decisión justa; en estos supuestos la oposición a la demanda se realiza con mayor viveza que si fuera el propio menor, el que si hubiere podido actuar, se hubiere defendido, pero en todo caso el hijo como determina el art. 137 podrá impugnar la paternidad en la forma y en los plazos que el citado precepto determina, según tiene declarado la jurisprudencia entre otras en las sentencias anteriormente citadas y la de 8 de febrero de 1991.

1.2 *Reclamación de filiación no matrimonial de hijo con nacionalidad extranjera.*

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

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil

Interpretación del art. 9 de CC. Aplicación de la legislación española a la reclamación de paternidad y filiación no matrimonial en supuesto de madre e hija francesas.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Françoise-Henriette, de nacionalidad francesa, interpuso demanda de menor cuantía contra D. Lucinio, en la que solicitaba que se declare que el demandado es el padre de la menor Marie-Sonsoles que nació en París.

- El demandado D. Lucinio se personó en el pleito y contestó a la demanda, solicitando su desestimación.
- El juzgado de 1.^a Instancia n.º 1 de Ávila dictó sentencia estimando la demanda declarando que el demandado es el padre biológico de la menor Marie Sonsoles.
- En grado de apelación, la AP Ávila dictó sentencia desestimando el recurso.
- D. Lucinio interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente no ataca directamente en casación el pronunciamiento nuclear, en cuanto se le declaró padre natural y biológico de la menor Marie Sonsoles, habida de su relación no matrimonial con la actora del pleito, nacida el 27 de marzo de 1987 en París. Los motivos del recurso están destinados a combatir la decisión del Tribunal de Instancia de que procedía aplicar a la cuestión controvertida la ley material española.

El art. 9 CC efectivamente dice que tanto el carácter como el contenido de la filiación (cabe comprender lo mismo la matrimonial que la no matrimonial) se regirán por la ley personal del hijo, que, conforme al párrafo primero, es la determinada por la nacionalidad y en este caso la madre como la hija ostentan la francesa, al atender, en principio, que el nacimiento de ésta se inscribió en el Registro municipal del Distrito veinte de París. Desde esta óptica literal el establecimiento de la filiación que se discute llevaría a hacer aplicable el CC francés, como la ley nacional de la hija nacida (art. 12.1 CC). Sin embargo las circunstancias del pleito imponen la adecuada interpretación efectiva del precepto, sin olvidar que no da la espalda al interés del hijo, que debe entenderse incorporado a la norma como principio esencial y básico, lo que impone que su aplicación debe hacerse en la dirección que marca necesariamente el “favor filii”.

El propio derecho material del foro permite aplicar en concretos supuestos la ley nacional y prescindir de la extranjera. Esto ocurre en el caso que nos ocupa, pues la nacionalidad francesa de la hija no actúa como cerrada y que necesariamente se impone como única, sino a medio de primera o provisional nacionalidad, ya que, conforme al art. 17.1.a), son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles.

Si se atiende exclusivamente a la nacionalidad en el momento del inicio del pleito y se margina el precepto que queda citado, se entraría en un laberinto sin salida legal satisfactoria, ya que el presupuesto para ostentar la española necesariamente es la declaración de ser hija biológica del progenitor español, es decir que esta decisión judicial actúa con anterioridad y la determina, por lo que la nacionalidad opera después como efecto y consecuencia, cumplido el requisito, que es primero, de ser hija de ciudadano español. El art. 9.4, conforme lo que se deja dicho, se ha de aplicar cuando se ostenta nacionalidad atribuida e incompatibiliza cualquier otra. En el caso presente no se trata de una nacionalidad que venga ya impuesta como definitiva y lleve a aplicar la normativa foránea en forma automática e inevitable, prescindiendo por completo de la nacionalidad del padre, lo que no se acomoda a nuestra propia legislación, máxime

cuando la legislación francesa no propicia y más bien obstaculiza la filiación reclamada.

De este modo la aplicación de la ley material española en este supuesto se presenta integrada en el orden público del foro como inmediata e imperativa, a fin de dispensar la adecuada protección de la menor y tutelar sus derechos a cargo de los Tribunales españoles, que no pueden eludir, y el Tribunal Supremo así lo decide, a fin de otorgar la tutela judicial que se demanda y no arrojar a la menor a un desamparo que puede ser total.

La lógica judicial se impone cuando se ha producido una sentencia con declaración firme de atribuir al recurrente la paternidad extramatrimonial de la hija nacida de sus relaciones con la demandante, ya que entenderlo de otro modo se trataría de un pronunciamiento en el vacío, cuando le asiste condición de decisión firme.

Aparte de lo expuesto, existen también razones suficientes que avalan la respuesta casacional que se deja expresada. Así, si resultase aplicable la normativa francesa, se iría frontalmente contra los intereses de la menor, toda vez que el art. 340.4 CC de Francia, que es el que rige (anterior a la reforma llevada a cabo por L. de 8 de enero de 1993 —L. 93-22—), exige que la acción se ejercite dentro de los dos años que siguen al nacimiento “so pena de prescripción”, plazo que ha transcurrido con exceso. El art. 11.2 LO de 15 de enero de 1996, aunque se trata de normativa posterior pero es orientativa, señala como uno de los principios rectores de la actuación de los poderes públicos: “La supremacía del interés del menor”.

También son razones que han de tenerse en cuenta que la aplicación del Derecho Extranjero tampoco se presenta como si se tratase de una sumisión inevitable, ya que la dispensa la establece en forma imperiosa e inevitable el art. 12.3 CC, al decir que en

ningún caso se hará aplicación de la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público, el que por su propia naturaleza se presenta flexible y variable, como dice la S. de 23 de noviembre de 1995, en relación a las circunstancias y realidades sociales (SS. de 5 de abril de 1966 y 31 de diciembre de 1979), al conformarse básicamente por principios jurídicos públicos y privados, sin perjuicio de los económicos, políticos, morales y hasta supranacionales, que hay que preservar para mantener el orden y paz social en toda su amplitud.

El orden público del foro ha de ser observado y protegido por los Tribunales españoles. La no aplicación de la ley española y el empleo que se pretende de la francesa determinarían, en primer lugar, que el reconocimiento judicial de la paternidad invocada difícilmente procedería, teniendo en cuenta los supuestos que contempla el art. 340 CC francés aplicable y, a su vez, se restaría la posibilidad de examinar y decidir si la hija de los litigantes ostenta y ha poseído desde su nacimiento la nacionalidad española, conculcándose el mandato del art. 11 de la Constitución que otorga a la nacionalidad rango de derecho fundamental, al proclamar que ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad. El art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General 183.^a de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1948), declara que a nadie se le privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar la misma, lo que, en proyección final, aquí ocurriría si no se posibilita, por aplicación del derecho español, ostentar la nacionalidad que le concede el art. 17 CC.

Los motivos se desestiman, sin olvidar que la investigación de la paternidad en la legislación francesa, cuya aplicación postula el recurrente, resultaba restringida en la época de los hechos y entra en colisión con el art. 34.1 de nuestra Constitución.

1.3 Cuestiones relacionadas con la práctica de la prueba biológica.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de marzo de 2000.

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

La investigación de la paternidad no infringe el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art 24 de la CE. Valoración de la falta de colaboración del demandado en la práctica de la prueba biológica.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Francisca interpuso demanda de menor cuantía contra don Francisco solicitando se declarase que Eduardo era hijo no matrimonial del demandado.
- El juzgado de 1.ª Instancia n.º 17 de Madrid dictó sentencia el 14 de octubre de 1993 estimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó sentencia con fecha 6 de marzo de 1995 desestimando el recurso de apelación y confirmando la sentencia apelada con imposición de las costas del recurso al apelante.
- D. Francisco interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La base jurídica de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial se fundamentaba en lo siguientes: a) El propio demandado ha reconocido la autenticidad de una relación sexual e íntima con la actora (como reconoce en prueba de confesión y en el escrito de contestación, folios 72 y 32 a 36), y aunque alega que fue puntual y ocasional, lo cierto es que no puede dejar de señalarse que, sabido es que, el embarazo puede originarse como fruto de una relación sexual mantenida en una sola ocasión, no siendo, por tanto, necesaria la existencia de relacio-

nes íntimas sucesivas y continuas. b) La declaración de los testigos presentados por los interesados, quienes relataron y afirmaron la existencia de relaciones sentimentales e íntimas entre los litigantes durante el tiempo inmediatamente anterior al nacimiento, señalando, alguno de ellos, inclusive la presencia del apelante en el momento del parto (folios 99 a 102), sin que se haya demostrado, por contra, que la actora haya mantenido durante el período de la concepción relaciones sexuales con otros hombres y no sólo con el demandado; c) La actitud de éste

quien, no sólo no ha prestado una mínima y necesaria colaboración a la práctica de la prueba biológica de investigación de la paternidad, propuesta por la actora y admitida, primero, por el Juzgado, y después, en esta segunda instancia, en la que, de nuevo, D. Francisco se negó a someterse a su práctica.

La reiterada negativa del demandado a someterse a la prueba biológica queda patente en los autos de forma meridiana: admitida en la primera instancia la prueba pericial biológica propuesta por la demandante, mediante auto en el que se acordó requerir personalmente al demandado para que manifestara si estaba dispuesto a su práctica, el juez le hizo este requerimiento al término de su confesión judicial y dicho demandado manifestó, en principio, que “lo ignora al ignorar las consecuencias que ello acarrearía”, y a continuación, requerido otra vez para que manifestara categóricamente si estaba o no dispuesto a realizar la prueba pericial, que “insiste que no puede responder dicha pregunta”. Se acordó en segunda instancia el recibimiento a prueba para la práctica de la misma pericial biológica, disponiéndose también en el auto correspondiente, de 5 de julio de 1994, que se requiriera previamente al demandado en los mismos términos que en primera instancia. A la notificación del auto respondió la representación del demandado presentando el 18 de julio de 1994 un escrito, firmado no sólo por su procurador y su abogado sino también por el propio demandado, en el que se manifestaba, de un lado, que dicho demandado tenía “el convencimiento personal e íntimo de que no puede darse una fiabilidad absoluta al resultado de la prueba biológica, mostrando profundo temor a que por ese margen de error pueda ser afirmada una paternidad cuya realidad sigue negando, por lo que desconociendo el alcance de tal prueba no puede pronunciarse sobre su práctica”; y de otro, que la razón de presentar dicho escrito era la imposibilidad del demandado “de comparecer personalmente ante la Sala en los próximos días y no ser deseo de esta parte perjudicar la marcha de las actuaciones,

firmando el mismo en prueba de conformidad el presente escrito, quedando en todo caso a disposición de la Sala si ésta estimase necesario su ratificación”. No obstante, el Tribunal de apelación dispuso que el demandado compareciera personalmente a ratificar el anterior escrito y a ser requerido según se había acordado, comparecencia que finalmente tuvo lugar el 6 de noviembre de 1994 con el siguiente resultado: “al requerimiento de S.S. para que conteste lisa y llanamente si desea someterse a las pruebas biológicas de investigación de paternidad, que el compareciente contesta, digo que no desea contestar a lo que se le pregunta afirmándose y ratificándose en el escrito de fecha 14 de julio que consta en el rollo”. Finalmente, tras insistir el Tribunal en la práctica de la prueba citando al demandado y a la demandante para que ambos, en unión del menor, comparecieran en el Instituto Nacional de Toxicología en el día y hora indicados por éste, solamente se personó la actora con su hija, tomándose muestras de sangre de ambos que se conservaron hasta la anulación del informe debida a la pasividad del demandado, hoy recurrente en casación.

El Tribunal Supremo resume la jurisprudencia de la Sala respecto a varias cuestiones relacionadas con la práctica de la prueba biológica:

a) Principio de presunción de inocencia.

Debe declararse como principio general que la presunción de inocencia tiene en el proceso civil una aplicabilidad sumamente restringida, en cuanto se limita a los escasos supuestos de sanción o limitación civil de derechos propiamente dicha. Así, la TCS 367/1993, de 13 de diciembre, recogiendo la doctrina sentada en las TCSS 13/1982 y 36/1985, declaró que el derecho fundamental a la presunción de inocencia “actúa siempre que deba adoptarse una resolución judicial o administrativa que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado punitivo,

sancionador o limitativo de sus derechos, y por ello no es aplicable a los supuestos de mera imposición de la responsabilidad civil en los que sólo se dilucida la imputación al responsable de un hecho productor o fuente de una obligación patrimonial de resarcimiento de daños y perjuicios derivado de un ilícito civil (art. 1089 CC)". Y esta Sala, en su S. de 8 de julio de 1997 (recurso núm. 1959/1993), aplica explícitamente esa misma doctrina, coincidente a su vez con la jurisprudencia que para procesos sobre responsabilidad civil se contenía en otras muchas sentencias, como la de 23 de marzo de 1993 (recurso núm. 1919/1990), y se reiteró en la de 20 de octubre de 1997 (recurso núm. 2789/1993). De ahí que la Sentencias de 19 de junio de 1997 (recurso núm. 1746/1993) declarara que, al no contener por lo general el Derecho civil normas represivas, punitivas o sancionadoras, el principio de la presunción de inocencia fuese muy raramente aplicable en su ámbito, descartando concretamente que pudiera tener relevancia alguna en un caso de demanda contra una aseguradora, fundada en seguro de robo, que aparecía desestimada en la instancia porque las cosas supuestamente sustraídas habían sido sacadas del local, en realidad, desde dentro del mismo y por personas cercanas al asegurado.

b) Falta de colaboración del demandado en la práctica de la prueba

En orden a la falta de colaboración del demandado para la práctica de las pruebas biológicas de investigación de la paternidad y la maternidad, sobradamente conocida es la TCS 7/1994, de 17 de enero, publicada en el BOE de 17 de febrero mismo año y por tanto meses antes de acordarse el recibimiento a prueba en segunda instancia, que tras unos extensos razonamientos acerca del deber del demandado de prestar su colaboración a unas pruebas que por regla general no vulneran derecho fundamental alguno, declaró que "los límites que los arts. 18.1 y 15 CE pueden imponer a la investigación de

la filiación no justifican, en modo alguno, la cerrada negativa del demandado en el litigio civil precedente a someterse a la práctica de las pruebas que habían sido decretadas por el Juzgado, primero, y por la Audiencia Provincial, luego. Su oposición sólo hubiera sido lícita, desde la óptica de tales derechos fundamentales, si se fundara en la inexistencia de razones que justificasen la decisión judicial de realizar la prueba". Y la mucho más reciente TCS 95/1999, de 31 de mayo, tomando como principal punto de partida la S. 1994 pero en términos si cabe más contundentes, hace en su fundamento jurídico segundo la siguiente síntesis: Este Tribunal ha declarado la plena conformidad constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona, encuentran su cobertura legal en el art. 127 CC, que desarrollando el mandato contenido en el inciso final del art. 39.2 CE, según el cual "La ley posibilitará la investigación de la paternidad", autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación, mediante el empleo de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, a la vez que sirven para la consecución de la finalidad perseguida con las normas constitucionales que imponen "la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación" (art. 39.2 CE), y la obligación de los padres de "prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio" (art. 39.3 CE). Por ello, cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física (art. 15 CE) y a la intimidad (art. 18.1 CE) del afectado (TC S 7/1994, FJ 3.º).

Hemos declarado igualmente que, dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el art. 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser este un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuente a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al art. 24.1 CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el art. 24.2 CE (TC S 7/1994 FJ 6.º y las resoluciones en ella citadas). Por tales razones, este Tribunal ha declarado ya en ocasiones anteriores que cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el art. 135, in fine, CC, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE (TCAA 103/1990, 221/1990).

Por lo que se refiere a la jurisprudencia de esta Sala al respecto, son ya innumerables las sentencias que sin atribuir a la falta de colaboración del demandado la eficacia o

valor probatorio de una confesión judicial, ficta confessio o admisión implícita de la paternidad, sí la consideran desde luego un indicio especialmente valioso o significativo que, en unión de otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista. Es más, si por algo se caracterizan las sentencias más recientes es por aumentar cada vez más el valor probatorio de esa conducta del demandado, según resulta de la TSS de 17 de noviembre de 1997 (recurso núm. 3271/1993); en tanto la TSS de 3 de octubre de 1998 (recurso núm. 1380/1994), al examinar un motivo que alegaba la falta de citación personal del demandado para la práctica de la prueba biológica y la omisión de advertencia por el órgano jurisdiccional acerca de las consecuencias de su negativa a colaborar, declara la plena regularidad de la citación por cédula, y también por medio del Procurador del demandado, así como la irrelevancia de omitir aquella advertencia, “pues dicha advertencia es misión que incumbe exclusivamente al Letrado-director técnico del interesado”.

Respecto a los motivos concretos del recurso, el Tribunal Supremo, los desestima señalando lo siguiente:

El fundado en la infracción del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24 CE, porque no participando la paternidad de la naturaleza de los castigos o las penas, no cabe atribuir a la declaración judicial de paternidad el carácter de una sanción civil sino, entre otros, el de una manifestación de la protección integral de los hijos que el art. 39 CE encomienda a los poderes públicos.

El que alega la infracción de los arts. 18.1 y 15 CE en cuanto reconocen los derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la integridad física y moral, porque la doctrina del TC anteriormente reseñada, aplicada al presente caso, permite descartar por completo cualquier atisbo de vulneración de tales derechos.

Respecto a la infracción del art. 1232 CC, porque aparte de parecer alegarse una vulneración de la regla de la indivisibilidad de la confesión, contenida en realidad en el artículo siguiente, ya que se reprocha a la sentencia recurrida el haber dado relevancia a la confesión del demandado de haber mantenido relaciones íntimas con la actora pero sin tener en cuenta, al mismo tiempo, que el demandado tan sólo admitía una sola relación o encuentro, y además en tiempo necesariamente anterior a la concepción, lo cierto y verdad es que la confesión del demandado se toma por el Tribunal de instancia como una prueba más que, en relación con la testifical y la conducta obstruccionista de aquél respecto de la prueba biológica, permite considerar probada su paternidad. En definitiva, si el demandado confesó haber mantenido relaciones sexuales con la actora, aunque fuera en una sola ocasión, su renuencia a colaborar en la práctica de la prueba biológica,

pese a los requerimientos que se le hicieron por los órganos judiciales de las dos instancias, deja desde luego de ser un indicio o elemento probatorio aislado para, por el contrario, alcanzar la muy singular relevancia que le otorgan la doctrina del TC y la jurisprudencia de esta Sala.

El motivo fundado en infracción del art. 135 CC en relación con el art. 127 del mismo Cuerpo legal y con el art. 39 CE, porque toma como punto de partida la inexistencia de cualquier prueba distinta de la negativa del demandado a colaborar en la práctica de la prueba biológica cuando, en realidad, basta leer el fundamento jurídico segundo de la sentencia impugnada, para comprobar que la conducta obstruccionista del demandado se valora como elemento probatorio en conjunción, de un lado, con su admisión de haber tenido relaciones sexuales con la actora y, de otro, con el resultado de la prueba testifical.

1.4 *Prueba testifical practicada en procedimiento de reclamación de filiación.*

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

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

Aunque los testimonios de los testigos han sido tachados por la parte demandada, el Tribunal Supremo señala que en temas familiares y de estado civil no debe interpretarse con tal rigidez el tema de la amistad íntima o el parentesco, pues sólo familiares o amigos íntimos conocen determinadas intimidades y pueden deponer con conocimiento sobre ellas.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Margarita promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Juan sobre declaración de filiación, solicitando que se declare la

filiación de Agustín respecto al demandado como padre del mismo, así como todas las consecuencias legales inherentes a dicha declaración.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Leganés dictó sentencia el 4 de marzo de 1994, estimando íntegramente la demanda.
- En grado de apelación, la sec. 22 de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia el 15 de marzo de 1995, se estimó el recurso absolviendo al demandado.
- Doña Margarita interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega la recurrente que la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido la doctrina jurisprudencial y llega a la conclusión de que la negativa al sometimiento de las pruebas biológicas por el demandado alcanza el valor de un indicio y en el caso presente la sentencia recurrida ha acatado la negativa a la realización de dicha prueba, aceptando así su falta de colaboración con la Administración de Justicia en la determinación de derechos de interés público, no disponibles por las partes, como ocurre con la filiación. Añade además que la sentencia recurrida ha hecho recaer sobre la actora y su hijo las consecuencias negativas provocadas por la falta de práctica de la prueba, imputable a la sola voluntad del demandado, siendo así que la recurrente no tenía razonablemente otra vía para acreditar la filiación controvertida que dicho medio, unido a la testifical presentada.

El motivo es acogido por el Tribunal Supremo. El principal intérprete de nuestro Texto Fundamental, el Tribunal Constitucional, tiene declarado al respecto que la sentencia impugnada en amparo no se aparta de la línea seguida hace años por el TS que atiende mayormente al cambio operado en este campo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, reforma del CC, a la búsqueda de la verdad material o real y se ha ocupado de

otorgar la necesaria ponderación a la frecuente negativa de los demandados en procesos de esta índole a someterse a las cada vez más afinadas pruebas biológicas que permiten acreditar, junto con el resto de las pruebas, la paternidad en litigio. Así la negativa cobra su virtualidad en conjunción con el resto de los elementos fácticos, acreditados a lo largo del procedimiento, constituye base suficiente para que el Tribunal establezca el nexo causal preciso para llegar a una conclusión sobre la filiación reclamada, no suponiendo tal actividad un comportamiento arbitrario, sino el legítimo y necesario juicio de valor al que no puede renunciar el Juez, so pena de quedar reducido a la inacción o un resultado problemático —auto 103/1990, de 9 de marzo en recurso de amparo 1285/1988—. Así, aunque se ha negado que la actitud obstruccionista de la recurrente impidiendo la práctica de tales pruebas biológicas suponga una “ficta confessio” —Auto 276/1996, de 2 de octubre de 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 —Sentencia 95/1999, de 31 de mayo, en re-

curso de amparo 1167/1995 (BOE de 29 de junio de 1999)—. Finalmente se ha mantenido que no se infringe el derecho a la intimidad familiar y a la propia imagen cuando se trata de realizar una prueba prevista en la Ley y acordada por la autoridad judicial en el seno del proceso —Sentencia 7/1994, de 17 de enero, en recurso de amparo 407/1992 (BOE de 17 de febrero de 1994)—.

En igual sentido se ha pronunciado la doctrina de esta Sala de casación, destacando que si bien no permite tan sólo por tal negativa deducir la presunción de paternidad, ni es base suficiente para suponer una “ficta confessio”, precisando una valoración del resto del material probatorio, sí presenta el valor de un indicio y precisando la complementación con otras pruebas —ver SS de 27 de junio de 1987, 11 y 18 de marzo, 12 de abril, 21 de mayo, 3 de junio, 14 de julio, 23 de septiembre, 3 y 5 de diciembre de 1988, 15 de marzo, 24 de mayo, 20 de julio, 10 y 30 de noviembre de 1989, 18 y 28 de mayo, 20 de julio, 23 de octubre y 26 de noviembre de 1990, 6 de febrero, 25 de abril, 14 y 20 de mayo, 6 y 26 de junio y 3 de diciembre de 1991, 25 y 30 de enero, 18 de febrero, 17 de marzo, 30 de abril, 18 de mayo y 5 de octubre de 1992, 26 y 27 de enero, 4 y 24 de febrero, 29 de marzo, 15 de junio, 30 de octubre y 28 de diciembre de 1993, 1 de marzo, 28 de abril, 27 de mayo, 16 de junio, 21 de octubre, 16 y 20 de diciembre de 1994, 6 y 7 de marzo, 8 de mayo, 28 de julio, 7 de octubre y 20 de diciembre de 1994, 6 y 7 de marzo, 8 de mayo, 28 de julio, 7 de octubre y 28 de noviembre de 1995, 22 de marzo, 14 y 24 de junio, 1, 2, 4, 18 y 26 de julio, 3 de septiembre, 17, 25 y 28 de octubre de 1996, 4 y 28 de febrero, 19 de marzo, 19 de mayo, 14 de junio, 3 y 19 de noviembre, 12 y 29 de diciembre de 1997, 13 de marzo, 26 de septiembre, 3 de octubre, 4 y 28 de diciembre de 1998, etc.—. Más recientemente, se ha destacado que la negativa a someterse a pruebas biológicas de investigación de la paternidad, aunque no pudo atribuírsele valor de “ficta confessio”, sí equivale a un valioso indicio que, conjugado con otros me-

dios de prueba, permite declarar la filiación —S. de 11 de mayo de 1999, con cita y referencia a las precedentes de 11 de marzo de 1988 y 17 de noviembre de 1989—. Por último, la S. de 16 de enero de 1999, ha puesto de relieve la diferencia entre los procedimientos civiles de filiación y el resto de los procesos, afirmando que en aquellos pierde relevancia el principio de aportación de parte y hasta el principio dispositivo.

Asimismo sobre la obligación de someterse a tales pruebas biológicas cuando han sido ordenadas dentro del proceso razonadamente por la autoridad judicial, ha sido también mantenida por el TC, por prevalecer el interés social y público que subyace en las declaraciones de paternidad, no infringiéndose por ello, ni el derecho a la integridad física, ni el derecho a la intimidad —Sentencia de esta Sala de 28 de mayo de 1999, con referencia a las anteriores de 17 de enero y 18 de mayo de 1994 y 8 de marzo de 1995—. En idéntico sentido se ha interpretado la existencia de indicios significativos cuando ello se suma a la negativa injustificada del demandado de someterse a la prueba biológica, negativa que aunque no se equipara a la “ficta confessio”, constituye un dato de inestimable valor que si se acompaña de indicios hace prosperar la acción, salvo casos excepcionales. Por último, se trata de un valioso indicio que junto a los datos demostrativos de otra índole, obrantes en las actuaciones, llevan a la convicción de la paternidad del recurrente —S. de 11 de octubre de 1999, con referencia a las de 14 de julio de 1996 y 3 de noviembre de 1997— por lo que tal negativa ha de ponerse en relación con las demás pruebas obrantes en el proceso —S. de 11 de diciembre de 1999—.

En el supuesto traído ahora a la censura casacional aparece una injustificada negativa al sometimiento por parte del demandado a la prueba biológica de paternidad, acordada en los autos. Tal relevante indicio ha de cohonestarse y relacionarse con otras pruebas obrantes en los autos. En primer lugar, el propio demandado ha reconocido en su

confesión (posición segunda) conocer a la actora, aunque califica tal relación de superficial (posición cuarta). Por tanto, no se trata de una persona desconocida que pretenda una paternidad para su hijo, sino de una persona que comienza acreditando un conocimiento y relación con el demandado que éste califica de superficial, pero no puede negar.

Mas no se trata de tan sólo este dato, existen dos testigos propuestos por la actora, D.^a María Asunción y D.^a Verena. La primera conoció al demandado antes de 1973 y presentó a ambos actora y demandado en una reunión de amigos y que a partir de tal momento comenzaron sus relaciones y pasaron al menos una noche juntos en una casa de amigos, conociendo sus relaciones al detalle, sabiendo que eran de frecuentes y completas relaciones sexuales y una vez que Margarita quedó embarazada le contó que el demandado quería que abortara y ésta se sentía muy presionada. Asimismo, afirma conocer a Fernando, que es el que ingresó, tras el embarazo de la actora, una cantidad y que el citado era amigo del demandado en aquellas fechas, de enero a julio de 1973. La segunda conoció a la actora, estando ya embarazada, y por relación de amistad conoció todos los pormenores de sus relaciones por las confidencias que Margarita le hacía y acredita así con su testimonio, que el día en que nació el niño, Margarita llamó a Juan Agustín para comunicárselo por teléfono. Y otro día acompañó a Margarita y a su hijo a enseñarle éste al demandado en la calle Juan

Andrés. Ciertamente que tales testimonios han sido tachados de adversos, pero en temas familiares y de estado civil no debe interpretarse con tal rigidez el tema de la amistad íntima o el parentesco, pues sólo familiares o amigos íntimos conocen determinadas intimidades y pueden deponer con conocimiento sobre ellas.

Existe así una pluralidad de datos acreditados por la prueba, a los que se suma, como poderoso indicio, la negativa a someterse el demandado a una prueba biológica acordada, prueba inocua a la salud, a la dignidad, intimidad y que, además de su virtualidad y eficacia, hace pensar que el ajeno a tal paternidad estaría deseoso de utilizar un medio que le excluya de manera definitiva de la pretensión contraria. Por tales razones el motivo debe ser estimado, con cita en la TCS 7/1994, de 17 de enero, que recoge al efecto que “cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial puede descubrir la verdad”. En este sentido la sentencia de esta Sala 684/1999, de 26 de julio, añade al respecto, que no significa en el proceso civil que aportar una prueba sea un deber, exigible coactivamente, sino una carga, cuyas consecuencias perjudiciales a la negativa se señalan con relación a la oposición a la prueba biológica acordada legítimamente en el proceso.

1.5 *Negativa a la práctica de la prueba biológica.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª; Sentencia de 24 de abril de 2000.

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

A pesar de que el demandado, de 92 años de edad, se negó a la práctica de la prueba biológica, el Tribunal Supremo no declara su paternidad, al entender que no se trata de una negativa injustificada.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Carmen interpuso demanda de menor cuantía contra D. José, solicitando se dicte sentencia por la que se declare que el demandado es el padre biológico de la actora, nacida el 2 de noviembre de 1939 por la relación que tuvo con su madre D.ª Concepción.
- El Juzgado de Primera Instancia de Becerreá dictó sentencia el 7 de noviembre de 1994, desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la AP de Lugo dictó sentencia el 28 de abril de 1995 desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.
- D.ª Carmen interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Las sentencias de instancia desestimaron la demanda en base a lo siguiente:

a) No puede desconocerse la dificultad de acreditar un hecho ocurrido hace gran cantidad de años, no sólo por el transcurso de un tiempo tan largo, sino también por la naturaleza íntima de unas relaciones sexuales, que no se practican con publicidad, por lo que, aun cuando éstas sean recientes, no es fácil demostrar su existencia, pero, sin dejar a un lado esa dificultad, que es innegable, no por eso el deber de probanza deja de ser una exigencia ineludible del actor, por lo

que, en cada caso concreto, han de valorarse las posibilidades que, para su prueba, son razonables, y aun así, la deficiencia probatoria, dentro de este proceso, es tan grande, que no puede producirse un convencimiento, objetivamente fundado de que hubo una conexión entre el mencionado nacimiento, cuya realidad es patente, y una acción fecundante del demandado, por no estar ésta comprobada.

b) Llama mucho la atención que durante tanto tiempo no se haya realizado por la madre de la demandante, acto de alguna clase que implique, directa o indirectamente,

una exteriorización de que el demandado tuvo con ella las relaciones sexuales descritas en la demanda, sino que ha permanecido pasiva, sin haber efectuado nada que vaya encaminado a ese fin, lo que no es fácil de explicar, y esa misma actitud, la ha mantenido durante el proceso, estando al margen, porque ni demandó ni tampoco fue traída a él como testigo por la actora, aunque era evidente que, dando dialécticamente como ciertas esas relaciones, era la persona más adecuada para aportar datos, y sin embargo, la actora ha prescindido de ella, una omisión poco coherente con la posición que, formulando la demanda, adoptó en relación con la cuestión disputada.

c) Tampoco durante esos largos años hay constancia de que, por parte del demandado, se haya producido algún hecho del que pudiera inducirse que mantuvo relaciones sexuales con la madre de la actora en las fechas de referencia, únicas válidas para que el nacimiento de ésta haya sido la consecuencia biológica.

d) Durante el proceso la actora no ha sido coherente en cuanto a las fechas, porque en el hecho quinto de la demanda afirma que el demandado “desde los primeros meses de mil novecientos treinta y seis hasta el mes de junio de mil novecientos treinta y nueve, tuvo como empleada —muchacha de hogar y ayudante en la tienda de ultramarinos— a doña Carmen”, y que esa situación meramente laboral “se convirtió en unas relaciones amorosas y sexuales durante más de un año, desde primeros de mil novecientos treinta y ocho a junio de mil novecientos treinta y nueve”, y sin embargo, en el acta notarial levantada el veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, formula la primera pregunta, reduce el período de trabajo a los años de mil novecientos treinta y ocho y mil novecientos treinta y nueve, por lo que ha quedado sin explicación cómo, contando con el acta al redactar la demanda, ésta fija un período mayor, nada menos que el doble, desarmónía que, también, existe entre la demanda y la primera pregunta que, para interrogar a los testigos que presentó,

equivocamente establece una cierta indecisión en cuanto a las fechas, aunque la exactitud en este extremo es una necesidad que deriva de la importancia que tiene para la pretensión deducida.

e) En la confesión judicial, el demandado reconoce que desde mil novecientos treinta y cinco hasta la década de los cincuenta, tuvo una tienda de ultramarinos en la ciudad de Lugo, viviendo con él su madre y hermanos, pero niega las relaciones sexuales que se le atribuyen, diciendo que casi no conoció a la madre de la actora, y sí admite que ésta, en el verano de mil novecientos noventa y tres, se presentó en su casa, debiendo destacarse, en relación con este último punto, que tampoco la demandante, supuesta hija, hizo nada durante mucho tiempo para ser considerada como tal, sino que dejó pasar los años, más de medio siglo, como si nada la afectara el problema que ahora plantea, una actitud que carece de razonable explicación;

f) Dos testigos propuestos por la actora Eulogio y Bernardo, declararon haber oído a su madre el embarazo, estando en casa del demandado, de Carmen que era hija de un casero suyo, y que, en cuanto a la hija que nació han oído a Carmen y a otras personas (sin especificar quiénes son) que el padre era el demandado, y otros tres testigos del mismo ramo de prueba contestan afirmativamente al interrogatorio, según el cual el demandado y la mencionada tuvieron relaciones sexuales, resultando ella embarazada y dando a luz, pero el testimonio que dan consistió en la respuesta afirmativa, sin alegar ninguna razón de ciencia y los tres tienen los mismos apellidos.

g) Esta prueba testifical no puede valorarse independientemente, haciendo abstracción de todo lo demás que resulta de los autos, sino que la totalidad de lo que hay en ellos es lo que, en definitiva cuenta, porque la prueba testifical es uno de tantos medios probatorios, al que no puede darse eficacia absoluta, porque entonces se produciría fácilmente un quebranto de la seguridad jurídica, por lo que tratándose de un tema como

el que ahora es enjuiciado, para que tales testimonios tuvieran eficacia demostrativa, tenían que proceder de quienes dispusieran de un conocimiento bien fundado, no por mera referencia, y en todo caso exponiendo las razones de ciencia que lo avalan, para, en función de ellas, determinar el alcance que, como prueba, hay que atribuirles, pero esa razón de ciencia la han silenciado los tres testigos de los mismos apellidos, y los otros dos sólo lo saben a través de otras personas, no directamente.

h) La actora, cuando absuelve posiciones, como respondió negativamente a la cuarta, resulta que afirma no haber formulado la demanda en base a lo que su madre le dijo, dejando así indeterminada cuál fue su fuente de conocimiento y, al menos aparentemente, prescindiendo de quién podría darle información, lo que explica, en cierto modo, aunque de manera insatisfactoria, que la madre no haya sido traída como testigo, y en la misma confesión judicial contradice lo que refiere en el hecho sexto de la demanda, según el cual en el verano de mil novecientos noventa y tres habló por vez primera con el demandado, mientras que contestando la posición primera niega que lo conociera hasta entonces.

i) Es cierto que durante algún tiempo la madre de la actora trabajó para el demandado tanto en el hogar como en el comercio de ultramarinos, aunque la demandante no ha establecido con seguridad cuál fue la duración de esa relación laboral, pero el hecho de que ésta haya existido no es necesariamente concomitante con una relación sexual, porque son dos clases de relaciones que tienen un desarrollo independiente, respondiendo a una dinámica propia y si en algún caso hay conexión entre las dos, esto ocurre excepcionalmente, por lo que quien sostenga que simultáneamente se dieron esas dos relaciones, ha de probarlo con rigor, no bastando con demostrar la existencia de una sola de ellas, la relación laboral, porque de ésta, ni siquiera presuntivamente, pueden deducirse las relaciones sexuales, pues es evidente que sería una interpreta-

ción errónea, siempre injusta, afirmar que una relación laboral, cualquiera que sea su naturaleza, entre dos personas de sexos diferentes, produce, como inevitable consecuencia, que tengan entre sí relaciones sexuales, y aunque, durante la vista, el apelante, tomando como referencia la edad que, en aquellas fechas, tenían el demandado y la madre de la actora, sostuvo que, en función de la relación laboral que los unía, era más que suficiente para justificar que se relacionaron sexualmente, tal tesis carece de apoyo en la realidad, por lo que no la exonera de la obligación de probar que hubo relación sexual entre ambos.

j) El demandado, en ningún momento, ha reconocido, expresa ni tácitamente, que Carmen P.L., la actora, sea hija suya ni ella ha poseído jamás ese estado.

k) No está acreditado que haya habido la convivencia que menciona el artículo ciento treinta y cinco del Código Civil, porque no puede considerarse como tal el hecho de estar, por motivos laborales, bajo el mismo techo, ya que el encuentro está motivado porque uno de ellos, a cambio del trabajo que le hace, recibe del otro una remuneración, quedando así el vínculo que los une constituido como un contrato, cosa muy diferente de una convivencia.

l) El demandado no ha querido someterse a la prueba de investigación biológica de la paternidad, pero esta negativa, en sí misma, no implica necesariamente que haya de volverse contra él, dando como demostrado que responde al convencimiento de que, si tal prueba se hace, resultaría descubierta su paternidad, una consecuencia que no está en conexión directa y necesaria con su decisión de negarse, porque todo acto humano, sea acción u omisión no tiene más sentido, en principio, que el que inmediatamente deriva de él, y solamente el contexto en que se realiza pueda atribuirle otro significado, pero en este caso nada hay dentro de los autos que constituya la base para valorar la negativa como una "ficta confessio", porque, para determinar adecuadamente su alcance hay que tener en cuenta un dato obje-

tivo importante, la edad del demandado, noventa y un años, que lo ha colocado en un estado psicofísico que presenta grandes alteraciones de la normalidad, como consta por el certificado médico, según el cual padece mareos intensos, ligera pérdida de memoria, artrosis de la columna vertebral y extremidades inferiores, con tumefacción y además importante en pies y tobillos, que le acusan incapacidad para la movilización, y en tal estado es muy natural que su comportamiento no se ajuste, en todas sus dimensiones, a las pautas normales, y aunque el Juez de Primera Instancia, con todo detalle y muy claramente, le explicó en qué consistía la prueba, cuál era su alcance y la consecuencia que podría recaer sobre él si no la consentía, explicación que comprendió bien, sin embargo dio su negativa, alegando como razones que nada tenía que ver con eso, ni con esa señora, que no tiene remordimientos;

m) Aunque jurisprudencialmente, en casos concretos, la negativa a someterse a la prueba biológica de la paternidad, ha sido considerada como una prueba en contra, esto únicamente ha ocurrido cuando esa valoración viene impuesta por el resultado de las otras pruebas, en función del cual la negativa no es más que su confirmación, pero no puede sostenerse racionalmente que una negativa haya de considerarse siempre así, porque implicaría dar una eficacia demostrativa excesiva a lo que no es otra cosa, en principio, que una decisión del demandado, la cual, para su correcta apreciación, ha de ponerse en relación con todo lo que, dentro de los autos, ponen de manifiesto los diferentes medios de prueba empleados por las partes.

n) Si, además del análisis que, de cada medio de prueba, se ha hecho, se valoran conjuntamente, se llega a la misma conclusión de que no han quedado demostradas las relaciones sexuales que la demandada atribuye al demandado, pues sumando el resultado de cada prueba, o conjugando todos, no

hay certeza de que esas relaciones hayan sido una realidad.

Alega la recurrente que la Sala de instancia no ha dado valor probatorio a la negativa a las pruebas biológicas, en conjunción con las demás pruebas, poniendo especial énfasis en que la propia sentencia recurrida reconoce que la madre de la actora trabajó para el demandado, según la prueba testifical, y que vivió algún tiempo en el mismo domicilio; todo esto, unido a la negativa, cree que tiene un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, por lo que al no tener en cuenta la Sala esta prueba vulneró el artículo 1253 del Código Civil.

Es preciso significar, señala el Tribunal Supremo, que si bien la negativa a las pruebas biológicas no puede interpretarse como una “ficta confessio”, de tal manera que haya de imputarse la paternidad necesariamente a quien se niegue a practicar estas pruebas, sí constituye, en cambio, un elemento integrador de la convicción del juzgador a ponderar juntamente con las demás pruebas; es decir, de la negativa, cuando ésta va acompañada de otros elementos indiciarios, pueden derivarse consecuencias desfavorables para el demandado, puesto que puede conducir al juzgador a la convicción de que existió el acto generativo determinante de la filiación cuestionada. Es muy numerosa la doctrina jurisprudencial que pudiera citarse en este sentido. Pero ocurre que en el caso de este recurso de casación la convicción de los juzgadores de instancia ha sido la contraria, de tal manera que, la sentencia de la Audiencia entre estas circunstancias destaca “la edad, noventa y un años, que lo coloca en un estado psicofísico que presenta grandes alteraciones de la normalidad, como consta en el certificado médico, según el cual padece mareos internos, ligera pérdida de memoria, artrosis de la columna vertebral y extremidades inferiores, con tumefacción, y además importante en pies y tobillos, que le acusan incapacidad para la

movilización”, como ha puesto de manifiesto esta Sala en su Sentencia de 27 de mayo de 1994.

Por otro lado, alega la recurrente la vulneración de la doctrina jurisprudencial que cita, así como del Tribunal Constitucional. En este motivo se insiste sobre la valoración de la negativa a las pruebas biológicas. No desconocemos, señala el Tribunal Supremo que, en efecto, tanto esta Sala como el Tribunal Constitucional consideran que ese comportamiento obstruccionista es una conducta en fraude de Ley, encaminada a impe-

dir la debida aplicación de las normas de la filiación y constituye además un ejercicio antisocial del derecho con daño a terceros; y que la negativa unida al resto de las pruebas revela un indicio valioso conducente al reconocimiento de la presunción “*seu iudices*” que lleva a la apreciación de la certeza de la paternidad. Pero esta doctrina no es aplicable al caso de este recurso, porque ni se trata de una negativa injustificada ni las demás pruebas practicadas realizan aportación alguna a favor de la paternidad reclamada. En consecuencia, el motivo se desestima.

II. RÉGIMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

1. DETERMINACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO

1.1 *Determinación del régimen económico-matrimonial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 28 de enero de 2000.

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

Existencia de régimen de separación de bienes al haber adquirido los cónyuges la vecindad civil catalana por el transcurso del tiempo y haber contraído matrimonio sin otorgar capitulaciones matrimoniales.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Francisco nació en Lucena (Córdoba) en el año de 1940 y en compañía de sus padres se trasladó a vivir a Cataluña en el año 1949 o de 1950, estableciendo allí, la familia, su residencia.
- D.^a Carmen nació en Nueva Carteya (Córdoba) en el año de 1941 e igualmente, con sus padres, se trasladó en el año de 1954 a vivir en Cataluña donde establecieron su residencia familiar.

- Residentes en Cataluña con sus respectivas familias, sin solución de tiempo, demandante y demandada contrajeron matrimonio canónico el día 8 de noviembre de 1946 en la ciudad de Tarrasa (Barcelona) sin que hayan otorgado capitulaciones matrimoniales.
- En febrero de 1992, la esposa presentó demanda de separación que se tramita, con el núm. 105/92, en el Juzgado de Primera instancia núm. 5 de los de Marbella (Málaga).
- D. Francisco interpuso demanda de menor cuantía contra D.^a Carmen en la que solicitaba que se dictase sentencia por la que se declarase que el régimen al que ha estado sometido el matrimonio es el de gananciales; que los inmuebles adquiridos tienen carácter ganancial, solicitando la correspondiente rectificación de las inscripciones registrales. D.^a Carmen se opuso a la misma alegando que el matrimonio se ha regido económicamente por la más absoluta separación de bienes.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de Marbella dictó sentencia el 2 de marzo de 1994 desestimando la demanda. En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la AP de Málaga dictó sentencia el 23 de marzo de 1995 estimando el recurso, declarando que el régimen económico del matrimonio fue el de sociedad de gananciales, declarando que los bienes adquiridos tenían tal carácter y ordenando la rectificación de las inscripciones registrales.
- D.^a Carmen interpuso recurso de casación, se estimó el recurso, y revocando la sentencia dictada por la Audiencia, confirmó la dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dispone el art. 16.1.1 del Código civil que, cuando surge conflicto de leyes civiles ente las coexistentes dentro del territorio nacional, “será ley personal la determinada por la vecindad civil” clarificando así lo que ya había dispuesto y resultaba del contenido de su art. 15 en la redacción que le fue dada por el real Decreto de 12 de junio de 1899, mantenida por lo que aquí interesa, hasta que el Decreto de 31 de mayo de 1974 modifica los arts. 14 y 15 en numeración y, relativamente, en la materia de vecindad que aquí se plantea.

Tanto el anterior art. 15 del Código civil, como su actual art. 14, vienen a disponer que se ganará vecindad por la residencia

continuada —en territorio de derecho común o en territorio de derecho especial o foral— de dos años siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad o de diez años a no ser que antes de terminar este plazo el interesado manifieste su voluntad en contrario.

Esas modificaciones del Código civil en aquella época han de relacionarse con las previsiones de la Ley de Registro civil de 8 de junio de 1957 y las de su Reglamento aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958. Dado que el art. 64 de la primera dispone que sea el encargado del Registro Civil, el de aquel donde conste inscrito el nacimiento u otro que se la remitirá al ante-

rior, el que reciba las declaraciones de conservación o modificación de vecindad para su inscripción marginal en el que corresponda, tal disposición encuentra su desarrollo en el art. 225 del Reglamento que, en su redacción originaria, disponía: “El cambio de vecindad civil se produce ‘ipso iure’, por la residencia habitual durante diez años seguidos en provincia o territorio de diferente legislación civil a no ser que antes de terminar este plazo el interesado formule la declaración en contrario. En el plazo para las declaraciones de vecindad ante el encargado no se computa el tiempo en que el interesado no pueda, legalmente, regir su persona”.

La claridad de este precepto reglamentario —que como tal sería imposible que modificara otra norma del rango superior, cual dispone el art. 1.2 del Código Civil, el art. 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 9.3 de la Constitución— se ve perturbada por la redacción que le ha dado el Real Decreto 3455/1977 de 1 de diciembre que aunque no ha modificado el propósito del precepto —deja incólume el tiempo establecido para la adquisición “ipso iure” de la vecindad y el de su rechazo, pero suprime en el párrafo segundo la mención de las “declaraciones” al fijar la interrupción el plazo para hacerlas— su desafortunada redacción conduce al error de hacer creer que es el plazo para adquirir vecindad el que por ello se interrumpe, en clara contravención de lo prevenido en los arts. 14 actual o 15 anterior del Código civil, error de inmediata corrección siguiendo las indicaciones del art. 3.1 del este Código y para interpretar la norma, la actual de indeseada redacción, desde sus antecedentes legislativo y desde la realidad social de su tiempo tendente a lograr la unidad familiar.

Lamentablemente tampoco se ha corregido la defectuosa redacción de ese texto, que ha quedado incompleto, aprovechando la

promulgación del Real Decreto 1917/1986 de 29 de agosto que modifica dicho art. 225.

Trasladada la respectiva unidad familiar, en que con sus progenitores estaban integrados demandante y demandada por la que a cada uno correspondía, desde territorio sometido a legislación civil común, cual era la provincia de Córdoba, a territorio con derecho civil propio, como es Cataluña, uno y otra de aquellos adquirieron por transcurso del tiempo y ministerio de la ley —al no contradecir las previsiones de esta al respecto— la vecindad civil catalana como resultaba en aquella época de lo dispuesto en el art. 15 del Código Civil y habiendo llegado el demandante a la mayoría de edad en el año de 1961 y la demandada en el año de 1962, por disposición del entonces vigente art. 320 del expresado Código que la fijaba en los veintiún años cumplidos— ni uno ni otra habían obtenido antes emancipación, sin que en ese tiempo anterior ni aún en el de después, hasta la presentación de la demanda rectora de autos, con aquella residencia permanente, continuada y estable en Cataluña, rechazasen tal vecindad, contrajeron matrimonio canónico entre sí el 8 de noviembre de 1964 sin otorgar capitulaciones matrimoniales que rigiesen los efectos económicos de su matrimonio que, por lo mismo, quedaba, desde ese mismo momento, sujeto al régimen de separación de bienes según disponía el art. 7 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña promulgada por la Ley 40/1960 de 21 de julio siguiendo la tradición jurídica del territorio que antes había tratado de recoger la Tercera Recopilación de las Constituciones de Cataluña publicada en 1704.

Estos varios y claros efectos de la legislación vigente al tiempo de producirse los hechos y circunstancias que aquí se someten lleva a la estimación de este recurso en su único motivo y, por lo mismo a casar y anular la sentencia recurrida y a confirmar la de primera instancia.

2. RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

2.1 *Carácter común de los bienes.*

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

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

Carácter común del inmueble y del negocio familiar adquirido durante el matrimonio por los cónyuges que estaban sujetos al régimen de separación de bienes, siendo indiferente que el esposo fuese el titular del negocio y la esposa figurase como asalariada.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Ramón y D.^a María Ángeles, cuyo régimen económico era el de separación de bienes, adquirieron en el año 1989 un local en el que en la misma fecha instalaron un negocio de pastelería. Desde el año 1990 se encontraban separados de hecho.
- D.^a María Ángeles formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, sobre división de cosa común contra don Ramón, solicitando la cesación legal de indivisión de un negocio de pastelería, bombonería y panadería, la adjudicación del mismo en propiedad exclusiva a la actora, ordenando a don Ramón a que haga la entrega del mismo, previo pago de todas las deudas que haya podido contraer en estos dos últimos años, así como a que rinda cuentas a la actora acerca de los ingresos y gastos generados por el negocio desde la fecha en que se interpuso la demanda de separación, liquidándole y abonando los beneficios que le correspondían y que ha dejado de percibir desde entonces, así como los intereses legales por mora y la indemnice en los daños y perjuicios causados.
- D. Ramón se personó en autos y se opuso a la demanda, solicitando se dicte sentencia declarando la cesación de la situación legal de indivisión del inmueble y del negocio, que se le adjudique en propiedad exclusiva de conformidad con lo que establecen los artículos 400 y siguientes del Código Civil, así como el artículo 1406 puntos 2.^o y 3.^o y demás concordantes del Código Civil, que se valore y abone la indemnización por daños y perjuicios.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Cornellá de Llobregat dictó sentencia el 11 de enero de 1994 estimando parcialmente la demanda, acordando la división de la situación de copropiedad existente entre ambas partes que se llevará a efecto materialmente según lo que se especifica en el fundamento 5.º
- En grado de apelación, la sec. 14 de la AP de Barcelona dictó sentencia el 18 de marzo de 1995, revocando la sentencia de instancia y dando lugar a la división tanto del local como del negocio, atribuye ambos a don Ramón, quien deberá pagar a doña María Ángeles la mitad de su valor, a determinar en trámite de ejecución de sentencia, calculando el valor del negocio el que tuviera en junio de 1989, el correspondiente al local de comercio calculado al mes de julio de 1991, a fijar por un técnico correspondiente.
- Ambas partes interpusieron recursos de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso formulado por D.ª María Ángeles.

