

¿QUÉ ESTÁ PASANDO CON LAS ADOPCIONES?

Con cierta frecuencia en los medios de comunicación salta la noticia de que un tribunal ha dictado una resolución en virtud de la cual un menor acogido debe volver con sus padres biológicos y por lo tanto dejar el hogar familiar de los acogedores en el que ha venido residiendo desde hace algún tiempo. Perdida la batalla legal ante los tribunales, los acogedores en su desesperado intento de retener al menor acuden a la opinión pública, y parientes y vecinos inician una campaña exigiendo que el menor permanezca con la familia de acogida. Los efectos son evidentes: la ejecución de la resolución judicial se complica y en ocasiones termina por “no cumplirse en sus propios términos”.

A nivel de calle se opina que cómo va a volver el menor con su familia biológica, cuando tuvieron que quitárselo porque no estaba bien atendido. En algún medio de comunicación se ha podido leer lo siguiente: “los niños son víctimas de decisiones judiciales absolutamente inquietantes, a los que se ha aplicado la ley con mano de hierro, en lugar de aplicarla en función de lo que es mejor para ellos... quizá, han roto las vidas de los niños para siempre”.

Cuando una resolución judicial no sintoniza con la opinión pública, se empieza a cuestionar el sistema judicial. Es cierto que la lentitud de los trámites judiciales provoca en algunos casos que los menores consoliden sus lazos afectivos con una familia distinta de la de origen y por ello nos obliga a los juristas a cuestionarnos el sistema de protección de menores instaurado en el año 1987 y ratificado por la Ley del Menor de 1995.

El punto de partida es la declaración de desamparo, es decir la situación en que se encuentra un menor cuando está privado de la necesaria asistencia moral o material. ¿Quién declara el desamparo? La filosofía

que inspiró el sistema de protección de menores descartó la intervención judicial en esta primera fase, y por tanto las entidades públicas, esto es, los organismos correspondientes de las distintas Comunidades Autónomas, son los únicos competentes para acordar si un menor puede continuar o no con su familia biológica.

¿Qué pueden hacer los padres biológicos? La única solución que les queda es oponerse a esta decisión administrativa, para lo cual deben dirigirse al juzgado de familia. Declarado el desamparo, y en muchos casos aún sin resolverse la posible oposición de los padres a esta decisión administrativa, el menor pasa a integrarse en una familia de acogida. Desde ese instante, empieza una nueva vida para el, no tardará en llamar “papa” y “mama” a los acogedores. Pasa el tiempo y los lazos entre el menor y la familia de acogida se siguen estrechando hasta que transcurrido un cierto tiempo (generalmente un año desde que se constituyó el acogimiento) empieza la batalla legal de la adopción.

Existen muchos casos en los que mientras se pasa por estas etapas los padres biológicos no muestran el más mínimo interés en recuperar a sus hijos, sin embargo, en otros supuestos, los padres desde un principio se opusieron al desamparo y siguen luchando por intentar obtener una resolución judicial que les devuelva a sus hijos. ¿Qué puede suceder en estos casos? Una posibilidad es que se desestimen todas las oposiciones de los padres biológicos, se constituya la adopción y el menor se integre definitivamente con la familia que lo acogió inicialmente, en cuyo caso, se romperán todos los vínculos jurídicos con la familia biológica empezando por la pérdida de los apellidos originarios (la legislación del registro civil permite incluso que se practique una nueva inscripción de nacimiento en la que no constarán ya los nombres de los padres biológicos). Hasta aquí ningún problema. Tanto el menor como los acogedores han tenido que esperar un tiempo, pero todo acaba “felizmente” para ellos.

La otra posibilidad es que se estime alguna de las oposiciones que los padres biológicos pueden presentar (al desamparo, al acogimiento o a la adopción), lo que suele acontecer después de haberse tramitado un recurso ante una Audiencia Provincial, es decir, después de haber pasado un tiempo considerable. Entonces surge el problema que comentamos al principio. El menor debe volver con la familia biológica y abandonar a los “padres” de acogida. Sin entrar en valoraciones de si es mejor para el niño permanecer con los padres de acogida o volver con sus “verdaderos” padres (es una cuestión que solo se puede decidir atendiendo al caso

concreto), la realidad es que esta situación puede causar a los menores un perjuicio importante. ¿Tiene solución este problema?

Como hemos visto, hace falta pasar por tres etapas para poder llegar a la adopción. Y en cada una de esas etapas pueden presentarse los incidentes que hemos comentado anteriormente, y pueden interponerse los correspondientes recursos ante las Audiencias Provinciales. ¿Qué se discute en los tres procedimientos? Pues sencillamente se discute lo mismo, pero formalmente y legalmente, hay que discutirlo y si se interponen dentro de plazo, hay que tramitar los recursos que se presenten contra cada una de las tres resoluciones judiciales. ¿No sería conveniente revisar las normas procedimentales que regulan la materia? Permítasenos veleidades legislativas.