Sostiene la esposa que los bienes que se tratan de dividir constituyen un negocio de carácter familiar que deberá dividirse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1062 del Código Civil en relación con el art. 402, pudiendo además considerarse dicho negocio como una sociedad civil, tal y como previene el art. 1665 del referido Código, para concluir que no se puede atribuir los bienes a uno solo de los condóminos.

La sentencia recurrida mantiene que la pastelería, es un negocio familiar, porque está constituido en un local que es propiedad común de los dos esposos litigantes y aunque el director del negocio sea D. Ramón, también contribuyó al desarrollo del negocio la esposa, aunque figurase en régimen de asalariada en la Seguridad Social; habiéndose abonado los plazos del préstamo hipotecario de ocho millones y medio de pesetas, destinados a la compra del local de acuerdo con el documento privado de 1 de marzo de 1989, cuyo precio fue de diez mi-

llones, y no el de tres millones, como se hizo figurar en la escritura pública de cuatro de abril del referido año, que fueron abonados con los productos que obtenían del negocio, por lo que no hay duda que la recurrente, y la Sentencia han llegado a la misma conclusión de que tanto el local (por haberlo comprado conjunta y por iguales partes los ahora litigantes), como el negocio son bienes que a ambos pertenecen.

D.ª María Ángeles está disconforme con la sentencia recurrida, en cuando que ha adjudicado tanto el negocio como el local a uno de los comuneros pagando el valor de la mitad de dichos bienes al otro comunero, la Sentencia sostiene que se sigue esta posición, en atención a que si se optase por la vía de la subasta pública, tal procedimiento puede ser causa de un considerable desmerecimiento de los bienes comunes, como lo es también sin duda alguna la división material, invocando además al respecto, la resolución recurrida, la buena fe y la equidad, y teniendo en cuenta que, ninguno de los litigantes ha pedido la venta de los bienes con intervención de licitadores extraños, lo que

implica, aunque ciertamente se ha olvidado de transcribir en la Sentencia recurrida, el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 400, 404 y 406 del Código Civil en relación con lo dispuesto en los arts. 821 y 1062 del mismo Código, disposiciones legales que no han sido denunciadas como violadas. Por lo expuesto procede desestimar el recurso de casación interpuesto por la actora doña María Ángeles.

2. Recurso interpuesto por D. Ramón.

Dejando a un lado los motivos estrictamente procesales (denegación de recibimiento a prueba en segunda instancia), el recurso se centra en cuestionar que el negocio y el inmueble no tenían naturaleza comunal.

Denuncia el recurrente la violación de los artículos 1232 párrafo 1.º del Código Civil y el 580 párrafo último de la LECiv., que establecen que la confesión hecha bajo juramento indecisorio sólo perjudicará al que la hace, y de acuerdo con una valoración parcial de la confesión de doña María Ángeles, sostiene el recurrente que en el negocio de pastelería, no puso ni capital, ni trabajo, la citada parte confesante: lo primero porque confiesa que cuando instalaron el negocio no tenía dinero, pero es evidente, señala el Tribunal Supremo, que se refiere a la falta de dinero de ambos cónyuges, esto es tanto la actora como el demandado; niega por otra parte las posiciones 46, 47 y 49, que se refiere a la aplicación del dinero que se obtuvo por la venta del piso de la calle Doctor Reig, a la instalación y montaje de la pastelería, reconoce al absolver la posición 48 que se vendió el piso por seis millones de pesetas que se ingresaron en la cuenta del matrimonio y en la posición 82, invocada también

por la parte recurrente, se admite por la esposa, que del precio, cuatro millones sirvió de garantía para obtener un crédito; al respecto y en contrapartida el demandado ha reconocido al absolver las posiciones 2.ª y 5.ª, que su esposa compartía responsabilidades económicas en el negocio de pastelería y por eso eran los dos titulares solidarios de c/c, créditos, préstamo hipotecario —posición segunda—, y en la quinta reconoce que el padre y un hermano de la esposa fueron avalistas en la compra del local, por lo que la Sentencia recurrida no ha incurrido en el vicio denunciado.

Hay que convenir, señala el Tribunal Supremo, que la prueba ha sido convenientemente valorada por la Audiencia Provincial, por lo que hay que entender que la pastelería era un negocio del matrimonio, que la esposa ha contribuido con la aportación de la parte del local de la que es propietario juntamente con el esposo y con su trabajo aunque figurase como remunerado, respondiendo además personalmente de las deudas del negocio mediante las cuentas que en solidaridad con su marido habían domiciliado el abono de las mismas. Respecto al local base física del negocio de pastelería, es evidentemente la participación por mitad e iguales partes con el marido, pues aunque casados en régimen de separación de bienes, adquirieron el piso por mitad e iguales partes, y aunque confiesa al absolver la posición 57, que cuando compraron el local no tenían dinero, se refería no a ella sola, sino al matrimonio, por lo que lo pusieron todo a crédito, parte del cual estaba afianzado por su familia, y las deudas, se iban pagando con lo obtenido con la pastelería que era un pequeño negocio familiar como se argumenta en el fundamento segundo de la Sentencia recurrida, por lo que procede la desestimación del recurso.

3. GESTIÓN, ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES GANANCIALES

3.1 *Nulidad de compraventa de bien ganancial realizada por un cónyuge separado de hecho sin el consentimiento del otro.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 14 de febrero de 2000
Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales

A pesar de que los cónyuges hayan pactado notarialmente la separación de hecho, para que se disuelva la sociedad de gananciales por vía del art. 1393. 3.º del CC es preciso una decisión judicial a petición de uno de los cónyuges.

Aunque los cónyuges hubiesen adquirido la vecindad civil por residencia, los bienes adquiridos con anterioridad tienen carácter ganancial, puesto que este era el régimen existente en el momento de adquirir los inmuebles.

ANÁLISIS DEL CASO

- Mediante sendas escrituras públicas de compraventa de fechas 2 de marzo de 1954 y 7 de enero de 1957, los esposos D. Alfonso y D.^a Vicenta, a la sazón vecinos de Ciudad Real, compraron, con el carácter de bienes gananciales dos fincas rústicas.
- En el año 1975 ambos esposos, por convenio instrumentado en documento privado, protocolizado notarialmente, se separaron de hecho.
- Mediante documento privado de fecha 10 de enero de 1984, D. Alfonso, por sí solo, y hallándose en dicha situación de separado de hecho, vendió las dos referidas fincas rústicas a la entidad mercantil Jardycasa.
- Con fecha 12 de diciembre de 1987 se dictó sentencia de divorcio.
- Doña Vicenta formuló demanda de menor cuantía contra la entidad J. y contra su ex esposo don Alfonso, solicitando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de contrato de compraventa celebrado en documento privado entre los demandados, en fecha 10 de enero de 1984, por tratarse de un negocio jurídico nulo realizado en perjuicio de su representada doña Vicenta.
- Los herederos de don Alfonso, se allanaron a la demanda. La codemandada entidad mercantil J. no se personó en el proceso, por lo que fue declarada en

rebeldía, en cuya situación se mantuvo hasta que le fue notificada la sentencia de primera instancia, en cuyo momento se personó e interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia.

- El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ciudad Real dictó sentencia el día 21 de diciembre de 1993 estimando íntegramente la demanda, rescindiendo el contrato de compraventa celebrado el 10 de enero de 1984 entre don Alfonso como vendedor y la entidad J. como compradora sobre determinadas fincas.
- En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Ciudad Real dictó sentencia el 16 de febrero de 1995 desestimando el recurso interpuesto por la entidad J.
- La entidad J. interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto del procedimiento ha sido la rescisión del contrato de compraventa de los bienes inmuebles de carácter ganancial, celebrado únicamente entre el esposo y la entidad J.S. sin el consentimiento de la esposa, entiendo ésta que se ha realizado en fraude de los derechos de la misma, habiendo procedido con mala fe la entidad compradora.

La entidad J. sostiene en el recurso que, al hallarse disuelta la sociedad de gananciales cuando se celebró el contrato de compraventa litigioso, por venir los cónyuges separados de hecho durante más de un año por mutuo acuerdo, conforme al número 3 del artículo 1393 del Código Civil, lo que ya existía entre ellos, mientras no se llevara a efecto la liquidación, era una comunidad de tipo germánico (dice), regulada por los artículos 392 y siguientes del Código Civil, por lo que D. Alfonso podía disponer cuando menos (parece querer decir) de la mitad de los bienes vendidos.

El Tribunal Supremo, después de recordar a la recurrente que los artículos 392 y siguientes del Código Civil (Título III de su Libro Segundo) no regulan la comunidad de tipo germánico o en mano común, sino la de tipo romano o por cuotas, el expresado motivo ha de ser desestimado por las siguientes razones:

1.^a A diferencia de los cuatro supuestos que contempla el artículo 1392 del Código Civil, los que, por sí solos, operan “ope legis” o de pleno derecho la disolución de la sociedad de gananciales, en los que relaciona el artículo 1393 del mismo Código (uno de los cuales, el 3.^o, es efectivamente “llevar separado de hecho más de un año por mutuo acuerdo o por abandono de familia”) para que se produzca la disolución o conclusión de la sociedad de gananciales se requiere decisión judicial a petición de uno de los cónyuges, cuya decisión judicial no se había producido cuando D. Alfonso celebró el contrato de compraventa litigioso, por lo que, en dicha fecha, continuaba vigente la sociedad de gananciales entre él y su esposa, la actora D.^a Vicenta, aunque llevaran más de un año separados de hecho, por mutuo acuerdo.

2.^a Aun cuando a efectos meramente dialécticos admitiéramos que, cuando D. Alfonso celebró el contrato de compraventa litigioso, ya estaba disuelta la sociedad de gananciales (que no lo estaba), tampoco podía D. Alfonso, por sí solo, celebrar el referido contrato de compraventa, ya que, una vez producida la expresada disolución, los bienes que, hasta entonces, habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar una comunidad de bienes postmatrimonial o de

naturaleza especial, de tal modo que sobre la titularidad de los bienes integrantes de esa comunidad postmatrimonial ambos cónyuges (o, en su caso, el supérstite y los herederos del premuerto) ostentan una titularidad común, que no permite que cada uno de los cónyuges, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado.

Otro de los motivos esgrimidos por la entidad recurrente alegaba que por haber residido los esposos (mientras lo fueron) D. Alfonso y D.^a Vicenta durante más de diez años continuados en Cataluña, habían adquirido la vecindad civil catalana y, por tanto, al quedar sometido su régimen económico-matrimonial al de separación de bienes, el esposo (parece querer decir la recurrente) podía disponer libremente de los bienes litigiosos o, cuando menos, de la mitad indivisa que a él le correspondía. Este motivo es igualmente desestimado por el Tribunal Supremo, no sólo porque no aparece probado en el proceso que los referidos esposos (mientras lo fueron) hubieran adquirido la vecindad civil ca-

talana por su residencia continuada de diez años en Cataluña, sin declaración en contrario durante dicho plazo, sino porque, aunque así hubiera sido, como quiera que es totalmente incuestionable que los citados esposos estaban sometidos al régimen legal de gananciales cuando adquirieron (en 1954 y 1957, respectivamente) a título oneroso, en Ciudad Real, las dos fincas litigiosas, sitas en dicho término municipal, resulta de todo punto indudable que tales fincas tienen naturaleza ganancial (cualquiera que sea el régimen económico-matrimonial al que, voluntariamente o por ministerio de la ley, quedaron posteriormente sometidos dichos esposos) y, al tenerla, la disposición de los mismos había de regirse por la normativa propia de los bienes gananciales, que no fue respetada por el esposo D. Alfonso, al vender, por sí solo, las dos repetidas fincas, sin el consentimiento de su esposa y en fraude de los derechos de la misma, obrando de mala fe la sociedad adquirente (artículo 1391 del Código Civil) según declara probado la sentencia recurrida y aquí ha de ser mantenido incólume, al no haber sido desvirtuado por medio impugnatorio adecuado para ello.

3.2 Procedimiento del art. 131 de la LH sobre bien ganancial.

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, sentencia de 17 de abril de 2000.

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

Inexistencia de nulidad de actuaciones de un procedimiento del art. 131 de la Ley Hipotecaria en base a la falta de requerimiento a la esposa, puesto que la presunción de convivencia tuvo que llevar a la esposa a conocer la existencia del procedimiento y por otro lado el art. 1385 del CC legitima al esposo para la defensa de los bienes comunes.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a M.^a Teresa y D. Francisco adquirieron de D. José y D.^a Carmen un inmueble gravado con una hipoteca.

- Tramitado a instancia de la entidad bancaria el procedimiento del art. 131 de la LH, se adjudicó el inmueble a D.^ª Julia.
- D.^ª M.^ª Teresa y D. Francisco interpusieron demanda de menor cuantía contra la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, Doña Julia, D. José y D.^ª Carmen, solicitando se declarase la nulidad total y absoluta de la diligencia de requerimiento de pago, efectuada en el procedimiento judicial sumario del art. 131 de la Ley Hipotecaria y en consecuencia de todas las actuaciones y diligencias posteriores.
- Todos los demandados se personaron en autos solicitando la desestimación de la demanda.
- El Juzgado de Primera Instancia n.º 31 de Madrid dictó sentencia el 8 de noviembre de 1993 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 8.^ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 24 de enero de 1996 desestimando el recurso interpuesto por los actores.
- D.^ª M.^ª Teresa y D. Francisco interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Sostienen los recurrentes que se han infringido las reglas 4.^ª y 5.^ª del art. 131 LH, al no haberse requerido de pago ni notificada la existencia del procedimiento a D.^ª M.^ª Teresa, sino sólo a su esposo, en actuación judicial que estima nula en otro motivo del recurso. El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo, en base a que los recurrentes son esposos, y por tanto, la presunción legal de convivencia (art. 69 CC) hace completamente verosímil la declaración de la sentencia recurrida (F. 3.^º) de “que es llano que un hecho de tanta trascendencia como la existencia de dicho procedimiento judicial no pudo sino haber llegado a su conocimiento”. Por otra parte, la defensa de los derechos de los recurrentes como terceros poseedores del inmueble ejecutado sumariamente tanto incumbía al esposo como a su consorte, a ambos les legitima el art. 1385 CC para la defensa de los bienes comunes, luego la hipotética indefensión de que se quejan carece de fundamento. Además de

deberse a negligencia porque conocían la existencia del procedimiento, ninguno de ellos hizo uso de la facultad que concede el artículo precitado.

Los recurrentes, en calidad de terceros poseedores, alegan también supuestas infracciones cometidas en el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria respecto a los anteriores propietarios de la vivienda, en cuya posición de deudores hipotecarios se subrogaron los recurrentes como compradores a aquéllos de la finca hipotecada. El motivo lo desestima el Tribunal Supremo en base a que no compete a los recurrentes velar por los intereses de terceros sin estar provistos de la debida representación, y mucho menos cuando los mismos han comparecido en este procedimiento y no han hecho ninguna de las alegaciones que componen el cuerpo de este motivo, es más, solicitaron la desestimación de la demanda contra ellos dirigida.

4. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

4.1 *Calificación de bienes: indemnización por extinción de relación laboral.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela.**

Carácter ganancial de los intereses y las cantidades o reembolsos parciales percibidos por un cónyuge en relación a la indemnización percibida por la extinción de la relación laboral (plan de bajas incentivada) desde su fijación hasta la fecha de la resolución firme de separación.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Laura promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre liquidación de sociedad de gananciales contra su esposo D. Horacio solicitando se dicte sentencia por la que se decrete la liquidación de la sociedad, ordenando proceder a la formación del inventario y, posteriormente, la realización de todas las operaciones liquidatorias legalmente procedentes, efectuándose las adjudicaciones de bienes y derechos que, finalmente, correspondan a los cónyuges.
- D. Horacio contestó a la demanda solicitando que se dicte sentencia declarando: A) Que la cuantía del presente pleito es de seis millones quinientas mil ptas. (6.500.000 ptas.). B) Que los bienes que integran la sociedad de gananciales son: 1.º Piso-vivienda, sito en C/ G. M. de Valladolid. 2.º Casa en C/ C. de la localidad de Castrodeza, Valladolid. 3.º Rústica en Castrodeza, Valladolid, finca X del Polígono 3, en la superficie que reste después de la segregación efectuada. 4.º Renault 21. 5.º Muebles y enseres contenidos en la vivienda familiar, a excepción de los privativos de los esposos. C) Que atribuya a cada uno de los esposos por mitad indivisa todos y cada uno de los bienes gananciales y la asunción de todos y cada una de las deudas no vencidas y exigibles. D) Las costas del procedimiento a la actora si contradijera o temerariamente se opusiere a la pretensión de esta parte”.

- El juzgado de 1.^a Instancia n.º 8 de Valladolid dictó sentencia el 6 de abril de 1995 estimando parcialmente la demanda y declarando que el activo de la sociedad de gananciales lo constituyen los bienes relacionados por la actora en el hecho tercero del escrito de demanda, del que deben excluirse los bienes expresados bajo los núms. 4 y 7, así como el seguro temporal y mixto al que se refiere el núm. 5, del que tendrán únicamente carácter ganancial los intereses y las cantidades o reembolsos parciales percibidos por el demandado en relación con dichos seguros desde su constitución hasta la fecha de la sentencia firme de separación, y la relación de bienes aportada por el demandado, excepto los contemplados en el núm. 15 de la misma, que es de carácter ganancial; y que el pasivo de la sociedad de gananciales lo constituyen los conceptos indicados por la actora, excepto el préstamo a que se refiere el núm. 1 que ha sido cancelado, así como los pagos realizados por el demandado para satisfacción de cargas matrimoniales y familiares, que serán adicionados al mismo; conceptos que serán valorados o determinados en trámite de ejecución de sentencia y dentro de las operaciones que previene el art. 1392 y ss. CC, en la oportuna pieza separada de ejecución del procedimiento de separación, conforme se establece en el primer fundamento de Derecho, y todo ello sin hacer expresa imposición de costas.
- En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Valladolid dictó sentencia el 12 de septiembre de 1995 confirmando la sentencia de instancia.
- D.^a Laura interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La esposa interpone recurso de casación por entender que se ha efectuado una interpretación errónea del art. 1346.3 CC y por inaplicación del art. 1347.1 CC ya que entiende que procede incluir en el activo de la sociedad de gananciales los seguros temporal y mixto constituidos con la indemnización que el esposo cobró por la extinción de su contrato de trabajo. Así pues la cuestión litigiosa se centra primordialmente en la determinación de la naturaleza jurídica, si privativa o ganancial, del seguro temporal y mixto de capitalización y vida concertado por D. Horacio con la entidad “P. V., S.A.” en fecha de 10 de febrero de 1991 con el importe de la indemnización que por la extinción de la relación laboral, establecida

con efectos de 2 de enero de 1991, recibió aquél dentro del Plan de Bajas Incentivadas de la empresa F.

El Juzgado estimó parcialmente la demanda en el sentido de tendrán sólo carácter ganancial los intereses y las cantidades o reembolsos parciales percibidos por el demandado en relación con dichos seguros desde su constitución hasta la fecha de la resolución firme de separación, y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la de la Audiencia.

Sostiene la recurrente que la sentencia impugnada explica que las indemnizaciones percibidas por el esposo D. Horacio, al acogerse a un plan de bajas carecen de carácter

ganancial, por tratarse de una percepción que incentiva al trabajador por la dejación de su actividad y no por un trabajo o servicio prestado con anterioridad, cuya argumentación está desprovista de apoyatura en el ordenamiento jurídico vigente; y otro, que la sentencia de instancia no ha entendido que si las indemnizaciones percibidas por uno de los esposos en constante matrimonio por haberse extinguido su contrato de trabajo, no merecen conceptuarse como bienes adquiridos en sustitución de otro privativo, cual sería el salario futuro, necesariamente ha de inferirse que estas sumas deben considerarse obtenidas por razón del trabajo.

Obra acreditado en las actuaciones, según determina la sentencia del Juzgado, asumida por la de la Audiencia, que la indemnización ha sido concedida básicamente como compensación de un 60% de la pérdida neta que supone adelantar a los 60 años la jubilación correspondiente a los 65 años, y que esta situación se estableció en años de salario bruto en función de la edad del trabajador y del tiempo que le resta hasta cumplir los 65 años.

Desde la óptica indicada en el párrafo precedente, se ha argumentado en las instancias que nos encontramos ante un derecho personal del demandado y, por consiguiente, de carácter privativo, pero como también aparece demostrado que en la concreción de la indemnización se ha partido del salario que percibía el trabajador en la fecha de la baja voluntaria, resultado en parte de los años de servicio en la empresa e incluso reforzado por las ayudas familiares, todo ello generado durante la vigencia del matrimonio, no cabía apartar a la esposa de los frutos devengados por dicha indemnización, de conformidad con lo dispuesto en el

art. 1347.1 CC, por lo que se ha incluido en el activo, como bienes de carácter ganancial, los intereses y las cantidades percibidas por D. Horacio en virtud del seguro mixto concertado desde la iniciación del mismo hasta la fecha de la sentencia firme de separación —21 de diciembre de 1993—, cuya determinación habría de realizarse en el trámite prevenido en los arts. 1392 y ss. CC.

Entiende el Tribunal Supremo que la determinación efectuada no vulnera los preceptos reseñados al principio, pues la indicada prestación no retribuye un trabajo precedente, ni constituye un complemento de los sueldos percibidos, sino que proviene de la pérdida de dicho trabajo por jubilación anticipada, de manera que las consecuencias de la nueva situación laboral de D. Horacio, que ha obtenido después la separación legal de su esposa, solo a él afectan, con la consiguiente repercusión, no comunitaria, de la indemnización por prejubilación, que posee una clara proyección de futuro, y, en este sentido, es ajena a los principios del régimen de la sociedad de gananciales. Sobre tales bases debe concluirse que la indemnización de que se trata participa de la naturaleza privativa, ya se considere como un derecho patrimonial inherente a la persona, ya como un bien adquirido en sustitución de otro genuinamente particular, cual sería el salario futuro (art. 1346.3 CC). No obstante lo anterior, la respuesta dada al tema de los frutos devengados por dicha indemnización, referida en el párr. 3.º de este fundamento de Derecho, encuentra justificación en el art. 1347.2 CC, que atribuye naturaleza ganancial a los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales, y no empece lo hasta ahora argumentado.

4.2 *Carácter privativo de inmueble adquirido durante el matrimonio*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de febrero 2000.

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

Carácter privativo de un inmueble adquirido por uno de los cónyuges constante la sociedad de gananciales al haberse acreditado que el importe del mismo fue abonado por el padre de éste, sin que para ello sea obstáculo alguno que dicho inmueble se encuentre inscrito en el Registro de la propiedad como presuntivamente ganancial.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña Magdalena presentó demanda de menor cuantía contra su esposo don Francisco solicitando se dictara sentencia por la que declare la ganancialidad de los bienes que relacionaba, procediéndose a la venta judicial del apartamento y de la plaza de garaje, adjudicándose el 50% a cada uno de ellos, y a que el demandado le abone a la actora la suma de 100.000 pts, correspondientes al 50% del valor del vehículo, ya que desde la fecha de la separación judicial el demandado lo tuvo en su poder.
- D. Francisco contestó a la demanda, señalando los bienes que debían integrar el activo la sociedad, que se proceda a la valoración pericial de los bienes y, como doña Magdalena goza del uso y disfrute del ajuar doméstico, atribuido judicialmente, solicita que se adjudiquen a su favor los bienes gananciales relacionados que integran el ajuar doméstico, aunque cubren en exceso su Haber en la Liquidación, mediante la oportuna compensación en metálico. Igualmente solicita que se reconozca el carácter privativo del apartamento y del garaje, y por tanto se proceda a la modificación de las correspondientes inscripciones registrales.
- El juzgado de 1.ª Instancia núm. 22 de Madrid dictó sentencia estimando parcialmente la demanda, determinando los bienes que integran el activo de la sociedad.
- En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid, dictó sentencia el día 30 de marzo de 1995 estimando el recurso interpuesto por D. Francisco excluyendo del inventario el apartamento y el garaje, al considerarlo privativos del esposo.
- Doña Magdalena interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión que se plantea por el presente recurso de casación consiste en la condición de bienes gananciales o privativos de un apartamento y una plaza de garaje. La actora hoy recurrente solicitó en su demanda la inclusión de tales bienes en el activo de la sociedad de gananciales nacida de su matrimonio con el demandado recurrido. Por su parte éste, en su contestación, interesó se reconociera el carácter privativo de los mismos bienes por haber sido pagados exclusivamente por su padre, que igualmente se había hecho cargo de todos los gastos de escritura, impuestos y comunidad.

La sentencia dictada por el Audiencia provincial, declaró que no había lugar a incluir aquellos bienes en el activo de la sociedad de gananciales en virtud del razonamiento siguiente: “Pues bien, tras un examen y valoración de la prueba practicada y obrante en autos, se estima que la parte recurrente ha logrado, de forma concluyente, la destrucción de la presunción de ganancialidad, que, en principio, habría de afectar a dichos inmuebles, y ello por los siguientes extremos:

a) Que si bien es cierto que, con fecha 8 de abril de 1981, constante por tanto todavía el matrimonio que los litigantes contrajeron el día 17 de febrero de 1978 y cuya separación fue declarada por sentencia de 14 de julio de 1983, que recogía las peticiones de la esposa formuladas en su demanda de fecha de septiembre de 1982, y que ganó firmeza tras la resolución del recurso de apelación interpuesto contra aquella, en el año 1986, se entregaron las respectivas escrituras públicas relativas a la adquisición de los bienes litigiosos por el recurrente señalándose literalmente en las mismas que D. Francisco las otorga “en el estado físico en el que actualmente se encuentra”, por lo que, posteriormente, cuando se practican, con fecha 27 de mayo de 1985 (ya disuelta la sociedad ganancial), las correspondientes inscripciones registrales, el Registrador de la Propiedad, al amparo de lo dispuesto en los arts. 94

y 95 del Reg. Hipotecario, inscribe dichos inmuebles como “presuntamente gananciales” (certificación obrante en el folio 349 de las actuaciones), no se puede desconocer que el plano en que se encuentra el Registrador es distinto al que ostentan los jueces y tribunales, a quienes corresponde apreciar en su conjunto, con los demás medios de prueba practicados en la litis el valor de dicha presunción de ganancialidad (sent. Sala 1 del T.S. de 14 de febrero de 1994).

b) Que es numerosa la prueba existente que conduce a estimar que fue el padre del esposo el que realmente abonó el importe de dichos inmuebles, pues son datos acreditados en autos, además de los escasos ingresos que los litigantes obtenían en dicha fecha (según manifestó reiteradamente la esposa en los pleitos matrimoniales que en su día entabló), que en idéntica fecha al otorgamiento de las escrituras relativas a los bienes litigiosos, se otorgaron a favor de los otros hermanos del esposo, ante el mismo notario, otras escrituras relativas a otros apartamentos y plazas de garaje ubicados en los mismos inmuebles que los hoy discutidos, habiendo sido el padre del esposo quien abonó y ha venido satisfaciendo todos los gastos relativos a la constitución de la comunidad de propietarios de dicho inmueble, los posteriores derivados de tal concepto, y siendo también el padre del recurrente el que recibió las “llaves” de dichos inmuebles (certificaciones obrantes en los autos en los folios 89, 90 y 95); y si bien es cierto, como se señala por el juzgador “a quo” que el documento privado aportado por el recurrente y obrante en el folio 240 de los autos, y en el que se alude a la compra por el padre del esposo de 5 apartamentos y 5 plazas de garaje, entre ellas las litigiosas, es una mera fotocopia, que no se ha corroborado, al no haberse cumplimentado la prueba documental que a tal efecto propuso en su día el apelante, se ha de señalar que no se trata ahora de valorar la eficacia de dicho documento

respecto de las escrituras públicas otorgadas, pues es indiscutible la razón que asiste al juzgador de instancia en su argumentación ofrecida sobre dicho extremo, sino de la valoración que aquél, en relación y conjunción con las demás pruebas practicadas puede arrojar para desvirtuar la presunción de ganancialidad.

c) Finalmente, no se puede tampoco desconocer que el precio de la compra-venta del apartamento discutido fue abonado, en su mayor parte mediante tres plazos anuales de 545.208 ptas. cada uno de ellos, comenzando el primero de ellos el 31 de diciembre de 1982, y finalizando, el 31 de diciembre de 1984, siendo, por tanto, satisfechos dichos pagos después de formulada la demanda de separación por la esposa, e inclusive, algunos de ellos, con posterioridad a la sentencia de separación.

Es decir, por lo expuesto, se llega, sin duda, a la conclusión de que fue realmente el padre del recurrente quien satisfizo íntegramente el precio de los inmuebles señalados, permitiendo que su hijo lo escriturara a su nombre, y con independencia de que se tratase de un negocio simulado en su vertiente de simulación relativa al amparo del art. 618 del Código Civil, se estima que el hecho de que las escrituras públicas se hayan otorgado durante la unión nupcial, no atribuye el carácter ganancial que se pretende a dichos inmuebles, pues además de no existir acuerdo alguno de los cónyuges de atribuir dicha condición a los referidos inmuebles de referencia (art. 1355 del Código Civil), tampoco puede ser de aplicación la disposición contenida en el art. 1353 y 1339 del Código Civil (reproducida en el segundo inciso del páf. 1.º del art. 93 del R. Hipotecario) al no concurrir los presupuestos exigidos en tal precepto.

Pero es que además, por si la anterior prueba no fuera ya suficiente para enervar la acción de la discutida presunción, la propia esposa con sus actos procesales y manifestaciones se ha encargado de corroborar la tesis de privaticidad que el apelante sostiene respecto de dichos inmuebles, pues además de incurrir en diferentes contradicciones en las

manifestaciones que realizó al absolver las posiciones que le fueron formuladas en prueba de confesión (señala que en el año 1980 cambió de destino para obtener mayores ingresos a fin de abonar el precio de la compra de los bienes litigiosos, cuando aquél fue satisfecho en los plazos antes indicados), viene, incluso, a reconocer que entregaba dinero a su suegro para que éste fuese el que realizase los pagos, siendo especialmente significativo que en su escrito de demanda de separación que presentó en el año 1982 no hace referencia alguna a la existencia de dichos inmuebles, ni a los pagos todavía pendientes de la compra del apartamento, afirmando, por contra, expresamente en su escrito de demanda de divorcio “la improcedencia de la disolución de la sociedad de gananciales y la inexistencia de bienes pertenecientes a la misma” (documento obrante en el folio 328). Siendo esto así, estos actos propios de la esposa, en aplicación de la doctrina jurisprudencial mantenida en relación con el núm. 2 del art. 7 del Código Civil como criterio a tener en cuenta en la aplicación de las normas jurídicas, excluyen también la tesis de la esposa, quien, no se ha de olvidar, después de más de 12 años desde su efectiva separación, viene a reclamar unos derechos a cuya adquisición no contribuyó en absoluto, siendo tal conducta contraria a la buena fe, y constituyendo uno de los requisitos el abuso de derecho que no puede ni debe ser amparado, quedando, por contra, destruida la presunción de ganancialidad contenida en el art. 1361 del Código Civil, y concluyéndose que el precio en su totalidad de los inmuebles cuestionados procedía del padre del esposo, por lo que conforme al art. 1346.2 del Código Civil, dichos bienes cuestionados han de declararse como privativos del hoy recurrente, revocándose, por tanto, en dicho extremo la sentencia impugnada como solicitó el apelante”.

Alega la esposa la infracción del art. 1361 CC y de la jurisprudencia de esta Sala que, para destruir la presunción de ganancialidad contenida en dicho precepto, exige una prueba convincente, seria, rigurosa y fehaciente.

Es cierto, señala el Tribunal Supremo, que la jurisprudencia ha insistido en el rigor de la presunción de ganancialidad contenida en el art. 1361 CC, declarando que para desvirtuarla no basta la prueba indiciaria, sino que es precisa una prueba expresa y cumplida, pudiendo añadirse a las numerosas sentencias que se citan en el motivo las posteriores a su interposición de 2 de julio de 1996 y 29 de septiembre de 1997. Pero también lo es que en ningún caso dicha presunción deja de admitir prueba en contrario por quien afirme el carácter privativo o no ganancial de los bienes de que se trate (STS 7 de abril de 1997, entre las más recientes) y que, en consecuencia, si la Sentencia que considere desvirtuada la presunción de ganancialidad aparece fundada en una valoración de la prueba practicada en el proceso, el problema a resolver en casación consistirá en determinar, primero, si la valoración del Tribunal de instancia se asienta en verdaderas pruebas; segundo, si en la valoración de éstas se ha vulnerado o no alguna norma que contenga regla legal de valoración de la prueba; y tercero, si descartada la infracción de esta clase de reglas, las pruebas valoradas por el Tribunal de instancia tienen la fuerza suficiente para considerar desvirtuada la presunción de ganancialidad.

Pues bien, si lo antedicho se aplica al motivo examinado resulta que procede su desestimación. La lectura del fundamento jurídico segundo de la Sentencia recurrida, demuestra enseguida la cuidadosa motivación del fallo del Tribunal de instancia, asentada sobre pruebas efectivamente practicadas. Frente a tal motivación la recurrente opone en el motivo, aparte de una transcripción parcial de varias sentencias exponentes de la Jurisprudencia ya reseñada, la inexistencia de documento alguno fehacientemente acreditativo de que fuera el padre del demandado quien pagase el apartamento y la plaza de garaje, la vigencia de la presunción del art. 1361 CC en combinación con el art. 94.1 RH y, en fin, la carencia de fuerza probatoria tanto de la letra de cambio aportada como documento núm. 8 con la contestación a

la demanda cuanto, sobre todo, de la fotocopia de contrato de compraventa aportada con el escrito de proposición de prueba, por todo lo cual la recurrente concluye que “no consta en autos ni un solo documento fehaciente que acredite que efectivamente los referidos inmuebles hubieran sido adquiridos con dinero del padre de don Francisco”. Bien claro resulta, pues, que en el motivo se silencian todos aquellos datos que no convienen a la recurrente, porque nada se dice sobre el significado probatorio de la coincidencia de fechas entre las escrituras de compraventa de los bienes en cuestión y otras a favor de los demás hermanos del demandado sobre otros apartamentos y plazas de garaje del mismo edificio; ni sobre que el pago del primer plazo del precio de los bienes en litigio se hiciera después de presentada la demanda de separación matrimonial por la hoy recurrente, y el último después de dictarse sentencia en primera instancia acordando la separación; ni sobre el absoluto silencio de la hoy recurrente acerca de tales bienes en su demanda de separación matrimonial; ni sobre el contenido del hecho quinto de la demanda de divorcio presentada en el año 1986, cuyo apartado relativo a “liquidación de la sociedad de gananciales” rezaba textualmente “no procede puesto que *no existen bienes pertenecientes a ella*”; ni, en fin, sobre la recepción de las llaves del apartamento por el padre del demandado, el abono por el mismo de los gastos de comunidad o los escasos ingresos del matrimonio reconocidos por la hoy recurrente en el proceso de separación matrimonial.

En definitiva, el motivo se queda reducido, así, a una pura petición de principio, pues no puede darse por sentada la infracción del art. 1361 CC y la jurisprudencia sobre el mismo si al propio tiempo se eluden todas aquellas pruebas que no convengan a los intereses de la recurrente.

Otro de los motivos que alega la recurrente es la infracción de los arts. 1355 CC y 93, 94 y 95.1 RH porque, según ésta, la sentencia impugnada habría olvidado tales preceptos “al considerar que por no existir

acuerdo entre los cónyuges de atribuir la condición de gananciales a los referidos inmuebles, no son de aplicación los artículos 1353 y 1339 del Código Civil y art. 931 (sic) del Reglamento Hipotecario”.

Este motivo también es desestimado por el Tribunal Supremo. Ante todo debe señalarse que en las escrituras de compraventa de los bienes en cuestión el demandado aparecía comprando “en su propio nombre”, por más que al comparecer manifestara estar casado con la actora. No hubo, pues, la atribución de común acuerdo de la condición de gananciales a que se refiere el art. 1355 CC; ni tampoco adquisición en forma conjunta y sin atribución de cuotas, pues quien adquirió fue el marido “en su propio nombre”, todo ello sin olvidar que la redacción de este artículo se debió a la Ley 11/1981, de 13 de mayo, posterior a la fecha de las escrituras (8-4-1981). De aquí que, presentadas las escrituras en el Registro de la Propiedad en el año 1985, fuera correcta la inscripción del apartamento a nombre del cónyuge adquirente “con carácter presuntivamente ganancial”, como dispone el art. 94.1 RH, y no como bien ganancial ni privativo, al resultar

inaplicables los arts. 93.1 y 95.1 del mismo Reglamento, pero no tan correcta, en cambio, la de la plaza de aparcamiento a favor de ambos cónyuges “sin atribución de cuotas y para su sociedad conyugal por título de compra”. Y de aquí que también fueran inaplicables, desde luego, los arts. 1353 y 1339 CC cuyo “olvido” parece reprocharse también en el motivo a la Sentencia recurrida. En consecuencia, inscrito el inmueble de más valor como “presuntivamente” ganancial, seguía siendo perfectamente posible desvirtuar la presunción mediante prueba cumplida, que es lo que la sentencia recurrida considera logrado por el demandado a través de las pruebas practicadas. No cabe, por tanto, hablar de infracción de las normas que se citan en el motivo, sino de mero desacuerdo de la recurrente con la valoración probatoria de la sentencia impugnada en cuanto considera desvirtuada la presunción de ganancialidad, resolución judicial que por haber recaído en juicio contradictorio es plenamente idónea para rectificar tanto el asiento registral referido al apartamento como el relativo a la plaza de garaje (arts. 1, 40 y 82 LH y RDGN de 26-10-1982).

4.3 *Carácter privativo de la oficina de farmacia adquirida por ambos cónyuges antes de contraer matrimonio.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 27 marzo 2000.

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

Validez del contrato privado suscrito por los cónyuges antes de contraer matrimonio en virtud del cual adquirirían a plazos un local y una oficina de farmacia, sin que sea obstáculo para ello que uno de los cónyuges no sea farmacéutico.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Jorge formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña Alfonsa sobre liquidación de la sociedad de gananciales, solici-

tando se dicte sentencia por la que se declare a) el carácter privativo y parafernial, respectivamente, a favor de actor y demandada del inmueble y negocio de farmacia adquirido mediante documentos privados de 26 de enero de 1983 y elevados a escritura pública el 18 de mayo de 1983. b) Consecuentemente con el anterior pronunciamiento se declare procede la rectificación de la inscripción registral; c) se decrete la disolución de la sociedad civil o comunidad de bienes y se proceda a su efectiva disolución en fase de ejecución de sentencia y a su liquidación al momento en que se realice efectivamente, concediendo a las partes la prioridad de la opción de adquirir el porcentaje de la otra, incluyendo local y farmacia en él ubicada, mediante el pago inmediato del valor que haya resultado de la anterior liquidación y, subsidiariamente, se ofrezca en venta a terceros en legal forma, con reparto del precio obtenido en proporción directa a las participaciones indicadas de los copropietarios; d) se declare el derecho del actor a percibir el 50% de los beneficios líquidos que se obtengan de los bienes compartidos; e) Se condene a la demandada a la rendición de cuentas de la explotación de la oficina de farmacia desde el día 26 de enero de 1983 (fecha de la adquisición) hasta el 19 de marzo del mismo año (fecha en que se contrajo matrimonio), y desde el día 10 de febrero de 1990 (fecha de la Sentencia de separación matrimonial) hasta el día en que se lleve a efecto la efectiva liquidación de los bienes pertenecientes a actor y demandada proindiviso.

- D.^a Alfonsa se personó en autos y se opuso a la demanda, solicitando su desestimación, formulando al mismo tiempo reconvención por la que se declare: a) La nulidad del documento de fecha 26 de enero de 1983 aportado con la demanda deducida de contrario, b) El carácter ganancial de los bienes relacionados, como únicos que componen la sociedad legal de gananciales ya disuelta.
- El Juzgado de Primera Instancia número Uno de Ubeda dictó sentencia el 13 de septiembre de 1994 estimando la demanda.
- En grado de apelación, la AP de Jaén, dictó sentencia el 20 de marzo de 1995 estimando parcialmente el recurso, declarando que el local comercial y sus instalaciones, pertenece en “pro indiviso” por partes iguales al demandante y a la demandada; declarando el derecho del actor a percibir el 50% de los beneficios que se obtengan de dicho local, ordenando la rectificación de la inscripción registral de acuerdo con lo anterior; declarando disuelta la comunidad existente sobre dicho local y debiendo procederse a la efectiva disolución en ejecución de sentencia, concediendo prioridad a las partes para adquirir el porcentaje de la otra, pagando el precio que resulte de la tasación. Y con estimación parcial de la reconvención, se declara la nulidad parcial del documento privado suscrito por las partes de

fecha 26 de enero de 1983, en cuanto atribuye propiedad sobre la oficina de farmacia a don Jorge, con la consecuencia de que doña Alfonsa deberá restituir a aquel la cantidad de tres millones novecientos ochenta mil pesetas; así como restituir al activo de la sociedad de gananciales los quince millones actualizados con los que se abonó el precio aplazado de la oficina de farmacia.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Don Jorge alega en la sentencia de la Audiencia Provincial han sido incorrectamente aplicados los arts. 6.3 y 4 CC, en relación con el art. 1255 del mismo texto legal y de las normas reguladoras de la apertura, traspaso y ejercicio de la profesión farmacéutica en oficinas de farmacia. En el motivo se combate el pronunciamiento de la sentencia a quo que declara, de oficio, la nulidad parcial del documento suscrito por las partes en 26 de enero de 1983, el cual, dice la Sala de instancia, “no puede ser considerado válido como justificante de la adquisición por parte del actor, Sr. G. P., de lo que el RD 909/1978 de 14 de abril, denomina oficina de Farmacia, en cuanto a sus elementos no patrimoniales, respecto de los cuales el traspaso y autorización administrativas, están reglados por dicho Decreto que desarrolla la Base decimosexta de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional. En dicho Real Decreto, se establece con carácter taxativo que “sólo los farmacéuticos, individual o asociados en las formas que se autoricen, podrán ser los propietarios de las oficinas de farmacia”. Al igual que la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986, que en su art. 103 define las oficinas de farmacia abiertas al público como establecimientos sanitarios y prescribe en su párrafo cuarto que sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público”.

El motivo es estimado por el Tribunal Supremo. Al igual que en el supuesto contemplado en la S. 8 de marzo de 1995, en el presente caso el objeto del pleito viene “referido únicamente a los pactos de carácter civil y al desenvolvimiento económico de la sociedad irregular, con efectos ‘ad intra’, ‘inter partes’, asumidos por todos de forma consciente y libre, concurriendo reciprocidad de prestaciones y licitud en el fin, en cuanto puramente comercial y de carácter privado, al que resultan de aplicación tanto el art. 1669 CC como los demás que se citan con acierto en las sentencias de instancia”, añadiendo la sentencia: “y es que en definitiva, la resolución recurrida toma en cuenta los principios rectores de la contratación privada, corolarios de la autonomía de la voluntad, no afectados por las normas puramente administrativas, cuyo cumplimiento, al igual que ocurre con las de carácter fiscal, no debe primar o interferir en los efectos jurídicos del contrato privado querido por las partes y menos aún propiciar que una de ellas trate, con su apoyo, de beneficiarse en perjuicio de la otra, que es lo pretendido ahora, aunque de modo equivocado, por la ahora recurrente, tan infractoras de aquellas normas administrativas como los demás intervinientes en las relaciones jurídico privadas”. Refiriéndose al RD 909/1978, la S. de 17 de octubre de 1987, dice que se trata de “una norma puramente administrativa sin

posible incidencia en el derecho patrimonial y limitada a regular la titularidad de aquella índole de las licencias para farmacia”, y, después de exponer la doctrina de esta Sala sobre la nulidad de pleno derecho, dice esta sentencia de 1987 que “conforme a la recordada doctrina, es claro que las irregularidades administrativas que cupiera reprochar a la parte demandante y en las que participó en pie de igualdad la demandada, no son bastantes a producir la nulidad que se pretende por cuanto “la levedad del caso así lo permite”. Análogo criterio informa la doctrina contenida en la S. de 31 de diciembre de 1997 y en las por ella citadas al decir que “en estos supuestos (se refiere a la titularidad de un estanco) como en los similares de Administración de Loterías, que corresponden a actuación monopolista del Estado, esta Sala de Casación Civil ha declarado que la titularidad que se atribuye a quien figura al frente del establecimiento es meramente administrativa, acomodada a la normativa especial que rige los estancos y, por tanto, se trata más bien de tipo formal impuesta por exigencias de la Administración que no excluye la civil, en este caso plural, a favor de los litigantes”.

Con palabras de la S. de 26 de febrero de 1979, “lo que es objeto de la cuestión debatida no lo constituye la intangibilidad o intransmisibilidad de un título universitario ni las atribuciones o facultades inherentes al mismo, sino la naturaleza, en el orden civil, del fondo negocial que constituye la base económica de una farmacia y si, en el pre-

sente caso, se trata o no de un bien ganancial” y después de afirmar que “las farmacias son locales de negocio, como así lo tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala en SS. de 24 de enero de 1953, 31 de enero de 1962 y 25 de marzo de 1964”, dice esta S. de 26 de febrero de 1979 “y así ha de conceptuarse todo establecimiento farmacéutico entendido como tal no sólo el local y elementos accesorios del mismo, sino, como la sentencia recurrida expresa al aceptar el considerando de la de primer grado que así lo dice, el negocio o empresa comprensivo de las existencias, clientela, derecho de traspaso y demás que del mismo deriven, siendo dichos local y elementos accesorios el soporte físico de esa actividad negocial”.

Tras la estimación del motivo del recurso, el Tribunal Supremo, acuerda que procede la confirmación de la sentencia dictada por el JPI por sus propios fundamentos, si bien el carácter privativo de los bienes a que se contrae la demanda inicial deviene de haber sido adquiridos a plazos por los litigantes antes de la celebración del matrimonio, siendo aplicable al caso el art. 1357 CC y no el art. 1356, pues al referirse el art. 1357 a “los bienes comprados” ha de estarse a la fecha de celebración del contrato, no al de la adquisición del dominio por efecto de la tradición; si bien esta puntualización no afecta al contenido del fallo ya que, aplicando uno u otro precepto, no se altera el carácter privativo de los bienes a que se contrae este recurso de casación.

4.4 *Calificación de bienes: Vivienda adquirida a plazos antes de contraer matrimonio.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de abril de 2000.

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

La vivienda familiar adquirida a plazos, con aportaciones de ambos cónyuges, antes de la celebración del matrimonio, pertenece en pro indiviso a la sociedad de gananciales y a los cónyuges en proporción a sus respectivas aportaciones. Calificación jurídica de los ingresos realizados por la madre de la esposa en la c/c donde estaba domiciliado el préstamo hipotecario.

ANÁLISIS DEL CASO

- Siendo novios D.ª Adela y D. Félix, este último efectuó una entrega inicial dineraria a la Comunidad de Propietarios J. el 25 de agosto de 1986, con objeto de poder adquirir un inmueble.
- A la entrega inicial a la Comunidad de Propietarios de J., suceden el contrato de adhesión de 17 de septiembre de 1986, la aceptación de dos letras de cambio en 16 de octubre del propio año por importes, respectivamente, 1.584.270 pesetas y 1.790.914 pesetas, y la también aceptación de 18 letras de cambio por importe de 45.000 pesetas cada una, que totalizan la cifra 810.000 pesetas, abonándose también por don Félix un cheque por importe de 3.024.074 pesetas el 20 de octubre del año 1986.
- La escritura de adjudicación se otorgó el 13 de diciembre de 1988, y en ella figura don Félix C. M. como soltero y se determina el precio de la vivienda en once millones novecientas cuarenta mil trescientas veintidós pesetas (11.940.322 pesetas).
- El 30 de enero de 1989, doña Adela ingresó en la cuenta corriente de don Félix 1.600.000 pesetas para atender a pagos del piso antes citado; y el 7 de febrero de 1989, hizo lo propio con la entrega de un cheque de 1.800.000 pesetas, librado contra su cuenta corriente abierta, y desde esta cuenta, en 9 de febrero siguiente, pasó la cantidad aludida a la de la Comunidad de Propietarios de J.
- Doña Adela y D. Félix, contrajeron matrimonio el 11 de marzo de 1989.
- El 30 de marzo de 1991, recayó sentencia de separación matrimonial de los referidos esposos, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 27

de Madrid, en cuya parte dispositiva se acordó que ambos asumieran la amortización del préstamo hipotecario, a razón del 75% doña María Adela y el 25% don Félix.

- Después de haberse celebrado el matrimonio doña Consuelo, madre de doña Adela, ingresó en la cuenta bancaria donde estaba domiciliado el préstamo hipotecario que gravaba la vivienda las siguientes cantidades: 565.552 pesetas el 2 de diciembre de 1989, 560.752 pesetas el 2 de junio de 1990 y 569.528 pesetas el 2 de diciembre del mismo año, y 473.698 pesetas como pago de costas judiciales con fecha 30 de octubre de 1990.
- Doña Adela promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra Félix en la que solicitaba se dictase sentencia por la que se declare que el inmueble sito en c/ Río, pertenece proindiviso a don Félix y a doña Adela F. G., en proporción a sus respectivas aportaciones realizadas en pago del precio del mismo, que se determinará en fase de ejecución de sentencia. El demandado se opuso pidiendo la desestimación de la demanda.
- El Juzgado de Primera Instancia número 41 de Madrid, dictó sentencia el 7 de julio de 1993, desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 5 de abril de 1995 estimando el recurso de apelación interpuesto por D.^a Adela y declarando que el inmueble pertenece proindiviso a la actora y a don Félix C. M. en proporción a sus respectivas aportaciones realizadas en pago del precio del mismo, cuotas indivisas que se determinarán en fase de ejecución de sentencia.
- D. Félix interpuso recurso de casación que fue desestimado por el tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia impugnada considera inadecuadamente que doña Consuelo, madre de doña Adela, actuó en nombre de su hija al ingresar en la cuenta bancaria donde esta domiciliado el préstamo las cantidades a que se ha hecho referencia anteriormente, pues ésta no estaba obligada a ningún pago, y, en consecuencia, la aportación referida al único que podía liberar era a don Félix. El Tribunal Supremo desestima este motivo, porque el artículo citado como infringido no impide entender que el pago realizado por la madre de la recurrida a la entidad de crédito se haya efectuado en nombre de su hija y

con efectos liberatorios para el titular del crédito. Permanece indubitada la realidad del pago, y su beneficio a quien asumió la obligación ante la dueña primitiva del edificio, por lo cual, como convenientemente recoge la resolución recurrida, la problemática derivada del ejercicio de la acción “in rem verso” es cuestión ajena al demandado, de manera que la madre y su hija, en su caso, deberán determinar la forma y modo en que doña María Adela ha de reintegrar las cifras abonadas, que representan aportaciones a la adquisición del bien por parte de la

demandante, pero que han servido para liberrar de tal pago al recurrente.

En otro motivo alega el recurrente que la sentencia vulnera el principio de seguridad jurídica y produce una absoluta indefensión, al entender que una aportación dineraria de 1.600.000 pesetas realizada al futuro esposo debió tener el mismo destino que otra anterior, sin que exista actividad probatoria alguna por la actora sobre este particular, salvo en lo que se refiere a la entrega misma. El Tribunal Supremo vuelve a desestimar el motivo, ya que, como acertadamente resuelve la Sala de Apelación, habiendo quedado acreditado que la cantidad de 1.800.000 pesetas llegó a la Comunidad de propietarios de J., debió suceder lo propio con la 1.600.000 pts que se canalizaron a la cuenta de don Félix, por lo que pretender, como hace el recurrente, que ese 1.600.000 pesetas se recibió para fin distinto, precisaba la justificación del objetivo a donde fue destinada dicha cantidad, lo que ni siquiera se ha intentado probar durante el proceso.

Por último, alega el recurrente que la sentencia de la Audiencia no ha considerado que, conforme señala el art. 1354 del CC, los bienes privativos corresponderán al cón-

yuge en proporción al valor de las aportaciones respectivas, sin que participe de disposición alguna respecto a las realizadas antes del matrimonio. El motivo lo desestima el Tribunal Supremo, porque el recurrente interpreta sesgadamente el artículo 1354, y no tiene en cuenta que al conectar el artículo 1357 “in fine” del Código Civil con aquel precepto, aparece clara la intención del legislador sobre la exclusión del carácter privativo de la compraventa a plazos, anterior al matrimonio, de la vivienda familiar, la cual corresponderá proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de sus aportaciones respectivas, de manera que el Juzgador de instancia ha aplicado los preceptos indicados de forma adecuada, sin contradecir la doctrina contenida en la STS de 23 de marzo de 1992, la cual considera la copropiedad de los esposos en proporción a sus aportaciones respectivas en un supuesto en el cual aquéllos habían comprado conjuntamente la vivienda antes de contraer matrimonio y pagado parte del precio en estado de soltería, con dinero privativo de cada uno de ellos y el resto, durante el matrimonio, con dinero ganancial, sino que la tiene en cuenta y sigue correctamente.

4.5 *Calificación de bienes tras la separación de hecho.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª; Sentencia de 26 de abril de 2000.

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

Compatibilidad de la interrupción de las relaciones personales entre los cónyuges con el mantenimiento del régimen económico matrimonial, cuando los cónyuges eran los cotitulares de unas acciones que, tras la separación de hecho, dieron lugar a la adquisición de un inmueble.

ANÁLISIS DEL CASO

- En fecha no determinada entre los años 1979 y 1981, D.ª M.ª Jesús y don Juan José, que habían contraído matrimonio el 15 de septiembre de 1973,

deciden separarse libremente, abandonando el segundo el domicilio conyugal y marchando a vivir con doña María del Carmen.

- En junio de 1983 ambos cónyuges, junto con don Leonardo y su esposa doña Belén, proceden a la constitución de la entidad mercantil R., dedicada a la explotación de máquinas recreativas, suscribiendo cada uno un número determinado de participaciones sociales.
- Mediante documento privado de fecha 18 de febrero de 1987 los anteriormente referidos adquieren a la compañía P. una nave por el precio de 6.160.000 pesetas para dedicarla a la referida actividad empresarial.
- Con fecha 17 de diciembre de 1985 los anteriormente reseñados ya habían adquirido una primera nave a la misma compañía que se escrituró exclusivamente a nombre de don Leonardo.
- Con posterioridad a la adquisición de la nave, y como ya don Leonardo tenía escriturada a su nombre la primera nave, los dos socios de R. deciden adjudicar a D. Juan José la segunda nave, pero escriturándola el día 20 de abril de 1988 a nombre de María del Carmen con quien D. Juan José por entonces convivía.
- Con fecha 18 de julio de 1990 se dictó sentencia de divorcio declarando disuelto el matrimonio formado por don Juan José y doña María Jesús.
- Doña María Jesús instó demanda de menor cuantía contra don Juan José, doña María del Carmen y la entidad Construcciones P. solicitando se dictara sentencia por la que se declare: a) que mi representada y el demandado don Juan José —y por tanto la sociedad legal de gananciales formada en su día por ambos—, son propietarios de la nave industrial objeto del procedimiento, b) la nulidad de la escritura pública de compraventa fecha 20 de abril de 1988 firmada entre Construcciones P. y la demandada doña M.^a del Carmen, c) Se declare nula la inscripción registral practicada a favor de la demandada Doña M.^a del Carmen, ordenando su cancelación o anulación. 4.^o Se condene a los demandados al pago de las costas procesales.
- D. Juan José presentó escrito allanándose a la demanda, el abogado señor G. presentó escrito poniendo en conocimiento del Juzgado que Construcciones P. se encontraba disuelta y liquidada y la demandada doña Carmen compareció y contestó a la demanda solicitando se desestimara la pretensión ejercitada en la misma y se condenara en costas a la contraparte. Por medio de auto de 22 de noviembre de 1993, se tuvo por desistida la demanda respecto a Construcciones P.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Burgos dictó sentencia el 28 de noviembre de 1994 estimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la AP de Burgos dictó sentencia el 27 de marzo de 1995 desestimando el recurso de apelación y confirmando la sentencia apelada en todos sus pronunciamientos.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los motivos del recurso se dirigen a combatir el razonamiento principal de la sentencia recurrida para considerar ganancial la nave industrial y, en consecuencia, nula la escritura pública en que figuró como adquirente de dicha nave la demandada-recurrente y nula la inscripción registral a su favor.

Según la sentencia impugnada, como quiera que la interrupción de la convivencia entre la actora y su esposo (codemandado allanado a la demanda) no afectó a la cotitularidad de ambos sobre las acciones de la sociedad R., podía considerarse vigente la sociedad de gananciales para atribuir carácter ganancial a los bienes adquiridos por cualquiera de los esposos para destinarlo a la actividad que constituía el objeto social de aquella entidad, porque en otro caso se habría excluido también a la empresa de la constitución de la sociedad, siendo compatible la interrupción de las relaciones personales entre los cónyuges con el mantenimiento del régimen económico matrimonial.

Para la recurrente, en cambio, transcurridos más de ocho años de separación de hecho libre y mutuamente consentida, durante seis de los cuales el esposo había formado una nueva unidad familiar con aquélla, la sociedad de gananciales no podía considerarse vigente y, por tanto, la nave habría de considerarse bien privativo del esposo, citando en apoyo de su tesis la sentencia de esta Sala de 17 de junio de 1988 que, siguiendo la línea marcada por las de 13 de junio de 1986 y 26 de noviembre de 1987, declaró que la libre separación de hecho (mantenida, en el caso examinado por esa sentencia, desde el año 1942 al año 1977) excluye el fundamento de la sociedad de ga-

nanciales, doctrina que se reitera en la sentencia de 23 de diciembre de 1992.

La respuesta al motivo así planteado, señala el Tribunal Supremo, pasa por reconocer la efectiva existencia de la doctrina jurisprudencial que se invoca, reiterada incluso en sentencias posteriores al escrito de interposición del recurso, como la de 24 de abril de 1999 y que mitiga el rigor literal del núm. 3 del art. 1392 CC para adaptarlo a la realidad social y al principio de la buena fe. Pero sentado lo anterior, ha de concluirse sin embargo que dicha doctrina resulta inaplicable al supuesto de hecho del fallo aquí recurrido en casación. Y que esa voluntad no se dio en el caso de la actora-recurrida y su esposo resulta con toda claridad de los hechos probados, porque si después de su separación de hecho ambos constituyeron, con otro matrimonio, una sociedad anónima para la explotación de máquinas recreativas, y la posterior adquisición de las dos naves fue orientada a la misma actividad empresarial, con el acuerdo de escriturar cada una de las naves a nombre del esposo de cada uno de los dos matrimonios, por documento privado el 18 de febrero de 1987, figurando como vendedora la compañía Construcciones P. y como compradores don Juan José, esposo de la demandante, y don Leonardo, uno de los cónyuges del otro matrimonio asociado en la explotación de máquinas recreativas, cuya infracción, por tanto, no puede imputarse a la sentencia recurrida, como tampoco la del art. 1361 del mismo Código.

El motivo, en consecuencia, es desestimado, máxime cuando en su contestación a la demanda la hoy recurrente justificó su titularidad exclusiva sobre la referida nave únicamente con base en una adquisición conjunta “con el esfuerzo y trabajo común”

y la atribución a D. Juan José de un automóvil de marca prestigiosa que igualmente se habría adquirido con ese esfuerzo común, planteamiento que necesariamente condujo, en los fundamentos de derecho del propio escrito de contestación, a tener que admitir que la adquisición de la nave no podía ha-

berse costeado por la recurrente sino “por la especial comunidad patrimonial de ambos codemandados, que convivían como familia”, de suerte que en ningún caso cabría afirmar la titularidad exclusiva de la demandada-recurrente discutida en su demanda por la actora-recurrída.

III. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Atribución de uso de la vivienda familiar.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de diciembre de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.**

Atribuido el uso de la vivienda familiar a la esposa no existe ningún obstáculo para que se pueda liquidar la sociedad de gananciales y ejercitar la acción de división de la cosa común llegando incluso a la pública subasta del inmueble, pero ello no afectará, mientras subsista, al derecho de uso que se estableció a favor de un cónyuge en la sentencia de divorcio.

ANÁLISIS DEL CASO

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 24 de Madrid dictó sentencia de divorcio del matrimonio formado por D. Juan y D.ª Milagros el día 31 de marzo de 1989, atribuyendo a la esposa el uso del domicilio familiar y por auto de 18 de diciembre de 1990 el juzgado de 1.ª Instancia n.º 25 de la misma capital se aprobó la liquidación de la sociedad gananciales atribuyéndose a cada uno de los ex-cónyuges la participación indivisa de cincuenta enteros por ciento respecto de la vivienda.
- D. Juan instó demanda de menor cuantía contra su esposa ejercitando la acción de división de la comunidad
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 42 de Madrid dictó sentencia el 30 de octubre de 1992 estimando la demanda y declarando que procede la división de la cosa común, disponiendo la venta de los inmuebles en pública subasta con admisión de licitadores extraños si una sola de las partes lo pidiera y el reparto por mitad de lo que se obtenga entre los dos copropietarios.

- En grado de apelación, la Sec. 12.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 27 de marzo de 1995 confirmando la sentencia de instancia. En la fundamentación se deja claro que con la estimación de la acción divisoria pierde toda su eficacia el derecho al uso de la vivienda reconocido a la esposa en la sentencia de divorcio y aduciendo como argumento básico la sentencia de 22 de septiembre de 1988.
- D.^a Milagros interpuso recurso de casación que fue estimado parcialmente en el sentido de que la división y en su caso la venta en pública subasta no afectará, en tanto subsista, al derecho de uso a la vivienda familiar establecido a favor de la esposa.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La primera cuestión que se suscita en el recurso es la relativa a si uno de los cónyuges puede ejercitar la “*actio communi dividundo*” cuando concurre una situación como la que se examina, en la que el otro condómino (el ex-cónyuge) es titular de un derecho de uso en exclusiva sobre la cosa (vivienda que constituyó el domicilio familiar). El Tribunal Supremo, como doctrina general, viene declarando (SS. de 5 de junio de 1989, 6 de junio de 1997 y 8 de marzo de 1999) que la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse, que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto.

En el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuida la utilización de la cosa común sólo a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa. Los argumentos que expone en sentido contrario la parte recurrente carecen de base alguna. La alegación referida a la sociedad de gananciales tropieza con

el hecho de que el divorcio, como la separación matrimonial, producen la disolución “*ipso iure*” de dicho régimen económico matrimonial (art. 1392.1.^º y 3.^º CC), y además son diferentes el derecho de uso a la vivienda familiar en sede del art. 96.1.^º, de la adjudicación de la vivienda o derecho de uso en sede arts. 1406.4.^º y 1407, todos ellos CC, aparte de que, en el caso, la existencia de la comunidad ordinaria se generó precisamente como consecuencia de la extinción y liquidación de la de gananciales. Por otra parte, no se da en el supuesto que se enjuicia ninguna situación que pudiera incardinarse en el precepto del párrafo primero del art. 401 CC, y obviamente no cabe debatir si lo es la comunidad ganancial, porque falta el presupuesto de que tenga ya tal naturaleza la vivienda litigiosa. Y por último, las sentencias que se alegan en el motivo (ap. A), no tienen nada que ver con el caso. La de 14 de diciembre de 1998 (cuya cita procede seguramente de la que hace la de 17 de mayo de 1958) se refiere a la invocación por una usufructuaria parcial de falta de legitimación pasiva para ser demandada, como lo revela que se desestima la excepción de *sine actioni agis* porque se considera que resulta afectada en su interés en la división y en la parte alícuota del usufructo. La de 17 de mayo de 1958 también se refiere a la legitimación pasiva y en absoluto entiende que un derecho

de usufructo obste a la “*actio communi dividundo*”, pues indica que “la sentencia recurrida no contradice las normas sobre duración del usufructo que con la división subsiste...”. Y la de 6 de marzo de 1956 no dice (como pretende el motivo) que “la división de la cosa común latente el usufructo, sólo es practicable cuando la cosa sea materialmente divisible”, sino que se refiere a que, no sólo la copropiedad (comunidad dominical sobre cosa corporal), sino también las comunidades de “derechos” pueden ser susceptibles de división, y añade que “puede serlo la de usufructo cuando recaiga sobre cosas susceptibles de materializar en ellas el propio derecho”. Obviamente se está refiriendo a una división de comunidad de usufructo, y no a una división de copropiedad en que la cosa común (cosa corporal) está gravada con un usufructo. Además, resulta incuestionable que la existencia de Derechos reales o personales sobre la cosa común, o una cuota, no obstan a la división, como tampoco resultan afectados —indemnidad— por dicha división (art. 405 CC en relación con derechos de terceros, 123 LH, 535 CC en materia de servidumbres, SS. 12 de mayo de 1997 sobre derecho de usufructo y 28 de febrero de 1991 respecto de usufructo de cuota indivisa sobre cosa común).

La segunda cuestión que se plantea se refiere a la suerte que ha de seguir el derecho de uso que la sentencia de divorcio atribuye a la ex-esposa en relación con la vivienda familiar (que obviamente no comprende la plaza de garaje). El esposo pretende que no se examine el tema, argumentando que tal cuestión es la primera vez que aparece en el procedimiento y su estimación representaría una violación del derecho que le asiste de tutela judicial efectiva. Por su parte la esposa denuncia el vicio procesal de incongruencia (segundo motivo) porque afirma que planteó la petición correspondiente, con carácter subsidiario, en el suplico de su escrito de contestación, y que no ha sido tratado en

la sentencia, ni existe declaración sobre la misma en el fallo de dicha resolución. Resulta innegable, señala el Tribunal Supremo, que la petición se formuló en los términos que sostiene la parte recurrente, y ello constituía una evidente reconvencción implícita que debió dar lugar en el momento procesal oportuno a su tramitación con arreglo a derecho (art. 688 LEC). Y aunque una omisión de tal relevancia podría dar lugar a una solución de mayor gravedad (nulidad de actuaciones), sin embargo, habida cuenta que no hay indefensión porque el tema fue tratado en el proceso, como lo revela el contenido de las dos sentencias de instancia, además de razones de lógica y economía procesal, y que no se produce ninguna desarmonía en el proceso dado que la cuestión es valorable como excepción, y su eventual acogida sólo opera en el sentido de limitar el alcance de los efectos de la división, procede entrar en su examen y decidir lo que corresponda. Y al efecto es de decir que, aun cuando es cierto que la S. de 22 de septiembre de 1988 recoge el criterio aludido en la instancia, esta doctrina ha sido rectificada por la de las SS. de 22 de diciembre de 1992, 20 de marzo de 1993, 14 de julio de 1994 y 16 de diciembre de 1995, con arreglo a las que, si bien el cotitular dominical puede pedir la división de la cosa común mediante el ejercicio de la acción procesal, la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera que sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex-cónyuge, en virtud de la sentencia de divorcio. Por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne (aunque limitado a vivienda y trastero, sin comprender la plaza de garaje), y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, lo que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el proceso matrimonial en que se acordó.

IV. RECLAMACIÓN DE ALIMENTOS

1. *Alimentos hijos mayores de edad.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de febrero de 2000.

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

Desestimación de la petición de alimentos efectuada por una hija mayor de edad que ha abandonado el domicilio familiar. No se puede pretender realizar un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta, que atacan y contradicen a los del entorno familiar de los padres y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno, que se rechaza.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Nerea formuló demanda de menor cuantía contra sus padres D. Pascual y D.ª Begoña, solicitando se dicte sentencia en la que se condene a los demandados al pago de una pensión de alimentos en cuantía de 75.000 pts. mensuales, más los gastos académicos y médico-farmacéuticos que ésta acredite y a las costas del juicio.
- Admitida a trámite la demanda, los demandados se opusieron a la misma solicitando su desestimación.
- El juzgado de 1.ª Instancia n.º 8 de Salamanca dictó sentencia el 11 de noviembre de 1994 estimando en parte al demanda condenando al padre a abonar una pensión mensual de 20.000 pts. mensuales y a la madre al pago de otra pensión de 10.000 pts. mensuales, que se actualizarán anualmente en la misma proporción que lo sean los sueldos de los obligados al pago, tanto al alza como a la baja.
- En grado de apelación, la AP de Salamanca dictó sentencia el 17 de enero de 1995 estimando la demanda y revocando la sentencia dictada por el Juzgado, desestimó íntegramente la demanda.
- D.ª Nerea interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El artículo 148 del Código Civil regula la figura doctrinalmente conocida como “deuda alimentaria”, que puede definirse como la que afecta a una persona, llamada alimentante, que resulta obligada a prestar a otra, llamada asimismo alimentista, lo indispensable para cubrir todas sus necesidades penitenciales, o dicho con palabras legales, las necesidades mínimas para subsistir. Además dicha “deuda alimenticia” precisa la existencia de un nexo de parentesco entre el alimentante y el alimentista —artículo 143 del Código Civil—, así como una situación socio-económica suficiente en el primero y deficiente en el segundo —artículo 148 del Código Civil—. Y en este sentido aparece la definición dada a la deuda legal de alimentos en la sentencia de esta Sala de 13 de abril de 1991, que se basa en la de 8 de marzo de 1962, cuando dice que dicha deuda se deriva del deber impuesto jurídicamente a una o varias personas de asegurar la subsistencia de una u otras; y también definida doctrinalmente como la deuda surgida entre parientes, basada en lazos de solidaridad familiar, y que tiene su fundamento en el derecho a la vida configurado como un derecho de la personalidad, a cuya conservación tiende esta figura que tutela, pues, un interés jurídico privado e individual.

No hay lugar a dudas, que en el presente supuesto sobre la existencia de la relación parental —padres e hija— y el de la suficiente situación socio-económica de los padres con el fin de poder proporcionar o abonar la deuda alimenticia. Sin embargo, la contienda judicial surge en la concreción del parámetro de la situación socioeconómica de la hija, que es mayor de edad. Para ello hay que tener en cuenta, señala el Tribunal Supremo, que entre dichas personas ha surgido una cuestión que sociológicamente está comúnmente denominada “lucha generacional” y dicha situación se deriva, en pri-

mer lugar, de la posición de unos padres, que tratan de fijar una norma de vida —horarios, salidas y otros aspectos similares— para una convivencia común y familiar en el hogar, y, en segundo lugar, el desacuerdo con la misma, de una hija que pretende realizar su vida con arreglo a unas normas que, ella, cree imprescindible para desarrollar y reafirmar su personalidad.

Las dos partes tienen toda la razón y todo el derecho a actuar como han actuado; y, sobre todo, la hija ha ejercitado, al salir del hogar paterno —no consta que fuera expulsada conminatoriamente del mismo— uno de los mayores, por no decir el mayor, de los bienes o valores que tiene el ser humano, como es el del ejercicio de la libertad personal. Ahora bien, dicha parte recurrente en casación, no puede ni debe olvidar, que muchas veces la libertad como valor social particular, exige el pago de un precio, como es el de la pérdida de ciertas comodidades, y de sufrir contratiempos dolorosos, que van desde el área de los afectos hasta el entorno laboral. Y lo que no se puede pretender es realizar un modelo de vida propio y con arreglo a unos principios de conducta, que atacan y contradicen a los de un entorno familiar y social, y seguir obteniendo las ventajas de acogimiento y económicas de dicho entorno, que se rechaza.

Pero además de todo lo anterior, hay que determinar las necesidades reales de la ahora parte recurrente; y en la presente “litis” dicha parte no ha probado que su nueva vida este desasistida del sustento diario, alojamiento, vestido, asistencia médica y, en determinados supuestos, de la instrucción cultural y profesional; y sobre todo no ha probado una incapacidad permanente, total y parcial, para realizar trabajos retribuidos, sean de tipo intelectual o manual. Y para que surja con todos sus efectos dicha deuda alimenticia han de darse determinadas circunstancias como

son reveses de fortuna, siniestros imprevisibles, enfermedades graves, imposibilidad de trabajar..., datos o circunstancias, se vuelve a repetir, que no se dan en el presente caso, o por lo menos no se han constatado.

En conclusión que en la parte recurrente no concurren los presupuestos necesarios para que se le tenga que abonar por la parte recurrida la denominada “deuda alimentaria” que pretendía.

2. *Legitimación del progenitor para solicitar alimentos de hijos mayores en el procedimiento matrimonial.*

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

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

El progenitor con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93, párr. 2.º, del CC, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquéllos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Isabel instó demanda de separación contra su marido D. Angel y a la pretensión principal de separación adicionó aquella la reclamación de alimentos para sus hijos, entre ellos dos mayores de edad que careciendo de recursos propios convivían en la vivienda familiar a su cargo. En el curso del proceso quedaron acreditados estos hechos así como la conformidad de los citados hijos con la reclamación planteada por su madre.
- La sentencia del Juzgado desestimó la reclamación de alimentos para los hijos mayores de edad al estimar que la actora carecía de legitimación para ejercitar esa pretensión.
- En grado de apelación, la Audiencia Provincial de Valladolid, en sentencia de 5 de julio de 1996 desestimó el recurso en ese extremo, manteniendo la falta de legitimación de la esposa y madre.
- El Fiscal interpuso recurso de casación en interés de Ley contra la S. de 5 de julio de 1996, dictada por la Sección Primera de la AP Valladolid (166/1996), confirmatoria de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Valladolid (993/1995), en el proceso de separación matrimonial.

- El motivo del recurso fue la infracción del art. 93, párrafo segundo del CC en relación con el art. 93, párrafo primero, 91 y 92 del CC, arts. 524 y 533.2.º de LEC, y art. 24.1 de la CE.
- El Tribunal Supremo estimó el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

El art. 93, párr. 2.º del CC, tiene como presupuesto de hecho un fenómeno social: la permanencia en el hogar de los hijos mayores de edad o emancipados que, por razón de estudios o por la generalizada situación de paro juvenil, han de vivir a cargo de sus progenitores. Responde a una determinada finalidad: resolver la situación de aquellos hijos en el marco del tratamiento jurídico de las situaciones de crisis matrimoniales, pues a tal conclusión debe llegarse atendiendo a la colocación sistemática del precepto en el conjunto normativo que bajo la rúbrica “De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, se desarrolla en el cap. IX, Título IV, Libro primero del CC (arts. 90 a 101). Si esa caracterización del precepto ha recibido amplio respaldo en la doctrina no ha ocurrido lo mismo respecto a su articulación instrumental que, en punto a la determinación del derecho a la acción, esto es a la legitimación para el ejercicio de la acción de reclamación de los alimentos de los hijos a los que conviene la hipótesis típica. Ciertamente el precepto admite, en su estricta literalidad, interpretaciones diversas que se han manifestado en resoluciones judiciales distintas respecto de esa misma situación típica. Sin considerar matices, son dos las posiciones antitéticas que se han mantenido. Una, que reconoce legitimación al cónyuge progenitor, bien como legitimación directa basada en la existencia de un interés propio, bien como legitimación por sustitución que opera sobre la base de un acto expreso o tácito de arrendamiento o al menos de no oposición formal del hijo, o acudiendo a la

figura de la gestión de negocios ajenos sin mandato. La contraria, que negando esa legitimación la atribuye al hijo en cuanto titular del derecho a alimentos, si bien admitiendo que el ejercicio de esa acción pudiera tener lugar en el proceso especial matrimonial. Una y otra posición se enfrentan con el problema de encontrar la base sustantiva en que apoyar la legitimación “ad causam”, determinada por el Derecho material, esto es, como ha señalado la jurisprudencia, por la relación de las partes con el objeto u objetos del proceso.

La sentencia contra la que se interpone este recurso opta por una interpretación literal y reduccionista, que o bien puede conducir a la esterilidad del precepto o inducir a contradicciones intrasistemáticas de naturaleza procesal rompiendo la estructura personalista de los procesos especiales matrimoniales, reflejada en las disps. adics. 1.ª; 2.ª, 2; 5.ª y 6.ª de la L. 30/1981, de 7 de julio, que atribuyen en exclusividad la legitimación activa y pasiva a los cónyuges (salvo el supuesto de intervención del MF), como señaló la TSS de 26 de mayo de 1982. Según la fundamentación jurídica de la citada sentencia, el art. 93 del CC, reformado por la L. 15 de octubre de 1990, permite la fijación de alimentos para el hijo mayor de edad en los procesos matrimoniales pero corresponde al hijo el derecho a reclamarlos, no al cónyuge, que carece de legitimación por haberse extinguido con la mayoría de edad la patria potestad. Fijar los alimentos en virtud de reclamación del progenitor sin siquiera audiencia del hijo daría lugar, sigue diciendo la sentencia, a la vulneración de los principios de audiencia plasmados en el art. 24 de

la CE. Esa línea argumentativa se apoya en lo que va a constituir el núcleo de la tesis: la interpretación literal del inciso final del párr. 2.º del precepto: "... fijará los alimentos que sean debidos conforme a los arts. 142 y ss. de este Código". De ahí se hace derivar la remisión "in totum" a la regulación de los alimentos contenida en los preceptos citados y la afirmación de que siendo titulares de ese derecho los hijos mayores, a ellos solamente, no al cónyuge compete el derecho de acción para su reclamación en juicio, es decir, la legitimación activa. Ese pronunciamiento del fallo infringe el art. 93, párr. 2.º al negarla el derecho a accionar frente a su cónyuge reclamando alimentos para sus hijos mayores de edad como obligación de contribuir a su sostenimiento. Su derecho a la tutela judicial resuelta, en consecuencia, igualmente vulnerado.

Entiende el Fiscal, a salvo de lo que en definitiva resuelva esta Sala, que el art. 93, párr. 2.º admite otra interpretación que puede considerarse más ajustada a su finalidad y más operativa. Una interpretación que, al no haber sido acogida por el Tribunal de apelación, viene determinar, al menos a efectos del recurso de casación en interés de la ley, en la infracción del precepto. El reformado art. 93 del CC tiene precedentes en el Derecho comparado europeo que se enfrentó a la misma situación familiar, definida en el Derecho italiano como "formación familiar atípica", integrada por un solo cónyuge que, como consecuencia del divorcio, asume de facto el cuidado y mantenimiento de hijos mayores de edad convivientes en el hogar familiar por carecer de recursos propios. Se ha sugerido que el legislador de la reforma del art. 93 se inspiró en el Code civil, en el que, luego de proclamar como principio general la subsistencia de los deberes de los padres para con sus hijos no obstante la disolución del matrimonio por el divorcio, y de caracterizar su común contribución al cuidado y educación de aquéllos como una forma de pensión alimenticia pagada al padre o madre que los tenga en su casa, expresamente reconoce a ese progeni-

tor el derecho a demandar al otro progenitor para que abone una contribución para el cuidado y educación de los hijos mayores de edad que no puedan subsistir por sí mismos (art. 295). En aplicación de ese régimen, la jurisprudencia francesa ha entendido que el art. 295 del Code concede acción directa para reclamar esa contribución en el proceso de divorcio, reiterando que esa pensión constituye una contribución de los esposos acordada en el ámbito del proceso de divorcio. En el Derecho italiano, se abre paso una corriente jurisprudencial, de la llamada jurisprudencia menor, considera que la Ley del Divorcio de 1970, modificada en 1987, permite al cónyuge progenitor reclamar en el proceso de divorcio la contribución del otro progenitor al mantenimiento de los hijos mayores que se encuentran en idéntica situación, entendiendo que existe un derecho propio a la acción basado en su interés al reparto de cargas y a la recuperación de lo anticipado por él. Ciertamente la concordancia en esta materia del CC con el Code no es total. Falta en el CC, sea por decisión voluntaria o involuntaria del legislador español, un precepto de contenido semejante al de su art. 295, cuyo principio no resulta contrario con el sistema de valores de nuestro ordenamiento. Una concordancia en lo esencial, por tanto, contribuiría a la formación de esa base común jurídica europea a que se aspira. No cabría, por otra parte, desconocer la posible diferencia de respuesta jurídica a una misma y común situación familiar en que puedan encontrarse matrimonios extranjeros residentes en España —a los que se aplicará su ley nacional (art. 9.2 y 7 del CC)— y matrimonios de españoles cuya crisis matrimonial se ventile ante nuestra jurisdicción. En sede de nuestro ordenamiento, cabe señalar, como ha recordado la doctrina que, en su génesis, la reforma del art. 93 venía a sancionar la línea mayoritariamente aceptada de la denominada "jurisprudencia menor" que, en sede del proceso especial matrimonial, y aún en el posterior procedimiento de modificación de lo en aquel resuelto, fijaba alimentos para los hi-

jos que alcanzaban la mayoría de edad con posterioridad al Convenio regulador acordado en los términos del art. 90 o a la demanda de nulidad, separación o divorcio. En sentido semejante podría citarse la TSS de 5 de noviembre de 1984 según la cual aquella obligación de alimentos no se extinguía por la mayoría de edad “sino que se transforma en otro tipo de crédito si subsistían las circunstancias por las que se acordaron los alimentos”, afirmando que “lo que cambia es el concepto por el que van a percibir esos alimentos”. Por otra parte, la posibilidad de la conservación de la legitimación inicial —perpetuatio legitimationis— del progenitor que ejercita la acción de reclamación de filiación ha sido sancionada por el TS (SS TS de 22 de mayo y 11 de mayo de 1999). El art. 93, párr. 2.º no puede ser interpretado aisladamente para dar como resultado una acumulación de acciones con titulares diferentes en el ámbito del proceso especial matrimonial. Es necesario atender a una interpretación lógicossistemática y teleológica de la que se deducirá un mayor contenido y alcance. En efecto, el art. 93, párr. 2.º, visto desde su relación con su párr. 1.º, y los arts. 90 C), 91 y 92 del CC, se presenta como integrado en un conjunto y divorcio respecto a los hijos, menores sometidos a patria potestad y mayores de edad o emancipados en la concreta situación de hecho que se señala. En relación con los hijos menores esos efectos trascienden a los alimentos, en tanto que para los hijos mayores o emancipados se limitan a los alimentos. En ese sentido, la remisión que se hace a los arts. 142 y ss. del Código no tiene otro sentido que el de concretar el contenido de los alimentos, no su forma de prestarlos ni las condiciones procesales para su reclamación, que han de acomodarse a los principios y reglas contenidas en el régimen procesal previsto en las Disposiciones Adicionales de la L 30/1981, que conforma, juntamente con el régimen sustantivo, todo el conjunto normativo aplicable a la nulidad, separación y divorcio. Esa prestación alimenticia se define en términos generales en el art. 93, párr. 1.º, como con-

tribución de ambos cónyuges, que puede ser acordada convencionalmente en el Convenio regulador [art. 90.C)], o fijada en el proceso contencioso matrimonial. Consiguientemente, el progenitor que de facto está asumiendo la carga familiar que representan los hijos mayores —en la situación determinada— tiene un derecho propio a exigir del otro la contribución que le corresponda en ese régimen de corresponsabilidad impuesto en el art. 93. Actúa de iure proprio, si bien interés de los hijos, y en esa calidad o condición recibirá la pensión que administra como mantenedora del hogar familiar en cuyo seno permanecen los hijos mayores. En ese sentido, son equiparables los alimentos que se señalan para los menores que los que fijan para los mayores a cargo. Si la reclamación para los primeros no se hace separadamente en el proceso por alimentos sino como derecho a exigir del otro progenitor su aportación o contribución a una obligación directamente derivada de la patria potestad, la reclamación para los segundos debe seguir el mismo régimen procesal conforme a la razón finalística a que obedece el precepto. El progenitor a cargo ejercita una acción en interés propio, pero en beneficio de los hijos, no actúa como gestor de negocios ajenos, ni precisa autorización o apoderamiento, de hecho subyacente por la circunstancia de la permanencia voluntaria del hijo mayor en el hogar familiar. Configurados los alimentos como contribución a establecer en el proceso matrimonial, en definitiva como una carga familiar que debe ser repartida entre ambos cónyuges, el progenitor a cargo ejercita una acción propia, aunque de ella derive el beneficio para los hijos. Así entendido el art. 93, párr. 2.º, se respeta el carácter personalísimo de los procesos matrimoniales regulados en la L 30/1981, caracterizado por la ausencia de publicidad y la limitación de la legitimación activa y pasiva a los cónyuges. Introducir a terceros, condición que tendrían los hijos, como señaló el TC (TCA 177/1984, de 21 de marzo), no solamente afectaría a la estructura del proceso sino que daría lugar a situaciones procesalmente irre-

gulares, algunas de ellas derivadas del carácter mancomunado de la obligación alimenticia de los padres para con sus hijos, que obligaría a la formulación de una demanda conjunta contra los padres (TSS de 12 de abril de 1994). La no intervención del hijo, por otra parte solamente posible en tanto asumiese la condición de parte actora, no vulneraría su derecho a la tutela judicial en cuanto que se parte de una situación voluntariamente aceptada, como es la de estar a cargo de su progenitor, que puede abandonar en todo momento, quedando entonces expedita la vía procesal del proceso por alimentos. Por lo expuesto el Fiscal interesa que se admita el presente recurso de casación en interés de la Ley, se le dé su tramitación legal y, en su momento, se dicte sentencia declarando que el cónyuge a cuyo cargo se encuentran hijos mayores de edad por carecer de recursos está legitimado para reclamar a su cónyuge en los procesos matrimoniales regidos por las disposiciones adicionales de la Ley 30/1981 alimentos en concepto de contribución a su sostenimiento.

2. Fundamentación jurídica del Tribunal Supremo.

La sentencia recurrida funda su pronunciamiento en una interpretación apegada al texto literal del art. 93, párr. 2.º del CC, en su remisión a los arts. 142 y ss. del mismo Código, unido a los efectos extintivos que respecto de la representación legal de los hijos por sus padres, tiene la llegada de los primeros a la mayoría de edad. Como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de interposición del recurso, que la remisión a los arts. 142 y ss. (remisión excesivamente amplia si se entiende hecha a todos ellos, pues resulta clara la inaplicación de muchos de esos artículos al caso de que ahora se trata) ha de entenderse hecha a los preceptos que regulan el contenido de la prestación alimenticia, por cuanto los supuestos en que procede acordar e imponer esa obligación en la sen-

tencia que recaiga en los procesos matrimoniales, se establecen en el propio art. 93, párr. 2.º (convivencia, mayoría de edad y carencia de ingresos propios), sin que, por otra parte en este precepto se establezca norma alguna que modifique la legitimación para ejercitar las acciones de separación, divorcio o nulidad de matrimonio que se reconoce únicamente a los cónyuges (a salvo la legitimación que en determinados supuestos se reconoce al Ministerio Fiscal y a los terceros interesados para ejercitar la acción de nulidad), únicos que pueden promover esta clase de procesos ejercitando aquellas acciones principales así como las accesorias relativas a los llamados “efectos civiles”, entre las cuales se encuentra la petición de alimentos para los hijos mayores por el progenitor con quien éstos conviven frente al otro en quien no se da esa situación de convivencia. El art. 24.1 de la CE establece que “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión” y en similares términos se manifiesta el art. 7.3 de la LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial), incluyendo entre los “intereses legítimos”, tanto los individuales como los colectivos. Resulta evidente que el texto constitucional posibilita el acceso a la jurisdicción no sólo para demandar la tutela de los derechos de que es titular el demandante de tutela judicial sino también a quien acude a los órganos jurisdiccionales invocando intereses legítimos.

Del art. 93.2 del CC emerge un indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos

que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. No puede olvidarse que la posibilidad que establece el art. 93, párr. 2.º del CC de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a

uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran.

De todo lo expuesto se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93, párr. 2.º, del CC, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquéllos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores. Al no entenderlo así la sentencia recurrida ha infringido los preceptos invocados por el Ministerio Fiscal en su recurso que, en consecuencia, ha de ser estimado.

V. PATRIA POTESTAD

1. *Privación de la patria potestad*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de abril de 2000.

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

Dada la desatención moral y material que sufría el menor, se priva a los padres de la patria potestad y se constituye la tutela a favor de los abuelos.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Luis instó demanda de menor cuantía contra D.ª M.ª José y D. Valeriano en la que solicitaba que se dictase sentencia por la que se acuerde la privación del ejercicio de la patria potestad del menor Daniel a sus progenitores, acordando que en el futuro las facultades y obligaciones inherentes a la misma sean ejercitadas y tuteladas por el actor y su esposa.
- Los demandados se opusieron a la demanda instando al mismo tiempo reconvencción solicitando la entrega del menor a sus padres.

- El Juzgado de Primera Instancia Número 6 de los de Alcalá de Henares dictó sentencia el 28 de febrero de 1994 estimando la demanda y privando a los padres de la patria potestad, constituyéndose la tutela en favor de los abuelos el menor.
- En grado de apelación, la Sec. 22 de la AP de Madrid, dictó sentencia con fecha 21 de febrero de 1995 desestimando el recurso interpuesto por los padres del menor.
- D.^ª M.^ª José y D. Valeriano interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Cuando el art. 170 del Código Civil dispone, en su primer párrafo, 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, está atribuyendo una facultad al órgano jurisdiccional, sin que contra lo resuelto, como consecuencia del ejercicio de esa facultad, proceda el recurso de casación, salvo que se impugne la apreciación de las pruebas por error de hecho o de derecho, según Sentencias de esa Excm. Sala de 9 de marzo de 1989, 12 de febrero de 1992 y 20 de enero de 1993, entre otras, debiendo entenderse actualmente, como consecuencia de la reforma de la LECiv. por la Ley 10/1992, de 30 de abril, que sólo será posible la impugnación de la apreciación de las pruebas por error de derecho, lo que no se hace en el motivo único de casación articulado.

La patria potestad es en el Derecho Moderno, y concretamente en nuestro Derecho positivo, una función al servicio de los hijos, que entraña fundamentalmente deberes a cargo de los padres, encaminados a prestarles asistencia de todo orden, como proclama el art. 39.2 y 3 de la Constitución; de tal manera que todas las medidas judiciales que se acuerden, incluida la de privación de la patria potestad, deberán adoptarse teniendo en

cuenta, ante todo, el interés superior del niño, como dispone el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro Derecho interno mediante la correspondiente ratificación. Además, un precepto similar contiene la vigente Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre protección judicial del menor (art. 2).

Con la privación a los progenitores de la patria potestad sobre el hijo menor, insuficientemente atendido, no se trata de sancionar su conducta en cuanto al incumplimiento de sus deberes (aunque en el orden penal pueda resultar tipificada y sancionada), sino que con ello lo que se trata es de defender los intereses del menor, de tal manera que esa medida excepcional resulte necesaria y conveniente para la protección adecuada de esos intereses. Por ello, la propia Convención, en su art. 9.1 después de establecer que los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres, contra la voluntad de éstos, a continuación añade que esta norma tiene su excepción cuando, a reserva de la decisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria para el interés superior del niño. Este interés superior del niño, que implícitamente está recogido también

en el art. 154 del Código Civil cuando dispone que la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, es el que tiene en cuenta la sentencia impugnada para confirmar la del Juzgado que decretó la privación de la patria potestad a los demandados, en conformidad con lo establecido en el art. 170 del citado Cuerpo legal. El acierto de la juzgadora de primera instancia lo pone de manifiesto la sentencia impugnada con la concluyente declaración que se ha reproducido más arriba en el punto 3, y que se refie-

re a la omisión por los demandados de los deberes de asistencia material y moral respecto a su hijo menor, desde los primeros meses de su vida, cuando las atenciones de los progenitores son absolutamente indispensables, por lo que la medida de privación de la patria potestad, aunque en extremo dura para los padres, ha resultado una medida indispensable de protección de los intereses superiores del menor, o, mejor dicho, necesaria para la protección integral del menor conforme al mandato constitucional.

VI. UNIONES DE HECHO

1. *Derecho a prestación de desempleo.*

Tribunal Supremo, Sala 4.^a, Sentencia de 24 de febrero de 2000.

Ponente: Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López.

Derecho a la prestación de desempleo de una conviviente de hecho afiliada al Régimen General de la Seguridad Social que fue despedida del negocio del que era titular el otro conviviente.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Begoña prestaba servicios como ayudante de camarera para la empresa “Bar C.” del que es titular D. Felipe, hasta que fue despedida con efectos al 18 de febrero de 1997, por lo que solicitó la prestación por desempleo.
- La demandante convive en el mismo domicilio que el empresario para el cual prestó sus servicios profesionales.
- La Dirección Provincial del INEM dictó resolución de fecha 8 de abril de 1997, denegatoria de la prestación por estimar que la trabajadora ha venido prestando servicios en una empresa familiar y no reúne los requisitos de ajeneidad y dependencia que caracteriza a los trabajadores por cuenta ajena. Interpuesta reclamación previa fue desestimada por Resolución dictada el 24 de abril de 1997, en base a que según el E.T. están excluidos expresamente los trabajos familiares.

- El Juzgado de lo Social núm. 4 de Santander dictó sentencia el día 28 de octubre de 1997 estimando la demanda interpuesta por D.^a Begoña contra el Instituto Nacional de Empleo, declarando el derecho de la actora al percibo de la prestación por desempleo en la cuantía, duración y efectos reglamentarios.
- La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, dictó sentencia en fecha 3 de mayo de 1999, estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación del Instituto Nacional de Empleo absolviendo al mismo de las pretensiones deducidas por D.^a Begoña. El hecho probado tercero fue revisado en suplicación, como consecuencia de los correspondientes motivos de hecho, en el sentido de suprimir la expresión “como trabajadora por cuenta ajena” por suponer una calificación jurídica, dando nueva redacción al hecho probado quinto que quedó redactado así: “La demandante y el empresario conviven en el mismo domicilio con los dos hijos de ambos, de 11 y 5 años respectivamente y con el hijo privativo de D. Felipe”.
- D.^a Begoña interpuso recurso de casación que fue estimado por el tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión discutida en este recurso es si tiene o no derecho a la prestación de desempleo contributivo, quien como la actora, convivía con el empresario persona física en el mismo domicilio teniendo incluso dos hijos en común, trabajando como ayudante de camarero en el bar de aquél, afiliada en el Régimen General de la Seguridad Social siendo despedida, rescindiéndose la relación laboral en conciliación, y por tanto, si la convivencia “more uxorio” está o no comprendida por analogía en el art. 1.3.e) ET (Estatuto de los Trabajadores) a efectos de excluir o no la existencia de relación laboral.

La sentencia impugnada, entiende que dicha convivencia está reconocida en nuestro derecho como familia, dado que del art. 39.1 CE (Constitución Española), no deben derivar diferencias entre familias matrimoniales y no matrimoniales, aunque no produzcan efectos equivalentes, de lo que se

desprendía, en casos como el de autos, la existencia de una comunidad de vida, intereses y fines, que deben ser reconocidas en nuestro derecho y que llevan a la conclusión de que entre los convivientes no existía una relación de dependencia y ajenas propias de las relaciones laborales, en la explotación del Bar entre ambos, y sujeta al art. 1.1 ET, sino que la misma está comprendida, en el artículo referido, ap. 3.e), por ser la situación jurídica absolutamente idéntica a las allí previstas, por lo que debe aplicarse por analogía la presunción favorable a la inexistencia del vínculo laboral, que no ha sido destruida en ningún caso en el supuesto que nos ocupa.

Alega la recurrente que lo decidido en la sentencia recurrida estaba en contradicción con lo resuelto por la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ Murcia en 29 de marzo de 1996, que en un supuesto similar, también referido a un solicitante a que la finalización

y extinción de su contrato de fomento de empleo de duración de 3 años, con una empresa S.R. Limitada, de la que era titular y administrador único la persona con la que convivía y con la que tenía tres hijos en común, solicitó la prestación que le fue concedida.

No afecta a dicha contradicción, en contra de lo que alega el abogado del Estado, el hecho de que en la sentencia recurrida el empresario sea una persona física, y en la de contraste una sociedad de responsabilidad limitada, ya que en esta última se planteaban dos tipos de censura jurídica, y aunque respecto a la primera en relación a la prevalencia de la relación mercantil entre el actor y sociedad para la que estuvo en alta en el régimen general de la Seguridad Social, no exista contradicción, pues esta cuestión lógicamente no se presenta en la recurrida, ya que aquí el empresario es una persona física, sí que la hay en cuanto a la segunda referente a si las tareas desempeñadas por el actor en la empresa de la que era titular y administradora única la persona ligada con el mismo, por una relación de convivencia “more uxorio”, excluía o no la existencia de la relación laboral, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1.3.e) ET y en cuanto a ésta, la decisión es contraria a la de la sentencia recurrida.

Se denuncia en el recurso infracción del art. 1.1 ET e inaplicación indebida del art. 1.3.e) del mismo. La tesis correcta es la de la sentencia de contraste. El art. 3.1 L 31/1984 de 2 de agosto, Protección por desempleo establecía que estarán comprendidos en la protección por desempleo los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social; art. 1.1 ET, define el contrato de trabajo como aquel que se presta voluntariamente por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica demandada, empleador o empresario excluyendo en el ap. e), de dicho precepto del ámbito del contrato de trabajo los trabajos familiares salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los lle-

van a cabo. Se consideran familiares a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendentes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, y en su caso, por adopción.

Se trata, por tanto, de determinar si quien está ligada con el empresario con una relación “more uxorio”, está o no dentro del ámbito del art. 1.3.e) ET, pues de no estarlo, sería de aplicación el art. 1.1 ET, procediendo la prestación de desempleo. Dicha cuestión debe resolverse en sentido contrario al de la sentencia recurrida. La interpretación analógica que hace la sentencia impugnada del art. 1.3.e) ET equiparando la convivencia duradera en el tiempo entre el empresario y trabajadora, cualificada por la existencia de hijos comunes a la familia, de análogas características a las que tiene su origen en el matrimonio, lo que condujo a estimar inexistente el vínculo laboral por faltar las notas de dependencia y ajeneidad, presunción no destruida en el presente caso, no puede aceptarse. La convivencia de hecho o “more uxorio” no encaja dentro del tipo legal contemplado en el art. 1.3.e) ET. Es cierto que en el caso de autos hay convivencia entre la actora y el empresario, sin embargo está ausente la condición de familiar. La norma se está refiriendo cuando habla de familia a la nacida del matrimonio; no prevé la convivencia “more uxorio”. Esta Sala en sus SS. de 14 de abril y 17 de junio de 1994 y el TC S 25 de abril de 1994, en relación al alcance del art. 160 LSS (Ley General de la Seguridad Social) y O. 13 de febrero de 1967, en supuestos en que se planteaba la extinción de una pensión de viudedad de beneficiaria por la mera convivencia marital con otra persona ya precisó lo antes dicho, al decir que no surgiendo de las uniones de hecho el derecho a una pensión de supervivencia, al ser necesario en todo caso el requisito del matrimonio, tampoco puede provocar la extinción del derecho legítimamente alcanzando dicha convivencia, pues se podría llegar a la absurda situación de que una persona se viese privada de su pensión

de viudedad sin poder llegar a obtener otra a la muerte de aquella con la que hubiese convivido.

Esta doctrina es perfectamente aplicable al presente caso, donde se plantea si dentro de la expresión cónyuge del art. 1.3.e) ET, se comprende o no a quien convive con el empresario maritalmente. Cuando el art. 1.3.e) ET habla de parientes se está refiriendo a los que tienen su origen en uniones matrimoniales, en ningún caso se comprende a las uniones estables de hecho, por tanto, no es de aplicación dicho precepto para denegar la prestación de desempleo, sino lo dispuesto en el art. 1.1 ET, existiendo una relación laboral al concurrir las notas de dependencia y ajeneidad que caracteriza a ésta. El mero hecho de la convivencia more uxorio, no determina la existencia de la relación familiar, sin que pueda ser de aplicación, por analogía como sostiene la sentencia recurrida la presunción favorable a la existencia de relaciones familiares previstas en el art. 1.3.e) ET; sino se aplica dicha presunción en otros supuestos como los aludidos en esta

misma fundamentación en materia de Seguridad Social, no cabe que cuando la norma beneficia a dichas personas, se interpreta en sentido contrario, invocando la analogía cuando se perjudica.

No desconoce la Sala la posibilidad de existencia en estos casos de fraude, que a falta de normas específicas que lo permitan en determinados casos para este tipo de pretensiones, debía estarse a los arts. 6.4 y 7.2 CC, que proscriben el fraude pero no lo presume; en el caso de autos ni se ha alegado ni de la denegación por el INEM de la prestación que se basó en no reunir la prestación de servicios en una empresa que calificó como familiar los requisitos de ajeneidad, y de dependencia que caracteriza a dichos trabajos, puede deducirse su existencia, faltando además en los hechos probados dato alguno del que pudiera entenderse directamente o presumirse, como posibilita el art. 1253 CC que en la conducta del solicitante ha existido fraude y que el despido producido obedeció a la única finalidad de solicitar la prestación.

VII. PENSIONES DE VIUEDAD

1. *Pensión de viudedad tras el divorcio sin concurrencia de otros beneficiarios.*

Tribunal Supremo, Sala 4.^a, Sentencia de 17 de enero de 2000.

Ponente: Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López.

Tras haberse dictado sentencia de divorcio, la viuda sólo tiene derecho a cobrar la pensión de viudedad en proporción al tiempo de convivencia y ello a pesar de que el causante no haya contraído nuevo matrimonio o haya convivido maritalmente con otra persona.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Concepción contrajo matrimonio el 3 de octubre de 1959, con D. Pedro, siendo dicho matrimonio disuelto por divorcio en virtud de sentencia dicta-

da por el Juzgado de Primera instancia núm. 1 de esa ciudad el 1 de septiembre de 1984, previamente, el 22 de julio de 1966, se había decretado la separación de los cónyuges.