Declarado el desamparo de un menor por la correspondiente entidad pública, se comunicaría inmediatamente al juzgado de familia, quien con la urgencia que el caso requiere, convocaría a juicio a los padres biológicos y a cuantos parientes del menor hubiesen tenido relación con él. Si los datos facilitados por la entidad pública no son suficientes, antes de la celebración del juicio, de oficio se investigarían. Lógicamente, desde el primer momento se asignaría a los padres biológicos un abogado y un procurador del turno de oficio, salvo que ellos se personen con profesionales de libre designación. Durante este periodo el menor debería permanecer en un centro de acogida o con unos acogedores profesionales (nunca van a ser adoptantes y por tanto el grado de integración siempre será diferente al de los acogedores cuya única finalidad es llegar a la adopción).

Celebrado el juicio, el tribunal tendría que adoptar una de las siguientes decisiones: a) Privar a los padres de la patria potestad; b) Reintegrar al menor con los padres biológicos o con algún miembro de la familia extensa, c) Mantener durante un determinado tiempo al menor en situación de desamparo hasta que, con la ayuda necesaria, los padres pudieran demostrar que son “aptos” para encargarse de la crianza del menor. Ni que decir tiene que el posible recurso de apelación contra la resolución del juez de familia, tendría un trámite prioritario y urgente en la Audiencia Provincial.

Si el tribunal decide que el menor se reintegre con la familia biológica, sólo habrá sucedido que “ad cautelam” el menor ha sido apartado temporalmente de sus padres hasta constatar si se encontraba o no en una situación de riesgo. Al no haberse integrado el menor con una familia

adoptiva, parece que no existirán grandes obstáculos para la reintegración, máxime si, durante este tiempo, han tenido lugar las visitas entre de la familia biológica y el menor.

Si el tribunal decide privar de la patria potestad a los padres biológicos, acto seguido el menor se integrará en una familia adoptiva (puede suprimirse el procedimiento de constitución judicial del acogimiento) y después de un periodo de adaptación, se podrá constituir la adopción sin que los padres biológicos tengan que intervenir en el procedimiento judicial.

Por último, si el tribunal decide que no hay elementos suficientes para descartar a los padres biológicos y concede un determinado plazo (por ejemplo, la resolución judicial se revisará dentro de seis meses) para que se adopten las medidas necesarias que permitan el retorno del menor a su núcleo familiar, el menor permanecerá mientras tanto en el centro de acogida o con unos acogedores profesionales y en ambos casos, facilitándose las visitas con la familia biológica. Transcurrido el plazo, el juez se encuentra nuevamente ante la necesidad de decidir, pero ya solo tiene dos opciones: permitir que el menor vuelva con sus padres biológicos o privar a estos de la patria potestad si durante el tiempo concedido no han demostrado que están en condiciones de ocuparse del menor.

Esta puede ser una de las soluciones posibles al problema que dejamos apuntado inicialmente, seguro que habrá más, pero desde luego, se hace preciso iniciar un debate que permita evitar las situaciones, que con más frecuencia de lo deseado, se están presentando en la actualidad.

ÍNDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

— La ejecución sobre bienes gananciales en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 541 LEC). <i>Vicente Guilarte Gutiérrez</i>	21
— Hacia un planteamiento racional de la pensión compensatoria: la tabulación (II). <i>Jorge A. Marfil</i>	65
— El usufructo vidual universal: Análisis y problemática. <i>Aurelia M.^a Romero Coloma</i>	73

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	91
I. Demanda de modificación de medidas dictadas por un tribunal extranjero (<i>S. de 13 de marzo de 2000</i>)	91
II. Asistencia sanitaria para una conviviente de hecho de nacionalidad extranjera que carece de permiso de residencia (<i>S. de 10 de abril de 2000</i>)	97
III. Liquidación de gananciales (<i>S. de 5 de mayo de 2000</i>)	104

	<u>Página</u>
TRIBUNAL SUPREMO	107
I. Filiación	107
1. Reclamación de filiación no matrimonial (<i>S. de 1 de octubre de 1999</i>)	107
2. Legitimación para la reclamación de filiación no matrimonial (<i>Auto de 5 de octubre de 1999</i>)	109
3. Reclamación de la filiación extramatrimonial en base a la prueba de presunciones (<i>S. de 11 de octubre de 1999</i>)	112
4. Reclamación de paternidad en base a pruebas indirectas (<i>S. de 17 de noviembre de 1999</i>)	114
5. Jurisdicción para conocer de una demanda de reclamación de paternidad (<i>S. de 15 de diciembre de 1999</i>)	115
II. Regímenes económicos matrimoniales	118
1. Gestión, administración y responsabilidad de los bienes gananciales	118
1.1. Responsabilidad de los bienes gananciales (<i>S. de 30 de diciembre de 1999</i>)	118
2. Liquidación de la sociedad de gananciales	120
2.1. Disolución de la sociedad de gananciales tras la separación de hecho y eficacia de documento privado de uno de los cónyuges cediendo bienes al otro (<i>S. de 11 de octubre de 1999</i>)	120
2.2. Liquidación de gananciales pactada en documento privado (<i>S. de 16 de octubre de 1999</i>)	124
2.3. Supravaloración de los bienes en la liquidación de la sociedad de gananciales (<i>S. de 25 de octubre de 1999</i>) ..	127
III. Separación y divorcio	129
1. No procede recurso de casación (<i>Auto de 26 de octubre de 1999</i>)	129
2. Rescisión y anulación de sentencia de divorcio (<i>S. de 24 de noviembre de 1999</i>)	130