- D. Pedro falleció el 2 de octubre de 1997, siendo pensionista de invalidez desde el 1987, con derecho a las prestaciones correspondientes sobre la base reguladora de 26.392 pts.
- El 15 de octubre de 1997, D.^a Concepción solicitó pensión de viudedad que le fue reconocida sobre la misma base reguladora que la del causante con un porcentaje inicial del 45% (11.876), un porcentaje prorrateo del 18% (2.138) y 3.365 en concepto de mejoras alcanzando el importe total de la pensión las 5.503 pts. con efectos desde el 1 de noviembre de 1997, día primero del mes siguiente al del fallecimiento.
- D.^a Concepción formuló reclamación previa por disconformidad con la cuantía reconocida que fue desestimada por resolución de noviembre de 1997. El juzgado de lo Social n.º 3 de Gijón dictó con fecha 10 de marzo de 1998 sentencia desestimando la demanda formulada por D.^a Concepción.
- Con fecha 6 de noviembre de 1998, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, dictó sentencia, desestimando el recurso de suplicación.
- D.^a Concepción interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

D.^a Concepción, a pesar de encontrarse disuelto por divorcio su matrimonio, entiendo que tiene derecho a cobrar la pensión de viudedad en su cuantía íntegra y no en proporción al tiempo de convivencia matrimonial con el causante, dado que, si bien había recaído sentencia de divorcio, sin embargo el causante no había contraído nuevas nupcias, ni tan siquiera había mantenido convivencia “more uxorio”, es decir no había ninguna otra beneficiaria que compartiera la prestación.

Señala el Tribunal Supremo que el módulo temporal para el cálculo de la pensión de viudedad arranca en el periodo que inició el matrimonio y termina en el momento en que se terminó la convivencia, pues aunque el requisito de convivencia no constituye con-

dición exigible para alcanzar la prestación, sí lo es a efectos de determinar el porcentaje de la pensión, ello porque así se deduce tanto de una interpretación gramatical del número 3 de la Disposición Adicional 10 en relación con su regla 1.^a, como de lo establecido en el Texto Refundido de 1994, que en su artículo 174 incluyó aquella, y la modificación introducida en la Ley 66/97 de 30 de diciembre, que si bien no aplicable por razón del tiempo al caso de autos, vino a clarificar la cuestión que se examina, desde el momento en que manteniendo una redacción prácticamente igual a las anteriores, al exigir que no se hubiese contraído nuevas nupcias para tener derecho a la pensión, mantiene la misma en cuantía proporcional

al tiempo convivido; como en dichas sentencias se decía:

Si bien la convivencia constituía la razón principal que justifica la existencia de esta prestación, pues no está fundamentada en posibles derechos hereditarios, como declaró con reiteración el Tribunal Central de trabajo, esa postura doctrinal decayó ante la modificación introducida en la referida Disposición Adicional que venimos comentando, hasta el punto de que la propia Entidad Gestora, en resolución de 23 de junio de 1989, no exigió la concurrencia del referido requisito, como ya no lo exige el art. 174 del Texto Refundido. La Modificación legal, no tuvo otra razón de ser, que la de introducir en la regulación legal de las prestaciones de muerte y supervivencia, las nuevas situaciones legales reconocidas de separación y divorcio, pero sin pretender variar los requisitos exigidos para obtener esas prestaciones, salvo en el aspecto necesario para reconocer las nuevas situaciones personales. Es evidente por ello, como dice la sentencia de la Sala General, que en relación a los supuestos de separación se amplió en beneficio, desde el momento en que en la regulación anterior extinguida la convivencia, salvo el supuesto de excepción de la declaración de inocencia en la separación judicial, se perdía la cualidad de beneficiario de la prestación, mientras que en la modificación legal, aunque limitada, se reconoce el derecho a

las prestaciones en la regla tercera de la Ley de 7 de julio de 1981. A la misma conclusión se llega en relación con el divorciado, pues es indiscutible que el derecho a su favor se reguló “ex novo” en dicha norma. Por ello, aunque se reconozcan las prestaciones con las limitaciones de dicha regla, incorporada actualmente y en la fecha del óbito en el número 2 del art. 174, no puede hablarse de una regulación restrictiva, con la consecuencia, en el supuesto que nos ocupa, es decir en el caso de existir un solo beneficiario mediando la rotura del vínculo o de la convivencia, que haya de reconocerse la pensión en su integridad para no incurrir en esa regulación más limitativa, pues es evidente que con arreglo a la anterior legislación no se alcanzaría el derecho a ser beneficiario. Ello es incontrovertido en los supuestos de divorcio, al desaparecer el vínculo, de acuerdo con el art. 85 del C.C. y lo sería asimismo en la hipótesis de separación al no existir convivencia. Ante la nueva regulación lo único que cabe es preguntarse por las razones que llevan al legislador a esa ampliación del derecho, y la respuesta no puede ser otra que si la convivencia dejó de ser un requisito esencial para la concesión de la pensión, el reconocimiento de la prestación al separado o al divorciado, únicamente puede derivar de que en su momento “se convivió y ganó día a día esa posible cualidad que puede darle derecho al beneficio”.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

I. FISCAL

1. *Tributación por el Impuesto de la renta de las Personas Físicas.*

TSJ Canarias, Sentencia de 28 de octubre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Hernández Cordobés.

Procedencia de la deducción que en la base imponible regular efectúa el esposo por la totalidad de las cantidades que abona a la esposa por el concepto de “alimentos y contribución a las cargas del matrimonio” al quedar acreditado que dicha cantidad va destinada íntegramente a ésta.

ANÁLISIS DEL CASO

- El recurrente presentó la autoliquidación correspondiente al I.R.P.F., ejercicio 1994, simplificada individual, en el que figuraban 1.471.620 ptas. como “deducciones de la base imponible regular; pensiones compensatorias al cónyuge y anualidades por alimentos”, casilla 34, por lo que resultó una cuota diferencial negativa a devolver de 303.339 ptas.
- Por la Administración de Hacienda se practicó liquidación provisional sin tener en cuenta dicha reducción, por lo que la cuota diferencial resultó positiva y a ingresar por importe de 335.078 ptas. El 4/10/1996 se giró liquidación provisional ..., por importe de 707.247 ptas. de las que 635.417 corresponden a la cuota y 71.830 a los intereses de demora.
- El recurrente interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dicte sentencia anulando la resolución recurrida y declarando no haber lugar a la liquidación practicada y en con-

secuencia al pago de las cantidades reclamadas, con los demás pronunciamientos que haya lugar en Derecho.

- El TSJ estimó el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El objeto del presente recurso es determinar si las cantidades que el recurrente abona a su esposa de la que se encuentra separado legalmente por sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción Número 4 de los de San Cristóbal de La Laguna, según convenio regulador aprobado, pueden ser objeto de reducción de la de la base imponible regular de su declaración de la renta correspondiente al ejercicio de 1994.

Sobre este particular, la Administración demandada considera que como quiera que el art. 71.2 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, dispone que sólo se reducirán de la parte regular de la base imponible “las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas a favor de los hijos del sujeto pasivo, satisfechas ambas por decisión judicial”, y la sentencia dictada se limita a disponer “abonará en concepto de alimentos y contribución a las cargas del matrimonio, la cantidad de 70.000 ptas. mensuales”, es visto que todo o parte de dicha cantidad está destinada a satisfacer los alimentos de los hijos comunes, por lo que estando indeterminada la cantidad que en su caso pudiera corresponder a la esposa, no puede efectuarse minoración alguna de la Base Imponible regular hasta tanto no sea el propio Juzgado el que determine la cantidad que corresponde por alimentos a los hijos con independencia de su mayoría de edad.

Si examinamos el convenio regulador aprobado en su integridad por la sentencia de separación, resalta de forma inmediata que no contiene estipulación alguna a favor de los hijos, y de haberlos menores de edad, era obligatorio determinar guarda y custodia y alimentos a su favor (art. 92 del Código Civil). No hay pues hijos menores de edad, lo

que también se deduce, sin más, de la lectura del encabezamiento de la sentencia de la que resulta que no fue parte el Ministerio Fiscal (en caso contrario ineludiblemente lo sería, según la Disposición Adicional 61.6 y 81 de la Ley 30/1981 de 7 de julio sobre procedimiento a seguir en las causas de Nulidad, Separación y Divorcio).

Tampoco se deduce del convenio aportado que existan hijos mayores de edad con vinculación económica con sus padres, supuesto en el que procedería los alimentos a su favor aun dentro del proceso de separación matrimonial (la Ley 11/1990, 15 de octubre, añadió al art. 93 del Código Civil un segundo párrafo del tenor siguiente: “Si convivieren en el domicilio familiar hijos mayores de edad, o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez en la misma resolución, fijará alimentos que sean debidos conforme a los arts. 142 y siguientes de este Código). Sólo se contienen, por contra, referencias al marido y la mujer que son los que pactan y aceptan las estipulaciones de su convenio regulador, entre cuyas cláusulas, la tercera atribuye al marido el uso de la vivienda, y en sentido negativo, no consta la subsistencia de deudas a cargo de la sociedad conyugal.

El concepto de “cargas del matrimonio” que emplean los arts. 90, 91 y 103 del C.C. define uno de los contenidos mínimos del Convenio Regulador, en caso de crisis matrimonial consensuada —art. 90.c)—, o las medidas que, en defecto de acuerdo por los cónyuges, debe adoptar necesariamente la autoridad judicial en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas (art. 91); de ahí que se haya resuelto por los Tribunales Civiles, que las cargas matrimoniales, en su acepción legal, tiene un

ámbito casi omnicomprendivo de todos los gastos que comporta la unidad familiar, cualquiera que sea su procedencia, siempre que su destino sea el indicado, siendo, por tanto, más amplio que el que representan las pensiones alimenticias y compensatorias. A pesar de ello, es claro que constituye una prestación que comprende, fundamentalmente, las pensiones alimenticias, no sólo las de los hijos del matrimonio, sino también, en el caso de separación, los alimentos de la mujer, dado que la separación no disuelve el vínculo matrimonial que obliga a prestar alimentos (art. 143.1.º Código Civil).

En el caso concreto, el establecimiento de una cantidad a cargo de uno de los cónyuges y favor del otro, en concepto de “alimentos y contribución al levantamiento de las cargas matrimoniales”, cuando no hay hijos menores de edad ni aun mayores que dependan económicamente de sus padres, ni consta la existencia de otros gastos familiares distin-

tos a los de la pensión alimenticia entre cónyuges (cantidad a cargo del marido y a favor de la esposa que se establece indistinta y con revisión anual periódica; en tanto que de existir “otros gastos”, por su naturaleza, deberían tener una específica duración y específica modalidad de modificación o extinción —piénsese, “ad exemplum”, en un préstamo—); interpretado el convenio de conformidad con el art. 1285 Código Civil, que proclama el principio de interpretación sistemática, de indiscutible valor ya que la intención, que es el espíritu del contrato, es indivisible y no puede encontrarse en una cláusula aislada de las demás o del propio contenido íntegro del mismo, sino en el todo orgánico que lo constituye, nos conduce a la convicción de que la íntegra cantidad que se comprende en este concepto se corresponde con alimentos a la esposa y por ello, su reducción de la Base Imponible regular, fue correcta.

2. *Tributación por el Impuesto de la renta de las Personas Físicas.*

TSJ Canarias, Sentencia de 10 de octubre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Helmuth Moya Meyer.

Habiéndose establecido en la sentencia matrimonial una contribución a las cargas del matrimonio, y existiendo tres beneficiarios —esposa y dos hijos— debe atribuirse a cada uno de ellos una parte igual, esto es, el pagador podrá deducir de la base imponible una tercera parte de la cantidad abonada.

ANÁLISIS DEL CASO

- El recurrente formalizó demanda en la que solicitó se declare la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho, ya que de la cantidad que pagaba en concepto de contribución a las cargas del matrimonio una parte era para alimentos de su mujer, teniendo derecho a reducir la base imponible regular por las cantidades pagadas en este concepto.
- El TSJ estimó el recurso.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El artículo 71.2 de la Ley 18/1991, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas disponía que “la parte regular de la base imponible se reducirá, exclusivamente, en el importe de las siguientes partidas: 2. Las pensiones compensatorias a favor del cónyuge y las anualidades por alimentos, con excepción de las fijadas a favor de los hijos del sujeto pasivo, satisfechas por decisión judicial.

Como la sentencia que fijó la contribución del recurrente al sostenimiento de las cargas del matrimonio no especificó qué cantidad correspondía a los alimentos del hijo y la que se destinaba a alimentos del cónyuge, la Administración tributaria decidió no permitir a aquél reducir la base imponible regular.

Sin embargo, la solución pasa por aplicar las reglas de atribución de rentas que el artículo 10 prevé para las comunidades de bienes, ya que el supuesto tiene encaje en el artículo 392 del CC según el cuál “hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho (a la pensión alimenticia) pertenece proindiviso a varias personas”. En estos casos dispone el artículo 10 de la Ley del

IRPF que “1. Las rentas correspondientes a las sociedades civiles, tengan o no personalidad jurídica, herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades a que se refiere el art. 33 LGT, se atribuirán a los socios, herederos, comuneros o partícipes, respectivamente, según las normas o pactos aplicables en cada caso y, si éstos no constaran a la Administración en forma fehaciente, se atribuirán por partes iguales”. Como a la Administración tributaria no constaban las cuotas que a cada comunero correspondían en la pensión alimenticia reconocida judicialmente debió atribuir dichas rentas a cada sujeto pasivo por mitad.

En consecuencia, el recurrente tenía derecho a reducir su base imponible regular en el de las cantidades que según estas reglas debe imputarse a la pensión alimenticia del tercio cónyuge (por ser tres los miembros de la comunidad: madre y dos hijos). La demanda debe por tanto, ser estimada en parte, pues no puede declararse conforme a derecho que se redujera la base en el total de lo pagado por contribución a las cargas familiares.

3. *Tributación por el Impuesto de la renta de las Personas Físicas.*

**TSJ Castilla-La Mancha, Sec. 2.^a, Sentencia de 8 de febrero de 2000.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Manuel Rouco Rodríguez.**

Deducción de las cantidades abonadas por el esposo a la esposa en concepto de actualización de la pensión aun cuando no conste en la resolución judicial dicha actualización.

ANÁLISIS DEL CASO

- El recurrente presentó la autoliquidación correspondiente al I.R.P.F. deduciendo de la base imponible la totalidad de las cantidades que abonaba a su esposa.
- Por la Administración de Hacienda se practicó liquidación provisional sin tener en cuenta la totalidad de las cantidades deducidas.

- El recurrente interpuso recurso Contencioso-Administrativo, siendo estimado por el TSJ.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El problema estriba en la calificación como pensión compensatoria actualizada de las cantidades que ha probado entregar el actor a su esposa durante dicho ejercicio ascendente a la suma de 480.000 pts. por las que practicó reducción en la base imponible en la autoliquidación del I.R.P.F. del ejercicio citado. La Oficina gestora y el TEAR se aferraron a una interpretación puramente literal y formalista de las Resoluciones judiciales aportadas por el actor olvidando el contexto de la época en que se dictaron donde no existía el régimen legal del CC introducido por la Ley de 7 de julio de 1981 en materia de regulación del matrimonio, causas de nulidad, separación y divorcio, régimen legal que contempló de manera expresa la necesidad de introducir en las resoluciones sobre medidas las previsiones de bases de actualización de las cantidades fijadas en concepto de pensiones compensatorias y alimentos o cargas a favor de cónyuge e hijos. Ya la sentencia judicial aportada por el actor, dictada con fecha 22 de noviembre de 1968, hacía

referencia de manera explícita a la inviabilidad de modificar —reduciendo— la pensión de 4.000 pts. mensuales reconocidas a favor de la esposa en 10 de abril de 1964 ante la alegación del marido de que los hijos no continuaban conviviendo con ella, invocando precisamente entre otras razones “la elevación de los gastos por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda”; luego si la resolución judicial contemplaba dicha incidencia aun sin reflejo específico en el Fallo para el futuro y el esposo vino actualizando de común acuerdo la pensión es claro que debe darse eficacia a dicha actuación de mutuo acuerdo o voluntaria al ser dicho proceder totalmente acorde al carácter de la deuda de valor frente a las alteraciones monetarias inflacionistas, debiendo acogerse y admitirse dichas actualizaciones con la trascendencia fiscal oportuna a efectos de reducción de la base imponible de acuerdo con lo dispuesto en el art. 71.2 de la Ley 18 /1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

4. *Tributación de la liquidación de gananciales.*

TSJ Galicia, Sentencia de 26 de noviembre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Bautista Quintas Rodríguez.

Exención tributaria de la liquidación en la que se adjudica a uno de los cónyuges determinados bienes en razón a que su división desmerecería, con entrega simultánea al otro cónyuge de dinero para compensar el sobreexceso.

ANÁLISIS DEL CASO

- En escritura pública de fecha 1 de octubre de 1992 los cónyuges D.^a María y D. Manuel acuerdan disolver la sociedad legal de gananciales adjudicándo-

se bienes D.^a María Dolores por valor de 9.450.000 ptas. y D. Manuel Jesús por 450.000 ptas. Posteriormente, el 8 de julio de 1993, otorgan otra escritura pública aclaratoria de la anterior donde se dice que D.^a María queda también obligada a abonar cargas sobre bienes inmuebles descritos por 5.000.000 ptas. existiendo una diferencia de 4.000.000 entre las adjudicaciones de los esposos que será abonada por D.^a María en 10 años.

- Presentadas las autoliquidaciones efectuadas por el Impuesto de referencia considerando exenta la operación, se giró liquidación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales en cuantía de 259.778 pts. D.^a María Dolores se opuso a ella alegando que la operación está exenta y que la adjudicación se hace a ella al no ser los bienes susceptibles de división.
- El Tribunal Económico-Administrativo considerando que se adjudicaron a D.^a María bienes por un importe neto de 4.500.000 ptas. y a D. Manuel por 450.000 ptas., de la simple escritura pública en que se procedió a disolver el régimen económico de la sociedad legal de gananciales se deduce una notoria desproporción entre las adjudicaciones realizadas por las partes, debiendo someterse ese exceso de adjudicación a tributación, al amparo del art. 7.2.b) del T.R. aplicable.
- El TSJ estima el recurso y declara exenta de tributación la liquidación de gananciales.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Señala el TSJ que concretados en esos términos la controversia de la litis, su “ratio decidendi” se contiene en los artículos 48.1. b).3 del Texto Refundido del ITP, el cual establece que estarán exentas: “Las aportaciones de bienes y derechos verificadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, la adjudicación que a su favor y en pago de los mismos se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales.”

De otra parte, en el art. 7.1.a) el cual establece que “son transmisiones patrimoniales sujetas: las transmisiones onerosas por actos intervivos de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas”. Asimismo, el art. 7.2.b) establece que “se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y

pago del impuesto: los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 821, 829, 1056 (segundo) y 1062 (primero) del Código Civil y disposiciones de derechos forales basados en el mismo fundamento”. Conviene aclarar que desde el punto de vista jurídico el bloque normativo que regula las exenciones de un impuesto guarda una precisa relación de interdependencia con el que regula y describe su hecho imponible, que es lo mismo que decir que en cualquier duda sobre el alcance de una determinada exención debe acudir al mecanismo de la interpretación sistemática.

Partiendo de ese criterio interpretativo, es posible sostener dos tesis sobre el alcance del art. 48.1.b).3 del Texto Refundido del Impuesto: Tesis restrictiva: que practicada la liquidación de la sociedad de gananciales,

esto es, hechas las deducciones en el caudal inventariado, el remanente constituirá el haber de la sociedad, que se dividirá por mitad entre marido y mujer (art. 1404 CC). Si como aquí parece que podría suceder, se produce un sobreexceso de adjudicación en relación con la cuota-mitad que corresponde a cada cónyuge, en atención a que los bienes no admiten división o la misma los haría desmerecer, de forma que se le adjudican por entero a uno de ellos (salvo el metálico), en calidad de abonar al otro el exceso en dinero (fenómeno compensatorio previsto en los arts. 1056 y 1062 CC para las particiones hereditarias, en el art. 404 del mismo Código para la división de la cosa común, art. 821 para el pago de legados y finalmente el art. 829 para el supuesto de mejora), siempre existiría exceso de adjudicación que tributaría por ITP (tesis a la que se acoge la Administración demandada), aun funcionando el mecanismo de la compensación mediante el abono de la diferencia en metálico o dinero, por cuanto el art. 7.1.b) —como hemos dicho— exceptúa de tributación por ITP los excesos de adjudicación sólo en los casos previstos en los arts. 821, 829, 1056 y 1062 del CC, y disposiciones de derecho foral basados en el mismo fundamento, esto es, los excesos de adjudicación en materia sucesoria, en razón a que ya constituyen hecho imponible del Impuesto de Sucesiones. Este es el criterio que mantiene por ejemplo el TSI de Navarra en sentencia de 12 de febrero de 1996 y que luego rectifica teniendo en cuenta la tesis amplia de que dados los términos amplios en cómo se expresa la exención objetiva prevista en el citado art. 48.1.b).³ (ad-

judicaciones que a su favor y en pago de los mismos se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales), y en los que claramente se está haciendo referencia o comprendiendo tanto el supuesto normal en que el haber partible se distribuye en exacta proporción a las dos cuotas-mitades que corresponden a cada cónyuge, como la hipótesis del art. 1410 del Código Civil, esto es, adjudicación a uno de los cónyuges partícipe de unos determinados bienes en razón a que de procederse a su división desmerecían, sobrepasando la cuota del cónyuge adjudicatario, aunque compensando el sobreexceso con entrega simultánea, anterior o posterior al acto liquidatorio, de numerario o dinero, precepto del CC que como es sabido cierra el sistema de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, mediante una cláusula de remisión a las reglas que sobre formación de inventario, tasación y venta de bienes, división del caudal y adjudicaciones a los partícipes se establecen en el propio Código Civil para la partición y liquidación de la herencia, de tal forma que en uno y otro supuesto se cumple la previsión legal de liquidación de la sociedad de gananciales y que como tales se corresponden con el Supuesto de hecho que integra la exención prevista en aquel precepto del Texto Refundido del Impuesto que, al respecto, no hace distinciones. Esta tesis es la que mejor se ajusta a la letra y espíritu de aquel precepto, siendo la que sostenemos en la presente resolución y que determina la prosperabilidad del recurso planteado.

II. PENSIONES DE VIUEDAD

1. *Pensión de viudedad solicitada por conviviente homosexual*

**TSJ Castilla-León (Valladolid), Sentencia de 18 de enero de 2000.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Álvarez Anllo.**

No procede conceder pensión de viudedad entre convivientes de hecho al faltar la exigencia del vínculo matrimonial. Esta decisión no pugna con el art.14 CE, ya que, a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio, ni existe en nuestra constitución regulación jurídica alguna a propósito de las uniones de hecho, ni tampoco hay un derecho constitucional a su establecimiento, con lo que ninguna discriminación puede existir por el hecho de que el legislador niegue la pensión reclamada.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a María Elena convivía como pareja de hecho desde el 28 de julio de 1994 con doña Inmaculada.
- Con fecha 12 de noviembre de 1998 se produjo el fallecimiento de D.^a Inmaculada, solicitando la demandante la prestación de viudedad que le fue denegada por resolución del INSS de 8 de febrero de 1999, contra la que interpuso reclamación previa que fue desestimada por resolución de 11 de mayo de 1999.
- D.^a M.^a Elena presentó en el Juzgado de lo Social núm. Uno de Valladolid, que fue desestimada por sentencia de fecha 23 de junio de 1999.
- D.^a M.^a Elena interpuso recurso ante el TSJ que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega la recurrente que la sentencia infringe el artículo 14 de la Constitución Española, por entender que constituye discriminación en razón de la condición social el hecho de no haberse reconocido pensión de viudedad a quien, como la demandante, estuvo conviviendo de hecho con persona de su mismo sexo cuyo fallecimiento motivó la reclamación de la condición de pensionista.

El TSJ desestima el motivo, pues el artículo 174.1 del texto refundido de la Ley de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, expresamente exige, como requisito necesario para ostentar la condición de beneficiario de pensión de viudedad, la existencia de vínculo matrimonial previo, habiendo manifestado el respecto nuestro Tribunal Constitucional

(por todas sus sentencias 184/1990 y 66/1994) que la exigencia de vínculo matrimonial, como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad establecida dentro del sistema de Seguridad Social, no pugna con el artículo 14 de la Constitución, al igual que no conculca tal precepto el que los poderes públicos otorguen un trato distinto y más favorable a la unidad familiar basada en el matrimonio que a otras unidades convencionales.

El propio Tribunal Constitucional (en su auto de 11 de julio de 1994) decidió inadmitir recurso de amparo, por no apreciar indicios de inconstitucionalidad, en supuesto de reclamación igual a la presente (unión de hecho entre homosexuales), indicando que su doctrina general sobre exigencia de vínculo matrimonial como requisito para acceder a la condición de beneficiario de pensión de viudedad era plenamente aplicable a los supuestos como el que nos ocupa, y ello porque no existe en nuestra Constitución regu-

lación jurídica alguna a propósito de tales uniones, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento, a diferencia con lo que ocurre con el matrimonio en el artículo 32.1 de la C.E., con lo que ninguna discriminación puede existir por el hecho de que el legislador niegue la pensión reclamada a los supuestos de uniones de hecho entre parejas del mismo sexo, ya que los presupuestos son absolutamente diversos en uno y otro caso (acogimiento constitucional del matrimonio entre hombre y mujer y silencio de las uniones de hecho), con lo que las consecuencias de uno y otro supuesto pueden ser diversas. Según señala el citado tribunal, ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentado conclusión como la que se pretende, habiendo entendido que el no reconocimiento del derecho al matrimonio por personas del mismo sexo no implica violación del artículo 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. *Procede decretar la separación cuando queda acreditado que el esposo, por no residir en el domicilio familiar, transfiere periódicamente una cantidad a la esposa para atender los alimentos.*

AP Huelva, Sec. 2.^a, Sentencia de 28 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Santiago García García.

Debe rechazarse la conclusión del juzgador de que no se haya probado causa de separación de las alegadas en la demanda. Consta al folio 32 documentos acreditativos de pago mediante ingreso bancario por el apelado demandado D. Rafael, que transfiere pensión alimenticia a la actora apelante, D.^a Petra, de cuantía cincuenta mil pesetas y periodicidad mensual (junio y julio de 1998). Con ello está avalando la tesis que mantiene ésta en orden al cese de la convivencia conyugal por abandono del hogar familiar del marido, desde noviembre de 1997, y éste no lo niega, al contrario demuestra que satisface pensión mensual de alimentos por su ausencia del hogar, lo que supone al menos violación del deber impuesto por el art. 68 C.c., encuadrable en la

causa de separación del art. 82.1 Cc por concurrir abandono injustificado del hogar, que no de sus deberes paterno-filiales como trata de acreditar documentalmente. En la contestación a la demanda opone que dicho cese de la convivencia obedecía al cumplimiento de lo pactado en propuesta de convenio regulador de octubre de 1997, en cuyo caso concurriría la causa de separación del art. 82.5 Cc, al transcurrir seis meses de separación libremente consentida, en el momento de presentación de la demanda; como el mutuo acuerdo no se demuestra, ya que la propuesta no pasó a convenio, el cese de la convivencia es impuesto unilateralmente e injustificado (art. 82.1 Cc). En cuanto a las medidas judiciales de separación, a falta de acuerdo de las partes, no tiene este Tribunal

otra posibilidad que ratificar las acordadas por Auto de medidas provisionales, que constan en su existencia, no en su contenido, por las alegaciones de las partes sin que ninguna las haya aportado en esta segunda

instancia. Y como quiera que se encuentran pendientes de apelación en R. 251/99, deberá estarse a su resolución. Por lo que la demanda, y recurso, deben ser estimados, con revocación de la sentencia apelada.

2. *No procede declarar la separación matrimonial de los cónyuges de nacionalidad marroquí cuando tal institución no está recogida por la normativa nacional aplicable.*

AP Barcelona, Sec. 12.^a, Sentencia de 6 abril de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López-Carrasco Morales.

Combate la sentencia apelada la mujer actora, por entender haber incurrido en criterios formalistas al aplicar lo dispuesto en el art. 107 CC (Código Civil) Norma de Derecho Privado Internacional, que va en contra, según la recurrente de lo dispuesto en el apartado tercero del art. 12 CC que establece: “en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”; y dando por supuesto que la regulación del Derecho Marroquí aportado a los autos, debidamente traducido, atenta a los principios de “igualdad”, no “discriminación” de la mujer, y la dignidad, contenidos en los arts. 14 y 10, de nuestra Constitución, y 6 y 105 CC, entendió debía aplicarse la Ley subsidiaria existente en el territorio de Residencia habitual del matrimonio, es decir la regulación española. Consecuentemente y a la vista de los hechos expresados en la demanda relativa al repudio del demandado Sr. Abdellah de su mujer Nadia, expulsándola del domicilio con su hija Miriam, entendió la recurrente concurrir causa del art. 82.1 CC para declarar la separación conyugal con las demás medidas solicitadas en el escrito rector del proceso. El Ministerio Fiscal, no se opuso a tal petición, y el demandado pidió confirmar la sentencia.

Confunde la recurrente la esencia misma de lo que es la norma de conflicto de derecho internacional privado, recogida en los arts. 107, y el 12 ap. 3.^o CC, en cuanto excepción de orden público, dando por supuesto que la regulación del Derecho del Reino de Marruecos, en materia de matrimonio y sus efectos es contraria al orden social actual del que existe en territorio español, y con tal afirmación pide aplicar el CC.

El argumento no puede ser acogido por cuanto la actora recurrente identifica y confunde la conducta del demandado Abdellah con el Derecho Matrimonial vigente en el Reino de Marruecos cuando es obvio no ser así, como se induce del texto de la legislación aportada por el consulado General de ese país en Barcelona, debidamente traducida obrante a folios 155 a 230; ya que el proceder del demandado resulta contrario a lo que dispone el Libro II, en sus siete capítulos, del Derecho matrimonial marroquí (Disolución del matrimonio y sus efectos); en especial sobre Repudiación y Divorcio, con cauces institucionales y de defensa de los cónyuges, donde se prevén Requisitos formales, garantías y reconocimiento de dere-

chos de uno y otro esposo que intenten disolver el matrimonio (arts. 44 a 52 bis y 61 a 71, y cc.); regulación que si bien es distinta a la seguida por nuestro CC y L 30/1981 de 7 de julio no por eso puede ser tildada sin más, como contraria al orden público constitucional, ni contraria al orden público del art. 12.3 CC, entendido según TSS de 5 de abril de 1996, como principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada; principio que como dijo la AP Madrid S. de 1 de julio de 1994 debe aplicarse con gran cautela y de modo restringido, ya que si se llevase a sus últimas consecuencias nunca surgiría la posibilidad de aplicar leyes promulgadas por otros Estados o dar eficacia a sentencias no dictadas por

nuestros Tribunales, lo cual supondría evidente infracción del art. 107 CC, donde predomina la aplicación del Derecho material propio de los cónyuges cuando siendo extranjeros tienen la misma nacionalidad. Por tanto, como la ley Marroquí no ha sido actuada en el presente procedimiento, según la norma de conflicto o conexión, es claro no cabe dar entrada al Derecho Español (según regla subsidiaria art. 107 CC), y aplicar a súbditos marroquíes una institución, como la separación legal, desconocida por su propio país, por tal razón el fallo desestimatorio de la pretensión actora ha de ser confirmado, sin perjuicio de hacer valer el derecho propio aplicable por razón de la nacionalidad común de Nadia y de Abdellah ante los Organos Jurisdiccionales Españoles como autoriza el art. 21.3 y 22 LOPJ 6/1985 de 1 de julio.

3. *Declaración de nulidad del matrimonio celebrado cuando queda acreditado que al contraerlo uno de los cónyuges tenía la única finalidad de facilitar al otro su residencia en España.*

AP ASTURIAS, Sec. 4.ª, Sentencia de 27 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Avello Zapatero.

Ejercitada por el demandante don Fernando una acción declarativa de la nulidad del matrimonio civil contraído con la demandada doña Johanna Alexandra ante el señor Juez Encargado del Registro Civil de Oviedo el día 20 de diciembre de 1996, al amparo de lo dispuesto en el artículo 73 número 1.º del Código Civil, en relación con el artículo 45 del mismo texto legal, por falta absoluta de consentimiento, ya que la finalidad perseguida por ambos contrayentes había sido la de facilitar a la demandada su residencia en España, la Sentencia de instancia, tras el examen y valoración de las pruebas practicadas, llegó a la convicción

de que el matrimonio había sido simulado y en consecuencia estimó la demanda formulada; siendo dicha resolución recurrida por la demandada, cuyo Letrado impugnó en el acto de la vista la indicada Sentencia, por falta de motivación o errónea valoración de la prueba, postulando su revocación y la desestimación de la demanda.

Así planteados esquemáticamente los términos de la controversia y del presente recurso, para su adecuada solución ha de señalarse que la Sala comparte los criterios doctrinales interpretativos del artículo 73 número 1.º del Código Civil, que se contie-

nen en la resolución recurrida, conforme a cuyo precepto será nulo el matrimonio contraído sin consentimiento, supuesto que realmente genera la inexistencia del matrimonio y al que es equiparable el celebrado concurriendo una simulación en el acto o negocio matrimonial impugnado; habiendo de acudirse para constatar aquella ausencia de consentimiento, dado que normalmente en las hipótesis de simulación es muy raro que existan pruebas directas de la voluntad simulada, a la prueba de presunciones para cuyo éxito es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1253 del Código Civil), tal como tiene declarado la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de octubre de 1996, a propósito de los denominados matrimonios de complacencia, en los que no se busca en realidad contraer matrimonio entre un nacional y un extranjero, sino que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial; siendo aquel criterio en orden a la demostración de la simulación coincidente con el sostenido con reiteración con la Jurisprudencia a propósito de la simulación contractual, que habrá de ser constatada de ordinario, de no mediar otras pruebas, acudiendo a indicios o presunciones para alcanzar la certeza moral de la inexistencia del contrato impugnado, siempre que tales indicios y presunciones resulten con toda evidencia y estén en desacuerdo con las pautas de un prudente criterio, ya que en otro caso debe prevalecer la voluntad declarada.

Un nuevo análisis de los elementos probatorios y del contenido de la Sentencia impugnada debe conducir, en primer lugar, al rechazo de la supuesta falta de motivación de la resolución, esgrimida por la parte apelante, pues es obvio que la juzgadora de instancia expresa en los fundamentos jurídicos segundo, tercero y cuarto de la misma las razones o elementos probatorios que estimó

pertinentes como base de la conclusión alcanzada. Y el examen de dicho material probatorio conduce a la Sala a idéntica conclusión que la alcanzada por la juzgadora, pues lo que realmente se deduce de lo actuado es que el demandante don Fernando y doña Johanna Alexandra, aunque promovieron el expediente previo a la celebración del matrimonio, suscribieron los documentos pertinentes al efecto y comparecieron ante el Registro Civil para su sustanciación y consiguiente celebración del matrimonio, es lo cierto que no consta se conociesen con anterioridad y, sobre todo, no hay la menor prueba de que mantuviesen una previa relación de noviazgo, como es práctica absolutamente unánime en la realidad social del momento, ya que así se desprende de las manifestaciones coincidentes de parientes, conocidos y amigos en el sentido de que ignoraban la existencia de Johanna y de que hubiese mantenido dichas relaciones con el actor; por otra parte, tras la celebración del matrimonio, tampoco se acreditó que viviesen juntos, bien en el domicilio de los abuelos de aquél, o bien en domicilio independiente, continuando el actor en compañía de sus abuelos, con los que ya residía con anterioridad. Por último, la diferencia de edades entre los contrayentes, las irregularidades que se recogen en los informes policiales y los demás detalles recogidos en la Sentencia recurrida, cuya valoración la Sala comparte, conducen necesariamente a la conclusión de que se trataba de un matrimonio de conveniencia, celebrado sin que mediara un verdadero consentimiento matrimonial y “para hacerle un favor a un amigo”, según señalan varios testigos; existiendo entre aquel conjunto probatorio y la conclusión alcanzada el enlace preciso y directo a que se refiere el artículo 1253 del Código Civil, pues la ausencia de noviazgo previo y de vida en común durante el período inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, unidos a las demás circunstancias concurrentes, revelan que en ningún momento existió un verdadero propósito y consentimiento matrimonial.

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 paternofamiliar (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. *Establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida, en virtud del cual el hijo convivirá con la madre lunes, martes, miércoles y jueves hasta el mediodía, permaneciendo con el padre el resto de la semana hasta el domingo.*

AP VALENCIA, Sec. 6.^a, Sentencia de 9 de marzo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carolina del Carmen Castillo Martínez.

La parte actora interpone demanda en solicitud de separación matrimonial (folio 1), alegando, en esencia, vejaciones y malos tratos psíquicos y morales por parte del esposo, que culminaron con la expulsión de la actora del domicilio familiar, sucediendo tal hecho delante del hijo común; que la demandante, quien al tiempo de interponer la demanda contaba con 46 años de edad, padece esclerosis múltiple y carece de cualificación profesional así como de ingresos y bienes de todo tipo, pues en la sociedad conyugal regía separación de bienes, mientras que el esposo percibe unos ingresos netos de 369.194 ptas. mensuales y es propietario de diversos bienes (entre ellos, dos inmuebles). Esta parte interesa se acuerden las medidas siguientes: 1) Pensión compensatoria en la cuantía de 125.000 ptas. mensuales; 2) Se le conceda la guarda y custodia del hijo común, así como el reconocimiento, con carácter vitalicio, de un derecho real de uso y disfrute sobre la vivienda familiar; 3) Establecimiento en favor del esposo del régimen de visitas señalado en el escrito de

demanda; 4) Pensión alimenticia en favor del hijo fijada en la cuantía de 80.000 ptas. mensuales; 5) En concepto de litis expensas, la cantidad de 400.000 ptas. para atender los gastos judiciales, dada la nula capacidad económica de la esposa que contrasta con la de su cónyuge.

Por parte del demandado se contesta a la demanda planteada de contrario, en el sentido de oponerse a la misma, formulando reconvencción (folio 71; contestada de contrario, al folio 111), interesando la declaración de separación de los cónyuges y el establecimiento de las medidas siguientes: 1) El hijo común quedará bajo la guarda y custodia del padre, compartiendo ambos progenitores la patria potestad; 2) Establecimiento, en favor de la madre, del régimen de visitas expuesto en la demanda reconvenccional; 3) Uso y disfrute de la vivienda familiar al esposo, a quien pertenece con carácter privativo, por haberla adquirido antes de contraer matrimonio; 4) Establecimiento de una pensión alimenticia con cargo a la ma-

dre y en favor del hijo en la cantidad de 40.000 ptas. mensuales, debiendo sufragar ambos progenitores por mitad los gastos extraordinarios del menor; respecto de los cuales se enuncian algunos que deben tener la consideración de tales, aunque sin carácter taxativo; 5) Establecimiento de una pensión compensatoria en favor de la esposa en la cuantía de 100.000 ptas. al mes y limitada a un período de tiempo de 10 años (por tanto, a extinguir en mayo de 2009).

En la práctica de la prueba testifical del hijo común (practicada en la segunda instancia, y cuyo resultado obra al rollo de apelación): manifiesta que es cierto que quiere vivir en el domicilio de la C/ Séneca, porque es donde siempre ha vivido (a la 6.ª pregunta); y que no es cierto que él dijera a la juez que creía que lo más conveniente para él era vivir con su padre, dada la enfermedad física que padece su madre y que le imposibilita para cuidar de él, sino que fue la propia juez quien hizo esas manifestaciones (a la pregunta 6.ª, extremo A).

La sentencia de instancia (folio 194) estima parcialmente la demanda y la reconvencción, acordando la separación de los cónyuges, por entender probada la ruptura de la “affectio maritalis” entre ambos, al amparo de la causa prevista como 1.ª en el art. 82 CC (Código Civil). Como medidas que deben regir la separación acordada, de acuerdo con lo prevenido en los arts. 90 y 91 CC, se establecen las siguientes: a) Atribución al padre de la guarda y custodia del hijo común, ejerciéndose por ambos progenitores la patria potestad conjuntamente, tal y como se dispuso en el auto de medidas, atendida la exploración practicada al menor y la voluntad de éste. b) Se atribuye al esposo el uso y disfrute del domicilio y ajuar conyugal, por ser el progenitor custodio, debiendo extraer la esposa sus objetos y enseres de uso personal, previo inventario, en el caso de no haberlo hecho ya. c) No se establece régimen de visitas en favor de la esposa, quien comunicará con su hijo en la forma y frecuencia que ambos dispongan, atendida la edad de éste.

d) En concepto de pensión compensatoria en favor de la esposa, atendida su edad, su pasada dedicación a la familia, su delicado estado de salud y la dificultad de acceder a un empleo remunerado, de conformidad con lo establecido en el art. 97 CC, se fija la cantidad de 100.000 ptas. mensuales, que deberá ingresar el esposo, con carácter anticipado, dentro de los cinco primeros días del mes, en la cuenta que a tal efecto se designe, y será legalmente revisada con arreglo a las variaciones del IPC publicado por el INE u Organismo que lo sustituya. e) No se fija la pensión por alimentos en favor del hijo y con cargo a la madre, atendida la falta de ingresos de ésta, sin perjuicio de su establecimiento posterior en ejecución de sentencia, si deviniere a mejor fortuna.

Por lo que se refiere al extremo relativo a la guarda y custodia del menor, la Sala considera que, atendidas las concretas circunstancias del supuesto enjuiciado, en especial las manifestaciones vertidas por el propio hijo, así como el prevalente interés del menor, reiteradamente proclamado por el legislador, que de modo necesario debe presidir la decisión alcanzada, y considerando que su adecuado desarrollo integral como persona reclama una imprescindible relación los dos progenitores, procede acordar el establecimiento de un régimen de guarda y custodia compartida por ambos, en virtud del cual el hijo convivirá con su madre parte de la semana, concretamente los lunes, martes, miércoles y jueves hasta el mediodía, conviviendo con su padre el resto de la semana hasta el final del domingo. Por otra parte, no procede acordar la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar a la esposa, resultando más conveniente que la misma continúe viviendo con su familia, por entender el Tribunal que, atendida la circunstancia de su enfermedad, su delicado estado de salud determinaría la imposibilidad de valerse por sí misma y de atender a la vez a su hijo, imponiendo la necesidad de ser ayudada por una tercera persona, colaboración necesaria que D.ª M.ª L. encuentra actualmente en los miembros de su propia familia.

3. RÉGIMEN DE VISITAS

3.1 *Suspensión de la condición impuesta para el cumplimiento del régimen de visitas de que debe llevarse en presencia de la abuela paterna.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Auto de 6 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.

Centrada, pues, la problemática litigiosa en esta alzada en las medidas cautelares relativas al régimen de visitas y a la pensión alimenticia, es de señalar por lo que respecta a la primera de ellas, que, ciertamente, tal como ha indicado la parte apelante en el acto de la vista del recurso, la presencia de la abuela paterna para el cumplimiento del régimen de comunicación y contacto padre-hijo resulta contraproducente, amén de ilógica, pues afecta a la intimidad personal e

impide una adecuada relación paterno-filial siendo difícil compatibilizarla en la práctica con un régimen ordinario de fines de semana alternos como el fijado en el auto impugnado, por lo que se estima conveniente suprimir la condición impuesta en el mismo de que el régimen de visitas padre-hijo “se realice en presencia de la abuela paterna y en el domicilio de la misma”, lo que determina, por ende, la estimación en dicho extremo de la apelación formulada.

3.2 *Régimen de visitas que debe cumplirse en el domicilio materno. Procede dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a la autorización al padre no custodio para que vaya acompañado de un familiar.*

AP ALAVA, Sec. 1.^a, Auto de 23 de marzo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Silvia Viñez Argüeso.

El presente recurso de apelación tiene por objeto únicamente el segundo de los tres pronunciamientos de la resolución recurrida. La esposa solicitó en la Demanda de Separación matrimonial se fijara a favor del demandado “un régimen de visitas lo suficientemente amplio para garantizar el pleno desarrollo de la relación paterno-filial, siempre en beneficio de la menor y en atención también a su corta edad (un año)” y con

fecha 26 de marzo de 1999 dictó Sentencia el Juzgado mediante la que se establecía, además de las estancias durante fines de semana y vacaciones, que “el padre podrá visitar a la niña, respetando su proyectado desarrollo natural, todos los días de la semana durante dos horas, pudiendo visitarla en casa o sacarla de paseo”. La ejecución de estas visitas, toda vez que el padre podía permanecer dos horas diarias dentro de la vivienda

familiar cuyo uso tiene adjudicado la madre en cuanto titular de la guarda y custodia, ha dado lugar a una serie de situaciones límite por cuanto que el esposo hacía uso de esa facultad y la esposa sentía invadida su intimidad así como la inviolabilidad de su domicilio, denunciando la actitud que adoptaba el esposo durante las visitas y llegando a impedir el cumplimiento de las mismas. Así las cosas, mediante escrito de octubre de 1999 la representación del esposo solicita del Juzgado entre otras cosas, “que conste expresamente la pertinencia de que mi mandante pueda acudir a realizar las visitas acompañado de un familiar... a fin de que éste pueda acreditar que mi mandante ni amenaza ni coacciona ni maltrata a su mujer durante las visitas y a fin de que (la misma) no impida a este familiar la entrada en la vivienda”; la representación de la esposa se opone a tal petición alegando que “bastante perjuicio para mi representada está suponiendo ya el tener que tolerar la presencia en su hogar durante dos horas diarias a la persona de la que ha decidido separarse, como para que encima se le imponga durante esos períodos la presencia de cualquier otra persona no grata a sus ojos” refiriéndose a sus suegros y cuñados. El Ministerio Fiscal no se opuso a que se autorice judicialmente al padre para ir acompañado de un familiar cuando ejerza su derecho de visitas, entendiéndose que tal medida puede ser recomendable dado el ambiente en el que se desarrollan las mismas. El Auto impugnado, sin razonamiento ni matización alguna, autoriza al padre para ir acompañado de un familiar cuando ejerza su derecho de visitas.

El artículo 160.2.^º y 3.^º del Código Civil establece en todo caso que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados distintos del padre y de la madre, así como que en caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias. La razón por la que el padre hizo una petición así, no está en que la madre hubiera impedido por cualquier causa las relaciones personales entre la

familia del padre y la hija, de hecho el padre vive en el domicilio de sus progenitores y hasta ahora no consta problema alguno derivado de la ejecución de las estancias de fin de semana y períodos vacacionales; lo que dice pretender es tener un testigo durante la realización de las visitas en el domicilio de la menor. Ambas partes alegaron durante el acto de la Vista oral del recurso que, con posterioridad a dictarse la resolución impugnada, habían llegado a un acuerdo retirando las mutuas denuncias penales, sin que el padre hubiera vuelto a hacer uso del derecho a realizar las visitas en el hogar de la menor. Uno de los argumentos del recurso es que ningún objeto tiene ya mantener el pronunciamiento apelado, mientras que la parte apelada sostiene que conviene mantenerlo por si volvieran a deteriorarse las relaciones.

En ningún caso es confirmable una medida como la acordada debiendo respetarse la voluntad de la apelante aun cuando goce del domicilio actual por razón de tener concedida la custodia de la menor, máxime cuando la relación de la apelante con la familia de su esposo es igualmente mala, y lejos de apaciguar las cosas, no iba sino a generar más tensión que en todo caso repercutiría negativamente en la menor, la cual cuenta hoy con sólo dos años de edad. La revocación de la medida impugnada no quebranta en absoluto el derecho natural de los abuelos y tíos a relacionarse con la niña, ni el correlativo y más importante si cabe derecho de ésta a relacionarse con aquéllos, y no lo quebranta precisamente porque el fundamento de la medida adoptada por el Juzgado, como hemos visto, no tenía nada que ver con tal derecho mutuo. Al fin pretendido existen otras posibilidades menos traumáticas para las personas implicadas que lograrían a la vez evitar no sólo tensiones entre las partes, sino también preservar la intimidad e inviolabilidad del domicilio de la esposa que adoptó la decisión de separarse de hecho y de derecho de su marido, y, sobre todo salvaguardar a la menor de las repercusiones negativas que claramente le han debido producir las actitudes de sus progenito-

res, cuidando que no se repitan. Y obviamente, entre citadas posibilidades no se encuentra la empleada en alguna ocasión por las partes de requerir la presencia policial en el domicilio. Ya en nuestro Auto núm. 214/1999, dictado en apelación del archivo de las Diligencias Previas abiertas como consecuencia de una denuncia de la esposa contra el esposo por hechos ocurridos precisamente durante el transcurso de una de estas visitas, señalábamos que la solución es la apuntada por el Juzgado de Instrucción “en el sentido de proceder a la programación de las visitas a través de los centros sociales diseñados para tal cometido evitando así el contacto entre los cónyuges”. No se trata sólo y simplemente de que la Sentencia de Separación de cuya ejecución se trata no previera la compañía de un familiar durante las visitas que pudieran desarrollarse en el domicilio de madre e hija.

Es más, cabe decir aquí, aun cuando no haya sido objeto del recurso, que la medida de visitas tal y como fue adoptada en Sentencia permitiendo al padre entrar en el domicilio de la madre durante dos horas diarias, entiende la Sala se trata de una medida muy cuestionable e incluso que se trata de una medida que roza la legalidad constitu-

cional (art. 18.1 y 2 de la Constitución Española) y ello aunque no fuera recurrida la Sentencia de Separación agotando la vía judicial en su momento, habiendo demostrado además la experiencia que una limitación de los derechos que no había sido voluntaria y querida, no ha dado resultados positivos. Por otra parte, hemos de recordar lo que ya tiene dicho la Sala (Auto núm. 84/1993), y es que lo esencial, es la existencia de comunicación entre el progenitor no custodio y el menor, con independencia de cuál sea el horario o régimen concreto que se señale. Así se desprende del propio art. 94 CC en cuyo inciso primero declara el derecho del progenitor que no tenga consigo a los hijos menores, a gozar del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía; la determinación del tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho no deja de ser importante, pero la concreta determinación es de carácter accidental, de manera que la medida a ejecutar como efecto de la Separación son las visitas pero no sus concretas circunstancias, las cuales, en cuanto no supongan limitación ni suspensión de las visitas, podrán ajustarse en su desarrollo dentro de la propia ejecución de sentencia; lo esencial es que el derecho de visitas se ejercite, no la forma de su ejercicio.

III. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Los gastos de comunidad por ley corresponden al cónyuge propietario aunque no se le haya atribuido el uso de la vivienda.*

AP Tarragona, Sec. 3.ª, Sentencia de 7 de marzo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Angeles García Medina.

Alzándose contra la sentencia de instancia la representación del Sr. G.D., y alegándose como primer motivo de impugnación

que debiendo equipararse la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, al derecho de usufructo, han de re-

caer sobre el usuario los gastos comunes de la comunidad y, por ende, ser reintegrado por la Sra. A. de los gastos por el mismo abonados cuyo importe asciende a 581.934 pesetas, no obstante ser de su propiedad en exclusiva en cuanto que corresponden al período durante el cual estuvo a ella atribuido, dicho motivo debe ser rechazado y ello por los siguientes argumentos.

En primer término y discrepando así con el recurrente en cuanto a la naturaleza de dicha atribución, porque como señala la TS S. de 29 de abril de 1994 “El d.º 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 considerado la naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los cónyuges” e, indica la más reciente TSS de 23 de enero de 1998 “la adjudicación del uso es un medio legal de dar satisfacción a la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela y en ningún caso, cabe hablar

de derecho de usufructo” lo que impide la aplicación de los arts. 500 y ss. del CC (Código Civil).

Y en segundo lugar porque en tanto:

- a) no hay disposición alguna al respecto,
- b) que se tratan los gastos comunes de la comunidad de unos gastos que por la ley corresponden al propietario, ex art. 9.5 LPH (Ley de la Propiedad Horizontal), c) que aun cuando pueda entenderse, como hacen algunos sectores doctrinales, que se trata de una figura similar al arrendamiento o a la cesión de uso a título gratuito, es necesario para que dichos gastos correspondan a quien tiene el derecho de uso como consecuencia del arrendamiento o cesión, que ello se pacte expresamente, como dispone en concreto en materia de arrendamientos el art. 20 LAU (Ley de Arrendamientos Urbanos) y d) que en el presente supuesto en el auto de medidas provisionales ni en la sentencia de separación no existe pronunciamiento al respecto, ha de convenirse con el juez a quo en que no existe un título válido que fundamente la reclamación postulada.

IV. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *Siendo los hijos mayores de edad y no habiendo sido acreditada la imposibilidad de obtención de ingresos propios por causas no imputables al alimentista procede el cese de la obligación de alimentos.*

AP Navarra, Sentencia de 6 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Pérez.

Tratándose de hijos y con relación a la obligación alimenticia imputable a sus padres, resumida la doctrina jurisprudencial establece, que: “...la norma constitucional (art. 39.2) distingue entre la asistencia debi-

da a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos que legalmente proceda” —Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1993, Fundamento de Derecho 2.º— y que la obligación ali-

menticia exigible conforme al Título VI del Libro I CC, por los hijos que han estado “bajo” la patria potestad de sus progenitores, cuando aquellos alcanzan la mayoría de edad tiene carácter excepcional, de modo que: “...cuando el hijo alimentista (había) cumplido ya la mayoría de edad, fecha en que conforme al art. 169.2.º, en relación con el 154.1.º, ambos del Código Civil, cesa la obligación de los padres de alimentar a sus hijos, como derivada de la patria potestad, salvo situaciones excepcionales...”. —Sentencia de igual Sala de 8 de abril de 1995, fundamento de derecho 2.º—.

En este contexto, la obligación alimenticia, se extingue entre otras causas, cuando el alimentista pueda “... ejercer un oficio o profesión...” —art. 152.3.º del Código Civil—. Es evidente que la Srta. ..., puede ejercer la actividad profesional para la que se ha formado y así lo ha demostrado accediendo siquiera sea sin estabilidad funcional a un puesto de trabajo en un Organismo Autónomo adscrito al Departamento de Sa-

lud de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

La precariedad de su situación laboral, ni el tipo de contratación son elementos extraños en el actual panorama socio-laboral ni de acceso —en situaciones de interinidad— a puestos de trabajo conexos en el desarrollo de la actividad prestacional de las Administraciones Públicas.

En virtud de la doctrina expuesta y dado que el Código Civil en su art. 152 núm. 2 dispone que cesa la obligación de dar alimentos cuando el alimentista puede ejercer un oficio profesión o industria, o haya adquirido un destino o mejorado de fortuna, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia procede desestimar el recurso de apelación puesto que está acreditado que los recurrentes, han accedido al mundo laboral pues han venido desempeñando trabajos remunerados y no se puede mantener la pensión a costas del padre bajo el pretexto de que no tienen un trabajo fijo.

2. *Fijación de alimentos a favor de la madre y con cargo a uno de los hijos.*

AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 14 de marzo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Ana M.ª García Esquius.

La parte apelante alegó en el acto de la vista, en apoyo a su solicitud de revocación de la sentencia impugnada, que la parte actora no ha formulado reclamación de alimentos frente al esposo del que únicamente se halla separada, por lo que entiende que no se ha observado el orden de prelación fijado por la ley.

Añade además el apelante que tiene una hija a su cargo y carece de capacidad económica para afrontar el pago de cantidad algu-

na a su madre en concepto de alimentos. Concluyó además el apelante solicitando se dejase sin efecto la condena en costas efectuada en la sentencia de instancia.

Pues bien, ninguno de estas pretensiones merece favorable acogida y ello por las siguientes razones: En primer lugar por cuanto la demandante ha acreditado documentalmente que se halla separada de su esposo en virtud de sentencia de fecha 31 de octubre de 1988 y el propio demandado reconoce al

absolver posiciones y en concreto la séptima del pliego presentado por la demandante (folio 210), que su padre y esposo de la actora, se encuentra en paradero desconocido desde tal fecha, es decir, desde 1988, hecho asimismo reconocido por sus hermanos en confesión en juicio.

Efectivamente el artículo 144 del Código Civil coloca en orden de prelación cuando proceda la reclamación de alimentos y sean dos o más los obligados a prestarlos, en primer lugar al cónyuge y en segundo lugar a los descendientes de grado más próximo, lo cual no impide que en caso de urgente necesidad y por circunstancias especiales, el Juez pueda obligar a una sola de ellas a que los preste, sin perjuicio de su derecho a reclamar de los demás obligados la parte que les corresponda.

Y en cuanto a la legislación catalana, la Llei 10/1996, de 29 de julio, d'aliments entre parents, en su artículo 5 también coloca en primer lugar en el orden de prelación al cónyuge, pero añade en un segundo párrafo que si los recursos y las posibilidades de las personas primeramente obligadas no resultan suficientes para la prestación, la reclamación podrá dirigirse contra los obligados

siguiéndose el orden establecido. En igual sentido se expresa el artículo 263 del vigente Codi de Família catalán.

Además, producida la separación de los cónyuges, cesa el deber de socorro mutuo y la obligación alimenticia que en este caso quedó subsumida por la condena al esposo de una cantidad en concepto de cargas del matrimonio, cantidad que no se satisface como se infiere de las propias declaraciones de los hijos, habiendo devenido ineficaz el pronunciamiento de condena habida cuenta de la desaparición del esposo obligado al pago y su ignorado paradero.

En cuanto a la falta de capacidad económica del hijo Jorge para contribuir con sus hermanos a la manutención de la madre, la sentencia que se apela ha tomado en consideración su situación económica, la existencia de la hija y sus ingresos, motivos todos ellos por los que se le impone el pago de la cantidad de 7.500 pesetas, cantidad que teniendo en cuenta su edad y posibilidades de inserción en el mundo laboral no puede calificarse de excesiva, pues la situación de enfermedad de la madre sí le incapacita de forma absoluta para integrarse en el mundo laboral.

V. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *Acreditada la convivencia marital con un tercero procede extinguir la pensión compensatoria, siendo irrelevante que en la actualidad haya cesado dicha convivencia.*

AP ZARAGOZA, Sec. 5.^a, Sentencia de 2 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver.

Se plantean en esta alzada la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la pensión compensatoria y sus causas de extinción (ar-

tículos 97 y 101 del Código Civil). Al respecto será necesario recordar una serie de principios que enmarcan el ámbito jurídico

de la “pensión compensatoria”. Así, su finalidad, su “ratio essendi” es la compensación, el equilibrio de nivel de vida en que han de quedar los cónyuges en el momento de la separación o del divorcio. Por ello, la pensión tiene un carácter compensatorio, igualador, pero fijado en un momento concreto y determinado, cual es el de la separación o divorcio; no puede nacer y extinguirse reiteradamente al hilo de los avatares económicos de ambos cónyuges. El artículo 101 del Código Civil es contundente en su expresión: “El derecho a la pensión se extingue”. Así lo ha interpretado la jurisprudencia menor. Una vez que concurre la causa de extinción, el hecho de que la misma cese o se trunque no hace revivir nuevamente el derecho a la pensión, dado que la concurrencia de la causa de extinción comporta la desaparición del desequilibrio económico derivado del cese de la convivencia conyugal y de generarse nuevamente el desequilibrio tras el cese de la convivencia “more uxorio”, tal

desequilibrio tendrá su origen, no en la disolución del antiguo matrimonio, sino en el cese de esa nueva convivencia marital, lo que impedirá el resurgimiento de la pensión ya extinguida (SSAP Castellón, Sección 1.^a, de 18 de diciembre de 1996 y de Asturias, Sección 6.^a, de 27 de mayo de 1999).

En el caso enjuiciado no cabe duda de que la hoy apelante convivió maritalmente con el súbdito argelino Mourad H. La prueba en este sentido es contundente. Las testificales, documentales (diligencias penales) y la propia confesión de la demandada (artículo 1232 del Código Civil) así lo acreditan. Siendo, pues, intrascendente que hoy en día continúe o no tal convivencia, ya que de su duración y estabilidad da muestras la propia señora B., pues iniciándose tal relación a finales de 1997, en junio de 1999 aún continúa (folio 67); es decir, pendiente este incidente, que se inició el 25 de marzo de 1999. Existe, pues, la causa extintiva del artículo 101 del Código Civil.

2. *La ayuda que los familiares pueden prestar graciosamente a la esposa no es excusa para que se proceda a fijar una pensión compensatoria con cargo al esposo.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Sentencia de 6 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.

Centrándose la presente apelación de forma exclusiva en la procedencia o no de la pensión compensatoria concedida en favor de la esposa y a cargo del marido, es de señalar que habiendo quedado perfectamente acreditado en autos, que la situación de ruptura matrimonial ha producido en la posición de aquélla un evidente desequilibrio económico en relación con la del esposo, es por lo que, atendidas las distintas circunstancias enumeradas en el artículo 97 del Código

Civil —perfectamente valoradas por el Juzgador de Instancia—, y en especial la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal —prácticamente 20 años—, en los que la esposa se ha dedicado primordialmente al cuidado del hogar y a la atención del marido y de los dos hijos del matrimonio, la edad actual de la esposa —49 años— y su delicado estado de salud (folio 35)—, el caudal y medios económicos del esposo, quien constituyó en el mes de enero de 1998, con

su actual compañera, una sociedad de Responsabilidad Limitada, dedicada a la promoción y construcción de viviendas, con una aportación por parte de Doña Roser de 40.000 pts., y una aportación por parte de él de 1.147.000 pts., tal como resulta de la escritura de constitución de la sociedad (folios 147 al 191), lo cual ha sido admitido por el propio esposo en la prueba de confesión judicial —absolución a la posición 2.^a (folio 134 en relación con el 132)— aunque seguidamente manifestó que el dinero era de la Sra. Roser y se hizo así para que pudiera ser él administrador de la empresa —alegación (sin probanza alguna) que carece de todo sentido y de lógica, dado que para poder ser administrador no es preciso ser accionista ni socio de la sociedad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada—, y las respectivas necesidades de uno y otro cónyuge, pues la esposa sólo percibe una PIRMI, de importe mensual de 42.882 pts. (folio 36), es por lo que procede la fijación de la misma y en la cuantía señalada por el Juzgador de Instancia, esto es la revalorizada establecida en la sentencia de separación, que se estima realmente justa, equitativa y adecuada a la concreta situación patrimonial de los esposos en litigio, al no haberse de-

mostrado una variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de establecerse la misma en el anterior pleito de separación matrimonial, como indica certeramente el Juez “a quo”, máxime cuando el marido no instó incidente modificación alguno de tales medidas, ni siquiera cuando, según él no trabajaba y no tenía ingreso alguno —cosa que no ocurre en la actualidad—, aunque curiosamente estaba dado de alta como autónomo en el régimen de la Seguridad Social (vid. folio 100); siendo de añadir, finalmente, que, a diferencia de lo apuntado por el apelante, no es óbice a la concesión de la pensión compensatoria que el hijo mayor de edad Raúl, que tiene un trabajo remunerado, conviva con su madre en el domicilio familiar, pues según reiterado y pacífico criterio de la Audiencia Provincial de Barcelona, de la que es un fiel y reciente exponente, la sentencia de esta misma Sección 18.^a de fecha 14 de junio de 1999, la ayuda que los familiares pueden prestar graciosamente a la esposa no excusa al marido de su obligación— procediendo, por ende y sin necesidad de mayores consideraciones, ante la claridad de la cuestión debatida, la plena y total ratificación de la resolución apelada, con desestimación, a su vez, del recurso contra la misma formulado.

3. *Extinción de la pensión compensatoria por concurrir la causa de cese pactada en el convenio.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 14 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.

La sentencia de separación dictada en fecha 10 de febrero de 1988, en procedimiento de mutuo acuerdo al que se refiere el artículo 81.1.^o del Código Civil, en lo sustantivo, y la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, en lo procesal, ratifi-

có judicialmente el convenio regulador de efectos meritado en el artículo 90 del Código Civil, y entre otras medidas complementarias determinó el establecimiento de una pensión compensatoria en favor de la esposa del orden de ochenta mil pesetas mensuales,

sujeta a la condición resolutoria de la pérdida de empleo del esposo obligado en la entidad empresarial en la que prestaba servicios laborales por cuenta ajena.

Por sentencia de fecha 22 de junio de 1998, recaída en incidente de ejecución de la sentencia de separación matrimonial calendarada, se declaró extinguida la obligación de abono de la prestación compensatoria por desequilibrio económico, ante el cumplimiento de la condición resolutoria libremente pactada por las partes, en materia sujeta al principio dispositivo, y en consecuencia al de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil, y ello por la pérdida de empleo del obligado a la prestación. Tal resolución judicial devino firme por consentida, lo que impide sea reconocido el mantenimiento de la pensión de referencia en la causa de divorcio, al concurrir motivo eficaz para su extinción libremente pactado por las partes en el Convenio regulador de la separación; cuya apreciación jurisdiccional deviene afectada por los efectos de la cosa juzgada.

Tampoco procede el reconocimiento de nueva pensión compensatoria en el presente proceso de divorcio, fundada en la percepción por parte del esposo de una indemniza-

ción por despido en la prestación de servicios laborales por cuenta ajena, dado que tal acaecimiento ha surgido con posterioridad al momento en el que debe ponderarse la situación de desequilibrio económico base de la prestación descrita en el artículo 97 del Código Civil, que no es otro que el de la ruptura o crisis matrimonial, en donde se tuvo en cuenta tal presupuesto para el establecimiento de la pensión de referencia, ya extinguida, sin que los avatares económicos posteriores en la fortuna patrimonial del obligado sean susceptibles de motivar de nuevo el reconocimiento de la prestación, o un aumento de la reconocida en la separación, tal como postula la demandada.

Por las consideraciones explicitadas en el anterior fundamento jurídico, procede revocar la sentencia de instancia, y en su consecuencia dejar sin efecto la pensión compensatoria determinada en la presente causa de divorcio con la inobservancia de las prescripciones legales referenciadas. Todo ello sin hacer especial declaración de condena de las costas procesales de la presente alzada procedimental, dado el cambio de fundamentación jurídica de la sentencia impugnada, y examinado como ha sido el artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4. *Fijada una pensión compensatoria temporal en el procedimiento de separación no puede utilizarse el divorcio para solicitar una prolongación de la misma.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 15 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López Carrasco Morales.

Si en la sentencia de separación de 24 de mayo de 1996, se concedió a la esposa, entre otras medidas, una pensión de 75.000 pts. al mes durante cuatro años, y dicha sentencia ganó firmeza por consentida, no puede pre-

tender en el ulterior proceso de Divorcio instado por el ex-marido una prolongación del plazo, en base a que el juzgador no ha tenido en cuenta la situación económica y laboral, actuales, ni que desde el año 1991

está de baja en la Seguridad social, o por el hecho de tener 48 años y carecer de preparación para acceder a un puesto de trabajo; y como las limitaciones deben ser excepcionales (ex art. 86 Código de Familia de Cataluña), solicitó prolongar la prestación a cargo del ex-marido, porque tales argumentos son contrarios a lo que supone santidad de la “cosa juzgada”, y en razón de que si en separación se dio con carácter temporal y la ex-esposa al contestar la demanda de divorcio sólo solicitó seguir recibiendo la pensión compensatoria que se estableció en su día en la sentencia de separación, quiere decirse que lo que pidió el derecho hasta el 24 de mayo de 2000, que es lo que hace el fallo de la sentencia de 19 de mayo de 1999 (de divorcio), con lo que por un lado la prolongación solicitada en la vista, es “nova reper-

ta”, y por tal desestimable, y por otro lado que las circunstancias posteriores a su concesión no pueden servir para aumentar la prestación concedida ni en cuantía (pues sólo cabe modificación a la baja, según tiene declarado esta Sala), ni en el tiempo, cuando así se declaró en sentencia firme, no recurrida. Consiguientemente, no puede perpetuarse esta pensión, máxime cuando la propia demandada al absolver posiciones reconoce que el ex-marido cobra una pensión de invalidez (aunque dice trabajar), y que ella no tiene impedimento para trabajar, por su edad, pero por no haber trabajado, dice no encontrar trabajo. Hecho que no acredita con ningún medio de prueba, y que se ha de valorar, junto a las anteriores razones expuestas, para desestimar el recurso.

VI. CUESTIONES PROCESALES

1. *Una vez que se ha fijado la pensión alimenticia de los hijos mayores de edad en el procedimiento matrimonial, no puede utilizarse el procedimiento específico de alimentos para solicitar un aumento de la cuantía.*

AP Vizcaya, Sec. 6.^a, Sentencia de 15 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Grande-Marlaska Gómez.

Fijada por el juez de familia en el correspondiente procedimiento de separación matrimonial la contribución del padre, hoy apelado, a los alimentos de una de sus dos hijas, ya entonces mayor de edad al amparo de lo dispuesto en el citado art. 93 párr. 2.^o del CC, sin intervención alguna de aquéllas, actuando únicamente la madre y el padre, la modificación de tal obligación por parte de este último, objeto de la demanda planteada por Susana deberá realizarse ante el mismo

juzgador que estableció dicha obligación, es decir ante el JPI núm. 6 (De Familia) de Bilbao, por medio de un procedimiento de modificación de medidas (disp. adic. de la Ley 30/1981 de 7 de julio) no porque éste sea un proceso de mayores garantías frente al elegido por la demandante, juicio de alimentos provisionales, que no lo es, sino porque dicho cambio supone una alteración del juez predeterminado por la ley, garantía prevista constitucionalmente en el art. 24.2.

2. *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.

Recurre 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 aun 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 de octubre de 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 norma de derecho, que desde la dinámica sustantiva e incluso-procesal, es irrenunciable, intransmisible, no susceptible de compensación (art. 151 CC) y no susceptible de transacción (art. 1814 CC), según recuerda la SAP Tarragona de 16 de abril de 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 concurran

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 como la resolución de instancia, pese a tal mandato imperativo, no señaló cantidad por alimentos, así como que el procedimiento elegido por los litigantes para regir 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.

VII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

1. *La extinción de la pensión alimenticia tiene efectos desde la fecha de la sentencia que la acuerda y no desde la interposición de la demanda.*

AP Navarra, Sentencia de 6 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Pérez.

La representación procesal de D. Benito interpuso demanda de modificación de medidas en la que solicitaba que se suprimiera

la pensión alimenticia que tenía que satisfacer a favor de sus hijos con efectos desde el mes de junio de 1998, y en su defecto desde

la fecha de la presentación de la demanda, que lo fue el 7 de diciembre de 1998.

La sentencia estima la demanda en cuanto que extingue la pensión a favor de los hijos pero no con efectos “ex tunc” sino “ex nunc” desde la fecha de la sentencia. Frente a esta sentencia se alza la parte actora insistiendo en que los efectos de la suspensión de la pensión se retrotraigan al momento en que se interpuso la correspondiente demanda.

Esta Sala en su sentencia 101/96, en su fundamento de derecho Cuarto que manifestó lo siguiente: “Cuarto. No procede ser acogida la petición formulada en la demanda y en esta alzada, relativa a que la

decisión de extinción, produzca efectos “ex tunc” —desde la obtención del trabajo eventual o en su caso desde la interposición de la demanda—; porque establecida la precisión de forma definitiva por una resolución jurisdiccional —Sentencia ya citada de la Audiencia Provincial de Navarra de 28 de abril de 1988—, es correcto jurídicamente —por razón de identidad del título de atribución— deferir el “dies ad quem”, del devengo de la fecha de la resolución de igual naturaleza —es decir la presente sentencia—, en la que se determina su extinción. En aplicación de la doctrina mantenida el recurso ha de ser desestimado.

2. *No pueden tenerse en cuenta para reducir la deuda por impago de pensiones las cantidades entregadas por el abuelo de la menor.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Auto de 6 de marzo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Mireia Salvá Cortés.

Insta el apelante la revocación del Auto recurrido, solicitando se dé lugar a la petición de que se tengan en cuenta los pagos realizados por el padre del demandado, por cuenta de su hijo, y asimismo, y en lo referente a las cantidades extraescolares que la resolución recurrida dice que es una mera liberalidad, por entender que no es así, ya que en su caso tendrían que abonar la mitad cada uno. El Ministerio Fiscal interesa la confirmación, al considerar que ha sido valorado correctamente, por lo que procede la ratificación de la resolución objeto de este recurso.

Del conjunto de las actuaciones, se ha de concluir en la procedencia de la confirma-

ción de la resolución de instancia, de conformidad con la petición Fiscal, al no proceder tener en cuenta los pagos realizados por el abuelo, a fin de saldar la deuda hasta el 17 de noviembre de 1995, como se solicita, ya que efectivamente y como se razona en el Auto impugnado, al tratarse de un pago realizado por persona no obligada, no procede apreciar como pagadas las cantidades de manera que tales pagos puedan considerarse realizados por el deudor, y asimismo el resto de pagos invocados por el recurrente, no pueden admitirse, por ser ajenos a los conceptos, estrictamente alimenticios, y tienen la consideración de mera liberalidad, debiéndose en consecuencia ratificar la resolución impugnada, por sus propios fundamentos.

3. *Devolución de las cantidades en concepto de contribución a las cargas del matrimonio abonadas de más durante la sustanciación del recurso de apelación.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Auto de 13 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López-Carrasco Morales.

Antecedentes de la cuestión planteada por el recurso de actor y ejecutado, son los siguientes:

1.^º En 24 de febrero de 1994 recayó sentencia de separación conyugal en la que entre otras medidas se condenaba al esposo a pagar en concepto de contribución a las cargas 20.000 ptas. mensuales, actualizables, a su esposa.

2.^º Promovido incidente de modificación de efectos de aquella sentencia, el Juzgado acordó dar lugar a la demanda del marido y rebajó a 10.000 ptas. la anterior suma. No estuvo en principio conforme la esposa y presentó recurso de apelación contra la sentencia de 10 de junio de 1997 que así lo disponía; Recurso que fue desistido, declarando el Auto de esta Sección 12 de fecha, 24 de febrero de 1998, firme la resolución recurrida con imposición de costas de alzada a la apelante.

3.^º Consecuente a lo anteriormente expuesto, el esposo en escrito de 5 de marzo de 1999, solicitó en ejecución de la sentencia de 10 de junio de 1997, la devolución por parte de la esposa, de las sumas que había percibido en concepto de contribución de cargas del matrimonio por sumas superiores a las 10.000 ptas. mensuales y durante el tiempo de pendencia y notificación del auto de desistimiento (10 de junio de 1997 a marzo de 1998); en total 120.000 ptas. cantidad que le había sido retenida de la pensión del INSS, del ejecutado: Tal petición fue rechazada por auto de 12 de mayo de

1999, y por auto de 23 de junio de 1999, desestimatorio de reposición, recurriendo en alzada, ante esta Sala para que fueran revocadas estas resoluciones en virtud de los siguientes motivos:

a) Porque al haber sido admitido en ambos efectos el recurso interpuesto por la esposa contra la sentencia de 10 de junio de 1997, debió seguir acatando el esposo el pronunciamiento de la sentencia de separación que disponía el pago de cargas en 20.000 ptas. mensuales, y así fue constreñida y embargada su pensión del INSS, cuando según parecer del recurrente debió admitirse la apelación en un solo efecto por tratarse de proceso de incidentes, conforme al art. 758 de la LEC y proceder a cumplir esa obligación de cargas en 10.000 ptas. desde que recayó sentencia de modificación de efectos de separación.

b) En cuanto a la cantidad embargada, subsidiariamente entendió haber plus petición, pues computando los meses desde la apelación al desistimiento del recurso debió ser por 90.000 ptas. y no la superior de 120.000 ptas.

Por consiguiente, solicitó ser revocado el auto, y conforme a su petición de escrito de ejecución de 5 de marzo de 1999, que la Sala decretase la devolución de 120.000 ptas. por pagos indebidos a cargo de la esposa. Se opuso la mujer, manifestando que si no siguió adelante con su recurso debido a un acuerdo con el marido, que luego este no cumplió, y como la sentencia de modifica-

ción, se apeló en ambos efectos sostuvo que hasta la fecha del auto de desistimiento, regía lo dispuesto en la sentencia de separación por lo que al devenir firme en 24 de febrero de 1998 la rebaja de cuantía, nada tenía que devolver.

El primer motivo del recurso se apoya en un supuesto procesal erróneo, pues el proceso de modificación de efectos de una anterior sentencia de separación, aunque tenga fases incidentales no se trata de puro proceso de incidentes, ya que la Disposición Adicional 5 de la Ley 30/1981 de 7 de julio, establece proceso declarativo especial en los que las normas del Título III Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil tienen carácter supletorio, cual se deduce del párrafo primero, y se especifica en la Disposición Adicional Sexta, reglas 9 y 14, de la citada Ley 30/1981, de manera que no siendo el objeto del proceso una cuestión incidental derivada de otra principal, sino materia directa de la acción de separación, nulidad o divorcio, no cabe encuadrar, a efectos de apelación, los efectos del recurso dentro del art. 758 de la LEC, como pretende el recurrente, sino que, resolviéndose las cuestiones propias de los procesos matrimoniales por cauce del declarativo especial y por medio de sentencia, es claro que la admisión de la apelación lo ha de ser en ambos efectos por ser la resolución la que pone fin a la primera instancia, en forma de sentencia definitiva, y así se expresa en los art. 382, 384.1.º y 372. Por consiguiente el motivo ha de fenecer.

No obstante lo expresado en anterior fundamento, el motivo de fondo no puede resolverse por el mecanismo de los efectos de la alzada, ni tampoco por una ilimitada extensión de los efectos de anteriores medidas, dictadas en proceso de separación, interin no sean sustituidas por las medidas de sentencia posterior, pues si bien en virtud de las disposiciones del art. 106 del CC (tratándose de medidas provisionales) y art. 90 párrafo penúltimo y 91 "in fine", del propio Código, esto es así, cuando efectivamente han recaído sentencias sucesivas contradictorias

en procesos matrimoniales y modificativos de efectos, tal cosa no sucede si la parte apelante desiste expresamente del recurso ante órgano superior, pues los efectos ya no son los mismos dado que en virtud del derecho potestativo al recurso, su renuncia expresa a la segunda instancia por el apelante supone acatamiento a lo resuelto por el juez de primer grado, sin efectividad ninguna de las disposiciones más gravosas para el apelado ya que de no ser así y a pesar del acatamiento del apelante, se produciría una instrumentalización del proceso para conseguir ventajas patrimoniales en perjuicio de la otra parte que no responden a las circunstancias de hecho del supuesto enjuiciado y que constituye también una forma de fraude de ley y abuso de derecho en vertiente procesal, que merecieron rechazo en sentencias de 8 de julio de 1981, y 21 de mayo de 1982 del Tribunal Supremo, al expresar que la buena fe del art. 7.1.º del CC, en el ejercicio de los derechos exige conducta ética y atenerse a las consecuencias de todo acto libre y consciente que puede provocar en el ámbito de la confianza ajena; exigencia que es aplicable, aún más si cabe, en la esfera procesal, donde el juez, árbitro de un conflicto de intereses, pero también de un combate leal entre servidores del Derecho y de la Justicia, debe vigilar para impedir que al socaire de tecnicismos y habilidades se mermen las justas proporciones en el reconocimiento y declaración de derechos en pugna, resaltando que, la contradicción con los propios actos, vulnera las normas éticas que deben informar el ejercicio de los derechos, lo que determina que el derecho se torne inadmisibles, por antijurídico, máxime cuando viene sosteniendo esta Sala los efectos retroactivos de aquellas sentencias de apelación, confirmatorias de la de primer grado: en consecuencia procede dar lugar al recurso y mandar sean devueltas las cantidades que entregó en exceso el ejecutado, pues no lo hizo en virtud de voluntad libre sino constreñido por embargos acordados por autoridad judicial, de manera que no pueden ser consideradas donaciones o liberalidades, a favor de la mujer ni cargas del matrimonio.

4. *Interpretación de la cláusula en que los alimentos se fijan en un 25% de los ingresos netos del pagador alimentante por cualquier concepto.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Auto de 16 de marzo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Ana M.^a García Esquiú.

La correcta solución del presente incidente de ejecución pasa por el examen e interpretación del efecto 3.^o de la sentencia firme de divorcio de 11 de junio de 1997, que reza así: “Se determina, como pensión alimenticia debida por el padre a sus dos hijas menores, la del 25% de todos los ingresos netos del pagador alimentante por cualquier concepto, incluso las rentas de su capital...”. Pues bien, como afirma la ejecutante aquí apelada, el montante obtenido por el padre de las menores por la venta del piso que había constituido el domicilio conyugal, debe servir, efectivamente, para abonar la pensión alimenticia de las hijas, toda vez que el documento de reparto del precio de la vivienda aportado por el ejecutado (folio 9 del testimonio), no guarda relación alguna con las pensiones de alimentos reclamadas, tal como concluye certeramente el Juzgador de Instancia, ello sin poder obviar, ni desconocer “ex abundantia” que la madre no puede transigir, compensar, ni renunciar sobre los alimentos de los hijos menores de edad, dado que es un derecho irrenunciable de éstos.

No obstante ello, no se puede estimar la pretensión de ejecución en los términos acordados por el Juez “a quo”, pues la sentencia de divorcio aludida y que sirve de base a la solicitud de la ejecutante, se refiere a “todos los ingresos netos del pagador alimentante por cualquier concepto”, y, por tanto, al expresar aquélla sólo los ingresos netos, no pueden considerarse ni reputarse

tales el total importe obtenido por la venta del piso conyugal, como efectúa el Juzgador de Instancia, sino sólo la diferencia entre el valor del inmueble —que constituya el patrimonio o haber de los litigantes— y el monto por el que se ha realizado la venta del mismo, el cual se concretará y se fijará por el Juez, en este trámite de ejecución —con independencia de las apuntadas valoraciones a efectos fiscales—, sobre la base de la mitad del precio obtenido por la venta de la vivienda —6.675.000 pts.— y la mitad del precio de adquisición de la misma por parte de los propios consortes (debiendo aportar cualquiera de éstos la correspondiente escritura de compra al Juzgado de procedencia), siendo su diferencia la que debe tomarse en consideración para el cálculo de la pensión alimenticia de las hijas, dado que ésta es precisamente la ganancia, es decir, los “ingresos netos” conseguidos con tal operación, lo que determina, en definitiva, que deba estimarse la petición formulada con carácter subsidiario por el padre aquí apelante, debiendo revocarse en tal concreto particular el auto impugnado, que se mantiene en cuanto a la procedencia de la ejecución instada, más no por lo que respecta a la cuantía por la que ha sido requerido de pago el ejecutado, la cual deberá determinarse, sobre las bases indicadas, en el presente incidente de ejecución por parte del Juzgador de Instancia, una vez obre en su poder la escritura de compra del piso de constante alusión.

VIII. REGÍMENES ECONÓMICOS

1. *Carácter privativo de la vivienda adquirida por el esposo transcurridos dos años desde que la pareja se hallaba separada de hecho, ante la falta de acreditación por la esposa de que contribuyera a pagar el precio de la misma.*

AP SALAMANCA, Sentencia de 3 de abril de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Idefonso García Del Pozo.

La verdadera y única cuestión litigiosa en definitiva planteada en el proceso no es otra que determinar el carácter ganancial o privativo del demandado de la vivienda sita en Barcelona, a cuyo efecto es necesario señalar con carácter previo los siguientes hechos acreditados: 1.º) que la demandante doña Caridad y el demandado don Joaquín contrajeron matrimonio el día 15 de enero de 1970; 2.º) que poco tiempo después ambos se trasladaron a Alemania, donde a los dos años aproximadamente (es decir, en 1972) decidieron separarse de hecho, quedando el demandado en dicho país y regresando la demandante con el hijo común a España, sin que desde entonces haya vuelto a existir ningún tipo de convivencia entre ellos; 3.º) que en fecha 1 de febrero de 1974 el demandado don Joaquín, en documento privado, compró la referida vivienda por el precio de 800.000 pesetas, pagándose en ese momento en efectivo la cantidad de 500.000 pesetas y subrogándose en un crédito hipotecario por el resto, que en estos momentos ya se encuentra cancelado; dicho documento privado fue elevado a escritura pública en fecha 12 de marzo de 1996, inscribiéndose dicha vivienda en el Registro de la Propiedad con carácter presuntivamente ganancial; y 4.º) que por sentencia de fecha 20 de mayo de 1991, en el correspondiente procedimiento instado por la esposa ahora demandante, se declaró la separación matrimonial de los cónyuges.

Si bien es cierto que el artículo 1361 del Código Civil presume gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer, dicha presunción de gananciales de los bienes que adquieran los cónyuges, constante su matrimonio, puede ser destruida por prueba en contrario, aun cuando, como señalan las SSTs de 20 de noviembre de 1991, 23 de diciembre de 1992, 18 de julio de 1994, 20 de junio de 1995 y 2 de julio de 1996, para que dicha presunción “iuris tantum” proceda ser desplazada por la privatividad requiera de una prueba expresa y cumplida, no bastando la simplemente indiciaria. Y entre los supuestos que se han considerado jurisprudencialmente hábiles para destruir esa presunción de gananciales se encuentra la separación de hecho de los cónyuges en relación con los bienes adquiridos con posterioridad por cada uno de ellos al suponer que éstos lo han sido con medios propios y no con el esfuerzo conjunto de ambos. Así ya la STS de 13 de junio de 1986 afirmó 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, pues entenderlo de otro modo significa un acto contrario a la buena fe con manifiesto abuso del derecho, que no puede ser acogido por los Tribunales en una interpretación acorde con la realidad social (artículo 3.1.º del Código

Civil); y la STS de 17 de junio de 1988, citando la anterior de 26 de noviembre de 1987, señaló que, rota la convivencia conyugal con el asentimiento de la mujer, no puede ahora ésta reclamar sus derechos (pasados más de treinta años la que se mantuvo esa situación) para obtener unos bienes a cuya adquisición no contribuyó en absoluto, pues tal conducta, contraria a la buena fe, conforma uno de los requisitos del abuso del derecho más allá de sus límites éticos (consistentes en la protección del matrimonio conviviente), teleológicos y sociales (esto es, la seguridad en las relaciones mantenidas por el afecto de los cónyuges), la cual constituye un ejercicio anormal de un derecho que los Tribunales deben impedir en aplicación del artículo 7.2 del Código Civil. Cuya doctrina se reitera de manera unánime entre otras muchas resoluciones posteriores, tales como las SSTs de 23 de diciembre de 1992, 2 de diciembre de 1997, 14 de marzo y 6 de julio de 1998 y 11 de octubre de 1999.

Y tal doctrina jurisprudencial es de plena aplicación al supuesto presente en que la

convivencia conyugal se interrumpió a los dos años de la celebración del matrimonio, sin que con posterioridad, en los casi dieciocho años transcurridos hasta la demanda judicial de separación (que lo fue en el año de 1990), se reanudara en momento alguno, y en el que la vivienda litigiosa se adquirió por el esposo demandado transcurridos unos dos años desde aquella separación de hecho, sin que por la esposa demandante se haya acreditado que contribuyó a pagar el precio de la misma, bien de la cantidad que se pagó en efectivo en el momento de la celebración del contrato, bien del crédito hipotecario que gravaba la misma, y en el que se subrogó el esposo comprador. Por lo que no puede declararse el carácter ganancial de tal vivienda, como pretende dicha esposa, así como tampoco de las rentas de ellas derivadas, sino que ha de afirmarse su carácter privativo del esposo demandado, no pudiendo, por tanto, ser incluidas en el inventario de la sociedad de gananciales, procediendo, en consecuencia, con estimación del recurso de apelación, la revocación de la sentencia impugnada y la desestimación de la demanda.

2. *Valoración de la vivienda familiar a efectos de liquidación de la sociedad de gananciales conforme al precio de mercado.*

AP Asturias, Sec. 1.^a, Sentencia de 5 de mayo de 2000.

Ponente: Ilmo Sr. D. Rafael Martín del Peso.

En el recurso de apelación que se interpone contra la sentencia de instancia, señala la parte como cuestión nueva en la alzada, la existencia de una posible nulidad de actuaciones derivada de la tramitación de un incidente en el juzgado de instancia, de inclusión de determinadas deudas que afectan al patrimonio ganancial, amén de discutir en orden al fondo la valoración dada a tres bienes: el vehículo utilizado por esposo, la vivienda conyugal y los rendimientos de un negocio regentado por aquél.

En primer término ha de señalarse que admite la tramitación de esta clase de procedimientos la iniciación separada de incidentes de inclusión y exclusión de bienes, sin causar indefensión, por cuanto su solución aparte no produce siquiera eficacia de cosa juzgada, de acuerdo con el artículo 1088 del Código Civil, de modo que no se dan los presupuestos contemplados en los artículos 238 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para sancionar al procedimiento con la nulidad postulada.

A igual solución contraria a la pretensión de la parte, conducen el resto de los motivos. El artículo 1410 del Código Civil remite la liquidación de la sociedad de gananciales a los preceptos que regulan la partición de la herencia, siendo de aplicación por cuanto responde a la finalidad buscada en esta clase de procedimientos el artículo 1061 del Código Civil, en cuanto se propone con la división, la distribución igualitaria de los lotes adjudicados a ambos esposos; finalidad que no se consigue, de ahí que no sea en absoluto predicable la equidad en el sentido propugnado por la recurrente, sino justamente en el contrario, si adjudicásemos el turismo al demandado por el valor que tenía en el momento de su adquisición, en vez por el valor real que tiene al tiempo de la liquidación, muy inferior al haberse depreciado.

En cuanto a la vivienda la parte sostiene que al hallarse afecta durante 50 años (certificación obrante al folio 78), a las limitaciones de precio establecidas en la legislación de viviendas de Protección Oficial, no ha de ser su precio libre el que se deduce de aquella normativa, el aplicable para cuantificar su valor. El artículo 1061 del Código Civil nos obliga a obtener el valor real, precisamente como en similar asunto ha seguido el

Tribunal Supremo en la sentencia de 16 de diciembre de 1995, línea adoptada por esta misma Sala, al establecer aquella resolución que con independencia de cuál sea el tratamiento de las viviendas sometidas al Régimen Especial y el carácter más o menos vinculante de sus previsiones, no se ignora — como se especifica en la impugnación del recurso—, que tales sanciones se refieren, entre otras, a tenor de lo dispuesto en los artículos 28 y 29 del R.D. 2960/76, a prohibir expresamente el percibo de cualquier sobreprecio sobre el precio máximo fijado (sin que sea menester ahora reflexionar sobre el grado de eficacia sustantiva de esta prohibición, dentro de las relaciones intersubjetivas, al no ser tema “decidendi”), y que en el caso de autos, no se está, pues, en el supuesto de hecho de que se trate de vender dicha vivienda, sino, estrictamente en el cómputo de su valor a efectos de que las adjudicaciones al esposo y a la esposa reflejen ese criterio legal de igualdad, por lo que de acuerdo con la misma, se infringiría en caso contrario el principio de igualdad de lotes del artículo 1061, ya que “sería hasta superfluo resaltar que, por razones de mercado, el precio y, sobre todo el valor real de la vivienda es muy superior al que postula la actora”.

IX. FILIACIÓN

1. *Transcurrido con creces el plazo de ejercicio de la acción de impugnación, el Tribunal sigue el criterio mantenido en ocasiones por el Tribunal Supremo que no toma en consideración la existencia del plazo formalmente establecido, sino el respeto al principio de verdad biológica que constituye el fundamento de la vigente regulación española sobre la materia.*

AP de Asturias, Sec. 1.^a, Sentencia de 17 de abril de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio Carbajo González.

Se combate en el presente recurso de apelación el pronunciamiento realizado por el

JPI de Llanes que apreció la caducidad de la acción ejercitada por D. Antonio A.M.R. en

su demanda de impugnación de la filiación de la menor María M.R., e impuso las costas originadas en aquella instancia, y su resolución exige con carácter previo la realización de una serie de consideraciones que ayuden a precisar convenientemente los términos del conflicto jurídico que se plantea. Resulta probado en autos que el actor contrajo matrimonio el día 8 de febrero de 1992 con D.^a Angélica R.C., y que cuatro días más tarde realizó el reconocimiento de la filiación de la hija habida por la esposa de soltera, nacida en el año 1988, por comparecencia ante el Notario de Llanes que extendió la correspondiente escritura notarial aportada a los autos a los folios 7 y 8. Resulta acreditado asimismo que la esposa inicia procedimiento de separación conyugal que se resuelve por sentencia dictada el 18 de abril de 1997 que, entre otros pronunciamientos contempla el relativo a alimentos de la hija que se traduce en el establecimiento a su favor de una pensión alimenticia por importe de 25.000 ptas. que el padre, actor y recurrente en esta litis, debería abonar mensualmente. Se presenta la demanda rectora de esta litis el día 2 de marzo de 1998.

Siendo éstos los antecedentes del presente pleito, interesa realizar unas precisiones de estricto orden jurídico en relación a, por un lado, la naturaleza de la filiación controvertida, y, por otro, la naturaleza de la acción ejercitada en la demanda. En relación a la primera de las cuestiones señaladas debe precisarse por esta Sala que la filiación que corresponde a la menor María M.R. es la matrimonial y no la extramatrimonial como se indica en el escrito de demanda y en la propia resolución objeto de este recurso, porque así debe calificarse la filiación de un hijo tenido por quienes se encuentran ligados por vínculo matrimonial a tenor de lo dispuesto en el art. 118 CC (Código Civil). Ciertamente es que el meritado precepto parte de un supuesto de hecho que responde al siguiente esquema: nacimiento, determinación de la filiación y posterior matrimonio de los progenitores. Aquí hay nacimiento previo al matrimonio, pero la determinación

de la filiación paterna se hace con posterioridad a éste. La filiación resultante ha de considerarse igualmente filiación matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores, pues no sería de recibo entender que la condición del matrimonial al hijo sólo se pudiera atribuir si la filiación quedó determinada legalmente a favor de ambos progenitores antes del matrimonio, y no después de él. Así lo entiende la doctrina más autorizada y así debe deducirse también de la propia normativa legal que indica que la filiación es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí, art. 108 CC. Siendo ésta la realidad existente en este litigio, debemos pues considerar que la hija cuya filiación se impugna es matrimonial una vez reconocida por su padre, con carácter retroactivo desde la fecha en que celebraron matrimonio sus progenitores.

Otra precisión resulta necesaria con carácter previo a la resolución del fondo de la cuestión planteada, y es la relativa al tipo de acción ejercitada en la demanda. En concreto se discute si por el actor se ejercita una acción de impugnación de la filiación paterna, o si se plantea una impugnación del reconocimiento de la paternidad llevado a cabo en su día. No ha de olvidarse que en este caso la filiación se ha determinado en virtud de un reconocimiento efectuado por el padre y que tanto este mecanismo de determinación como la propia filiación reconocida son susceptibles de impugnación. La concreción de una u otra vía podría introducir variaciones sustanciales en orden a la legitimación activa, al plazo de vida de la acción y a la fundamentación misma de la pretensión ejercitada. Del análisis del escrito de demanda interpuesto se deduce que lo verdaderamente ejercitado por el actor es una acción de impugnación de la filiación o de la paternidad, porque así lo dice en el encabezamiento y en el suplico de la misma, y así se deriva del razonamiento desarrollado en ella y de la prueba practicada a instancia de la parte actora que va dirigida primordialmente a acreditar la inexistencia del nexo biológico entre el actor y la menor reconoci-

da. Es decir, al actor le preocupa negar la realidad misma de la filiación paterna, y no tanto el mecanismo utilizado para su determinación, aunque deba reconocerse un cierto confusiónismo en los términos y en los argumentos empleados para la consecución de aquel objetivo. Luego, habiendo apreciado el juzgador a quo como ejercitada una acción de impugnación del reconocimiento, al amparo del art. 141 CC, cuando lo ejercitado en realidad es una acción de impugnación de la filiación paterna matrimonial, prevista en el art. 136 del mismo Cuerpo legal, procede en consecuencia revocar la resolución impugnada y entrar a resolver el fondo del asunto.

El material probatorio aportado a los autos permite concluir sin lugar a dudas de ningún tipo que el actor no es el padre de la menor que reconoció cuatro días después de contraer matrimonio. Conclusión que sienta inapelablemente la prueba biológica practicada en el Servicio de Inmunología del Hospital Central de Asturias, excluyente de la paternidad, obrante al folio 67, y que ya había alcanzado la propia esposa del actor, madre de la menor, que en la absolución de la posición sexta declaró que es cierto que tiene reconocido que el padre biológico de su hija no es el actor. Sentado entonces que la filiación registral impugnada no tiene apoyatura en un vínculo biológico existente entre padre e hija, ningún otro argumento habría que añadir para confirmar el éxito del recurso de apelación interpuesto, si no fuera porque el art. 136 establece el plazo de un año para ejercitar la acción, contado bien desde que se produjo la inscripción del nacimiento, bien desde que el padre conoció ese nacimiento. Está claro que la acción se ha

ejercitado cuando ya ha transcurrido con creces ese plazo, cualquiera que hubiese sido el momento que se tomase en consideración para su inicio, pero antes de considerar caducada la acción y desestimado el recurso por esta causa, esta Sala prefiere seguir el criterio mantenido en ocasiones por el TS (SS. de 30 de enero de 1993 y 31 de octubre de 1997) que no ha tomado en consideración la existencia del plazo formalmente establecido, sino el respeto al principio de verdad biológica que constituye el fundamento de la vigente regulación española sobre la materia, y que se encuentra reconocido en el propio Texto constitucional (art. 39.1). No debe olvidarse que el sometimiento de las acciones de impugnación de la filiación a plazo rígido responde al objetivo de pretender con ello dar estabilidad al estado civil correspondiente, impidiendo la interposición de demandas en cualquier tiempo y por cualquier causa que vengán a turbar la paz familiar o a romper bruscamente vínculos paterno-filiales muy asentados con el paso de los años, cuya destrucción en un momento dado no ocasiona más que problemas para los hijos. Pero no es éste el caso contemplado en este pleito. Ha habido poca convivencia conyugal y no puede decirse que el estado matrimonial del hijo esté consolidado en parte por la propia actitud de la madre que en los últimos tiempos no tiene reparo en declarar públicamente la no paternidad de su esposo. Todas estas razones unidas al propio interés del menor, a quien no le conviene la situación actual en la que en lugar de padre no dispone sino de un alimentante, en los estrictos términos de la obligación judicialmente impuesta, conducen a esta Sala a la estimación del recurso de apelación interpuesto.

X. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *No procede la cesación del acogimiento cuando la situación de los padres biológicos que provocó dicha medida continúa siendo la misma y por otro lado se aprecia la evolución positiva de los menores tras la constitución del acogimiento.*

AP NAVARRA, Sec. 1.^a, Sentencia de 2 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Valpuesta Gastaminza

EL presente litigio versa sobre el acogimiento de los menores Carmelo y Nati C. C. Sobre los mismos se constituyó un acogimiento administrativo plenamente autorizado por los padres el 14 de octubre de 1995 (v. Acta de acogimiento, folio 68), el cual fue fruto de la petición de los padres biológicos por no tener medios para atenderlos (v. folio 92). Estos padres pidieron la cesación del acogimiento administrativo en abril de 1998, la cual fue denegada por el Instituto Navarro de Bienestar Social, que a su vez solicitó de la autoridad judicial la constitución del “acogimiento permanente” a favor de los acogedores. Oídos éstos y los padres biológicos, y con intervención igualmente del Ministerio Fiscal, se decidió el acogimiento permanente por el Auto que ahora es objeto de recurso.

Está claro que la situación de los niños mientras vivían con sus padres influyó muy negativamente en el desarrollo de aquéllos. No solamente no tenían los necesarios medios de subsistencia (que hicieron que, precisamente, los propios padres solicitaran que los menores fueran atendidos por el Servicio de Bienestar Social), sino que sus conocimientos y sus hábitos de orden y de disciplina eran muy primitivos, y su escolarización fue inexistente. Así se demuestra por

los informes del Centro Escolar. En cambio a partir del acogimiento los niños experimentan una evolución muy positiva, y aunque siguen arrastrando una desproporción respecto del nivel de desarrollo del conocimiento de los niños de su edad, al menos van progresando de una forma adecuada al tiempo de su formación.

No está nada claro que la situación económica de los padres biológicos haya cambiado de forma significativa. En el informe pericial elaborado como Diligencias para mejor proveer se evidencia que no se ha acreditado la realidad de los ingresos que el padre manifiesta tener por su trabajo como pastor (tan sólo se dice que se cobra por medio de talones, pero ni siquiera se prueba el cobro de ningún cheque), y desde luego la afirmación de que el padre está dado de alta en la Seguridad Social se ha comprobado que es incorrecta. Tampoco parece que la casa alquilada por esos padres reúna las mejores condiciones para albergar a los niños (fría, sin amueblar, con una cocina muy vieja, el baño fuera de la vivienda, etc.). Por último, no se ha manifestado una evolución en los comportamientos de los padres (que se recogían en el informe de las Trabajadoras Sociales obrante a los folios 74 y ss.), expresando el informe pericial realizado en segunda instancia que

“actualmente no disponen de capacidad suficiente para poder encargarse de sus hijos, presentando problemas importantes a nivel de estructura y reglas familiares adecuadas para el normal desarrollo de los menores”.

Todo esto, en fin, aconseja claramente que se mantenga la medida de acogimiento

permanente ordenada por la Juzgadora de Primera Instancia, pues por ahora este acogimiento se ha mostrado altamente beneficioso para la evolución y la estabilidad psicológica de los menores, y no han cambiado las circunstancias que motivaron el inicio de esta situación.