	<u>Página</u>
IV. Patria potestad	132
1. Visitas con los abuelos (<i>S. de 23 de noviembre de 1999</i>) ...	132
V. Responsabilidad civil por daños a menores	134
1. Lesiones en menor producidas en centro docente (<i>S. de 22 de diciembre de 1999</i>)	134
VI. Sucesiones	142
1. Nulidad de testamento abierto y validez del ológrafo (<i>S. de 11 de noviembre de 1999</i>)	142
2. Nulidad de donación (<i>S. de 25 de noviembre de 1999</i>)	145
VII. Penal	149
1. Alzamiento de bienes para eludir el pago de la pensión alimenticia (<i>S. de 14 de noviembre de 1999</i>)	149
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	153
I. Regímenes económico-matrimoniales	153
1. Calificación y valoración de bienes y deudas (<i>TSJ ARAGÓN, S. de 6 de octubre de 1999</i>)	153
2. Liquidación del régimen de conquistas: calificación de bienes (<i>TSJ NAVARRA, S. de 28 de octubre de 1999</i>)	157
II. Fiscal	162
1. Tributación por el Impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos después de la liquidación de la sociedad de gananciales (<i>TSJ CANTABRIA, S. de 19 de octubre de 1999</i>)	162
2. Vía de apremio por impago de liquidaciones tributarias (<i>TSJ GALICIA, S. de 25 de octubre de 1999</i>)	164

	<u>Página</u>
AUDIENCIAS PROVINCIALES	167
I. Causas de separación, divorcio y nulidad	167
1. Separación	167
1.1. Se decreta la separación en base a la causa genérica de falta de afecto marital sin necesidad de imputar al demandado una causa legal al hallarse superada la concepción de la separación por culpa sustituida por la de separación remedio. <i>AP ALAVA, Sec. 1.ª, S. de 5 de febrero de 2000</i>	167
1.2. Separación decretada por incumplimiento del deber de actuar en interés de la familia. <i>AP MÁLAGA, Sec. 5.ª, S. de 20 de marzo de 2000</i>	168
2. Divorcio	169
2.1. Procedencia del divorcio cuando la esposa abandonó el domicilio familiar para trasladarse a su país después de firmar unas capitulaciones matrimoniales pactando la separación de bienes. <i>AP VALLADOLID, Sec. 1.ª, S. de 14 de marzo de 2000</i>	169
3. Nulidad	170
3.1. No procede decretar la nulidad del matrimonio basándose exclusivamente en la prueba de confesión judicial de la demandada. <i>AP VALENCIA, Sec. 6.ª, S. de 24 de febrero de 2000</i>	170
II. Patria potestad, guarda y custodia, y régimen de visitas ..	172
1. Patria potestad	172
1.1. No procede privar de la patria potestad al padre que no ha podido ser localizado para emplazarle, sin perjuicio de que se le atribuya el ejercicio exclusivo de la misma a la madre. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 16 de marzo de 2000</i>	172

	<u>Página</u>
2. Guarda y custodia	173
2.1. El uso abusivo y desviado por la madre de la custodia que le fue confiada al marcharse sorpresivamente a su país de origen, llevándose consigo al niño y provocando la ruptura del contacto del padre con su hijo de forma brusca, inesperada y unilateralmente decidida justifica el cambio de custodia así como la atribución al padre del ejercicio de la patria potestad. <i>AP PONTEVEDRA, Sec. 1.ª, S. de 11 de febrero de 2000</i>	173
2.2. No procede modificar la guarda y custodia del hijo menor cuando dicha petición se basa exclusivamente en razones inconsistentes y propias de la temprana edad del hijo. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 23 de febrero de 2000</i>	175
3. Régimen de visitas	175
3.1. Fijación de régimen de visitas restrictivo con sometimiento a prueba de detección alcohólica. <i>AP VALENCIA, Sec. 6.ª, S. de 24 de febrero de 2000</i>	175
3.2. Suspensión de la condición impuesta para el cumplimiento del régimen de visitas de que debe llevarse a presencia de la abuela paterna. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Auto de 6 de marzo de 2000</i>	177
III. Vivienda familiar	177
1. La cesión por los progenitores al hijo de una vivienda para que la habite con su cónyuge e hijos constituye un comodato y el mismo está condicionado a la subsistencia del fin en contemplación al cual se verificó la cesión, que no se puede estimar desaparecido por la circunstancia de que se haya producido una crisis conyugal, en la medida en que sigue sirviendo para alojar a la familia pese a que ya no la integre materialmente uno de sus miembros originarios. <i>AP MADRID, Sec. 10.ª, S. de 15 de enero de 2000</i>	177
2. Atribución del uso de la vivienda ganancial de forma alternativa a uno y otro cónyuge por períodos anuales al estar ambos intereses necesitados de protección en igual medida, ya que ninguno de los cónyuges dispone de otra vivienda. <i>AP LEÓN, Sec. 2.ª, S. de 8 de febrero de 2000</i>	184