2. *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.*

AP Toledo, Sec. 1.^a, Auto de 2 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio Buceta Miller.

Como ya ha establecido esta Sala en auto de 9 de febrero de 2000, “la Ley Orgánica 1/1996, de 16 de enero, de Protección Jurídica del Menor (Ley que modifica parcialmente el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil) se inspira en diversos Convenios y Tratados Internacionales, como en “La Convención de Derechos del Niño” de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989 (Convenio ratificado por España el 30 de noviembre de 1990); y en la “Carta Europea de los Derechos del Niño”, aprobada por el Parlamento Europeo (Resolución A3-0772/92) contiene una serie de principios que se pueden sintetizar en lo que al caso que aquí nos ocupa en los siguientes:

A) El interés superior de los menores, sobre cualquier otro que se estime legítimo (interés reflejado, antes de la comentada Ley, en las normas constitucionales, en el Código Civil; y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sentencias de 2 de mayo

de 1983; de 12 de febrero de 1992 y de 21 de julio de 1993, entre otras).

B) En relación íntima con el bien de aquéllos (se integra y funde dentro de él), la condición o carácter educativo, que toda medida de amparo ha de tener con respecto a los mismos.

C) La idea de que las limitaciones a la capacidad de obrar del menor, se han de interpretar de manera restrictiva.

Por otro lado, teniendo en cuenta que en el caso presente se trata de recurrir una resolución judicial que aprueba 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, 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, 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 encomendada 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, atendiendo 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 diciembre 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. Por otro lado, como hemos tenido ocasión de señalar en numerosas resoluciones (así las SS. de 21 de junio de 1993, 11 de abril de 1996 y 17 de septiembre de 1998, entre otras), “el principio rector para la solución de los conflictos personales en materia de derecho de familia, y en especial para la adopción de medidas que afecten al cuidado y educación de los hijos, ha de ser el de “favor filii”, elevado al rango constitucional (art. 39 CE) y consagrado en numerosos preceptos sustantivos (arts. 92, 103, 154 y 170 del Cc.), conforme al cual deben procurarse, ante todo, el beneficio o interés de los menores, en orden a su desarrollo personal y a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, por encima de los legítimos intereses de los progenitores, constituyendo, este principio de protección integral y preferente de los hijos menores, un criterio teleológico de interpretación normativa que debe presidir la aplicación de la ley en esta materia”.

En todo caso, el principio normativo esencial a tener en cuenta en esta decisión judicial, como en cualquier otra que afecte a los hijos, es el beneficio o interés de los mismos (SS.TS. de 31 de diciembre de 1996 y 5 de marzo de 1998), en orden a la plena satisfacción de sus derechos legalmente sancionados, según señala el propio art. 170, párrafo segundo, del Cc., en relación con el art. 39 CE. y los arts. 92 y 154 del citado Código, sin olvidar que en nuestro derecho actual no se concibe ya la patria potestad como un puro y simple derecho de los padres sobre los hijos, sino más bien como una función compleja que la Ley encomienda al progenitor en beneficio del hijo, integrada por una serie de facultades y deberes y en la

que aquéllas no son otra cosa que el medio para procurar el cumplimiento de éstos (STS de 25 de junio de 1994).

Traída la anterior doctrina al supuesto que nos ocupa, no aparecen en el caso presente con la suficiente contundencia motivos bastantes como para justificar una medida tan drástica como es la asunción de la tutela automática por la Administración, pues aun cuando ciertamente pueden existir deficiencias en los cuidados y atenciones dispensados por los progenitores aquí recurrentes a sus hijos menores, aquéllas no están revestidas de gravedad suficiente como para entender que los mismos se encuentran en una situación de desamparo.

En primer lugar, no se puede olvidar que el hecho que motivó la asunción de la tutela, fue el que los menores fueran llevados a los servicios hospitalarios de Talavera de la Reina por una vecina, sin que en los informes emitidos por los mismos se revelara una patología grave, que pudiera poner de manifiesto la desatención que se pretende hacia los mismos, patología que en ambos casos aún hoy subsiste (soplo cardíaco y dermatitis).

Los menores no estaban desnutridos, no habían sido objeto de malos tratos ni ningún tipo de abusos, ni de abandono en sentido estricto. Los padres, dentro de las limitaciones y escasos recursos, procuran el bienestar de su prole; el padre trabaja, como también

lo ha hecho la madre en ocasiones; no se detectó ningún tipo de alcoholismo o toxicomanía en ninguno de ellos; no se valen de los hijos para practicar la mendicidad.

El que sean habituales recurrentes de los servicios sociales, no puede justificar tampoco la pérdida de la custodia de sus hijos, pues la pobreza en sí misma no implica desatención, como tampoco las desavenencias conyugales, su poca capacidad para administrar sus ingresos ni la supuesta minusvalía psíquica de la madre (que no debe ser tal, pues la propia administración le deniega una pensión por ese concepto).

En definitiva, los principios legales y constitucionales más arriba mencionados, hacen que en el caso presente, aun encontrándonos ante una situación que precisa de la intervención de los servicios sociales prestando todo el apoyo que sea posible a la familia, no se puede considerar adecuado prolongar por más tiempo la separación de los padres y sus hijos, sino antes al contrario, procurar la integración familiar continuando la administración con su siempre encomiable labor de asistencia y apoyo y sin perjuicio de adoptarse por la misma la resolución que proceda, si en lugar de observar una mejoría de la situación, llegaran a apreciar la situación contraria, en cuyo caso evidentemente, nada impediría una nueva declaración de desamparo y adopción de la tutela automática.

3. *Régimen de visitas de la menor que se encuentra en acogimiento con su madre biológica.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Auto de 2 de marzo de 2000.

Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.

El auto apelado, que reduce el régimen de visitas de la madre con relación a la menor, debe ser ratificado por sus propios y

acertados razonamientos, al resultar éstos perfectamente coherentes con la situación de hecho y con la problemática jurídica

planteada en el presente expediente de jurisdicción voluntaria; abundando en la tesis de la Juez “a quo” y frente a los argumentos revocatorios vertidos por la parte apelante en el acto de la vista del recurso, es de remarcar, de forma muy somera, que, efectivamente, tal como ha destacado el Ministerio Fiscal, la reducción del régimen de visitas acordado se ha realizado atendiendo al interés prevalente de la menor —favor minoris—, al ser lo más conveniente para la misma, en concordancia con su situación actual de acogimiento simple en familia ajena, desde el mes de noviembre de 1998 (folios 216 al 218), ello sin poder obviar ni desconocer que el régimen fijado en el auto confirmatorio del desamparo de la niña, de fecha 13 de mayo de 1997 (folios 137 y 138) —confirmado por la Sección 1.ª de esta Audiencia Provincial por resolución de fecha 9 de junio de 1998 (folios 166 al 170)— no se llevó nunca a término, ya que la propia madre, en 12 de junio de 1997, compareció ante las dependencias de la D.G.A.I. y manifestó “que el régimen de visitas que ha puesto el Juzgado —diariamente en el Centro de acogida— no le va bien, y solicita que se le traiga la niña a Barcelona, estando de acuer-

do que las visitas sean —como hasta ahora— una hora cada quince días” (folio 194), por lo que la reducción actual acordada por la Juzgadora de Instancia no es tan drástica como refiere la apelante, pues de dos horas al mes ha pasado a fijarse dos horas cada dos meses, y, por tanto, unido a que, según todos los informes obrantes en las actuaciones, la tónica de las visitas que efectúa la madre no ha cambiado en absoluto, ya que ésta sigue en las mismas sin manifestar muestras de afecto hacia la niña y además nunca se ha interesado por la evolución, desarrollo, enfermedades, gustos o forma de ser de su hija, para quien aquélla no es una figura referente, ni tiene un vínculo afectivo significativo con ella (folios 193 y 199 al 207, con mención especial de los folios 201 y 202), este Tribunal, dada la acreditada falta de interés y motivación por parte de la madre en las visitas que realiza a su hija, estima procedente mantener el régimen más reducido fijado en la actualidad por la Juez “a quo” en la resolución aquí apelada, cuya confirmación, por ende y sin necesidad de mayores consideraciones, procede, con desestimación, a su vez, del recurso contra la misma formulado.

XI. UNIONES DE HECHO

1. *Concurrencia de causa de extinción en una unión de hecho.*

AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Sentencia de 9 de marzo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Margarita Noblejas Negrillo.

Se alza la recurrente contra la sentencia impugnada que desestima su demanda al no haber quedado acreditada la separación de

hecho más de un año, alegando que si bien ello era así, tal año ya ha transcurrido por lo que insiste en su inicial pretensión de que se

declare la extinción de la unión estable de pareja con los precisos efectos en su día solicitados.

Nos encontramos en el caso con que admitida a trámite la pertinente demanda y emplazado el demandado en su propia persona (fol. 16) se declaró su rebeldía; habiendo sido citado para la práctica de la prueba de confesión por dos veces en legal forma, no compareció. Tales circunstancias hacen

que lleguemos a estimar que en realidad estamos ante la causa prevista en el art. 12.b) de la Ley 10/1998, de 15 de julio, d' unions estables de parella, según el cual tal relación se extingue por la voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja notificada fehacientemente al otro, pues entendemos que con el emplazamiento el demandado debidamente notificado en la forma requerida, lo que en definitiva conduce a estimar la inicial pretensión de la recurrente.

2. La convivencia de hecho no lleva implícita el surgimiento automático de un régimen de comunidad de bienes, sino que habrán de ser los convivientes los que, por su pacto expreso o por sus “facta concludentia”, evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos constante la unión de hecho.

AP Alicante, Sec. 6.^a, Sentencia de 28 de marzo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Cristina Trascasa Blanco.

En reiteradas ocasiones la doctrina emanada del TC (TC AA 956/1988 y 688/1989 y TC SS, entre otras, 174/1987, 146/1990, 27/1992, 11/1995, 115/1996, 231/1997 y 116/1998) ha admitido como bastante a los fines de dar cumplimiento a las exigencias que dimanar del art. 120.3 CE (Constitución Española) en relación con el art. 24.1 del mismo texto constitucional, la motivación de una resolución judicial dictada en fase de apelación por un Tribunal de segundo grado, por remisión a la contenida en la resolución de instancia cuando ésta haya de ser confirmada y precisamente porque en tal resolución ya se exponían de forma cumplida y suficiente las razones que justificasen los pronunciamientos de su Fallo, permitiendo por ello a las partes proceder a su crítica razonada por vía de recurso si no fuesen conformes con la misma.

Lo expuesto deviene aplicable al presente supuesto dadas las acertadas consideraciones expuestas por el juzgador de instancia, las cuales esta Sala asume sin reserva alguna y en las que entiende no procede insistir por cuanto se incurriría en innecesarias reiteraciones y dado que las mismas, a pesar de las alegaciones de la parte recurrente, no han quedado desvirtuadas, y al estimarse, en fin, que dicha fundamentación es bastante para mantener tanto el pronunciamiento desestimatorio de la excepción procesal planteada por la demandada, por cuanto, en definitiva, la concreta declaración de dominio instada en la demanda en nada afecta al legado dispuesto por la Sra. G.M. en favor de los hijos del demandado ni a ningún derecho que puedan éstos actualmente ostentar sobre el inmueble en cuestión, como la resolución de fondo estimatoria de la demanda,

y frente a cuya impugnación no cabe sino abundar en la fundamentación doctrinal de la sentencia de primera instancia y recordar, como ya lo hiciera esta Sala en su S. 79/1098, que si bien la jurisprudencia del TS, siendo de ella exponente la TS S de 4 de marzo de 1997, rechaza la aplicación a las uniones de hecho de las normas que regulan el matrimonio, sin embargo viene también declarando que atendidas las circunstancias de cada caso concreto, puede predicarse la aplicabilidad por analogía iuris de algún determinado régimen económico de los diversos que para el matrimonio regula el CC (Código Civil), 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 el solo hecho de la existencia de la unión de facto no

lleva implícito 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” evidencien que su inequívoca voluntad fue la de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos constante la unión de hecho; doctrina cuya correcta aplicación al caso de autos y habida cuenta la existencia de pruebas que evidencian esa voluntad tácita de constituir la comunidad de bienes sobre la vivienda litigiosa y cuya valoración por el juzgador a quo, como ya se ha dicho, este Tribunal comparte plenamente, hace procedente la estimación de los pedimentos deducidos en la demanda.

XII. TEMAS PENALES

1. *Concorre el delito de desobediencia cuando se incumple consciente y deliberadamente un mandato judicial, dirigido a cumplir una deuda dimanante de una sentencia de separación matrimonial. A pesar de los distintos requerimientos efectuados, el acusado no procede a la retención de parte del sueldo de su empleado, orientado a sufragar las cargas del matrimonio.*

AP Baleares, Sec. 1.^a, Sentencia de 7 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Diego Jesús Gómez-Reino Delgado.

Se declaran hechos probados los siguientes: El imputado Vicente, mayor de edad, sin antecedentes penales, en libertad por esta causa de la que no ha estado privado, a pesar de haber sido requerido personalmente por el JPI núm. 3 de Palma para que pro-

cediera a retener de la nómina de su empleado la cantidad de 60.000 ptas. mensuales (40.000 ptas. en concepto de cargas del matrimonio y 20.000 ptas. más en concepto de atrasos) para cumplir la deuda dimanante del procedimiento de separación matrimo-

nial de Eugenio y su esposa María Pilar hizo absoluto caso omiso a los requerimientos efectuados, dando lugar con ello a que, al menos, durante los meses de abril de 1998 y hasta el 16 de enero de 1999, María del Pilar no cobrase las cantidades indicadas. Los requerimientos efectuados, todos ellos entregados personalmente al encausado, fueron los siguientes: Oficio de fecha 20 de abril de 1998 (entregado el día 29 de abril), por el que se le requiere para retener las cantidades antes indicadas; Oficio de fecha 3 de junio de 1998 (entregado el día 9 de junio), en el mismo sentido que el anterior y con el apercibimiento de que en caso de incumplimiento podría incurrir en un delito de desobediencia; Comparecencia del día 29 de julio de 1998, en la que a presencia Judicial reconoce la recepción del anterior oficio y se le pide que explique las razones que le han llevado a desatender los expresados requerimientos. En dicho acto D. Vicente manifestó que no efectuó las retenciones acordadas por el Juzgado porque así se lo indicó el Letrado del trabajador, ya que le dijo que pronto estaría a dictarse una sentencia Judicial que dejaría sin efecto la anterior que obligaba a efectuar los descuentos de salario, quedando a la espera de lo que en adelante le pudiera solicitar el Juzgado de Familia en cuanto a si debía o no efectuar la retención de haberes; Posteriormente, en el mes de septiembre el Juzgado de Familia libró un tercer oficio al imputado requiriéndole nuevamente para que efectuase la retención decretada, bajo apercibimiento de incurrir en un delito de desobediencia, apercibimiento que consta entregado en el taller que regenta el acusado.

Se alza la defensa del imputado contra la sentencia dictada en primer grado manifestando que en la conducta de su defendido no concurren los elementos típicos que definen el delito de desobediencia grave a la autoridad, ya que únicamente consta en las actuaciones que D. Vicente fue requerido personalmente en dos ocasiones por el Juzgado de Familia, la primera para que informase al

Juzgado sobre el sueldo y salario que percibía el trabajador y, la segunda, en julio de 1998, para comunicarle que tenía que efectuar retenciones a cuenta del salario que percibía el referido trabajador, sin que el resto de los requerimientos que efectuó el Juzgado se entendiesen directamente con el encausado sino que se efectuaron a través del procurador de la esposa del citado trabajador. Además, a partir de la comparecencia efectuada en julio de 1998 D. Vicente comenzó a efectuar retenciones de distintas cantidades, así retuvo primero 20.000 ptas. y después 25.000 ptas. más, sin que, por tanto, su proceder pueda ser tildado de desobediente o rebelde para con la Administración de Justicia.

Por otra parte, D. Vicente nunca tuvo intención de desobedecer al Juzgado, ya que, tal y como quedó constancia en el acto del juicio oral, el trabajador a quien venía obligado a retener parte de su sueldo, mantenía una deuda con el acusado de 100.000 ptas., de la cual no existe documento alguno que la acredite, lógico si se tiene en cuenta que se trata de la típica relación trabajador-empleado, siendo a partir de que la liquidación de la deuda cuando comenzó a efectuar la retención de ciertas cantidades, no pudiendo proseguir en ello dado que en ese momento fue cuando el trabajador abandonó su puesto de trabajo.

Se queja igualmente la parte recurrente de que la pena impuesta de un año de prisión no resulta proporcional ni adecuada a las circunstancias del caso y personalidad del culpable y que en el importe de las indemnizaciones civiles que establece la sentencia apelada han de tenerse en cuenta las cantidades que retuvo D. Vicente, así como que en el mes de enero de 1999, el trabajador ya había dejado de prestar servicios en su empresa.

Si bien es verdad que en la comparecencia que efectuó D. Vicente el día 29 de julio de 1998 ante el Juzgado de Familia, quedó a la espera de que el Juzgado acordase lo procedente en orden a disponer nuevas reten-

ciones, tras haber considerado sus manifestaciones y las razones que tuvo en cuenta D. Vicente para incumplir el mandato Judicial, y aunque el Juzgado de familia libró un tercer oficio solicitando que el procesado llevase a cabo la referida retención de sueldo y salarios, esta comunicación ciertamente no consta personalmente notificada al Sr. V., ni éste reconoció en el acto del juicio haber tenido conocimiento de la misma, ello no obstante y con anterioridad a aquella fecha el delito de desobediencia grave a la Autoridad Judicial ya se había consumado, pues el acusado reconoció que en fechas 29 de abril y 9 de junio de 1998 fue apercibido de que debía ingresar a disposición del Juzgado de Familia y a cuenta del salario que en su taller venía percibiendo el trabajador, la cantidad de 60.000 ptas. al mes en concepto de pensión de alimentos, de las cuales 20.000 ptas. iban destinadas al cobro de atrasos; y en el segundo requerimiento fue apercibido de que si persistía en su actitud de no retención podía incurrir en un delito de desobediencia, sin que pese a ello el encausado cumpliera el mandato recibido y aunque el Sr. V. adujo en su defensa que no realizó la retención debido a que el Abogado del trabajador le dijo que no era necesario, dado que pronto iba a salir una sentencia que rebajaría la cuantía de la pensión que venía obligado a satisfacer el esposo y éste acudió a su presencia y le enseñó la referida sentencia y un resguardo bancario de ingreso por importe de 25.000 ptas., suma a la que aludía la citada resolución como importe a satisfacer por el trabajador en pago de alimentos para sus hijos; basta con examinar la citada imposición, que según el Sr. V. coincidiría con el momento en que su empleado le exhibió la indicada sentencia, la cual si bien se dictó, posteriormente fue revocada, manteniendo la Audiencia el importe inicialmente acordado de 40.000 ptas. al mes, para comprobar que la misma se produjo un día antes de la comparecencia que el imputado efectuó ante el Juzgado de Familia para rendir cuentas de su actuación, esto es, el día 28 de julio de 1998, por lo que sólo

a partir de aquel momento el imputado podía tener ciertas dudas acerca de si procedía o no a realizar la retención de haberes, pero no antes de aquella fecha, y menos aún, cuando recibió el segundo requerimiento de retención, el día 9 de junio anterior, el cual, por tanto, lo dejó abiertamente de cumplir sin causa justificada, incurriendo así en el delito de desobediencia grave, previsto y penado en el art. 556 CP (Código Penal), dada la trascendencia e importancia de la orden recibida, que tenía por objeto garantizar la prestación de alimentos reconocida por un Juzgado de Familia a favor de los hijos de un trabajador del imputado y de los bienes jurídicos en conflicto y la especial protección social económica y jurídica que la Constitución reconoce a la familia y la asistencia de todo orden que los padres vienen obligados a prestar a sus hijos, para cuya realización se hacía imprescindible la colaboración del imputado, que venía obligado moral y jurídicamente a cumplir el mandamiento judicial.

Aunque ciertamente el tercer requerimiento de retención de haberes que libró el Juzgado de Familia en el mes de septiembre de 1998 al imputado, no consta que lo recibiese personalmente, ni este hecho lo ha reconocido, este Tribunal está convencido de que dicha comunicación efectivamente llegó a conocimiento del Sr. V., como lo demuestra el dato de que en el mencionado oficio aparece el sello del taller que regenta el encausado y aunque no figura su firma, a diferencia de lo que ocurrió con la primera orden de retención en que sí la rubricó en prueba de su recepción, tampoco consta firma alguna en el oficio que el Juzgado le envió en el mes de junio por igual conducto que el anterior, y sin embargo, admitió haberlo recibido en la comparecencia que realizó ante el Juzgado un mes más tarde. Si las instalaciones del imputado tuviesen considerables dimensiones o se tratase de una gran empresa cabría pensar que la orden de retención pudo no haber llegado a su conocimiento, haberse extraviado o simplemente

trasapelarse, sin embargo y siendo el establecimiento que explota y dirige el Sr. V. un taller mecánico constituido por una sola nave comercial, el curso normal de los acontecimientos permite suponer que era conocedor de la entrega y recepción en sus instalaciones del referido mandamiento judicial.

No es verdad, en consecuencia, la alegación que hace la defensa del encausado cuando dice que fue el Sr. V. quien después de la comparecencia efectuada en julio de 1998, retuvo a cuenta del salario del trabajador 25.000 ptas., puesto que esta cantidad, tal y como reconoció el propio imputado en el acto del juicio, la ingresó voluntariamente su empleado, siendo esta la causa, junto con la exhibición de la sentencia de divorcio que modificaba el importe de las retenciones que había dispuesto la sentencia que acordaba la separación del matrimonio, la que supuestamente le llevó a no practicar las retenciones reiteradamente solicitadas por el Juzgado de Familia.

Tampoco la afirmación que hace el Sr. V. de que retuvo e ingresó a la mujer de su empleado 20.000 ptas., se sostiene, pues esa cantidad, según se desprende del documento que cita el propio recurrente en justificación del pago de esa suma. Un escrito presentado por la representación de la esposa del trabajador en el procedimiento de separación — folio 109—, señala que fue abonada por el propio trabajador el día 30 de abril de 1998, tal es así, que el imputado no ha justificado que el ingreso lo efectuase su empresa.

Cabría pensar si en la conducta del imputado medió error de prohibición, al obrar confiado en que según el Abogado del trabajador pronto saldría una sentencia que dejaría sin efecto la anterior; pero para que el error pueda ser apreciado como tal, ha de ser efectivamente alegado y probado y la carga de la prueba de este hecho impeditivo correspondía al procesado, que pudo y debió haber solicitado la declaración como testigo del Letrado de su empleado, para valorar la posible concurrencia del indicado error de prohibición, el cual, en todo caso, de darse, cosa que no se ha acreditado, no excluiría su

responsabilidad sino que sólo la atenuaría, dado que el imputado con un mínimo de diligencia solicitando información al Juzgado de Familia hubiese podido despejar las dudas e incertidumbre suscitadas por el referido Abogado, respecto a si debía o no practicar las retenciones solicitadas.

Del mismo modo, no puede operar como causa que ampare o justifique la actuación del acusado la alegación de que no efectuó las retenciones interesadas por el Juzgado de Familia, porque el trabajador a quien debía descontarle el sueldo le debía a él unas 100.000 ptas. Este alegato además de haber resultado huérfano de toda prueba al no haber propuesto la declaración testifical del trabajador deudor, se halla en franca contradicción con el anterior. En qué quedamos, o el imputado no hizo la retención porque el Abogado del trabajador le dijo que no era necesario o, porque su empleado le debía dinero. Y carece de credibilidad, desde el momento en que el Sr. V. nada dijo al respecto de la supuesta deuda que el Sr. T. mantenía con él, cuando compareció ante el Juzgado de Familia a rendir cuentas de su negativa a cumplir el mandato de retención de sueldos y salarios, limitándose a manifestar en su descargo que actuó confiado en lo que le dijo el Letrado del Sr. T., siendo por otra parte contrario a toda lógica que el encausado conceda a un empleado que hace poco tiempo que trabaja para él un anticipo del sueldo sin documentar ese crédito de alguna manera.

No cuestionada en esta alzada la procedencia de la responsabilidad civil derivada del delito de desobediencia, sino la cuantía de la indemnización establecida en primera instancia, del certificado de empresa aportado a los autos por la defensa del recurrente resulta un evidente error de hecho por parte de la Juzgadora a quo al considerar que el empresario ha de venir obligado a abonar a la esposa del trabajador perjudicada las cantidades que éste estaba obligado a retener a aquél desde que fue requerido por primera vez hasta que el trabajador cesó en su empleo en enero de 1999, a razón de 60.000

ptas. al mes lo que hace un total de 600.000 ptas., al constar que el cese del trabajador deudor en la empresa del Sr. V. se produjo el día 16 de enero, por lo que con respecto a esa mensualidad sólo estaba obligado a retener la mitad de la cantidad solicitada por el Juzgado de Familia.

En cuanto a la pena a imponer al acusado, dada la naturaleza de la orden incumplida —mandamiento judicial— y el contenido de la misma, dirigido a cumplir una sentencia de Separación que obligaba al esposo demandado a la contribución de las cargas del matrimonio, para cuya efectividad se hacía imprescindible la colaboración del acu-

sado, que como todos viene constitucionalmente obligado a favorecer la ejecución de las sentencias Judiciales Firmes; todas estas consideraciones revelan la gravedad de los hechos y de la culpabilidad del agente, si bien, al no concurrir en su actuación circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y en evitación de situaciones de agravio comparativo, aunque la Juez a quo se hallaba facultada para imponer la pena en toda su extensión, la Sala considera más ajustado no sobrepasar el límite de la mitad superior de la pena prevista, por lo que ha de quedar fijada en nueve meses de prisión.

2. Falta de lesiones por agresión del esposo a la esposa cuando éstas necesitan sólo una primera asistencia sanitaria. Proporcionalidad de la multa de tres mil pesetas al día durante sesenta días, dada la gravedad de los hechos y el especial reproche que merece la violencia doméstica.

AP Palencia, Sentencia de 20 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Gabriel Coullaut Ariño.

D. Juan, condenado como autor penalmente responsable de una falta de lesiones, recurre en apelación la sentencia de Instancia denunciando en el primer motivo de su recurso, error en la apreciación de las pruebas, porque las lesiones que se recogen en el Parte del Centro de Salud de Aguilar no son consecuencia de una agresión, sino de una caída fortuita que sufrió la denunciante, motivo que no puede ser acogido; en efecto, en el Informe de Atención Continuada obrante al folio 13 se recogen las lesiones que padecía la víctima el 4 de julio de 1999, a las 11:40 h, cuando fue atendida, consistentes en estado de nerviosismo, herida sangrante con edema subcutáneo en rodilla izquierda, edema con esguince en tobillo derecho, con-

tusiones en muñeca izquierda y sangre en la ventana derecha de la nariz, lesiones que no pueden ser producto de una caída fortuita como sostiene la recurrente, que admitió inicialmente haber forcejeado con su mujer para impedirle entrar en casa, sino que son lógica consecuencia de la agresión que sufrió la víctima, como ésta ha declarado, declaración que viene corroborada además de por el dato objetivo del informe citado, por las declaraciones de los testigos, uno de los cuales vio cómo el denunciado empujaba a su víctima y los otros dos la encontraron sangrando por la nariz y rodilla, refiriéndoles haber sido pegada por su marido; ninguna razón existe para que pueda prevalecer sobre la convicción del Juzgador obtenida

de las pruebas comentadas la versión exculpatoria del denunciado.

En el segundo motivo se denuncia aplicación indebida de normas sustantivas alegándose en primer lugar infracción del art. 24 CE, es decir del principio de presunción de inocencia, infracción que es obvio no se ha producido porque tal presunción ha sido debidamente desestimada por la prueba contradictoria antes comentada; en segundo lugar se alega que se aplica indebidamente el art. 617 CP porque las lesiones son consecuencia de una caída, alegación que debe ser rechazada por las razones expresadas en el anterior fundamento de Derecho, es decir

que las lesiones son consecuencia de una agresión y no producto de una caída fortuita; y en tercer lugar se discrepa de la cuantía de la multa, tanto en cuanto al importe de la cuota diaria (3.000 ptas.), como en cuanto a su duración (60 días), alegación que tampoco puede ser acogida porque la cuota se corresponde con la capacidad económica del denunciado y la duración con la gravedad del hecho, es decir la llamada violencia doméstica que merece un severo y enérgico reproche penal; por las razones expuestas, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia, con imposición al apelante de las costas de esta alzada.

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. FILIACIÓN

1.1. *Aun cuando la hija sea mayor de edad, y haya dado su consentimiento, no es inscribible la escritura de reconocimiento de filiación, al estar inscrita una filiación matrimonial contradictoria.*

RESOLUCIÓN de 6 de mayo de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- Doña M., el día 19 de marzo de 1972, hija matrimonial de E. y de M., solicitaba la cancelación de la filiación paterna en su inscripción de nacimiento por haber sido reconocida por don M. como su padre biológico, según la escritura pública de 7 de noviembre de 1991.
- La Juez Encargada dictó providencia con fecha 20 de diciembre de 1999 acordando denegar lo solicitado, dado que a la vista de la certificación literal de nacimiento de la solicitante consta con filiación paterna que es contradictoria con la que se solicita.
- La solicitante recurrió ante la DGRN que desestimó su recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La promotora del expediente alegó que su padre biológico la ha reconocido en escritura pública y que la persona que la reconoció y que consta en su inscripción de nacimiento

como su padre no lo es porque durante el período en que fue engendrada, esa persona se encontraba ingresada en la prisión de Burgos no concediéndosele ninguna comunicación familiar o íntima. Sin embargo, señala la DGRN que un reconocimiento de la paternidad no matrimonial, aunque se haya otorgado en escritura pública y con el consentimiento

de la reconocida mayor de edad, no es inscribible en el Registro Civil cuando consta ya inscrita precisamente una filiación contradictoria, como es la matrimonial en este caso. Ese reconocimiento no será eficaz (cfr. art. 113 CC y 50 LRC mientras no se impugne por la vía judicial oportuna la filiación matrimonial contradictoria (cfr. Art. 92 LRC).

1.2. *En Navarra el reconocimiento de la paternidad de un menor es válido por sí mismo sin que puedan aplicarse las normas del artículo 124 del Código Civil. No obstante, dicho reconocimiento podrá ser impugnado judicialmente, no sólo por el propio menor al alcanzar la plena capacidad, sino también por su representante legal durante la minoría y con justa causa.*

RESOLUCIÓN de 17 de junio de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil el 30 de junio de 1999 don J., mayor de edad, y vecino de esa localidad, reconoció como hijo suyo al menor J. A., nacido el día 20 de mayo de 1999, hijo de I., que compareció seguidamente dando su consentimiento al reconocimiento efectuado y manifestando su minoría de edad (diecisiete años).
- Con la misma fecha compareció don F. (padre de la madre) manifestando que no daba su consentimiento al reconocimiento de paternidad efectuado por su hijo respecto del niño J., dada la minoría de edad de su hija I.
- En la tramitación de lo actuado el Ministerio Fiscal informó favorablemente a lo solicitado. El Juez Encargado dictó auto con fecha 22 de julio de 1999 estimando el reconocimiento de paternidad efectuado, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 LRC y 189 RRC ya que de la declaración de la madre y de don J. se justifica debidamente el estado de filiación cuya inscripción se solicita y no existe oposición fundada de parte legítima ni del Ministerio Fiscal.
- El padre de la madre menor de edad interpuso recurso ante la DGRN que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Alega el recurrente que se encuentra legitimado al ostentar la patria potestad sobre I. y asistir a ésta en su ejercicio respecto de su hijo; que el artículo 124 exige el consentimiento expreso del representante legal a la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente reconocido, aquí el recurrente no ha dado su consentimiento al reconocimiento efectuado, tampoco se cumple la exigido en el artículo 113 CC ya que no existe la posesión de estado de la filiación que se pretende reconocer. Doña I. asistida por su padre que ostenta la patria potestad, al ser ésta menor de edad y convivir con sus padres en su domicilio, presentó escrito manifestando que rectifica su comparecencia anterior y no desea que se modifiquen los apellidos de su hijo solicitando se mantengan tal y como fue inscrito en el Registro Civil.

En la tramitación del recurso el Ministerio Fiscal interesó la desestima del recurso interpuesto dado que el reconocimiento de filiación no matrimonial por un mayor de edad no requiere más requisitos que los que exige la Ley 69 de la Compilación de Derecho Foral, si don J. podía reconocer a su hijo separadamente de la madre, es injustificada que dicho reconocimiento requiera el consentimiento de los padres de la madre del menor. En referencia con los apellidos éstos se ajustarán a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil conforme a la Ley 72 de la Compilación, por ello se pondrán los apellidos en la forma prescrita por los arts. 53, 54 y 55 LRC y 109 CC, en redacción originaria, puesto que la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, aún no ha entrado en vigor. Por ello al ser reconocido por su padre, sus apellidos serán primero el paterno y segundo el materno.

Se parte en este recurso de la base indiscutida de que al nacido le corresponde la vecindad civil navarra (cfr. arts. 9.4 y 14 CC) de modo que las cuestiones relacionadas con la determinación de su filiación han de resolverse a la luz de lo que establecen las normas civiles vigentes en Navarra.

No hay duda de que respecto de la filiación no matrimonial determinada por el reconocimiento las normas forales navarras contienen una regulación completa, de modo que es improcedente completarlas con normas contenidas en el Código Civil. Concretamente el reconocimiento de la paternidad de un menor de edad efectuado por el padre por declara ante el Encargado del Registro Civil (Ley 69) no está sujeto a requisito alguno supletorio del consentimiento del menor (Ley 69), de modo que la validez y eficacia de tal reconocimiento y su consiguiente inscripción en el Registro Civil no pueden quedar subordinados al cumplimiento de los requisitos que el artículo 124 del Código Civil exige tratándose de reconocimientos regulados por el Derecho Común. Por las mismas razones también es improcedente aplicar al caso la suspensión de la inscripción de la paternidad, tal y como está prevista en el párrafo segundo de dicho artículo 124.

Ha de advertirse finalmente que el hecho de que el reconocimiento paterno sea válido o inscribible no impide que el mismo pueda ser impugnado, no ya sólo por el propio menor al alcanzar la plena capacidad, sino también por su representante legal durante la minoría y con justa causa (cfr. leyes 69 y 70), pero es claro que tal impugnación requiere ejercitar judicialmente la correspondiente acción.

2. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

2.1. *Validez de la escritura de capitulaciones matrimoniales en la que los cónyuges pactan el régimen de gananciales y con ocasión de ello la esposa aporta a la sociedad un inmueble, aportación que se hace con carácter gratuito, siendo una de las causas recogidas en el artículo 1274 del Código Civil.*

RESOLUCIÓN de 30 de diciembre de 1999.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 18 de septiembre de 1996, ante un Notario de Córdoba, los esposos D. Juan y D.^a Rosario otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales estableciendo que en lo sucesivo el régimen económico de su matrimonio será el legal de gananciales, aportando la esposa gratuitamente, a su nueva sociedad de gananciales, la vivienda descrita en la escritura, la cual en lo sucesivo tendrá el carácter de ganancial. En dicha escritura se expone: a) Que los cónyuges otorgantes se casaron el 5 de noviembre de 1979. b) Que en escritura de 29 de noviembre de 1979 ante el Notario de Córdoba, D. Alfonso P.G., los esposos otorgaron capitulaciones matrimoniales, liquidándose la sociedad de gananciales y pactaron separación absoluta de bienes. c) Que el único inmueble ganancial al liquidar la sociedad de gananciales era una vivienda que se describe, que fue adjudicada a la esposa.
- Presentada la primera copia de la escritura en el Registro de la Propiedad de Córdoba número 2, fue denegada observándose los siguientes defectos que impiden la inscripción: 1.º Falta de expresión de la causa de la aportación, requisito sin el cual no hay contrato (artículo 1271 del Código Civil), y si bien, a efectos civiles sustantivos, aunque la causa no se exprese, se presume su existencia (artículo 1277 del Código Civil), a efectos de la publicidad registral, ni el mero acuerdo de los cónyuges, ni la sola afirmación de la aportante de que lo hace gratuitamente, tienen fuerza traslativa suficientes para suplir la exigencia de la exacta y obligada especificación de la naturaleza del título: Por exigirlo el principio de determinación registral (artículos 2.1.º y 2.º, 9.2.º de la Ley Hipotecaria; 51.5.ª y 10.ª de su Reglamento); por ser presupuesto necesario para que el Registrador pueda cumplir con su

obligación de calificar, ya que la capacidad de los otorgantes, la legalidad de las formas extrínsecas y la validez del acto dispositivo (artículo 18 de la Ley Hipotecaria) están en necesaria relación de dependencia con el acto dispositivo mismo cuya expresión ahora se oculta; porque nuestro sistema de transmisión de bienes es el de la teoría del título y el modo de adquirir (artículo 609 del Código Civil), que continúa vigente; y, por último, porque si bien el artículo 1274 del Código Civil, estima, como causa de los contratos de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor, falta la expresión de cuál sea el específico contrato de beneficencia, sin que seriamente pueda calificarse como tal el negocio de aportación de bienes o de comunicación de bienes de una sociedad no personalizada jurídicamente como es la sociedad de gananciales, cuya posibilidad, dentro de los límites legales (artículos 609, 1255, 1261.3.º, 1274, entre otros del Código Civil), no se discute. 2.º La falta de expresión de la causa del negocio de aportación, de una parte; y, de otra, la declaración de los otorgantes de que la vivienda en lo sucesivo tendrá tal carácter ganancial, obliga a calificar esta declaración, es decir, si lo que se pretende es, sin más, independientemente del negocio de aportación, atribuir carácter ganancial a bienes privativos. Si así fuera, el supuesto no encaja en ninguno de los preceptos del Código Civil que determinan los bienes privativos y comunes (artículos 1346 a 1361).

- El Notario autorizante interpuso recurso ante el TSJ de Andalucía que fue desestimado.
- El Notario interpuso recurso ante la DGRN que fue estimado.

RECURSO ANTE EL TSJ DE ANDALUCÍA

1. Alegaciones del Notario recurrente.

Que frente a los defectos expuestos en el número 1.º de la nota de calificación, se mantiene que en la escritura consta claramente que se formaliza un negocio de aportación gratuita de un bien a la sociedad de gananciales, que es un medio legítimo para producir un desplazamiento patrimonial. Consta la existencia del título que exige el artículo 609 del Código Civil y se cumple la entrega de la finca por el otorgamiento de la escritura y también constan expresamente todos los requisitos exigidos para la validez del negocio, y así:

A) Que el negocio jurídico de aportación está tipificado en nuestra legislación como negocio traslativo del dominio, como resulta de los artículos 1667 y 1668 del Código Civil y 122 número 2 y 125 del Código de Comercio, de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada y Reglamento del Registro Mercantil; de los artículos 45.I.B).3 de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales; 88.I.B).3 de su Reglamento y de las Resoluciones de 28 de mayo de 1996, 11 de junio de 1993 que reiteran la doctrina de la Resolución de 14 de abril de 1989 y 7 de octubre de 1992; y, por último, la definición que de la palabra apor-

tar da la Real Academia Española en la acepción número 3.

B) Que en la escritura constan expresamente los requisitos exigidos para la existencia del contrato en el artículo 1261 del Código Civil: 1. Consta el consentimiento de los cónyuges, cuya capacidad para contratar entre ellos (artículo 1323 del Código Civil) está reconocida en las Resoluciones citadas y en las de el 2 de febrero de 1983 y 21 de enero de 1991. 2. El objeto cierto material del negocio jurídico de aportación gratuita a la nueva sociedad de gananciales es la vivienda descrita. 3. Que igualmente consta la causa del negocio de aportación, al decir que la realiza la esposa gratuitamente, según el artículo 1274 del Código Civil y Resoluciones de 11 de junio de 1993 y 28 de mayo de 1996.

C) Que no existe ningún precepto en nuestro ordenamiento jurídico que prohíba la aportación gratuita y el consiguiente desplazamiento patrimonial entre el patrimonio privativo de uno de los cónyuges y el consorcial, sin contraprestación o por liberalidad o pura beneficencia; ni puede pretenderse que en nuestro derecho toda disposición gratuita intervivos sea una donación.

Que en cuanto a los defectos que se atribuyen a la escritura en el número 2 de la nota de calificación, hay que señalar:

A) Que el negocio de aportación está tipificado en nuestro derecho y reconocido en las Resoluciones citadas.

B) Que negar que en nuestro derecho la onerosidad o en su caso, la gratuidad constituyen la causa de los contratos, es tanto como rechazar la literalidad del artículo 1274 del Código Civil y la doctrina de la Dirección General expuesta.

C) Que el negocio de aportación gratuita de una vivienda a la sociedad de gananciales no es contrario a las leyes: 1. Que los artículos 1346 al 1361 del Código Civil son de aplicación a una sociedad de gananciales ya nacida y funcionando y no a una sociedad de gananciales a la que coetáneamente a su

nacimiento se le aportan bienes. 2. Que si los terceros pueden realizar actos de liberalidad y no sólo mediante donación a favor de la sociedad, y sí conforme a la reiterada doctrina de la Dirección General de que la libertad de contratación entre los cónyuges, que recoge el artículo 1323 del Código Civil, permite la transferencia de bienes concretos entre las distintas masas de que son titulares y con base a ello ha de permitirse el negocio jurídico de aportación gratuita de un cónyuge a la sociedad de gananciales.

2. Alegaciones del Registrador.

Que la calificación contraria a la inscripción se funda en que:

A) No hay expresión de la causa con fuerza traslativa suficiente, pues no lo es el negocio de aportación o la aportación por sí sola.

B) Que la gratuidad no es causa que otorgue fuerza traslativa a la aportación, de tal modo que con la tradición instrumental se haya completado el proceso de transmisión del bien desde el patrimonio privativo de la esposa al ganancial, situándose esta pretendida transmisión fuera del ámbito del artículo 609 del Código Civil.

C) Que el consentimiento o mero acuerdo de los cónyuges, tal como está formulado en el título, no es suficiente para que se opere la transmisión del dominio de un patrimonio a otro o cambio de sujeto o titularidad del bien y que tampoco basta el consentimiento para que a ese bien se atribuya carácter ganancial, ya que ni se ha producido el cambio de titularidad ni la atribución tiene apoyo legal alguno.

D) Que a efectos de la publicidad registral, en la formación del pronunciamiento registral es impensable la exacta y obligada especificación de la naturaleza del título de transmisión.

E) Que rechazada la fuerza transmisiva de la aportación por falta o inexpressión de su causa material, la atribución de ganancia-

lidad que se pretende no es posible, por quedar fuera de los supuestos previstos en el Código Civil.

Que la problemática de fondo planteada por el recurso es de especial importancia y trascendencia civil y registral para la seguridad de tráfico jurídico inmobiliario, porque está en juego: 1. La teoría del título y el modo de adquirir el dominio y los demás derechos sobre bienes. 2. El concepto, único o plural de causa, como título, acto o contrato con fuerza para operar la transmisión. 3. La posible admisión en nuestro derecho de figuras totalmente extrañas al mismo, como son el consentimiento abstracto para transmitir. 4. Por último, en orden de la publicidad registral institucional, la vigencia o no del principio de negocio causal; o si, por el contrario, rige el principio de negocio abstracto inscribible.

Que el derecho civil español considera la causa como requisito de existencia del contrato que, a su vez, es la causa de la obligación que establece (artículo 1261.3.^º) y no da un concepto único de causa, sino tres, según se trate de contratos onerosos, remuneratorios o de pura beneficencia (artículo 1274). En este punto hay que citar las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1973, 28 de marzo de 1983, 19 de julio de 1989, 19 de noviembre de 1990, 11 de marzo de 1993 y 25 de mayo de 1995.

Que el recurrente afirma la tipicidad de la aportación como negocio que tiene su causa en sí mismo, como negocio traslativo de dominio que tiene su causa en la gratuidad, como incluido entre aquéllos a que alude el artículo 609 del Código Civil y admitir la inscripción del documento calificado supondría admitir que nuestro sistema de transmisión de bienes es abstracto y de mero acuerdo de transferencia, prescindiendo de negocio causal alguno. Que, en consecuencia, procede afirmar todo lo contrario, es decir, que nuestro sistema de transmisión es causal y no abstracto y que nuestro sistema de publicidad está regido por el principio del negocio causal. En el sistema hipoteca-

rio español hay que hablar del principio de negocio causal en el doble sentido de que es necesaria la existencia de un contrato o negocio obligacional y en el que es también necesario que conste en el título inscribible cuál es la causa jurídica del cambio real. Que nuestro sistema sea causal no ofrece ninguna duda en la doctrina actual. En derecho hipotecario la expresión de la causa es fundamental a efecto de obtener la inscripción en el Registro por las siguientes razones: a) Las palabras de la exposición de motivos de la Ley de 1994. b) El concepto de título inscribible. c) El principio de especialidad o determinación. d) El principio de calificación. Que la esencia del negocio causal es teóricamente fácil de entender, que nuestro sistema inmobiliario registral se apoya en los principios de tracto sucesivo y de negocio causal.

Que son varios los principios hipotecarios fundamentales que padecerían gravemente si se hubiere tomado el acuerdo de inscripción de la cláusula única del documento calificado; tales como: 1) El principio de negocio causal. Que la exacta especificación de la causa es imprescindible para acceder a la registración de cualquier acto traslativo. 2) El principio de especialidad o determinación. 3) El principio de tracto sucesivo. 4) El principio de calificación registral. 5) El principio de fe pública registral.

Que por último, en cuanto a los más importantes acuerdos de la Dirección General de los Registros y del Notariado en lo referente a la doctrina establecida sobre la aportación de bienes a la sociedad conyugal, hay que señalar las siguientes Resoluciones de 10 de marzo y 14 de abril de 1989, 25 de septiembre de 1990, 7 y 26 de noviembre de 1992, 11 de junio de 1993, 19 de enero de 1994 y 28 de mayo de 1996.

3. Resolución del TSJ de Andalucía.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía confirmó la nota del Registrador fundándose en que la Dirección

General ha matizado que es necesario que se precisen debidamente los elementos constitutivos del negocio de aportación y, en particular, su causa que debe especificarse exac-

tamente; pues bien, el vocablo gratuitamente no es suficiente para poder afirmar que tal exacta configuración se da, tal y como resulta de la Resolución de 11 de junio de 1993.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Notario recurrente.

El Notario recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que el auto citado dice expresamente que el vocablo gratuitamente no es suficiente para poder afirmar que con él queda exactamente especificada la causa del negocio de aportación, pero hay que señalar que incide en error manifiesto, pues la Resolución de 11 de junio de 1993, en ningún momento dice que el vocablo gratuitamente sea insuficiente para que la causa quede exactamente especificada. Que si la interpretación de dicho párrafo del auto es que, a juicio del excelentísimo señor Presidente, el vocablo gratuitamente empleado en la escritura calificada, no es suficiente para entender cumplido el requisito exigido por la indicada Resolución de que en la escritura conste la exacta especificación de la causa, el auto no respeta la doctrina de la Resolución en él alegada, ya que ésta considera que no se precisa debidamente la causa del negocio de aportación verificada en una escritura en la que se efectúa la aportación sin especificar para nada si tal aportación es gratuita o existe una contraprestación a favor del cónyuge aportante o si éste tiene o no un derecho de reembolso a su favor al disolverse la sociedad de gananciales, lo cual “sensu contrario”, que en el supuesto

de la escritura calificada que consta que la aportación es gratuita, la causa queda expresamente especificada, pues la aportación se hace por la mera liberalidad del cónyuge aportante y ésta es su causa.

2. Doctrina de la DGRN.

Es doctrina reiterada de este centro directivo (cfr. Resoluciones citadas en el “vistos”), que son válidos y eficaces cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges, y, por ende, entre sus patrimonios privativo y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto (vid. artículo 609 del Código Civil), entre los cuales no puede desconocerse el negocio de aportación de derechos concretos a la comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes, como categoría autónoma y diferenciada, con sus propios elementos y características y cuyo régimen jurídico vendrá determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales y, subsidiariamente, por la normativa general del Código Civil. En el presente supuesto quedan precisados debidamente dichos elementos y, especialmente su causa, pues se afirma que la aportación se hace con carácter gratuito, que es una de las causas recogidas en el artículo 1274 del Código Civil.

3. SUCESIONES

- 3.1. *Si del testamento resulta la existencia de dos hijos del testador, al no constar debidamente acreditado que la filiación de uno de ellos ha sido impugnada y prosperado la acción, ha de tenerse a ambos hijos como legitimarios del causante y por tanto será preciso para la validez de la partición el concurso de uno y otro.*

RESOLUCIÓN de 18 de abril de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Francisco falleció en Jerez de la Frontera el 20 de noviembre de 1991, habiendo dispuesto su última voluntad mediante testamento ológrafo, otorgado el 20 de agosto de 1991, el cual fue tramitado y averado ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de dicha ciudad, y en virtud del correspondiente mandamiento judicial con fecha 15 de junio de 1994 fue protocolizado ante Notario. En dicho testamento el causante instituyó heredero universal de todos sus bienes a su hijo don Víctor, impugnando el reconocimiento de otro hijo nacido durante su anterior matrimonio. Con fecha 15 de diciembre de 1994, ante el mismo Notario, se otorgó escritura de manifestación y adjudicación de herencia en la que comparece el representante del menor, instituido heredero en el testamento de su padre, antes referido.
- Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera número 2, fue suspendida la inscripción ya que sólo interviene representado un legitimario, pese a que del contenido del testamento ológrafo que se acompaña resulta la existencia de dos herederos forzosos, sin que se justifique con la correspondiente certificación del Registro Civil haberse efectuado la impugnación de la filiación paterna que parece derivarse del contenido del testamento, todo ello conforme a los artículos 113, 806, 807 y 808 del Código Civil.
- D.^ª Isabel interpuso recurso gubernativo ante el TSJ de Andalucía que fue desestimado.
- D.^ª Isabel interpuso recurso ante la DGRN que fue igualmente desestimado.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL TSJ DE ANDALUCÍA

1. Alegaciones de la recurrente.

Que en el testamento se instituye heredero al hijo, D. Víctor, y aunque se alude al otro hijo el testador no le atribuye ningún bien. Que no hay preterición en sentido técnico. Que al mencionar al otro hijo y no dejarle nada, no es el caso del artículo 814 del Código Civil, y, en todo caso, se trataría de una desheredación sin causa justificada, que sólo produce efectos a instancia del heredero, pero el Registrador no puede convertirse en Juez y ordenar la indispensable presencia de los que a su juicio sean herederos.

Que sería aplicable el artículo 850 del Código Civil, pero en ningún precepto del Código Civil ni de la Ley Hipotecaria se dice que el Registrador sea el árbitro de los problemas sucesorios.

Que, por otro lado, en el testamento se hace alusión a cosas concretas que el testador quiere que sean para su hijo, que al no atribuirse como herencia y ser bienes concretos, deben entenderse como legados y subsistir con arreglo al artículo 814 del Código Civil. Que si el presunto heredero impugna la partición, el hijo, D. Víctor, tendrá que discutir este asunto ante los Juzgados, pero el Registrador debe aceptar el testamento.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

Que dados los defectuosos términos en que está redactado el testamento, habría argumentos para encuadrar este caso tanto dentro del campo de la desheredación como de la preterición. Que la mayoría de la doctrina considera que la preterición regulada por el artículo 814 del Código Civil, en sus modalidades de errónea e intencional, tiene lugar solamente en el supuesto de omisión total del legitimario en el testamento. De to-

das maneras los efectos de la preterición intencional y de la desheredación sin expresión de causa son los mismos a la vista de los artículos 814 y 851 del Código Civil. Que en este punto hay que señalar lo que dicen las Resoluciones de 30 de abril de 1906 y 30 de junio de 1915.

Que para que exista tanto preterición intencional como desheredación justa o injusta se parte de una misma premisa que se considera no se da en el presente caso: Se trata de privar a un legitimario de la legítima que por derecho le corresponde. Sin embargo el testador en el testamento le niega el carácter de legitimario, impugnando el reconocimiento de un hijo que al parecer nació durante su matrimonio y que, según manifestaciones del presentante del documento, figura inscrito en el Registro Civil como hijo del causante.

Que mientras que no se impugne la filiación por el cauce del artículo 136 y siguientes del Código Civil, existe un título sucesorio del que resultan dos herederos forzosos de los cuales uno no ha intervenido en absoluto en la partición de la herencia, ni consta que haya renunciado a la misma, y si bien, la voluntad del testador es la primera ley de la sucesión, no es ilimitada sino que se encuentra condicionada y modalizada por el sistema de legítimas que se regula en los artículos 806 a 822 del Código Civil.

Que si bien es cierto que existe una enumeración de bienes concretos en el testamento, también lo es que el testador “declara heredero universal de todas sus pertenencias”, que enumera, al adjudicatario de la finca, sin que de la lectura del testamento pueda inferirse que su voluntad sea la de legarle el inmueble. Que, además, el único bien dejado por el causante a su fallecimiento, según la escritura de partición de herencia, es la finca cuya inscripción se pretende, que es adjudicada por el título de herencia y no de legado. Que si se parte de la base de

que del testamento resulta la existencia de dos legitimarios, no puede aplicarse el artículo 81 del Reglamento Hipotecario que sólo permite que el propio legatario otorgue la escritura de manifestación de legados cuando no hay legitimarios.

3. Alegaciones del Juzgado de 1.ª Instancia.

La Magistrada-Juez de Primera Instancia número 3 de Jerez de la Frontera, informó: Que se considera que el señor Registrador se ha extralimitado al acordar la suspensión de la inscripción por las razones alegadas, pues excede de su propia competencia analizar la validez del testamento, cuando lo pre-

tendido sólo fue la protocolización del testamento ológrafo.

4. Resolución del TSJ de Andalucía.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, confirmó la nota del Registrador considerando que el supuesto roza los límites entre la desheredación injusta y preterición intencionada, pues, aunque sus efectos son idénticos, no lo son en su operatividad; en el supuesto sometido a debate concurren una serie de circunstancias que conducen a afirmar que se está ante una preterición; y que del testamento se deduce con claridad que el llamado lo es a título de heredero.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: Que si bien es cierto que en el testamento ológrafo se habla de un segundo hijo, éste no es reconocido tal por el testador, pero sí es nombrado por el testador, aunque no le deje bien alguno; por tanto, no puede darse preterición en el sentido técnico, ya que son requisitos necesarios para que exista y se anule la institución de heredero, que la omisión sea total y que el preterido exista al morir el testador. Que en este caso al no haber preterición en sentido estricto, le corresponde las acciones del desheredado de los artículos 815 y 850 del Código Civil.

2. Doctrina de la DGRN.

Se suspende la inscripción de una escritura de manifestación y adjudicación de herencia en la que comparece exclusivamente la representante legal del menor instituido heredero en el testamento de su padre y causante de la sucesión. El título sucesorio, es un testamento ológrafo, averdado y protoco-

lizado, en el que se menciona la existencia de otro hijo reconocido anteriormente, si bien para negar su filiación. El Registrador suspende la inscripción por el defecto subsanable observado de no justificarse con la correspondiente certificación del Registro Civil haberse impugnado la filiación paterna en los términos que parece derivarse del contenido del testamento.

Establecida legalmente una filiación, ésta surte todos sus efectos en tanto no haya sido impugnada en los plazos y supuestos en que cabe hacerlo (artículo 112 del Código Civil). En el supuesto que nos ocupa del testamento resulta la existencia de dos hijos del testador por lo que no constando debidamente acreditado que la filiación de uno de ellos ha sido impugnada y prosperado la acción, ha de tenerse a ambos hijos como legitimarios del causante y por tanto será preciso para la validez de la partición el concurso de uno y otro (cfr. artículo 1058 del Código Civil).

Tras la reforma del Código Civil por Ley de 13 de mayo de 1981 resulta innecesario para determinar la ineficacia de una parti-

ción en la que no concurre el preterido, si se ha producido una preterición intencional de un heredero forzoso o una desheredación injusta. El resultado es, en todo caso, el no perjuicio de la legítima. No es preciso, por

tanto, incidir en la polémica que refleja el Auto apelado, acerca bien de existencia de preterición formal o material del legitimario no interviniente, bien de un supuesto de desheredación sin causa.

DERECHO COMPARADO

EL TRATAMIENTO JURÍDICO A LA UNIÓN DE HECHO EN CUBA

DRA. OLGA MESA CASTILLO

Prof. Titular. Facultad de Derecho Universidad de La Habana

SUMARIO

- I. PRESENTACIÓN DEL TEMA.**
- II. REGULACIÓN DEL CONCUBINATO EN CUBA: SU HISTORIA Y TRASCENDENCIA.**
 - 1. Equiparación del concubinato al matrimonio civil.**
 - 2. El matrimonio no formalizado y el nuevo concepto de matrimonio.**
- III. VALORACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL CONCUBINATO EN CUBA.**
 - 1. Concubinato-legalizado y concepto legal del matrimonio.**
 - 2. El matrimonio civil o formalizado.**
 - 3. Resumen de ideas.**

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

La unión conyugal “more uxorio”, alternativa del matrimonio legal, tan antigua en la historia como extendida en el planeta, está ganando espacio cada vez más como forma de unión de la pareja humana a nivel mundial, tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo.

Nos estamos refiriendo no a “nuevas” formas de convivencia conyugal post-modernas, que también se han incrementado, sino a la unión conyugal heterosexual, sin impedimentos, con plena capacidad matrimonial, estable y singular, que sin embargo surge a espaldas de la ley, llamada de diversas maneras en el decursar histórico y en las distintas áreas geográficas, pero que responde por excelencia a la denominación clásica de concubinato.

La regulación del concubinato y el reconocimiento, incluso constitucional de su existencia se ha ido generalizando, sobre todo en el continente latinoamericano, que ofrece para el mismo diversas formas de protección normativa. En este estudio analizaremos la forma “sui generis” con que Cuba lo aborda.

El reconocimiento jurídico del concubinato no tuvo lugar en Cuba hasta la proclamación de la Constitución liberal burguesa de 1940, pues si bien esta figura fue valorada en el Derecho Histórico español a través de la denominada barraganía, contemplada en las Siete Partidas, no trascendió al Código Civil español hecho extensivo a Cuba en 1889, tal vez bajo la influencia del Código Napoleónico.

Es conocida la frase de Napoleón en el Consejo de Estado, cuando trataba sobre la regulación del concubinato al redactarse el proyecto de Código Civil francés:

“Los concubinos se salen de la ley, la ley se desinteresa de ellos” y en relación con los hijos de esas uniones el mismo Napoleón afirmaba que “la sociedad no tiene interés en que sean reconocidos los bastardos”.

En contra del concubinato había más argumentos que su ilicitud; el reconocimiento del concubinato y la protección a los concubinos, representaba un ataque directo a la institución del matrimonio.

Posiciones intermedias partiendo de la noción de injusticia implícita que contiene el concubinato, consideraron no inmoral concederle efectos jurídicos para “reparar los daños causados sin derecho”, aunque no en el sentido de legalizarlo y darle apariencia de matrimonio (“el concubinato no se parece en nada al matrimonio, tampoco a un matrimonio de hecho o a un matrimonio aparente”). No puede tener apariencia de matrimonio pues le falta el consentimiento y la esencia jurídica en el vínculo matrimonial. Este (el consentimiento) es la causa y el vínculo es la esencia del matrimonio.

Estos argumentos y entrecomillados pertenecen al respetado profesor de la Universidad Panamericana de México, D.F. (hoy sacerdote) Alberto Pacheco Escobedo cuando expone que la esencia del matrimonio era inalcanzable por el concubinato, pero también era necesaria la reparación de la injusticia que este último provoca:

“Se insiste por tanto en la inmoralidad y como consecuencia en la ilicitud del concubinato. Este va contra las buenas costumbres y constituye siempre una falta consigo mismo (egoísmo que no desea comprometerse con la otra parte) pérdida de la honra para con los hijos (se viola su derecho inherente a toda persona humana a venir al mundo y ser educados en una familia) con la sociedad (mal ejemplo que todos debemos evitar)... Este constituye siempre una falta contra la justicia... y como es sabido toda falta contra la justicia debe ser reparada”⁽¹⁾.

Con esa concepción tan peyorativa pero al mismo tiempo protectora del concubinato⁽²⁾ la idea dominante en el continente era (y en alguna medida sigue siendo) que matrimonio es sólo el religioso o civil y el concubinato un ayuntamiento carnal de segunda categoría que crea injusticias para alguno de los concubinos y para terceros, que hay que reparar, pero jamás igualando el concubinato a la consideración de un matrimonio pues es su antinomia.

Por ello, la importancia de romper el tabú y comenzar al menos a protegerlo.

Ese honor le correspondió a México en su Código Civil de 30 de agosto de 1928, el que partiendo del concubinato único y no adulterino, con hijos o con duración no menor de cinco años, fallecido el concubino (allí se dice concubinario) la concubina y sólo ella tendría derechos hereditarios en la sucesión intestada de éste o derechos alimenticios en la sucesión testamentaria. Permitió la investigación de la paternidad en casos de concubinato, creó una presunción de filiación como consecuencia del mismo y otorgó al concubino sobreviviente una pensión alimenticia en caso de necesidad.

Es muy posible que esta regulación estuviera influida por la legislación soviética pues el Código de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia (RSFSR) de 1926 le reconoció fuerza jurídica no sólo al matrimonio civil, sino también a las uniones maritales de hecho.

(1) Pacheco Escobedo, Alberto: *La familia en el Derecho Civil Mexicano*, p. 151.

(2) El concubinato no es el amasiato, para algunos teóricos del Derecho de Familia tampoco la unión de hecho es concubinato, pues puede ser una unión de hecho adulterina o con impedimentos. Podríamos considerar al concubinato, sinónimo de barraganía o de amancebamiento. En el Derecho Comparado latinoamericano el concubinato recibe denominaciones diversas: Para el Código de Familia de El Salvador es unión no matrimonial, para el de Panamá, matrimonio de hecho, para el de Honduras, unión de hecho, para Bolivia, unión conyugal libre o de hecho, para el de Paraguay, unión de hecho y los unidos se denominan concubinos, para el de Cuba, unión no formalizada. El Código Civil de México lo denomina concubinato (concubina y concubinario), en Colombia son uniones maritales de hecho y los unidos son compañeros permanentes, entre otros ejemplos.

II. REGULACIÓN DEL CONCUBINATO EN CUBA: SU HISTORIA Y TRASCENDENCIA

1. Equiparación del concubinato al matrimonio civil

Esta filosofía y esta influencia aunque expresada en otros términos y ya con otras pretensiones fue la que inspiró a no dudarlo, doce años después el art. 43 de la Constitución Cubana de 1940, al establecer que:

Los tribunales determinarán los casos en que por razón de equidad, la unión entre personas con capacidad legal para contraer matrimonio será equiparada por su estabilidad y singularidad al matrimonio civil.

Con esta redacción se abre la posibilidad de que el beneficiado sea el concubino, lo que era impensable y poco viable en la realidad cubana de la década de los cuarenta. Los términos del enunciado reproducen la idea de hacer justicia, de equidad y esbozan, creo que por primera vez, la posibilidad de equiparar (no igualar) el concubinato al matrimonio civil, siempre que fuere por razones de hacer justicia. No se expresa nada sobre efectos retroactivos, pero se infieren y menos aún sobre la pertinencia de la unión putativa en esta clase de relación conyugal, beneficio que no era reconocido entonces para ella.

Para que comprendamos la posición de avanzada de Cuba al respecto, aclaremos que en otras Constituciones políticas contemporáneas a la de Cuba de 1940, como la de Costa Rica de 1949, no se expresa ni una sola palabra sobre la unión de hecho.

El mandato constitucional cubano de aplicar por vía analógica criterios matrimoniales a estas uniones de hecho, partía de valorar como institución de primera al matrimonio civil y de recabar por razones de equidad para la unión de hecho la equiparación de sus efectos con los de ese matrimonio. No se trataba de igualar, repetimos, sus efectos y mucho menos de igualar la propia institución del matrimonio civil al concubinato. Para entonces, el concepto legal del matrimonio se expresaba en el Código Civil, modificado por la ley de 29 de julio de 1918, como un contrato civil, único matrimonio válido al que podían acceder las parejas heterosexuales cubanas de entonces.

2. El matrimonio no formalizado y el nuevo concepto de matrimonio

Cuba parece haber sido abanderada en el Continente latinoamericano en incluir en su Constitución política de 1940, la posibilidad de equiparar la unión de hecho al matrimonio civil, en momentos en que tal pretensión era más o menos una herejía.

Treinta y cinco años más tarde el Código de Familia cubano de 1975 desarrolló su propia herencia legislativa del matrimonio equiparado y la trató de perfeccionar en el matrimonio judicialmente reconocido. La importancia que le confirió a la unión de hecho, entre nosotros matrimonio no formalizado, fue tan grande que incluyó su esencia consensualista ajurídica en el concepto de matrimonio; con ello cometió otra herejía: incluir los elementos definitorios del concubinato dentro del concepto de matrimonio.

El concepto eleva la voluntad de las partes como la esencia del matrimonio (concebida ésta, la voluntad, como consentimiento continuado, no inicial renovado de momento a momento; como en el concepto clásico de la “affectio maritalis”). Esto resulta así en el primer párrafo el art. 2.º:

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada de un hombre y una mujer con aptitud legal para ello, a fin de hacer vida en común.

No se habla, como en cualquier parte del Continente, acerca de que el matrimonio es la unión legal de un hombre y una mujer o un contrato solemne o un negocio jurídico, sencillamente el matrimonio es una unión voluntaria sin alusión a un sentido contractual o de negocio. Pero a seguidas se adiciona un segundo párrafo preventivo, anunciando que si tal unión voluntaria no se formaliza o se reconoce, no hay matrimonio.

La manera ambivalente con que el enunciado del segundo párrafo parece si no contradecir, al menos poner límites al primero, no se comprende por los estudiosos del Derecho de Familia latinoamericanos. La razón es obvia, matrimonio es matrimonio y unión de hecho, unión de hecho.

La “ratio legis” de esta concepción la encontramos bien definida en el Código de Familia de El Salvador cuando define al matrimonio como, la unión legal de un hombre y una mujer con el fin de establecer una plena y permanente comunidad de vida y a la unión de hecho como unión NO matrimonial, como una unión que no es un matrimonio.

De manera que estamos tocando la esencia misma de la institución matrimonial: el matrimonio es una institución eminentemente jurídica, da lugar a la familia legítima, la unión de hecho, un vínculo a espaldas del Derecho, crea la familia natural, aunque reciba la protección del Derecho. Cada clase de familia ocupa su lugar en la sociedad. No se concibe así que Cuba, convierta con carácter retroactivo el vínculo natural, en la misma clase de vínculo jurídico, pero no sólo reconociendo sus efectos civiles, sino calificándolo como verdadero matrimonio... si es que se legaliza.

De manera, que si una unión de hecho se legaliza deja de ser unión de hecho se convierte en matrimonio civil, aunque lo fuere sólo en pretérito, en el caso del reconocimiento judicial. Tal vez sólo la unión no formalizada se conserva como tal, cuando se aceptan las pruebas de su existencia (posesión cons-

tante del estado conyugal) para efectos determinados en determinados procesos, como admite el art. 22 del Código de Familia cubano.

Otra es la concepción latinoamericana de la unión de hecho: Veamos entre otros ejemplos semejantes el tratamiento que al tema que nos ocupa ofrece el Código de Familia de la República de Honduras aprobado en 1984. Empecemos por el concepto de matrimonio:

Art. 11.—Para todos los efectos previstos en este Código, solamente se reconoce el matrimonio civil celebrado, con los requisitos y formalidades establecidas en el mismo y con fundamento en la igualdad jurídica de ambos cónyuges.

En cuanto al tratamiento jurídico de la unión de hecho:

Arts. 45 al 63.—El Código de Familia de Honduras reproduce casi literalmente los arts. 18 y 19 del Código de Familia de Cuba, pero ofrece un tratamiento diferente del que Cuba establece para la formalización y el reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado (para ellos unión de hecho). La legalización de la unión de hecho puede obtenerse compareciendo los interesados ante el Alcalde Municipal, Presidente del Consejo Metropolitano del Distrito Central o ante Notario, para formalizar la unión de hecho, en presente, como tal unión hecho, si se llenan los requisitos exigidos y ello surtirá todos los efectos del matrimonio realizado legalmente.

También es posible solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho por una sola de las partes, si la otra ha muerto o se opone (tal y como nuestro reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado) pero en la sentencia se declarará la existencia de la unión de hecho, no de que existió un matrimonio, como en Cuba durante ese lapso, sino que fueron sencillamente concubinos, si bien las disposiciones del Código hondureño relativas a los deberes y derechos que nacen del matrimonio y el régimen económico de éste, tienen validez para las uniones de hecho, en lo que fueren aplicables. Como se observa, matrimonio es el civil y la unión de hecho, otro tipo de unión.

De esta suerte el tratamiento que ofrece Cuba a la problemática de la unión de hecho es absolutamente “sui generis” y el concepto de matrimonio que establece responde coherentemente al mismo: Hay un reconocimiento de la existencia sociológica de las uniones libres⁽³⁾, ellas están allí en la realidad social y son una expectativa de matrimonio civil si se formalizan con carácter

(3) “El matrimonio legal es la forma más generalizada de constituir familia en Cuba. No obstante esta preferencia no se manifiesta de igual manera en las distintas zonas de residencia”. Benítez Pérez, María Elena, Panorama Sociodemográfico de la Familia Cubana (1997), p. 106.

retroactivo (otro aporte original de Cuba) o si se reconocen por el Tribunal, en este caso, como matrimonio civil que fue y ya no es.

Por ello se ha expresado por más de un estudioso del Derecho de Familia latinoamericano que Cuba sencillamente no reconoce ni regula la unión de hecho.

III. VALORACIÓN DE LA REGULACIÓN DEL CONCUBINATO EN CUBA

Resulta curioso seguir las reflexiones sobre el tratamiento de la unión de hecho realizado por destacadas figuras latinoamericanas. Vamos a detenernos en dos de ellas, Augusto César Belluscio (Argentina) y Julián Güitrón Fuentesvillla (México).

El primero, en trabajo que presentó en la publicación extraordinaria de adhesión al “IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia”, publicación de la Universidad Nacional de Cuyo. En este artículo titulado “Derecho Constitucional y de Familia”, el propio autor comenta su ponencia presentada al “IX Congreso Mundial sobre Derecho de Familia” celebrado en ciudad de Panamá en el año 1996, titulada “Derecho Constitucional Familiar en las Constituciones Americanas y Europeas”. Reproduzco parte de sus consideraciones sobre la valoración de las uniones de hecho en las Constituciones latinoamericanas ⁽⁴⁾:

“Otro aspecto también concreto de las Constituciones es la equiparación de la unión de hecho al matrimonio, equiparación que surgió en los países latinoamericanos como consecuencia de la existencia de grupos de población que recurrían a la unión de hecho sin pasar por el matrimonio. La regulación de este tema ha venido extendiéndose hasta ser tocado inclusive por la Constitución de una provincia argentina. También en esto las soluciones son distintas.

Yo considero que pueden distinguirse cuatro grupos de Constituciones en este aspecto. Unas dan efectos amplios a la unión de hecho, es decir, equiparan los efectos de la unión de hecho con los del matrimonio, pero para que se produzcan esos efectos requieren que exista habilidad nupcial, de manera que la unión de hecho de personas afectadas por un impedimento matrimonial no tendría los efectos del matrimonio. Ocurre así en Bolivia, Panamá y Uruguay.

Un segundo grupo requiere también habilidad nupcial, pero le da solamente efectos limitados. Así ocurre en Ecuador y en Perú, donde la unión estable de un varón y una mujer libres de vínculo matrimonial con otra persona da lugar a

(4) Belluscio Augusto, César: *Derecho Constitucional y de Familia*, p. 41.

una sociedad de gananciales. La protección es así menor porque, además de requerirse la habilidad nupcial, los efectos no son totales, no son todos los efectos del matrimonio, sino solamente los patrimoniales.

Un tercer grupo no requiere habilidad nupcial pero asigna a la unión efectos limitados. En el art. 226, párrafo 3 de la Constitución brasileña, se establece que a los efectos de la protección del Estado es reconocida la unión estable del hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en casamiento; es decir da la protección del Estado, pero no los efectos propios del matrimonio.

Por último, dejan librada la regulación de las consecuencias de la unión de hecho a la ley, sin establecer concretamente cuáles son ellas, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua.

En la Argentina se produce una anomalía porque hay una provincia argentina que se refiere a la unión de hecho” (5).

En ninguno de los cuatro grupos de Constituciones latinoamericanas ordenadas sobre este aspecto (equiparación de la unión de hecho al matrimonio) Belluscio vio a la Constitución cubana. Reconoció eso sí en la Constitución cubana una protección genérica al matrimonio (art. 35 primer párrafo) no deteniéndose en el concepto de matrimonio que enuncia el art. 36 pues allí no apreció para nada la unión de hecho.

Veamos ahora las consideraciones de Güitrón Fuentevilla formuladas en su ponencia “Últimas Tendencias Legislativas y Jurisprudenciales a Nivel Internacional del Concubinato” presentada al “X Congreso Internacional de Derecho de Familia” celebrado en Mendoza, República Argentina en 1998. Reproduzco, seleccionando los párrafos más atinentes, su valoración sobre el concubinato en la legislación familiar vigente en Cuba. (6).

“Curiosamente, contra lo que uno puede pensar de lo que ocurre dentro de la República de Cuba en materia familiar, sorprende en principio que habiendo puesto en vigor su legislación familiar que recibe el nombre oficial de Código de Familia... no consigne el término concubinato, no se refiera a esta figura y por el contrario nos hable... del matrimonio no formalizado.

Dentro de los 166 artículos que componen este Código de Familia y en sus 11 disposiciones transitorias y en las 3 finales, no hay una referencia a este término tan común y que en esta legislación, desde nuestro punto de vista, se le llama del matrimonio no formalizado.

(5) Se refiere a la Constitución del Chaco.

(6) Güitrón Fuentevilla, Julián: *Últimas tendencias legislativas y jurisprudenciales a nivel internacional del concubinato*, p. 243.

...Nos apoyamos en el concepto legal de matrimonio cubano, para hacer referencia a lo que ellos llaman el matrimonio no formalizado y que habrá que considerar si estamos o no en presencia de una unión que pueda producir efectos jurídicos como hecho y no como acto jurídico, cuando ese matrimonio no llega a formalizarse.

El artículo 18 de la ley comentada ordena... (lo que constituye)⁽⁷⁾ el supuesto jurídico que la doctrina en general, a nivel internacional, identifica como concubinato... Esto significa que esta relación así debe darse, obviamente estamos ya en presencia de un concubinato.

El otro elemento es el que nos permite inferir que no habrá efectos jurídicos propiamente dichos como en un concubinato, porque éste no está regulado en el Derecho familiar cubano.

Este elemento exigido es que se formalice legalmente ante un Tribunal competente, si no lo es, no surtirá efectos jurídicos, en virtud de que al ser reconocido se convertirá en matrimonio y mientras no lo esté, estaremos en presencia de una unión de hecho que no se puede negar que va a producir consecuencias jurídicas, pero definitivamente no caerá en lo comúnmente conocido como concubinato.

Por otro lado, para tener la posesión constante del estado conyugal al hablarse de un proceso civil, penal o administrativo y que no se pueda probar la existencia de esa unión, será suficiente demostrar este estado conyugal, lo que nos lleva a la conclusión de que el Derecho Familiar cubano, de una manera irregular, le da efectos a esta unión de hecho...

En conclusión, de acuerdo con lo que señala el Código de Familia cubano, esa unión de un hombre y una mujer que pueden casarse y tener una relación estable, se considerará como un matrimonio y no como un concubinato, cuando un Tribunal competente lo reconozca. En otras palabras, al darse la declaración en la sentencia judicial de que esa unión reúne los requisitos, estaremos en presencia de un matrimonio que además surtirá sus efectos como señala el precepto del art. 19 ya citado, retroactivamente a partir de cuando se inició esa unión.”

Como es de apreciar, se aproximó el distinguido profesor mexicano a nuestra especial manera de apreciar y legitimar al concubinato.

1. Concubinato-legalizado y concepto legal del matrimonio

Podemos concluir diciendo entonces que Cuba sí reconoce la unión de hecho; que la unión no formalizada es para nosotros el concubinato que tiene

(7) Adición entre paréntesis explicativa de esta autora.

vida en la realidad social como hecho sociológico y jurigénico, si este hecho se legaliza y se convierte en acto jurídico, como una crisálida que se vuelve mariposa, el concubinato, unión no formalizada, se vuelve matrimonio civil.

El concepto de matrimonio establecido en el primer párrafo del artículo 2.^o del Código de Familia integra armónicamente estos intereses ambivalentes, define la esencia de la unión conyugal en la voluntad concertada libre de ataduras jurídicas de un hombre y una mujer con la finalidad de una convivencia común. Recoge así implícitamente, como hemos expresado antes, la definición del concubinato dentro del concepto de matrimonio pero sólo le da expectativas de validez jurídica en el segundo párrafo, si esta unión libre, de hecho, se reconoce o se formaliza.

De este modo, si partimos del primer enunciado, el matrimonio es un hecho jurídico, en el segundo se convierte en acto jurídico.

Por otro lado, en realidad, la noción de acto jurídico no contradice la noción de hecho del que dimana, sin dejar de serlo, sólo que ahora investido conscientemente de la facultad de trascender al Derecho: pero de esta dilogía conceptual, enunciada en los dos párrafos del artículo 2 del Código de Familia, es natural que hayan surgido definiciones distintas sobre la naturaleza jurídica del matrimonio cubano, según se aprecie el precepto en su conjunto o por separado, algunas de las cuales vamos a reproducir aquí sin abundar en los argumentos que sus autores expusieron en su momento para sustentarlas⁽⁸⁾.

El recordado profesor Daniel Peral Collado⁽⁹⁾, partiendo del segundo párrafo del mentado artículo, define la naturaleza jurídica del matrimonio en Cuba, como:

“Acto Jurídico semejante al negocio jurídico pero no específicamente un negocio jurídico o contrato”

A su vez el reconocido jurista Raúl Gómez Treto⁽¹⁰⁾ en ponencia colectiva, tomando en consideración ambos párrafos define la naturaleza jurídica del matrimonio en Cuba de esta manera:

“El matrimonio es realmente una institución político-social que puede o no reflejarse en la superestructura jurídica de la sociedad”.

(8) Mesa Castillo, Olga: *Derecho de Familia (Módulo 2)*, pp. 26, 27, 28.

(9) Profesor que fuera, entre otras de Derecho Civil, de la asignatura Derecho de Familia en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (ya fallecido).

(10) Presidente que fuera de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia de la Unión Nacional de Juristas de Cuba (ya fallecido).

Por último esta autora intentó otra definición:

“El matrimonio es una institución social y jurídica que se sustenta en la soberana voluntad de los contrayentes”.

2. El matrimonio civil o formalizado

Visto de este modo el concepto legal del matrimonio en Cuba es absolutamente original dentro del contexto latinoamericano, emerge como consecuencia de una singular experiencia histórica, debatido el legislador entre el concubinato y el matrimonio civil, tratando de no disminuir al primero frente al segundo, expresando incluso como objetivo unificado del Código de Familia que tendía al fortalecimiento del matrimonio ya fuere éste legalmente formalizado (matrimonio civil) o judicialmente reconocido (concubinato legalizado).

“El objetivo tiende realmente a expresar, más que el propio fortalecimiento del matrimonio, el fortalecimiento de su legalización, ya que el reconocimiento judicial del matrimonio no formalizado tiene lugar cuando ya dejó de existir el matrimonio según el propio ordenamiento jurídico del Código”⁽¹¹⁾.

Constituyendo entonces el matrimonio civil o formalizado la única opción legal conyugal a la que pueden aspirar los contrayentes o “compañeros” (sin exceptuar los que prueben para ciertos propósitos, sin pretensiones de legalizar la unión, la posesión constante del estado conyugal) ya fuere formalizando la unión a través de un acto jurídico instantáneo, confiriéndole carácter retroactivo o no al momento de iniciada la misma (con efectos plenos de matrimonio civil) o reconociendo judicialmente la unión que ya no existe (efectos limitados del matrimonio civil), es obvio que deben contemplarse las prohibiciones de contraer matrimonio, también para la unión no formalizada, lo que obliga en el caso de la regulación cubana del matrimonio a una verdadera interpretación con carácter retroactivo de los impedimentos matrimoniales y de los beneficios del matrimonio putativo, en expectativa de que ésta pretenda su legalización y se convierta en matrimonio civil.

Así, aunque parezca paradójico el matrimonio civil (o formalizado) es en Cuba el único y verdadero paradigma de unión conyugal, que da lugar a una sola clase de familia, la legítima. Por ello al matrimonio formalizado le dedicaremos las palabras finales de estas valoraciones.

La primera característica que resalta de los requisitos exigidos para legalizar la unión conyugal (que por supuesto entre otras exigencias debe ser monó-

(11) Clemente Díaz, Tirso; Mesa Castillo, Olga: *El concepto de matrimonio en el Código de Familia. Breve análisis desde el Derecho Romano* (en edición).

gama, heterosexual y con aptitud legal) es la supresión de un requisito de capacidad física en los contrayentes, pues éstos pueden sufrir de impotencia generandi o coeundi⁽¹²⁾. En otras palabras no es causa de ineptitud nupcial ser estéril o carecer de órganos genitales para la realización de la cópula carnal.

Dicho así, debemos valorar para los fines del matrimonio las consecuencias de esta supresión de impotencia maritales.

Es evidente, que no es un fin jurídico del matrimonio cubano, la procreación (la presencia de la impotencia generandi no anulaba tampoco el matrimonio en la legislación familiar pasada contenida en el Código Civil español, derogado), pero igualmente no es un fin ahora la actividad sexual, que sí lo era antes, dado que sin la consumación carnal el matrimonio podía anularse.

Para la doctrina canónica que dominaba esta preceptiva la consumación del matrimonio era consustancial, pues si la finalidad del matrimonio era la procreación, si alguno de los cónyuges no podía consumir el coito, mediante el cual podría engendrar hijos, no había posibilidad ninguna de matrimonio. Por demás la distinción entre el matrimonio consumado y no consumado era importante en orden a la perfección del matrimonio por su incidencia en el tema de la indisolubilidad del vínculo.

La actividad sexual dentro del matrimonio (el remedio de la concupiscencia) era un fin secundario, “que por su naturaleza está subordinado al fin primario de la generación”⁽¹³⁾.

Eliminado así de la legislación cubana este fin secundario del matrimonio canónico que surgía de un derecho recíproco sobre los cuerpos de los cónyuges en orden a los actos propios para engendrar, entre nuestros cónyuges parece imposible que prospere (a lo menos están relevados legalmente) del cumplimiento del llamado débito conyugal o carnal que se expresa con la “unión génito-sexual que es exclusiva del matrimonio”⁽¹⁴⁾.

La recíproca obligación sexual entre los cónyuges, deber y derecho de los mismos de realizar el acto carnal cuando uno le solicite al otro (siempre con el fin primario de la procreación) ha sido celosamente respetada a través de la doctrina del derecho matrimonial canónico, incluso impugnando la pertinencia del delito de violación dentro del matrimonio.

La supresión de este requisito de capacidad física entre los contrayentes, ha sido también sorprendentemente adoptado en España por la ley de 7 de julio de

(12) De acuerdo con la tradición canónica, la impotencia que constituye impedimento dirimente es la “impossibilitas coeundi”, no la esterilidad (pues la generación es un misterio que a Dios sólo toca regular).

(13) Souto Paz, José Antonio: *Derecho Canónico Tomo II*, p. 69.

(14) Chávez Asencio, Manuel F.: *Matrimonio compromiso jurídico de vida conyugal*, p. 52.

1981 que reformó la regulación del matrimonio en el Código Civil. Así nos lo informa el eminente profesor Manuel A. cuando comenta la eliminación de la ineptitud por impotencia: “ No importa pues hoy la aptitud sexual de ninguno de los contrayentes, ni siquiera la falta total y absoluta de órganos genitales. Es pues válido el matrimonio civil contraído por quienes no pueden efectuar cópula ⁽¹⁵⁾.”

Ello, obviamente, eleva la espiritualidad del matrimonio, lo convierte en algo más que el ayuntamiento carnal, acercándose al ideal de sublime penetración, inclinación recíproca, camaradería, apoyo moral, ayuda mutua, particularmente en la edad propecta, en las situaciones difíciles; algo parecido al ideal de Engels también paradójicamente llamado “amor sexual individual”.

Elucubrando sobre posiciones homofóbicas constituye sin duda un resquicio legal para la introducción del matrimonio homosexual.

Mas detenernos en disquisiciones teóricas acerca del Derecho Matrimonial cubano podría ser objeto de otro trabajo. Baste por ahora saber, que a nuestro matrimonio civil le informan también principios doctrinales esenciales ⁽¹⁶⁾ que sólo dejo por ahora esbozados:

- El principio personalista (relación interpersonal única que se realiza entre dos personas creando una comunidad de vida).
- El principio del consentimiento (que se evidencia en el enunciado del tantas veces mencionado art. 2.^o en su primer párrafo).
- El principio institucional (en razón de la importante función que en el seno de la sociedad cumple el matrimonio, el legislador establece un conjunto de limitaciones a la autonomía de la voluntad de los cónyuges).
- El principio del favor matrimonii (en atención al aprecio y valoración que le merece, el legislador somete la institución del matrimonio a una regulación especial).
- El principio de la forma [la propia Constitución de la República le otorga en sentido general en su art. 36 (último párrafo) el carácter de acto jurídico formal, cuando establece que la ley regula la formalización, reconocimiento y disolución del matrimonio y los derechos y obligaciones que de dichos actos se derivan].

⁽¹⁵⁾ Albaladejo, Manuel: “Curso de Derecho Civil. Tomo IV” *Derecho Familia*, pp. 49, 50.

⁽¹⁶⁾ Tejero Morcate, Carlos A., López González, Sandra: *Disquisiciones teóricas acerca del Derecho Matrimonial* (Trabajo de Diploma, bajo mi dirección), pp. 67 a 90.

3. Resumen de ideas

El tratamiento jurídico que brinda la legislación vigente en Cuba a la unión de hecho, denominada “unión no formalizada”, se enlaza al concepto legal de matrimonio establecido en la propia legislación, en cuyo enunciado queda im-bíbta.

De esta suerte, al legalizarse la unión de hecho o “no formalizada”, no sólo surten para ella los mismos efectos del matrimonio civil, sino que se convierte ella misma en un matrimonio civil, desde el momento de iniciada y en esos términos es inscrita.

Podríamos afirmar entonces que el concubinato legalizado (matrimonio formalizado con carácter retroactivo o judicialmente reconocido) es matrimonio civil, única forma jurídica conyugal admitida por la legislación cubana, quedando reducida la expresión jurídica de la unión de hecho, o no formalizada, como tal unión concubinaria, a la probanza de su existencia (sin pretensiones de legalización de la unión) para fines definidos en determinados procesos.

Esta singular regulación de la unión de hecho, deviene en un aporte original de Cuba al Derecho de Familia latinoamericano y se inscribe en el propósito del legislador familiar de desarrollar un objetivo fundamental del Código de Familia cubano, el de fortalecer la legalización de las uniones conyugales para que accedan a una sola forma de matrimonio civil que origine una sola clase de familia legítima.

DERECHO CANÓNICO

INCIDENCIA DE LA INMADUREZ PSICO-AFECTIVA EN EL MATRIMONIO CANÓNICO

INMACULADA MARÍN CARMONA

*Ltrado de la Rota española
Abogado*

M^º. SOLEDAD BENÍTEZ-PIAYA CHACÓN

Abogado

SUMARIO

- I. **PREÁMBULO.**
 - II. **RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA PERSONA MADURA E INMADURA EN LA PSICOLOGÍA.**
 - 1. **Rasgos que debe poseer una personalidad madura.**
 - 2. **Rasgos que debe poseer una personalidad inmadura.**
 - III. **MADUREZ/INMADUREZ EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CANÓNICO. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES.**
 - IV. **BIBLIOGRAFÍA.**
-

I. PREÁMBULO

Partiendo del reconocimiento del derecho natural que posee todo hombre al matrimonio (*ius connubii*), la Jurisprudencia canónica ha venido matizando la interpretación que ha de darse a las normas que establecen las condiciones mínimas requeridas para contraerlo.

Con ese fin, confirma, que no se necesita un grado de conocimiento sumo o muy técnico acerca del matrimonio, ni tampoco es necesario tener un perfecto sentido del mismo en todos los ordenes de la vida: jurídico, ético, social, etc.; sin embargo, sí se requiere, al menos, que los contrayentes sean capaces de captar parcialmente, en el grado necesario, aquello que asumen y, por tanto, aquello a que se comprometen, al prestar su consentimiento matrimonial; ya que el matrimonio es una de las decisiones más graves que pueden tomar los hombres, porque en ella implican toda su vida.

El matrimonio lo produce el consentimiento matrimonial, tal como establece el canon 1057 del Código de Derecho Canónico, consentimiento que debe ser consecuencia de una decisión personal de los propios cónyuges; una decisión seria y comprometida, una decisión total y radical que actúa y pone en acto una intercomunicación⁽¹⁾ con “el otro conyugal”, que debe tender al logro de la máxima intimidad, a un intercambio de peculiaridades psicológicas y a una complementariedad de toda la persona de los cónyuges⁽²⁾.

Para realizar ese acto de decisión, el agente que lo presta, ha de poseer la suficiente capacidad o madurez.

La pregunta entonces que nos asalta es ¿qué grado de madurez es el necesario o mínimo exigido para contraer matrimonio canónico? Y la respuesta, tema de continuo estudio por la Doctrina y Jurisprudencia canónicas, no puede ser otra: “aquel grado de madurez que sea proporcional a los derechos y obligaciones que se engloban dentro de la llamada comunidad de vida y amor en que consiste el matrimonio canónico”.

Por tanto, y si decimos que el matrimonio compromete la totalidad de la vida de las personas que lo contraen, estamos afirmando que las obligaciones y los derechos que comporta dicha institución son de una importancia tal que necesitarán para ser asumidos una madurez más completa que la que se requiere para realizar otros actos de menor trascendencia.

Esta afirmación, sin embargo, no debe interpretarse en el sentido de convertir el matrimonio en un derecho inalcanzable para la mayoría de las personas. Al contrario, esas disposiciones tan especiales de los contrayentes habrán de ser estudiadas caso por caso y siempre deberán compaginarse con el derecho humano a contraer matrimonio.

(1) S. Panizo, *La inmadurez de la persona y el matrimonio*, Salamanca, 1996, p. 16. “La elección del cónyuge por constituir una opción fundamental de la vida humana requiere a los protagonistas unos niveles muy especiales y significativos de compromiso, de juicio y deliberación, de libertad, de madurez y equilibrio personal, de capacidad oblativa...”.

(2) H. Thomae, *Dinámica della decisione umana*, Pas-Verlag- Zurick, 1964, p. 203.

Por ello, en el intento de dar una adecuada respuesta a los interrogantes que cada causa de nulidad plantea, los Tribunales de la Iglesia han buscado la ayuda y colaboración de otras ciencias complementarias como la medicina, la psiquiatría, la psicología, etc., y se han abierto a los adelantos médico-científicos para lograr un más completo conocimiento de ámbitos técnicos necesarios para el descubrimiento en materias tan importantes a este cometido.

Todo ello ha causado un evidente progreso jurisdiccional y una modernidad en los actuales planteamientos canónicos en las causas de nulidad matrimonial por incapacidad psíquica.

II. RASGOS CARACTERÍSTICOS DE LA PERSONA MADURA E INMADURA EN LA PSICOLOGÍA

Sin olvidar que las ciencias psiquiátricas son un apoyo a la labor del juez, la jurisprudencia ha dejado sentado el criterio de que la validez del consentimiento matrimonial es una cuestión estrictamente jurídica, por lo que ha de ser el Juez canónico quién la determine.

La labor del perito en una causa de nulidad de matrimonio es de asesoramiento técnico, estudiando el caso concreto y emitiendo un informe que determine las condiciones psicológicas que concurrían en la personalidad del contratante en el momento de dar el consentimiento. Y aun cuando se reconoce el importante servicio que dichas ciencias siguen aportando al estudio de los casos concretos que se plantean en los Tribunales, no dejamos de poner de relieve que el concepto de madurez-inmadurez que nos interesa es el canónico, no el que tienen algunas corrientes psicológicas⁽³⁾.

Pese a ello, reconociendo la cada vez mayor aportación que la psicología ofrece a todos aquellos que nos dedicamos al tema matrimonial, expondremos los rasgos distintivos de la personalidad madura e inmadura.

(3) Sentencia c. Masala, de 17 de diciembre de 1985, en M.E. 1987, I-II, p. 190 "... psiquiatras y juristas ni siquiera se ponen de acuerdo en definir unívocamente el mismo concepto de madurez psíquica y no se ponen de acuerdo sencillamente porque no pueden, al manejar y tener en sus manos categorías variables y muy relativas que se hallan en función de la individualidad y diversificación que son connaturales a la misma idea concreta de persona humana... y la Jurisprudencia al analizar el concepto de madurez ofrecido por las ciencias psicológicas o psiquiátricas señala que el mismo adolece de una gran indeterminación al no existir unas normas precisas con arreglo a las cuales dicho concepto pueda ser evaluado".

1. Rasgos que debe poseer una personalidad madura ⁽⁴⁾:

- Conocerse uno mismo, que constituye el gran enigma del ser humano y que debe convertirse en su principal logro, ya que sólo así podrán darse las condiciones necesarias para la verdadera realización personal: Ser realista y, a la vez, exigente con las propias posibilidades.
- Contar con unas señas y con un modelo de identidad al que ajustarse, que implica asumir el propio rol personal, ya que el hombre actual, por el influjo de los medios de comunicación de masas, ha perdido la orientación que emana de uno mismo, dejándose guiar, hacer y proyectar por “otros” sin preocuparse de pasar todo esto por el tamiz de los propios criterios. El hombre se ha despersonalizado.
- Naturalidad, con significado de sencillez, estabilidad y armonía-unidad de los distintos estratos de la personalidad; presentándose y aceptándose la persona tal como es en todos los aspectos de su vida, sin necesidad de aparentar ni falsear la propia realidad.
- Capacidad de tener y poner en marcha un proyecto de vida, en que se asocien armoniosamente el ayer, el hoy y sobre todo el mañana.
- Tener una actitud y una organización temporal sana, que significa vivir en el presente habiendo asumido el pasado y estar proyectado hacia el porvenir.
- Tener autocontrol o ser dueño de uno mismo, lo que consiste principalmente en no perder las riendas de uno mismo por problemas de escasa entidad, manteniendo la proporcionalidad entre el estímulo y la respuesta.
- Madurez de la sexualidad que no queda reducida a lo puramente físico, sino que comporta un intercambio completo de elementos físicos, psicológicos, espirituales, sociales y culturales.
- Tener una correcta y armónica constitución corporal y fisiológica, porque muchas anomalías y trastornos de la personalidad arrancan de un defecto en estas dos vertientes.

2. Rasgos que debe poseer una personalidad inmadura.

La inmadurez afectiva es, en sí misma, un trastorno psíquico del equilibrio afectivo de la persona, que se caracteriza, según nos exponen H. Ey —P. Ber-

⁽⁴⁾ E. ROJAS, “La personalidad equilibrada”, en *Diario ABC*, de 4 de agosto de 1985, p. 40; mismo autor “Indicadores de inmadurez”, en *Diario ABC*, 10 de enero de 1989, p. 42. En: S. Panizo Orallo, *La inmadurez de la persona y el matrimonio*, Salamanca, 1996, p. 22. Ver también, J. De las Heras, *Conócete mejor*, 4.ª ed., Madrid, 1998, p. 43.

nard— Ch. Brisset en su tratado de psiquiatría, Toray — Massón, Barcelona 1975, p. 558., por los siguientes rasgos distintivos⁽⁵⁾:

- Exagerada fijación de la imágenes parentales.
- Gran necesidad de protección.
- Falta de autonomía (personalidad dependiente).
- Limitación del interés a la propia persona (narcisismo o egoísmo) o al estrecho campo de su actividades y sus pequeños provechos.
- Un egoísmo muy particular hecho de susceptibilidad, vanidad y terquedad.
- Mayor dificultad, a veces una absoluta incapacidad, para solucionar los propios conflictos, que termina resolviendo mediante soluciones fallidas que se asemejan a mecanismos de defensa neuróticos.
- Descarga desproporcionada de la tensión emocional debida a su inestabilidad instinto-afectiva.
- Agresividad y rigidez (inhibición, oposición, terquedad, desafío, desinterés).
- Mecanismos de compensación torpes (mitomanía, robo, delincuencia).
- Inseguridad e inestabilidad emocional.
- Falta de responsabilidad.

Por su mayor incidencia en la práctica jurídica vamos a realizar un breve análisis de algunos de los rasgos de una personalidad inmadura.

* Exagerada fijación de las imágenes parentales:

Se da en el adulto que aún mantiene una excesiva dependencia afectiva respecto a sus padres, permanecen “fijados” en el estado infantil, conducta frecuentemente reforzada por una actitud de sobreprotección de los padres.

* Personalidad dependiente:

Las personas afectadas tienen una actitud esencialmente pasiva, dejando que sean los otros los que asuman sus responsabilidades y decidan por ellos, especialmente cuando se trata de asuntos importantes, actitud que obedece a una gran inseguridad y falta de confianza en uno mismo, consecuencia de haber realizado una pobre valoración de las propias capacidades y valía personal.

⁽⁵⁾ J. DE LAS HERAS, *Conócete mejor*, 4.^a ed. Madrid, 1998, p. 147.

* Descarga desproporcionada:

El sujeto a veces se comporta de un modo sorprendente, se enfada exageradamente por una nimiedad, y reacciona con una agresividad totalmente desproporcionada. Son anomalías del control de los impulsos.

* Limitación del interés a la propia persona:

Son personas que tienden a supervalorarse y rendirse culto a ellos mismos, son seres necesitados de admiración que se caracterizan por una falta de naturalidad y espontaneidad y por una incapacidad afectiva que les lleva a la inestabilidad emocional. Tienen también una alta despreocupación por los intereses ajenos.

* Inseguridad.

El rasgo más evidente es la falta de capacidad para tomar decisiones que se debe a una disminución del concepto de las propias capacidades. Se suele asociar a un carácter retraído o inhibido. Se sumergen en un mar de dudas y ansiedad que no favorece nada la función deliberativa y electiva: Difícilmente tienen el equilibrio ni la quietud necesarias para sopesar adecuadamente los motivos y contramotivos en sus decisiones.

* Irresponsabilidad:

Este rasgo hace a una persona incapaz de responder a sus propios actos, errores y obligaciones. Le es muy difícil mantener sus compromisos con lealtad y fidelidad porque carece de la estabilidad necesaria y está caracterizado por la impulsividad.

III. MADUREZ/INMADUREZ EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CANÓNICO. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

El Papa Juan Pablo II, en su discurso a la Rota Romana, de 5 de febrero de 1987, hace una interpretación sobre la incidencia de la inmadurez en los procedimientos de nulidades canónicas, afirmando que no se pueden confundir madurez psicológica y madurez canónica. Y ello porque mientras la primera se refiere al momento final o punto de plenitud y llegada en la evolución del desarrollo de la persona; por el contrario, la madurez canónica representa “el punto mínimo necesario para la validez del matrimonio”.

Para el derecho, por tanto, significa capacidad mínima del sujeto para poner el acto jurídico. Y ello, porque se propone solamente salvar la validez radical de dicho acto. El derecho trata con categorías jurídicas, no con categorías psiquiátricas.

Igualmente, el Sumo Pontífice, afirma que sólo la incapacidad, y no la dificultad para prestar el consentimiento y para realizar el consorcio conyugal hace nulo el matrimonio.

Pues bien, tratándose de la madurez requerida para el matrimonio, las normas jurídicas, establecen unas edades mínimas contenidas en el canon 1083 y concretadas actualmente en la edad de 14 años para la mujer y 16 años para el varón. Estas normas generan la presunción legal de que a esas edades las personas pueden poner el acto válidamente, es decir, pueden prestar su consentimiento matrimonial.

En opinión de un cierto sector doctrinal, al fijar la edad mínima ha habido una tendencia a identificar madurez sobre todo con el ámbito fisiológico-sexual de la persona, sin tener muy en cuenta que en la pubertad el sujeto atraviesa por un proceso de cambios o metamorfosis, que en opinión de psiquiatras y psicólogos, le impiden realizar las actividades necesarias para entender y valorar el significado y compromiso que el matrimonio le supone.

En este punto debemos citar la sentencia c. Masala, de 17 de diciembre de 1985, la cual, entre otros pronunciamientos, reconoce que, en los tiempos actuales, en regiones de Europa no puede considerarse de suyo plenamente maduro para el matrimonio al joven antes de los 23 años y a la joven antes de los 20. Esta sentencia acoge y hace suyos los criterios de la ciencia psiquiátrica moderna afirmando que el adolescente, por las condiciones y deficiencias de su edad, no dispone de una madurez de juicio o afectiva proporcionada al matrimonio, ya que su propia inestabilidad es incompatible con la asunción responsable de obligaciones de futuro permanente.

De hecho, el propio parágrafo 2.^o del canon 1083 del C.I.C. declara: “puede la Conferencia Episcopal establecer una edad superior para la celebración lícita del matrimonio” y, en el caso concreto de la Conferencia Episcopal española la edad fijada ha sido 18 años⁽⁶⁾.