	Página
IV. Pensión alimenticia y contribución a las cargas del matrimonio	184
1. Cesación de la obligación alimenticia respecto a la hija mayor de edad aun cuando la misma comenzase a trabajar después de interpuesta la demanda de divorcio. <i>AP ASTURIAS, Sec. 6.ª S. de 8 de febrero de 2000</i>	184
2. Mantenimiento de la pensión alimenticia de la hija mayor de edad aunque la hija tenga su residencia, por razón de estudios, en otra ciudad distinta a la de su madre. <i>AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 9 de febrero de 2000</i>	186
3. Reducción del 50% de la pensión alimenticia cuando uno de los hijos se traslada a convivir con el progenitor no custodio. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 10 de febrero de 2000</i>	186
V. Pensión compensatoria	187
1. Extinción de la pensión compensatoria cuando queda acreditado que un tercero convive en el domicilio familiar de forma permanente sin que sea obstáculo para tal conclusión que éste siga manteniendo a efectos administrativos y de correspondencia otro domicilio. <i>AP TOLEDO, Sec. 1.ª, S. de 10 de febrero de 2000</i>	187
2. Fijación de pensión compensatoria solicitada en la petición de medidas provisionales y no en el suplico de la demanda. <i>AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 11 de febrero de 2000</i>	189
3. No cabe impugnar las capitulaciones matrimoniales en un procedimiento matrimonial, ni solicitar una pensión compensatoria en base al desequilibrio que produjo a uno de los cónyuges el incumplimiento de los pactos contenidos en dichas capitulaciones. <i>AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, S. de 17 de febrero de 2000</i> ..	190
4. La limitación temporal de la pensión compensatoria es de creación jurisprudencial y debe aplicarse con criterio restrictivo. <i>AP VALENCIA, Sec. 7.ª, S. de 17 de febrero de 2000</i>	191
VI. Cuestiones procesales	192
1. Régimen jurídico de la concesión de litisexpensas. <i>AP ASTURIAS, Sec. 4.ª, S. de 16 de febrero de 2000</i>	192

	Página
2. Inclusión por vía de aclaración de sentencia del complemento a la pensión compensatoria consistente en la mitad de las pagas extraordinarias del obligado al pago. <i>AP BURGOS, Sec. 3.ª, S. de 24 de febrero de 2000</i>	193
3. Admisibilidad del cambio de procedimiento durante el trámite de la segunda instancia. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, S. de 25 de febrero de 2000</i>	194
VII. Ejecución de sentencias	195
1. Procedencia de la actualización de la pensión alimenticia con carácter retroactivo. <i>AP VALLADOLID, Sec. 1.ª, Auto de 7 de febrero de 2000</i>	195
2. La pensión alimenticia debe abonarse directamente a la madre y no a los hijos mayores de edad. <i>AP BARCELONA, Sec. 12.ª, Auto de 7 de febrero de 2000</i>	195
3. Reclamación de atrasos por impago de pensiones de hijos mayores de edad constando la renuncia de los mismos. <i>AP VALENCIA, Sec. 6.ª, Auto de 14 de febrero de 2000</i>	196
4. Gastos que deben abonarse con la pensión alimenticia y gastos que tienen carácter extraordinario. <i>AP BARCELONA, Sec. 18.ª, Auto de 14 de febrero de 2000</i>	198
VIII. Regímenes económicos	200
1. Existencia de falta de litisconsorcio pasivo necesario si se ejercita una acción publiciana sobre fincas gananciales y se demanda únicamente a uno de los cónyuges. <i>AP ALMERÍA, Sec. 1.ª, S. de 7 de febrero de 2000</i>	200
2. Carácter privativo de la vivienda adquirida en el año 1974 por un cónyuge en estado de soltero aun cuando para financiar parte de su precio se suscribiera un préstamo hipotecario, abonado en parte constante el matrimonio, ya que resulta aplicable la legislación anterior a la reforma del año 1981. <i>AP VIZCAYA, Sec. 3.ª, S. de 9 de febrero de 2000</i>	201

	Página
IX. Filiación	203
1. Reclamación por hija extramatrimonial a la esposa (separada judicialmente) de la mitad de la indemnización abonada por la aseguradora por el fallecimiento del padre en accidente de circulación. <i>AP BADAJOZ, Sec. 1.ª, S. de 3 de febrero de 2000</i> .	203
2. Declaración de paternidad al quedar acreditado que el demandado y la madre de la actora eran novios en el período en que ésta fue concebida. <i>AP LAS PALMAS, Sec. 5.ª, S. de 15 de febrero de 2000</i>	204
X. Procedimientos de menores	205
1. La circunstancia de que el juzgado de Instrucción haya archivado unas diligencias por un presunto delito de abandono de familia en absoluto significa que el desamparo de los menores no subsista. <i>AP TOLEDO, Sec. 1.ª, Auto de 9 de febrero de 2000</i> .	205
2. Procede declarar a la madre incurso en causa de privación de la patria potestad cuando utiliza al menor para la mendicidad y el dinero que obtiene no lo dedica a atender las necesidades del mismo. <i>AP CÁDIZ, Sec. 2.ª, Auto de 10 de febrero de 2000</i> .	206
3. La audiencia de los menores puede efectuarse por medio de una exploración o puede conocerse su opinión a través de terceras personas no interesadas en el procedimiento. <i>AP NAVARRA, Sec. 1.ª, S. de 2 de marzo de 2000</i>	206
XI. Uniones de hecho	207
1. La convivencia <i>more uxorio</i> no es generadora de derecho sucesorio alguno, no existiendo por otro lado enriquecimiento injusto en los herederos del conviviente fallecido. <i>AP TARRAGONA, Sec. 2.ª, S. de 3 de febrero de 2000</i>	207
2. Procedencia de una acción de desahucio contra la conviviente que ocupa una vivienda propiedad de los padres del otro, sin que sea obstáculo para ello que dicho uso sea consecuencia de la atribución judicial. <i>AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, Sec. 3.ª, S. de 5 de febrero de 2000</i>	209
XII. Temas penales	210
1. Delito de injurias graves al repartir en plena calle, buzones y establecimientos públicos carteles con la fotografía de su exnovia así como frases groseras, vejatorias y degradantes. <i>AP CANTABRIA, Sec. 1.ª, S. de 2 de febrero de 2000</i>	210

	Página
2. Condena por desobediencia al cónyuge no custodio que incumple lo acordado judicialmente respecto al régimen de visitas. AP VALENCIA, Sec. 2.ª, S. de 15 de febrero de 2000	212

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Filiación	217
1.1. Habiendo fallecido uno de los cónyuges solicitantes de la adopción antes de su constitución ante la autoridad extranjera no puede hacerse constar la filiación paterna, a pesar de que el cónyuge fallecido hubiese realizado los trámites preliminares para la adopción. R. de 20 de mayo de 2000	217
1.2. Cuando se promueve la inscripción fuera de plazo del nacimiento de un menor no existe obstáculo alguno para que se le imponga el nombre con el que viene siendo conocido en la familia acogedora en vez del que tenía inicialmente. R. de 26 de mayo de 2000	219
2. Matrimonio	221
2.1. Procede inscribir el matrimonio celebrado entre español y dominicana, ya que las declaraciones complementarias oportunas no son lo suficientemente clarificadoras para deducir de ellas, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. R. de 22 de mayo de 2000	221
2.2. No se autoriza la inscripción de un matrimonio entre colombiana y español ya que existen notorias diferencias y contradicciones en sus respectivas declaraciones, de lo que cabe deducir la ausencia de consentimiento matrimonial. R. de 22 de mayo de 2000	223
3. Regímenes económicos matrimoniales	224
3.1. La posibilidad de inscribir la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario es algo indiscutible, pues, sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario que produce efectos <i>erga omnes</i> , por lo que debe tener acceso al Registro. R. de 25 de octubre de 1999	224

	Página
<p>3.2. Aunque es reiterada la doctrina de la DGRN de la libertad de contratación entre los cónyuges y que estos pueden estipular el desplazamiento de un bien desde el patrimonio privativo de uno de ellos al haber ganancial, la sola manifestación del origen del dinero empleado en la adquisición de un bien que aparece en el Registro como privativo del esposo, no puede considerarse como causa justificadora de su desplazamiento patrimonial en favor de la masa ganancial, ni aun teniendo en cuenta el favor legal de que goza dicha sociedad. <i>R. de 15 de diciembre de 1999</i></p>	227
<p>4. Sucesiones</p>	231
<p>4.1. No procede la cancelación de las inscripciones registrales practicadas en virtud de una donación que ha sido declarada nula en sentencia firme recaída en procedimiento abreviado, seguido por delito de alzamiento de bienes contra el donante —los padres—, al no resultar de los documentos calificados que el donatario —el hijo— y titular registral de los asientos a cancelar “haya sido parte en el procedimiento ni que haya comparecido por sí o representado, ni siquiera que haya sido notificado”. <i>R. de 30 de marzo de 2000</i></p>	231

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

<p>— La infracción de los derechos de custodia y de visita en las relaciones transfronterizas. Información y puntos claves para el debate (III). <i>Mayte Echezarreta Ferrer</i></p>	237
--	-----