Pese a todo ello, la Jurisprudencia mayoritaria sigue manteniendo que desde el punto de vista canónico no debe considerarse propiamente inmadurez a aquel estado por el que atraviesan temporalmente las personas que tienen posibilidad de madurar, aunque aún no hayan tenido el tiempo ni la experiencia de

⁽⁶⁾ *Comentarios al canon 1083 del C.I.C.*, Biblioteca Autores cristianos, Madrid, 1991.

vida necesarias para hacerlo, nos referimos a la anteriormente citada etapa de la adolescencia. Pues no es la edad, sino la condición psicológica, lo que determina la capacidad⁽⁷⁾.

Dicho esto vamos a centrarnos en aquella inmadurez que incide de pleno en la válida prestación del consentimiento matrimonial canónico, y para ello acogeremos una serie de precisiones que acertadamente concreta D. J.J. García Faílde⁽⁸⁾:

- La inmadurez no constituye por sí misma una causa jurídica de nulidad del matrimonio; pero puede incidir en la nulidad del matrimonio siempre que pueda reconducirse a una de las siguientes causas jurídicas: Grave defecto de discreción de juicio (canon 1095,2) y/o incapacidad para asumir/cumplir las obligaciones esenciales del matrimonio.
- Lo que afecta de pleno al consentimiento matrimonial no es tanto la propia enfermedad o alteración psíquica, sino la incidencia que la misma tiene sobre el sujeto concreto. Sólo se dará incapacidad cuando aquella afecte de modo grave a la capacidad del sujeto para hacer el acto psicológico humano del consentimiento o para asumir las cargas esenciales del matrimonio.

No todos los casos la inmadurez influyen negativamente a la hora de emitir el consentimiento matrimonial.

Concretamente, en el caso de la llamada “inmadurez afectiva”, sólo cuando exista un disturbio más o menos grave en la afectividad, de tal modo que ésta se convierta en el motor principal de la elección, se pueden generar hipótesis de perturbaciones graves a nivel de inteligencia (convirtiéndose la inmadurez afectiva en base de una falta de discreción de juicio) o a nivel de voluntad⁽⁹⁾ (con el bloqueo de la libre elección y estaríamos en el caso de falta de libertad interna) o incluso a nivel de la totalidad de la persona, que se ve alejada de las mismas posibilidades de constitución del consorcio de toda la vida conyugal en

(7) Sentencia, c. Di Felice, de 9 de junio de 1973.

(8) J.J. García Faílde, *Manual de psiquiatría forense canónica*, 2.ª ed., Salamanca, 1991, p. 88.

(9) El prof. A. Mostaza, en el estudio que realiza sobre el matrimonio, en *Nuevo Derecho Parroquial* afirma que en los últimos años viene reconociendo la Rota Romana que existen determinadas enfermedades, como la inmadurez afectiva, que atacan directamente a la voluntad, sin lesionar ostensiblemente a la inteligencia.

que consiste el matrimonio (lo que sería base de una incapacidad para asumir o cumplir las obligaciones esenciales del matrimonio)⁽¹⁰⁾.

La gravedad a la que aludimos puede degenerar en grave falta de discreción de juicio a tenor del canon 1095,2.º cuando:

- El afectivamente inmaduro carezca de sentido de la realidad objetiva, por lo que estará imposibilitado para deliberar sobre ese mundo al que pertenece el otro contrayente y el matrimonio mismo (c. Sabatini, S. 24 de febrero de 1961).
- Tenga dificultades, a veces insuperables, para moderar, dominar, sus impulsos y éstos le arrastren a la celebración del matrimonio impidiéndole tomar en consideración otros motivos que le aconsejan lo contrario. Esto provoca una imposibilidad para autodeterminarse (c. Evers, S. 21 de marzo de 1972 y c. Stankiewicz, sent. 11 de julio de 1985).
- Padezca una desestructuración de la coordinación que debe existir entre todos los estratos de psiquismo humano, en la elaboración del acto psicológico del consentimiento matrimonial (c. Agustini, S. 27 de mayo de 1980).

Y es que, si bien es cierto, que la inmadurez afectiva por sí misma generalmente no produce grave defecto de discreción de juicio, si tenemos en cuenta los rasgos psíquicos que la caracterizan y el papel que la afectividad desempeña en la “actividad deliberativa” del llamado entendimiento “práctico”, y en la actividad electiva de la voluntad, tendremos que concluir que, al menos, en las ocasiones en que alcance gravedad, puede impedir la requerida deliberación y autodeterminación⁽¹¹⁾.

La inmadurez afectiva también ocasiona incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio, a tenor del canon 1095,3.º, por las siguientes razones:

- Por falta de dominio emocional y de adaptación a la realidad objetiva (c. Stankiewicz, S. 18 de diciembre de 1986).
- Por exagerado egocentrismo, que impide la autodonación requerida para la vida íntima de amor que es el matrimonio (C. Lèfebvre, S. de 17 de enero de 1970).

⁽¹⁰⁾ Cfr. COLAGIOVANNI, E., *Immaturita: approccio interdisciplinare...*, cit., p. 357.

⁽¹¹⁾ J.J. García Faílde, *Trastornos psíquicos y nulidad de matrimonio*, Salamanca, 1999, p. 450.

- Por falta de la capacidad para superar las dificultades de la vida sin excesiva ansiedad y sin huir al mundo de los sueños. (c. Stankiewicz, S. de 10 de diciembre de 1979).
- Por padecer complejo de Edipo (c. Ragni, S. de 16 de junio de 1991).

Una vez expuesto lo anterior diremos que en los últimos años, debido al gran aumento de causas de nulidad que tienen su base en este tipo de anomalía psíquica, se ha originado cada vez una mayor Jurisprudencia en esta materia, limitándonos a reseñar algunas sentencias relativas a la materia:

En el ámbito del Tribunal de la Rota Romana⁽¹²⁾:

- *Sentencia, c. Bruno, de 30 de marzo de 1990* (In: ARRT 82, 252-67.):

“El matrimonio ha de ser declarado nulo si el contrayente está aquejado de grave defecto de discreción de juicio, es decir tiene perturbado seriamente el ejercicio de su facultad intelectual y volitiva, o no puede cumplir las obligaciones esenciales del matrimonio...” “a veces se alega como causa del defecto de discreción de juicio o de la incapacidad de asumir los deberes, la inmadurez psíquica, con el fin de impugnar la validez del matrimonio. Ahora bien, si difícil es definir la madurez; por lo mismo lo es también tratar de la inmadurez y su gravedad”. “La inmadurez se refiere a la facultad intelectual y volitiva y se desprende de numerosos desórdenes (turbis), considerados conjuntamente o por separado; como son: el amor exagerado de sí mismo, el narcisismo, la excesiva dependencia de otros para tomar decisiones, la dificultad de establecer relaciones interpersonales o de realizar la unión sexual, etc.”. “Estos desórdenes, que pueden tener más o menos importancia, ejercerán un influjo esencial o sólo accidental del matrimonio, según sus distintos grados y por tanto no siempre será fácil valorar la inmadurez... no cabe duda que la inmadurez en determinados casos puede traer consigo consecuencias gravísimas”.

- *Sentencia Neo-Eboracen, c. Ragni, de 12 de mayo de 1987* (In: ARRT 79, 297-306.):

“Es corriente que las circunstancias que impiden la evolución psíquica de la persona... se individualicen como ‘psicopatías o neurosis’, las cuales, aunque no calificadas como ‘enfermedades’ en sentido estricto pueden impedir la ordinaria capacidad o madurez psíquica de la persona, también en relación al consentimiento matrimonial”.

(12) X. Bastida Canal, “Terminología y anomalías psíquicas más frecuentes en las causas de nulidad”, en *Curso de Derecho Matrimonial y Procesal Canónico para Profesionales*, XIII, Salamanca, 1997.

“Por tanto, la pretendida incapacidad (defecto de madurez) ha de probarse rigurosamente (mediante comparencias, testimonios, pruebas periciales...), que evidencien sobre la naturaleza de la perturbación de la mente al tiempo de celebrarse el matrimonio...”.

— *Sentencia Fortalexien, c. Laversin, de 31 de marzo de 1987*

(In: ARRT 79, 195-205.):

“La inmadurez afectiva, que a veces se alega como causa de incapacidad para asumir los deberes conyugales, puede provenir de distintas fuentes:

- a) inmadurez propia de la adolescencia..., por tanto transitoria;
- b) de rasgos de carácter que perseveran en la edad adulta, implicando cierta debilidad en cuanto a la capacidad de querer, inestabilidad e inconstancia en las opiniones y convicciones personales, modo infantil de actuar, falta de control en las propias emociones, aun cuando no se descubran signos de desorden de la personalidad;
- c) desorden de personalidad con síntomas principales en la inmadurez afectiva, que se descubre en primer lugar en una personalidad histérica, paranoica, inestabilidad emocional, irresponsabilidad y superficialidad en el aspecto emocional o psicopático, o también en cuanto a dependencia; y se distingue entre otras notas por una afectividad inestable y superficial, una sensibilidad y hostilidad exacerbadas, carencia de sentido de responsabilidad, etc.;
- d) por el contexto de mentalidad retrasada que denota inmadurez, como son fijaciones exageradas en la imagen parental, falta de una protección desmesurada, defecto grave de autonomía, narcisismo y egoísmo, ineptitud para superar los conflictos y establecer una relación intersubjetiva más profunda.

En el ámbito del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de Madrid:

— *Sentencia c. García Faílde de 13 de diciembre de 1988*⁽¹³⁾

“Partimos del supuesto de que el capítulo de inmadurez afectiva, precisamente porque puede conllevar esa incapacidad psicológica, puede quedar absorbido en el aspecto de grave defecto de discreción de juicio consistente en la incapacidad psicológica de hacer aquel acto de deliberación y de elección”

⁽¹³⁾ J.J. García Faílde, *La Nulidad Matrimonial, hoy*, 2.ª ed., Barcelona, 1999, p. 371.

“Las alteraciones de la afectividad pueden imposibilitar la quietud psíquica necesaria para la elaboración del llamado juicio práctico, que es requisito necesario previo de todo acto libre; pueden destruir y comprometer gravemente la interacción que tiene que darse entre todos los estratos del psiquismo humano para que pueda producirse el acto psicológico de deliberación y de elección libre; pueden producir inhibiciones de ese acto a través de estados de ambivalencia, indecisión, vacilación, dudas, etc...”

— *Sentencia, c. García Faílde, de 27 de enero de 1990:*

“una de las causas de naturaleza psíquica que puede dar origen a la incapacidad es la excesiva dependencia que el contrayente tiene con alguno de sus padres... El resultado de esta excesiva dependencia puede tener gravísimas consecuencias en la convivencia conyugal”.

— *Sentencia, c. Aisa Goñi de 20 de diciembre de 1989*⁽¹⁴⁾

“Entre las anomalías que de forma grave imposibilitan la capacidad de establecer relaciones interpersonales destaca la inmadurez afectiva... El ser humano nace, se desarrolla y muere; a lo largo de toda su vida, mediante la experiencia, va madurando. Es evidente que en orden al matrimonio no se requiere una madurez ideal, porque esta se va adquiriendo a lo largo de toda la vida y el matrimonio es algo a lo que la naturaleza impulsa ya desde la adolescencia.

Pero es igualmente evidente que para comprometerse a unas obligaciones tan graves como las matrimoniales... se requiere una madurez básica suficiente para enfrentarse a los problemas de la vida.

Es este mínimo de madurez el que se exige para poder acceder al matrimonio”.

“El mínimo requerido consiste en haber alcanzado autonomía personal, estabilidad emocional, superación de las dependencias, del egoísmo, de la caprichosidad y la impulsividad que caracteriza al inmaduro”.

IV. BIBLIOGRAFÍA

J.J. García Faílde, *La Nulidad matrimonial, hoy*, 2.^a ed., Barcelona, 1999.

F.R. Aznar Gil, *El Nuevo Derecho Matrimonial Canónico*, 2.^a ed., Salamanca, 1985.

(14) *Colectánea de Jurisprudencia Canónica* n.º 32, Salamanca, 1990, p. 309.

J. Manzanares, A. Mostaza, J.L. Santos, *Nuevo Derecho Parroquial*, Madrid, 1994.

J.J. García Faílde, *Trastornos psíquicos y nulidad de matrimonio*, Salamanca, 1999.

S. Panizo Orallo, *La inmadurez de la persona y el matrimonio*, Salamanca, 1996.

J.L. Acebal Luján, F.R. Aznar Gil, *Decisiones y sentencias de los tribunales eclesiásticos españoles sobre el can. 1095, 2.º y 3.º*, Salamanca, 1999.

DSM-IV, *Breviario, Criterios diagnósticos*, Masson S.A., Barcelona, 1995

A. Pérez Ramos, *Matrimonios Nulos: Jurisprudencia Canónica Actual*, Barcelona, 1991.

TRIBUNA ABIERTA

ESTA SECCIÓN PRETENDE SER UN FORO PERMANENTEMENTE ABIERTO, DONDE TODOS LOS LECTORES PUEDAN PARTICIPAR ACTIVAMENTE COMENTANDO EN ARTÍCULOS BREVES TEMAS DE DERECHO DE FAMILIA, COMENTARIOS DE SENTENCIAS, ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS, ETC.

EN LAS CARTAS MECANOGRAFIADAS CONSTARÁ LA FIRMA, EL DNI, LA DIRECCIÓN Y UN TELÉFONO DE CONTACTO. DEBERÁN SER ENVIADAS A EDITORIAL LEX NOVA, C/ GENERAL SOLCHAGA N.º 48, 47008 VALLADOLID; LA DIRECCIÓN DE LA REVISTA SE RESERVA EL DERECHO A EDITAR LAS CARTAS POR RAZONES DE ESPACIO Y CLARIDAD.

LA CUSTODIA COMPARTIDA: PROYECTOS LEGISLATIVOS EN CURSO

José Luis Sariego Morillo.

Abogado, miembro de la Asociación Española de Abogados de Familia.

Tras varias décadas de aplicación de la custodia monoparental tras los procesos de separación y divorcio, en nuestro entorno cultural (Europa y América del Norte), la incorporación de las mujeres al mundo laboral, las políticas de igualdad de oportunidades, etc. han hecho que las relaciones parentales hayan sufrido un profundo cambio (aunque no espectacular) en las consecuencias de la educación de los niños y niñas tras la separación y/o divorcio de sus progenitores.

El logro por una efectiva igualdad de oportunidades es imparable, aunque aún nos queda mucho camino por andar, más a los hombres que a las mujeres. Cada vez más, los hombres van aceptando este tipo de cambios que significa la pérdida de los privilegios de la sociedad patriarcal a favor de aquellos. Por ello, las sociedades más igualitarias y con mayor afán en lograrlo a corto o medio plazo se plantean distintas soluciones a los problemas que llevan aparejados todos los ámbitos de la vida.

Las distintas leyes que se han venido aplicando para las crisis matrimoniales o para los casos de ruptura familiar tras la separación o divorcio de la pareja, no dan ni están dando respuestas a los problemas de la gente. Así, ni las asociaciones de mujeres separadas, ni las de hombres separados están contentas con estas leyes en casi ningún país de nuestro entorno, ni en el nuestro.

Desde hace años, existe una tendencia, más cultural que legal, de otorgar el cuidado cotidiano (custodia monoparental) de los hijos a las madres. Esta tendencia ha influido bastante en la generación de nuevos tipos de problemas que, en nuestro país, eran desconocidos hasta la década de los ochenta, pero que cada año, se ve implicada más gente, adultos y menores.

Por ejemplo, un informe de Cáritas Diocesana (2000) en la C.A. de Madrid, arrojó el resultado de que casi el 80% de los hombres que acuden a los comedores colectivos de esta organización, eran hombres que habían perdido todo tras una crisis familiar, especialmente, tras un proceso de separación matrimonial o divorcio. Así, otro informe realizado en Finlandia (1999) sobre los nuevos pobres, arrojaba el curioso resultado de que un hombre al afrontar un divorcio, tenía grandes posibilidades de entrar a vivir bajo en umbral de la pobreza, tras su divorcio. Los datos de dicho estudio, establecen que en Finlandia, 8 de cada diez pobres o nuevos pobres (nuevos parias, como los define el estudio) eran hombres que se habían divorciado en los 2-3 años anteriores a caer en la pobreza.

Otro informe, realizado por el Ayuntamiento de Sevilla, sobre monoparentalidad como causa de exclusión social, realizado por M. Mar González (2000) se llega, entre otras, a la conclusión que tras la separación y/o divorcio, las mujeres con cargas familiares tienen mayores posibilidades de entrar a vivir bajo el umbral de la pobreza, y que de facto una de cada tres familiares monoparentales encabezadas por una mujer es pobre o muy pobre, y que la tendencia es la de seguir aumentando esta cifra cada vez más, no sólo en el número de familias pobres, sino que cada vez más, serán familias encabezadas por una mujer.

Asimismo, existen numerosos estudios que indican que los hijos de parejas separadas o divorciadas, tienen una mayor tendencia a tener mayores problemas en su desarrollo, cuanto menor es el contacto con uno de los dos progenitores tras el divorcio de sus padres.

Todo este tipo de problemas sin resolver, y los nuevos tipos de problemas que están dando lugar el establecimiento del divorcio en nuestra sociedad, hace que se busquen nuevos tipos de soluciones a estos nuevos problemas.

El más arraigado, por ser además más positiva su aplicación práctica, es el uso de las técnicas de mediación con sistema alternativo de resolución de conflictos. Por ello, la Comunidad Europea desde hace unos años, indicó a sus estados miembros que debían realizar esfuerzos legislativos y presupuestarios para la implantación de la mediación en cada país. Hasta ahora, en nuestro país, sólo Cataluña tiene un proyecto elaborado de ley de mediación que, aunque no esta aprobada en el Parlamento Catalán, sí al menos, se vienen aplicando programas gubernamentales de mediación en Juzgados y Tribunales. Este tipo de

programas vienen desarrollándose más como programas pilotos en otras CC.AA. como Madrid, País Vasco, Valencia.

En nuestro país, la búsqueda de soluciones distintas a problemas distintos, se incardina más en declaraciones de intenciones de colectivos profesionales, o colectivos de asociaciones de mujeres y hombres, pero sin tener un respaldo político alguno y, menos aún, presupuestario.

Sin embargo, en países donde este tipo de problemas lleva más años planteándose, parece que sí se lo han tomado en serio.

Así, Ségolène Royal, Ministra Delegada de la Familia y la Infancia del Gobierno francés, presentó el 27 de febrero de 2001 un proyecto de reforma que, cuando se lleve a efecto, se plasmará en la instauración legal de la custodia compartida de los hijos de separados. La iniciativa, titulada "*La reforma de la autoridad parental: los nuevos derechos de las familias*", se enmarca en la reforma del derecho de la familia emprendida por el Gobierno Francés, que, asimismo, moderniza otros aspectos como la transmisión del apellido, los derechos sucesorios de viudos y viudas o el estatuto de los hijos adulterinos.

"Cada hijo tiene el derecho a ser educado por su padre y por su madre, con independencia de la situación familiar. Hay que reafirmar el papel del padre cuando está marginado por el divorcio", ha indicado la Ministra. A su juicio, *"la fórmula de compartir el tiempo del hijo entre sus dos padres a partes iguales, según un ritmo general de una semana cada dos, es la que mejor puede responder a las necesidades del niño"*. En la propuesta se suprime el derecho de visita por entender que padre y madre tienen el derecho y el deber de mantener relaciones personales con el niño.

La iniciativa constituye, sin duda, un paso de gigante en medio de los obsoletos regímenes de divorcio occidentales, y hay que felicitarse por ello y esperar que el ejemplo cunda. También habrá que esperar hasta conocer la legislación resultante de esa iniciativa (el anteproyecto de ley se anuncia en la propuesta para un mes más tarde). Pero las miradas más atentas ya han visto en ella algunas fisuras por donde podría hacer agua, especialmente en los casos de poca voluntad conciliadora o excesiva hostilidad de las parejas (o de uno de sus miembros). La asociación francesa SOS PAPA, por ejemplo, lamenta que no se hayan previsto aspectos como los secuestros o huidas con los niños antes de emprenderse cualquier acción judicial; que no se imponga a las partes una seria obligación de negociación, conciliación o mediación ni se distinga entre el progenitor "positivo" y el progenitor "negativo" que obstaculiza toda conciliación; o que se siga reconociendo a los magistrados un poder único e incontrolado que, en muchos casos, podría ejercerse de forma personal y discriminatoria. Por su parte KETH observa que *"falta por convencer a los jueces, mayoritariamente opuestos a ese principio de igualdad parental por razones prácticas o*

culturales” y se pregunta si la futura ley tendrá carácter retroactivo y podrán reexaminarse determinados casos.

Veamos algunos aspectos de este proyecto de ley francesa.

PROYECTO DE REFORMA DE LA AUTORIDAD PARENTAL:

Principios inspiradores:

1. Afirmar el fundamento de la noción de autoridad otorgándole todo su sentido (refundar).
2. Ejercer en común la autoridad parental, en condiciones igualitarias entre el padre y la madre (coparentalidad) y, consecuentemente, consolidar la función de los padres y la función paterna (renovar y sostener).
3. Definir un derecho común a todos los niños, con independencia de que sus padres vivan juntos o estén divorciados, y sean o no casados, a fin de estabilizar la filiación (renovar).
4. Ayudar a las familias más necesitadas (sostener): grupo de trabajo sobre familia y pobreza; y reforma de la ASE, ya que las familias pobres no son pobres familias y los padres deben ejercer su responsabilidad con la misma dignidad y su autoridad con la misma eficacia.

Decisiones sobre las medidas concretas que se examinarán en la próxima Conferencia de la Familia, antes de elaborar el proyecto legislativo: Igualar la responsabilidad parental entre el padre y la madre y, por tanto, consolidar la función paterna y revalorizar el papel de los padres. Hay que tener en cuenta una serie de premisas que se están dando en la vida diaria:

- Un adolescente de cada cuatro vive con uno solo de sus padres y, la mayor parte de ellos, no tiene contacto educativo con el padre.
- Una pensión alimenticia de cada cinco queda sin pagar, y el sentimiento de marginación del padre tiene mucho que ver con ese hecho. Mejorando un aspecto, se mejorará el otro.
- Debe darse prioridad a los acuerdos amistosos entre el padre y la madre, sobre todo en lo que respecta a la organización de la custodia y a la función de terceros.

En consecuencia, es preciso:

1. En cuanto a la reforma del derecho de familia (anteproyecto de ley):
 - armonizar las reglas aplicables a todos los padres, y suprimir la condición de comunidad de vida para que los padres no casados puedan ejercer la autoridad parental.

- introducir en el Código Civil la posibilidad de la custodia alterna de los niños en caso de divorcio;
- facilitar el acceso de las parejas al juez de familia para homologar los acuerdos que ambos miembros de la pareja establezcan entre ellos, con independencia de que estén o no casados.

2. Medidas concretas de coparentalidad:

- crear un libro de paternidad, en el momento en que la madre recibe su documento de maternidad;
- estudiar la posibilidad de establecer un permiso de paternidad, ya que estudios suecos han demostrado la presencia de vínculos más fuertes en los padres que se han ocupado del bebé (tres días, bonificación/35 horas, elaboración de un nuevo dispositivo);
- desarrollar la mediación familiar para evitar conflictos al niño;
- ayudar a los padres antes del nacimiento y durante el primer año: prevenir las separaciones debidas a la llegada del niño;
- igualdad de ambos padres respecto de la escolaridad de sus hijos: ficha informativa con ambas direcciones, boletines de notas, procedimientos disciplinarios, orientación, derecho de voto.
- doble libro de familia, para que el padre divorciado que no tenga la custodia no se vea privado de toda documentación relativa a su hijo;
- derecho de reembolso de ambos padres en la seguridad social;
- ampliar el libro de familia numerosa a las familias recompuestas con más de dos niños;
- proponer un baremo indicativo para la fijación de las pensiones alimenticias.

3. Coparentalidad e igualdad hombre-mujer:

- Crear un verdadero permiso para el padre cuando nace un niño.
- Modificar el dispositivo de permisos de ambos padres, a fin de que puedan repartirse mejor.
- Lanzar una campaña de comunicación y de sensibilización multimedia que destaque la igualdad padre-madre en la esfera familiar y doméstica y en el cuidado diario de los niños. El día del padre podría, por ejemplo, servir de punto de partida para una campaña de envergadura.

4. La “custodia alterna”:

Tras haber sido desprestigiada en nombre del interés del niño, la fórmula del reparto del tiempo del niño entre sus dos padres a partes iguales, según un

ritmo general de semanas alternas, se reconoce hoy tan válida para responder a las necesidades del niño como las fórmulas más clásicas del reparto del tiempo entre días laborables y fines de semana. A partir de la ley de 1993, el juez fija la residencia habitual del niño “si no existe acuerdo entre los padres”. Ambos padres conservan el ejercicio de la patria potestad, es decir, cada uno conserva “el derecho y el deber de custodia”, que es uno de los atributos de la patria potestad.

Se propone en este proyecto:

- La palabra “custodia” define a la vez el derecho y el deber de un padre de mantener al hijo en su hogar familiar, así como el derecho y el deber de ese padre de atender las necesidades de su hijo y prodigarle los cuidados que necesite cada día.
- La separación conlleva necesariamente una alternancia de la custodia, ya que el niño debe repartir su tiempo entre ambos padres, con independencia del modo de alternancia establecido (por otra parte, los padres no separados que se reparten sus responsabilidades como padres, ¿no practican también una forma de alternancia respecto del niño?). En ese sentido, no se puede ya hablar de un padre custodio y un padre no custodio: cuando se fija una residencia habitual en el domicilio de uno de ellos, éste es el padre que aloja a título principal al niño, modalidad de repartición del tiempo del niño que no tiene ningún efecto jurídico.

5. La fijación de las pensiones alimenticias.

La fijación de la cuantía de las pensiones alimenticias origina importantes y costosos contenciosos. Cada año, unos 40.000 procedimientos resultantes del divorcio se refieren únicamente a la cuestión de la pensión alimenticia, con intervención de abogados como asistencia jurídica en el 40% de esos procedimientos.

Se propone:

- Definir baremos indicativos simples basados en los ingresos del deudor de la pensión, así como en las situaciones que justifiquen un aumento o una disminución respecto de esos baremos, tomando como base, por ejemplo, el mecanismo puesto en funcionamiento en el Canadá en 1996.
- Reexaminar las normas del derecho fiscal aplicables a las pensiones alimenticias.
- Prevenir las dificultades de alojamiento del padre no custodio.
- Favorecer el acceso a la vivienda social del padre “no custodio” para permitirle acoger a sus hijos en buenas condiciones.

- Promover la creación de lugares de acogida donde los padres no custodios en situación precaria puedan recibir a sus hijos durante el fin de semana y las vacaciones escolares.

Creo que estas ideas recogidas en el anteproyecto de Ley presentado en Francia, serían aplicables a nuestro país, y podrían dar lugar a un efectivo reparto de responsabilidades entre los padres de la educación de los hijos. Con estas ideas, se podría lograr bajar el grado de incumplimientos de los efectos de los divorcios, cuales son incumplimientos de régimen de visitas e impago de pensiones. Si el progenitor no custodio obtiene mayor grado de responsabilidad y tiene mayor tiempo de convivencia con los hijos, deberá tener mayor capacidad contributiva, y por ende, al tener ingresos que garanticen los gastos de tener a los hijos, se garantizaría de alguna forma el pago de las pensiones, en caso que las hubiera.

CRÓNICA LEGISLATIVA

PROPOSICIÓN DE LEY DEL SENADO

(Nº 622/000006 SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL)

El Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 108 del Reglamento de la Cámara, tiene el honor de presentar la siguiente PROPOSICIÓN DE LEY SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD SEXUAL, para su debate en el Pleno.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Los distintos y complejos efectos que se derivan de la transexualidad, unido a la necesidad de fijar los requisitos para acceder al cambio registral de sexo y de proteger los derechos de terceras personas, aconsejan, siguiendo el criterio de gran parte de la doctrina, jurisprudencia y recomendaciones de algunos Organismos Internacionales —Resolución del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989, “sobre la discriminación de los Transexuales” (punto 2.^o); y Recomendación del Consejo de Europa “relativa a la condición de los transexuales” de 29 de septiembre de 1989 (punto 11.0)—, la existencia de una Ley que regule los aspectos jurídicos de la transexualidad. Además, la articulación y solución de los problemas que plantea el llamado derecho a la identidad sexual no deben quedar en nuestro país, como hasta ahora, al arbitrio judicial, pues es cuestión que excede de sus competencias y añade incertidumbre en una materia como ésta, tan necesitada hoy de una seguridad jurídica. La solución al drama humano que padece el transexual sólo puede ser legislativa, al afectar a un derecho de la persona como es el de su identidad sexual, que es ex-

presión del libre desarrollo de la personalidad y de su dignidad (artículo 10 CE).

Nuestro país, en un momento donde la transexualidad ya ha sido convenientemente estudiada y diagnosticada por la Medicina y otras ciencias como la Psicología o la Sociología, debe incorporarse a esa lista de países de nuestro entorno, como Suecia (1972), Alemania (1980), Italia (1982) y Holanda (1985), que cuentan con una legislación específica que da cobertura y seguridad jurídica a la inaplazable necesidad del transexual diagnosticado de ver corregida, además de su anatomía, la inicial asignación registral de sexo que está en contradicción con su verdadera identidad sexual acreditada.

Artículo 1.^o—El transexual diagnosticado como tal tiene derecho a adaptar irreversiblemente su anatomía a la identidad sexual que siente y vive, así como a rectificar la mención registral de sexo. El juez de 1.^a Instancia del domicilio del transexual es el competente para conocer la demanda de rectificación registral de sexo.

Se constituirá, dependiente de la Seguridad Social, la Unidad de Identidad de Género que se compondrá por especialistas que diagnosticarán la transexualidad.

Art. 2.^o—La autorización judicial para la rectificación registral de sexo podrá ser solicitada por el transexual, mayor de edad o menor emancipado o habilitado de edad y plenamente capaz. Excepcionalmente, por causa grave, quien ostente la representación legal del menor podrá solicitarla en su nom-

bre y siempre que éste preste su consentimiento.

Art. 3.º—La rectificación registral de sexo se acordará por sentencia, una vez que se pruebe que el demandante:

a) Ha sido suficientemente diagnosticado como transexual durante un período entre uno y dos años.

b) Ha logrado, tras el tratamiento médico autorizado, una apariencia anatómicogenital externa lo más próxima posible al sexo reclamado. Excepcionalmente, por razones justificadas de edad, de riesgo para la salud u otros motivos graves, podrá ser concedido el cambio registral de sexo sin que el tratamiento médico se haya completado con la cirugía transexual genital.

c) No está ligado por vínculo matrimonial alguno.

d) Es estéril.

e) Acompaña solicitud para que le sea impuesto un nuevo nombre acorde al sexo que reclama.

Art. 4.º—También el transexual no sometido a un tratamiento médico irreversible, podrá presentar demanda judicial solicitando sólo la rectificación registral de nombre para concordarlo con el sexo que siente, siempre que cumpla los requisitos señalados en el artículo 2, artículo 3.a y siempre que se demuestre que ha sido diagnosticado como transexual durante uno o dos años. En este caso, la mención registral de sexo no sufrirá variación.

El cambio de nombre quedará automáticamente sin efecto, si posteriormente a la sentencia que lo decreta:

a) El afectado solicita recuperar su anterior identidad y nombre.

b) El transexual contrae matrimonio.

c) El afectado tiene un hijo, salvo que se demuestre que la paternidad o maternidad es falsa o existan motivos graves para pensar que el transexual se sigue sintiendo del sexo opuesto.

d) Si el afectado reconoce a un hijo nacido con posterioridad a la sentencia que

autorizó el cambio de nombre, o le es determinada judicialmente la paternidad o maternidad de un hijo nacido después de los trescientos días siguientes a aquel en que se adoptó esa decisión y ello desde el momento del reconocimiento o de la determinación judicial firme de la filiación.

Art. 5.º—La Sentencia que acuerda el cambio registral de sexo o, en su caso, el de nombre, tendrá efectos constitutivos “*ex nunc*”, quedando, pues, inalterables todos los derechos, obligaciones y relaciones existentes hasta la fecha de dictarse aquélla.

Art. 6.º—Firme la sentencia, el transexual gozará de todos los derechos inherentes a su nuevo sexo legal.

Art. 7.º—El Juez comunicará, de oficio, la rectificación registral de sexo y nombre, o sólo el cambio de nombre, al Juez encargado del Registro Civil donde figure la inscripción de nacimiento del transexual para que se modifiquen las menciones registradas correspondientes.

Art. 8.—La rectificación registral de sexo acordada es irreversible.

DISPOSICIÓN ADICIONAL

Queda reformado el artículo 484.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el siguiente término: Se añade: Artículo 484.2: “Las relativas a filiación, maternidad, capacidad, estado civil y rectificación registral de sexo en supuestos de transexualidad.”

DISPOSICIÓN FINAL

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

TOMA EN CONSIDERACIÓN: El Pleno del Senado, en su sesión del día 7 de marzo de 2001, ha tomado en consideración la Proposición de Ley sobre el Derecho a la Identidad Sexual, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista.

PROPOSICIÓN DE LEY

(Nº 122/000079 MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN POR PRESTACIONES DE VIUDEDAD POR LA QUE, EN LOS CASOS DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL, SE ELIMINA EL REPARTO PROPORCIONAL DE ÉSTA EN RELACIÓN AL TIEMPO CONVIVIDO CON EL CAUSANTE. PRESENTADA POR EL GRUPO PARLAMENTARIO MIXTO)

PROPOSICIÓN DE LEY DE MODIFICACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN POR PRESTACIONES DE VIUDEDAD POR LA QUE, EN LOS CASOS DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL, SE ELIMINA EL REPARTO PROPORCIONAL DE ÉSTA EN RELACIÓN AL TIEMPO CONVIVIDO CON EL CAUSANTE

Exposición de motivos

La Ley 30/1981, de 7 de julio, introdujo en nuestro ordenamiento jurídico las causas de separación y disolución del matrimonio, de acuerdo con las previsiones contenidas en el artículo 32.2 de la Constitución Española.

En la disposición adicional décima de esta Ley se estableció en su momento un reparto de la pensión de viudedad proporcionalmente al tiempo de convivencia en los casos en que haya existido una disolución del vínculo matrimonial seguido de nuevas nupcias.

Esta regulación pudo encontrar sustento en las expectativas del derecho a percibir una pensión de carácter vitalicio de aquellos cónyuges que, a pesar de ver disuelta su relación conyugal, a causa de las restricciones que antes de la entrada en vigor de la Ley 30/1981 establecía el ordenamiento jurídico respecto a las causas de disolución matrimo-

nial, y consecuentemente respecto a las posibilidades de contraer nuevo vínculo matrimonial, seguían siendo los futuros beneficiarios de una eventual pensión por viudedad. Una vez consolidado el derecho al divorcio en nuestro ordenamiento jurídico, se debe partir de la base de que el vínculo disuelto debe minimizar sus efectos respecto a futuras nuevas nupcias, reduciéndose éstos a los mínimos imprescindibles para asegurar la subsistencia y paliar los desequilibrios causados a uno de los cónyuges por su dedicación a los trabajos del hogar común.

Por otra parte, uno de los principios básicos del sistema de protección de la Seguridad Social es el de paliar la pérdida de capacidad de generar rendimientos derivados del trabajo personal. Así, en el caso de las prestaciones por muerte y supervivencia, su finalidad es la de paliar la pérdida de ingresos en la unidad familiar derivados del trabajo, a causa de la muerte del causante, siendo en consecuencia el cónyuge actual el que sufre las consecuencias de la pérdida de capacidad de generación de rentas del trabajo en el núcleo familiar a causa del fallecimiento del cónyuge.

Por estos motivos, se entiende como necesaria la modificación del sistema de protección por prestaciones de viudedad, en la que la actual regulación, en los casos de disolución del vínculo matrimonial, establece el reparto proporcional de ésta en relación al

tiempo convivido con el causante, con la consecuencia de que, de forma indiscriminada, se otorgue un derecho a pensión a quien a priori no está sufriendo una pérdida de ingresos debido a la muerte del causante.

Artículo único.—Se derogan los apartados 2 y 3 del artículo 174 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

DISPOSICIÓN ADICIONAL

Se añade un nuevo apartado al artículo 176 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, con el siguiente texto:

“5. En los casos de disolución matrimonial, y respecto de quien haya sido cónyuge del causante que, careciendo de medios propios de vida en los términos que reglamentariamente se determinen, y hayan sido beneficiarios de pensión compensatoria derivada de la disolución del vínculo matrimonial a cargo del causante, podrán acceder a las prestaciones reguladas en el presente artículo siempre que no haya contraído nuevas nupcias.”

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Los beneficiarios de pensión de viudedad que hayan sido cónyuges del causante en el momento de su fallecimiento, percibirán con cargo a la Seguridad Social la pensión íntegra de viudedad. En los supuestos derivados del anterior artículo 174.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, quien sea beneficiario de pensión de viudedad por razón de haber mantenido vínculo matrimonial, disuelto con anterioridad a la muerte del causante, percibirán con cargo a la Seguridad Social una pensión por el mismo concepto en cuantía idéntica a la que perciben en el momento de entrada en vigor de esta Ley, y mientras no se den las circunstancias de extinción previstas según la normativa que dio lugar a su concesión, o a las previstas en la disposición adicional de esta Ley de ser ésta más beneficiosa para el beneficiario.

DISPOSICIÓN FINAL

La presente Ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

TÍTULO: LOS NIÑOS NO SE DIVORCIAN

Autor: Beatriz Salzberg.

Ed. Logos Clínica Psicoanalítica, Barcelona, 1992.

Es un hecho innegable que la crisis matrimonial tiene dos perspectivas bien diferenciadas: por un lado, la jurídica, y por otra parte la que afecta a los sentimientos. Cuando se presenta una demanda de separación o divorcio, no sólo se está resolviendo jurídicamente un contrato matrimonial, sino que se están modificando los sentimientos de las personas implicadas en la crisis y, entre ellos, los que son más vulnerables: los hijos.

A veces, los cónyuges se olvidan de lo que la autora denomina el “divorcio emocional” y centran sus disputas en las cuestiones legales y luego, con el tiempo comprueban los devastadores efectos que la batalla legal ha tenido en los hijos.

La obra es un estudio psicológico de cómo preservar a los hijos antes, durante y después del divorcio, y llama la atención a los adultos responsables para que los hijos puedan seguir contando con un padre y con una madre aunque estos ya no vivan juntos.

A lo largo de cinco capítulos, se abordan qué oculta el síntoma del divorcio, cuestionándose si necesitamos una cultura del divorcio, la familia según el psicoanálisis, el síndrome del hijo de pareja divorciada, los conflictos que surgen cuando “la guerra” no se termina y la regulación y acuerdo de los padres respecto a los hijos (problemas referidos a la guarda y custodia, tenencia de los hijos, quién y cómo mantiene a los hijos y la recuperación de la coparentalidad).

La obra finaliza con una entrevista realizada al Magistrado D. Rafael Gimeno Cobo y tres breves estudios: “Un enfoque jurídico y civil” por Marta Cros i Mata; “Estructura simbólica a conservar tras el divorcio” por María Amelia Pedrerol Busquets y “Conflictos psicológicos en los niños por el divorcio de sus padres” por Regina Bayo-Borrás.

La lectura del libro no es sólo recomendable a las personas que están inmersas en una crisis matrimonial, sino también a todos los juristas para que tengan presente que paralelamente al divorcio jurídico se tramita el divorcio emocional, ya que, a veces, muchas alegaciones que se hacen en el primer proceso, y que resultan intrascendentes desde el punto de vista jurídico, pueden agravar el divorcio emocional.

TÍTULO: DIVISIÓN JUDICIAL DE PATRIMONIOS

*Autor: Amalia Montes Reyes.
La Ley, Madrid, 2000.*

Dentro de la colección “Ley de Enjuiciamiento Civil 2000”, la Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Granada, Amalia Montes Reyes, aborda los procedimientos especiales para la división judicial de patrimonios, dentro de los que se incluyen la división de la herencia y la liquidación de la sociedad de gananciales y del régimen de participación.

En los primeros capítulos de la obra se analizan las cuestiones de jurisdicción y de competencia, así como la prejudicialidad penal en el procedimiento divisorio de la herencia (arts. 40 y 787.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En capítulos posteriores se estudia con detalle la figura del Contador, sobre la que hace especial hincapié en la necesaria “profesionalización” del mismo, y trata de su recusación, funciones, y los derechos y obligaciones inherentes a las funciones del Contador. También dedica la misma atención a los peritos que tienen la misión de realizar el avalúo de los bienes.

Otros capítulos se dedican a cuestiones relacionadas con la intervención y la administración, custodia y conservación de los bienes a partir.

La parte final, está dedicada a la disolución y posterior liquidación de los regímenes económico-matrimoniales (arts. 806 a 811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nueva) aplicable en el proceso matrimonial y en los supuestos del art. 1393.2.º, 3.º y 4.º del Código Civil y como supuesto especial, el embargo de bienes gananciales (art. 1373 del Código Civil).

TÍTULO: LA RECONCILIACIÓN DE LOS CÓNYUGES EN SITUACIONES DE CRISIS MATRIMONIAL

*Autor: Isaac Tena Piazuolo.
Editorial Centro de Estudios Registrales,
Madrid, 2000.*

Aunque la reconciliación de los cónyuges ha sido un tema olvidado por la doctrina, recientemente se han publicado algunos trabajos que, con sustantividad propia, abordan todas las cuestiones relacionadas con la misma.

En el número anterior de esta revista, presentamos el trabajo de M.^ª José Pérez Rúa (Almería 1999), y en esta ocasión incluimos en estas páginas la obra de Isaac Tena Piazuelo, profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Teniendo en cuenta que en la actualidad están creciendo diversos mecanismos de solución de conflictos familiares, como la mediación, es evidente que otra de las opciones para resolver el conflicto es la reconciliación familiar. Ambas tienen en común que son procedimientos de solución de conflictos, pero la mediación tiene como objetivo llegar a un acuerdo en los procesos de separación o divorcio, mientras que la reconciliación supone precisamente la evitación o desvirtuación de tales pleitos.

En el primero de los capítulos, se hace un planteamiento de fondo abordando las distintas crisis de pareja que pueden surgir, analizando seguidamente en qué situaciones la reconciliación puede producir efectos.

En el capítulo segundo se aborda el tema central de esta obra, la reconciliación, que el autor define como una remoción por propia voluntad de los cónyuges de las causas legales que permitirían llegar a una sentencia de divorcio o separación, mediante la recuperación de la armonía o normalidad matrimonial. Seguidamente analiza con detalle los diversos preceptos del Código Civil que se dedican a ella, tanto en lo que respecta a la finalización de la crisis matrimonial como en lo que afecta al derecho de sucesiones y comenta los requisitos y efectos de la misma.

Por último, en el capítulo tercero se estudia el régimen jurídico de la reconciliación en el Derecho canónico, en el Derecho francés y en el Derecho italiano. En todos ellos se sigue la misma sistemática: concepto, naturaleza jurídica, clases y efectos.

ELECCIONES EN LA ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA

Coincidiendo con el 8.^º Encuentro, el pasado día 23 de marzo de 2001 se celebraron elecciones para la junta directiva de la Asociación Española de Abogados de Familia, resultando elegidos trece nuevos miembros que se suman a los otros dos cuyos mandatos aún permanecen vigentes (Adolfo Alonso Carvajal y Esperanza Ezquerecocha del Solar): M.^ª Begoña Acha Mancisidor (Bilbao), José Luis Cembrano Reder (Madrid), José Corrales Rodríguez (Madrid), M.^ª Dolores Lozano Ortiz (Baleares), Carlos Magaz Sangro (Madrid), Jorge A.

Marfil Gómez (Madrid), Susana Moya Medina (Madrid), Isidro Niñerola Giménez (Valencia), María Pérez Galván (Sevilla), Ramón Tamborero Del Pino (Barcelona), Francisco Vega Sala (Barcelona), M.^ª José Vergara Pérez (Málaga) y Luis Zarraluqui Sánchez - E. (Madrid).

En la primera reunión de la Junta Directiva, celebrada el 20 de abril se procedió al nombramiento de los siguientes cargos: Presidente, Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga; Vicepresidente: Francisco Vega Sala (Barcelona); Secretaria: Susana Moya Medina (Madrid); Vicesecretaria: M.^ª Begoña Acha Mancisidor (Bilbao); Tesorero: José Corrales Rodríguez (Madrid); Vocal encargado de la Sección de Estudios: Carlos Magaz Sangro (Madrid); Vocal encargado de la Sección de Publicaciones en Internet: José-Luis Cembrano Reder (Madrid); Vocal encargado de la Sección de Publicaciones en la Revista: Jorge A. Marfil Gómez (Madrid).

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

MÁLAGA

Los días 1 y 2 de junio de 2001, se celebrarán lugar en Málaga las III Jornadas de Derecho de Familia organizadas por la Asociación Española de Abogados de Familia. Los temas y los ponentes son los siguientes:

Una visión genérica y problemática de la LEC. Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Magistrado de la Audiencia Provincial de Málaga.

La ejecución de sentencias dictadas en proceso matrimoniales y de menores. D. Ramón Tamborero del Pino. Abogado.

Breve referencia al procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial y especial incidencia en la calificación de los bienes gananciales. D. Pedro Alejandrez Peña.

Delitos relacionados con el derecho de familia. Ilmo. Sr. D. Jorge Briosó Díaz. Fiscal.

Mesa Redonda sobre acogimiento y adopción. Componente: Ilmo. Sr. D. José Luis Utrera Gutiérrez. D. Juan José Reyes Gallur. D. Jaime Aguilera García.

CURSOS DE VERANO DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA LA MANCHA

Durante los días 16 y 17 de julio de 2001, se celebrará en Toledo un curso de verano que se centrará sobre el tema: “Una solución extrajudicial a los conflictos matrimoniales: la mediación familiar”. La dirección del curso corre a cargo de D. Juan José Marín López, Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Castilla-La Mancha. Los temas y los ponentes son los siguientes:

La mediación familiar: concepto y principios generales a la luz de las iniciativas normativas españolas. Miquel Martín Casals, Catedrático de Derecho Civil Universidad de Girona.

Fundamentos psicológicos de la mediación familiar. Jesús Valerio Caro, Psicólogo perteneciente al Colegio Oficial de Psicólogos, Delegación de Castilla-La Mancha.

La homologación judicial de los pactos alcanzados en mediación familiar. Antonio Javier Pérez Martín, Magistrado-Juez de Primera Instancia n.º 7 de Córdoba.

Nuevos espacios para la mediación familiar: encuentros entre familia biológica y adoptiva. Leticia García Villaluenga, Profesora de Derecho Civil de la Escuela Universitaria de Trabajo Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Mediación familiar y procesos matrimoniales: un intento de articulación. Juan José Marín López, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha.

La mediación familiar en la sociedad multicultural. Guillermo Palao Moreno, Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Valencia.

Mesa Redonda: La experiencia sobre mediación familiar en Castilla-La Mancha.

Moderador: Eduardo Álvarez Mariscal. Presidente del Colegio de Diplomados en Trabajo Social de Castilla-La Mancha.

Participantes: Luis Gómez de las Heras. Abogado. Director de la Escuela de Práctica Jurídica “Decano Sixto Ramón Parro”. Soledad Ortega Cuenca, Psicóloga. Presidenta de la Asociación Mediación e intervención Familiar Castilla-La Mancha. Teresa Patiño Lafuente, Jefe de Servicio de Infancia. Consejería de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ana Teresa Sánchez Izquierdo, Trabajadora Social. Profesora de Trabajo Social de la Escuela Universitaria de Trabajo Social de Cuenca. Universidad de Castilla-La Mancha.

XII CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE DERECHO DE FAMILIA

La Habana, Cuba, 22 al 27 de septiembre del 2002

INFORMACIÓN PRELIMINAR

“El Derecho de Familia ante los retos del nuevo milenio”

Cuba convoca para el año 2002 a la celebración del XII Congreso Internacional sobre Derecho de Familia con el lema “El Derecho de Familia ante los retos del nuevo milenio” en la sede de su Palacio de las Convenciones en La Habana.

Los desafíos que ha de enfrentar la familia ante el desarrollo acelerado de las ciencias, con incidencia en el ser humano, el avance del proceso de globalización, la degradación creciente del medio ambiente, la expansión de la pandemia del SIDA, el incremento de la pobreza y especialmente de su feminización a nivel mundial, entre otros retos, constituyen motivo de reflexión e intercambio para estudiosos de la Familia (no sólo juristas) de todo el mundo y repercuten de manera directa en el campo del Derecho de Familia.

La Universidad de La Habana y su Facultad de Derecho, la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC), organización no gubernamental que agrupa a los profesionales del Derecho de todo el país, con status consultivo ante el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) y las instituciones y organizaciones del sector jurídico, así como la Federación de Mujeres Cubanas (FMC), organización femenina no gubernamental, también con status consultivo ante Naciones Unidas, serán los fundamentales auspiciadores.

El moderno y acogedor Palacio de las Convenciones, ubicado en la zona oeste de la capital cubana, con capacidad y experiencia para la realización de grandes eventos, será el escenario del Congreso.

Cuba con su proverbial hospitalidad les convoca a esta magna cita y desde ahora solicita se le sugieran ejes temáticos o temas específicos de discusión.

Información: Dra. Olga Mesa Castillo. Presidenta de la Sociedad Cubana de Derecho Civil y de Familia. Unión Nacional de Juristas de Cuba. Calle 21 No. 552 esq. a D Vedado, Habana 4. Ciudad de La Habana. C.P. 10400. Telf: (537) 32-6209 / 32-7562 / Fax: (537) 33-3382. e.-mail: jdn@ceniai.inf.cu

MÁSTER EN DERECHO DE FAMILIA

Se abre el plazo de inscripción para el V Master en Derecho de Familia, que dirige D. Luis Zarraluqui, abogado, Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia y Presidente del capítulo Europeo de la International Academy of Matrimonial Lawyers y que se imparte en el Centro de Formación Jurídica de Madrid.

El curso comienza en Octubre de 2001 y finaliza en Junio de 2002, impartiendo las clases de lunes a jueves de 18 a 21 horas. El profesorado está compuesto por abogados, magistrados, fiscales, psicólogos, inspectores fiscales y demás profesionales especializados en Derecho de Familia.

El curso ofrece el estudio de dicha rama del Derecho desde el ángulo de todas las materias necesarias para un práctico y eficaz ejercicio profesional. Todos los alumnos realizan prácticas en despachos especializados. Las plazas son muy limitadas.

Además del Master, en dicho Centro se imparten otros cursos: Seminario sobre los procesos de familia en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil. Curso de Derecho matrimonial canónico e Inglés Jurídico.

Para más información dirigirse a: Centro de Formación Jurídica. C/ Génova n.º 17-2.º Dcha. Tel. 91.319.78.93. Fax 91.308.73.07. E-mail cfj@cfj.es. hto: www.cfj.es.