DERECHO COMPARADO

<p>— El divorcio en Bélgica. <i>Antonio Aparicio Hackett</i></p>	259
--	-----

DERECHO CANÓNICO

- El miedo reverencial como causa de nulidad matrimonial. *Esperanza Hernández Herrero* 271

TRIBUNA ABIERTA

- La aplicación del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 en materia de custodia de menores 283
- Fijación del régimen de visitas entre abuelos y nietos 289

CRÓNICA LEGISLATIVA

- Moción del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, por la que se insta al Gobierno a que en el plazo de seis meses elabore un proyecto de ley de reforma del Código Civil que regule, en los procesos que resuelvan crisis de parejas, la posibilidad de que los hijos continúen su comunicación y relación de afectividad con sus abuelos, recabando al efecto el dictamen de especialistas (662/000015) 297

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

- Publicaciones y Noticias 313

ESTUDIOS DOCTRINALES

LA EJECUCIÓN SOBRE BIENES GANANCIALES EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (ARTÍCULO 541 LEC)

VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ
Catedrático de Derecho Civil. Abogado.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

- 1. La problemática vigente.**
- 2. Los supuestos contemplados por el nuevo precepto.**
- 3. Finalidad del precepto y crítica de la opción asumida.**

II. LOS SUPUESTOS DE EMBARGO DE BIENES GANANCIALES NO CONTEMPLADOS EXPRESAMENTE POR LA NORMA

- 1. El embargo seciente a la ejecución de una Resolución judicial firme.**
 - A) La exoneración de la mitad de los bienes comunes por la vía de la oposición al Auto que despache ejecución.*
 - B) La alternativa procesal a tal oposición: la tercería de dominio.*
- 2. La responsabilidad civil consorcial seciente a un proceso penal.**

III. EL APARTADO PRIMERO: LA FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES.

IV. EL APARTADO SEGUNDO: LA TRABA DE LOS BIENES COMUNES Y LOS MEDIOS DE OPOSICIÓN DEL CÓNYUGE NO RESPONSABLE.

- 1. Planteamiento del apartado.**
- 2. La demanda ejecutiva.**
- 3. La responsabilidad común.**
- 4. La notificación al otro cónyuge.**
- 5. Las causas y modo de oposición a la responsabilidad consorcial.**
 - A) *La legitimación del cónyuge no responsable para esgrimir cualquier motivo de oposición al título ejecutivo.*
 - B) *La específica oposición basada en la no responsabilidad consorcial.*
 - C) *La existencia y suficiencia de bienes privativos.*
 - D) *La oposición a la privatividad de la deuda por parte del cónyuge responsable.*
- 6. El efecto de la Sentencia estimatoria de la oposición del cónyuge no responsable.**

V. EL APARTADO TERCERO: LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES FRENTE A DEUDAS PRIVATIVAS.

- 1. Planteamiento analítico del apartado.**
- 2. Cuestiones previas.**
 - A) *La coordinación con el artículo 1373 del CC.*
 - B) *Las omisiones del precepto.*
 - a) *La omisión del plazo para el ejercicio de la opción disolutoria.*
 - b) *La oposición del cónyuge que concertó la deuda a la condición privativa de la misma.*
- 3. Los presupuestos del precepto.**
 - A) *Las deudas propias de un cónyuge.*
 - B) *La insuficiencia de los bienes privativos.*
 - C) *La notificación al cónyuge no responsable.*
 - D) *La opción concedida al esposo no responsable.*
 - E) *La decisión del Tribunal.*
 - F) *La suspensión de la ejecución.*

VI. EL APARTADO CUARTO: LOS GENÉRICOS MEDIOS DE DEFENSA DEL CÓNYUGE NO DEUDOR.

1. *Iter* parlamentario del apartado.
2. Finalidad de la norma.

VII. LA INCARDINACIÓN DE LAS PREVISIONES DEL ART. 541 EN EL PROCESO MONITORIO.

VIII. LA OPOSICIÓN A LA CONSORCIALIDAD DE LA DEUDA ANTE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS DE CONDENA PECUNIARIA.

I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

1. La problemática vigente

El precepto cuyo análisis iniciamos viene a solventar algunos de los más graves problemas que en el seno de la sociedad de gananciales planteaba la regulación sustantiva vigente toda vez que se establecen, por fin, los cauces procesales mediante los cuales resolver, entre otras cuestiones, la compleja situación derivada de la discordancia entre gestión individual del consorcio y responsabilidad de la masa común de bienes en cuya virtud se hace preciso deslindar los casos en los que, frente a deudas individualmente concertadas, deba responder la masa común de bienes en su integridad o, por el contrario, sólo la parte que en tales bienes consorciales pertenece al cónyuge que concertó la obligación. Desde otra perspectiva diríamos que articula la posible disociación entre deuda y responsabilidad que, en la esfera del pasivo ganancial, se formula unánimemente bajo los conceptos de responsabilidad interna y externa del patrimonio común.

La regulación de tan importante materia se realiza por el legislador un tanto subrepticamente, acaso intentando no producir alarma social alguna y buscando que, en un principio, los civilistas no tengan noticia de la derogación, al menos parcial, de un precepto tan comentado como lo ha sido el artículo 1373 del Código Civil (en adelante, CC).

A tal fin, aprovechando que la nueva ley riuaria contiene un específico régimen de quienes sean las partes en la ejecución, introduce el tratamiento de la materia —insisto que sin referencia derogatoria alguna— en una sede que, sin lugar a la duda, era también susceptible de otras ubicaciones. Pero, sobre todo, hemos de criticar el que nuestro Código Civil no tenga noticia de tan importante alteración de su contenido.

Diremos también, con carácter previo, que la disciplina del nuevo precepto no se superpone íntegramente a la realidad normada por el artículo 1373, por lo que no cabe inferir la íntegra derogación de éste por la norma especial y posterior. De distinta manera, como iremos viendo, debe apuntarse la persistente vigencia de, al menos, el párrafo final de dicho artículo 1373 del CC, no alcanzada su regulación por la de la norma procesal que examinamos.

Ocurre también, como iremos destacando, que la disciplina normativa de estas cuestiones no es sino parcial. Dicha precisión resulta de gran importancia pues tal y como deriva del encaje sistemático e, incluso, de la propia literalidad del precepto, el legislador únicamente da respuesta en este artículo 541 a la interrogante planteada cuando el embargo de los bienes gananciales sea consecuencia de una demanda ejecutiva fundada en los números 4 y siguientes del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). Sólo así se entienden los términos del precepto que analizamos en cuanto menciona que “*la demanda ejecutiva deberá...*”. Es decir, se está sin duda pensando en el tradicional título ejecutivo que abre paso al proceso ejecutivo regulado en los artículos 549 y ss. Queremos destacar con ello que, de nuevo, se olvida una alternativa evidente como lo es la de aquellos otros supuestos en que la traba del haber consorcial siga a una resolución judicial condenatoria frente a la cual se abre la vía de apremio (artículo 517.1.^º en relación con el artículo 556 de la LEC). Supuesto absolutamente frecuente, incluso tanto como el regulado específicamente por el artículo 541, y en el cual no hay esa fase previa de oposición al título ejecutivo en que se inserta la alegación de privatividad de la responsabilidad que el artículo 541 disciplina en su apartado 2.^º

Finalmente, quedaría huérfano de regulación el caso, sin duda más complejo e infrecuente, de que la Resolución judicial que ordena la traba tenga su origen en supuestos de responsabilidad civil secuente a la comisión de delitos en los que el silencio legislativo es, como veremos, aún más difícil de integrar.

Con tal perspectiva diremos que el artículo 541 de la LEC da respuesta procesal, con la referida y parcial amplitud, a los supuestos en que la sociedad de gananciales responda frente a terceros acreedores tanto por deudas comunes como privativas y como consecuencia de una demanda ejecutiva. En este sentido, para entender el alcance de la norma adjetiva, debe tenerse en cuenta que si bien los patrimonios ganancial y privativos se configuran, en principio, como masas patrimoniales independientes, con un cierto hermetismo de una respecto

de otras, tal estanqueidad se ve esencialmente alterada por dos preceptos. El primero de ellos es el artículo 1369 del CC —que no interesa al caso— en cuya virtud ha de concluirse que de las deudas comunes responde también el patrimonio de quien las haya contraído. El otro es el artículo 1373 del CC, precepto hasta hoy harto complejo y donde se sanciona que frente a deudas externamente calificables como privativas —es decir, de las que sería en principio único responsable el patrimonio propio de quien las contrajo— responde también el patrimonio consorcial, si bien de forma subsidiaria, ante la insuficiencia patrimonial del cónyuge deudor, y bajo la modalidad de este artículo 1373 del CC. Norma ésta que, en definitiva, el artículo que comentamos complementa y precisa, en términos, sin duda, loables.

En función de lo anterior debe subrayarse, desde un primer momento, que el precepto que pasamos a examinar está íntimamente vinculado con numerosas normas sustantivas, fundamentalmente todas aquellas que sirven a la determinación de la responsabilidad de los bienes gananciales frente a deudas concertadas por uno sólo de los cónyuges y que, en principio, se concretan en los supuestos del artículo 1365 del CC⁽¹⁾.

También desde un primer momento debe subrayarse que la norma viene a subsanar, por fin, si bien parcialmente como hemos destacado, una deficiencia que había dado lugar a innumerables problemas de aplicación práctica del régimen patrimonial de la sociedad de gananciales. En este sentido, se había reiterado doctrinalmente hasta la saciedad que el “*artículo 1373 establece una regla de carácter sustantivo sin cauce procesal ad hoc para llevarle a efecto*”⁽²⁾ en términos reproducidos, asimismo, jurisprudencialmente asumiendo que “*la falta de normas legales de carácter procesal acerca del ejercicio de este derecho de opción y de la posterior liquidación de la sociedad, puesta de relieve por la doctrina científica, ha originado dudas sobre la forma...*” (STS de 29 de abril de 1994, por ejemplo).

(1) Sin ánimo exhaustivo, diremos que la posibilidad de vincular los bienes comunes por uno solo de los cónyuges deriva de preceptos como el artículo 1319, 1362.1.^ª, 1366, 1382, 1384, 1385 y 1386. En relación con el tema vid. mi monografía sobre *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, Valladolid, 1991, siendo especialmente relevante conocer la distinción entre responsabilidad interna o definitiva de los bienes comunes, y responsabilidad provisional o externa de tales bienes, tema tratado en las págs. 374 a 481 de la citada obra.

(2) Así MAS BADÍA, M.D., *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*, Universidad de Valencia-Tirant lo blanch, 1999, pág. 168, que cito por su novedad, si bien debe insistirse en que es conclusión largamente asumida por la doctrina que se ha ocupado del tema. Vid., asimismo, mi trabajo sobre *Gestión y responsabilidad...*, cit., especialmente págs. 522 a 548.

Exponiendo el actual estado de la cuestión, y sobre la base de que su detalle excedería el presente comentario, nos limitaremos a referir la doctrina que resulta de la última sentencia del TS, recaída sobre la materia, concretamente la de 12 de enero de 1999, donde, por otro lado, se resume la anterior jurisprudencia de la Sala 1.^a En dicho pronunciamiento parece rechazarse la viabilidad de la tercería de dominio para que el cónyuge no deudor libere su parte en la sociedad conyugal, pues *“si bien es cierto que este proceso se ha admitido y utilizado en ocasiones, no lo es menos que es más que discutible, ya que, en principio, no se admite la tercería ni la condición de tercero en un cónyuge respecto del embargo de bienes gananciales”*. Paralelamente se apunta que *“el procedimiento que se estima más adecuado es el incidente en el proceso de ejecución que es el seguido en el presente caso. En él no se resuelve nada que esté fuera de la Sentencia dictada en el proceso principal sino que se ejercita la opción que permite el artículo 1373 del CC.”* La Sentencia, como también ocurre con la anteriormente citada, tiene su voto particular que refleja las persistentes discrepancias en el seno del Tribunal Supremo sobre una materia especialmente vidriosa.

En este sentido la referida cuestión se encuentra también regulada tanto en el artículo 102.1 de la Compilación del País Vasco como en la Ley 85 de la Navarra, otorgando al cónyuge no deudor, respectivamente, un plazo de 15 o 9 días para actuar tal declaración a partir de que se le notifique el embargo de los bienes comunes⁽³⁾. En tal plazo podrá interesar que se sustituya la traba sobre el conjunto por la parte que en su día se adjudique al deudor, declaración que lleva aparejada, automáticamente, la disolución del consorcio. En cualquier caso, parece evidente que los apuntados preceptos resultan difícilmente coordinables con la nueva regulación procesal que analizamos que, sin duda, sólo ha tenido cuidado de no contradecir el contenido del artículo 1373 del CC.

2. Los supuestos contemplados por el nuevo precepto

Resumiendo brevemente los aspectos regulados por la norma diremos que, junto con las previsiones complementarias de los apartados inicial y último, se contienen en los apartados 2.º y 3.º dos supuestos esenciales y, a la vez, totalmente distintos. Y, así, el apartado 2.º contempla la manera de articular las discrepancias sustantivas entre los interesados —cónyuges y acreedor— en aquellos casos en que la actuación individual de uno de los esposos pueda vincular los bienes comunes. Es decir se arbitra un cauce, antes inexistente, para discutir las divergencias en orden a la responsabilidad de los bienes comu-

⁽³⁾ El Código de Familia de Cataluña también contempla esta situación en su artículo 71.2. Asimismo, cuestiona estos temas el artículo 46 de la Compilación Aragonesa.

nes frente a actuaciones individuales plasmadas en un título ejecutivo apto para producir el despacho de ejecución (artículo 557 de la LEC que remite a los números 4, 5, 6 y 7 del artículo 517). Para ello se parte, aun sin apreciarse que esto es así, de una relativa presunción de ganancialidad pasiva que, como veremos, no se admitía anteriormente ni doctrinal ni jurisprudencialmente aunque sí, con el apuntado carácter relativo, en la legislación hipotecaria.

A continuación el apartado 3.^º establece un supuesto en cierta medida contrario. Es decir, aquel caso en que la actuación individual dé lugar, en principio, exclusivamente a la responsabilidad de los bienes privativos del cónyuge que la contrajo, pero que, ante su insuficiencia, permite la persecución de los bienes comunes si bien bajo la modalidad del artículo 1373 del CC. Modalidad que, en definitiva, lleva a la disolución del consorcio conyugal y a su hipotética liquidación conforme al nuevo proceso establecido en los artículos 806 y ss. de forma que en su día permita materializar la agresión patrimonial contra los bienes que concretamente se adjudiquen a dicho cónyuge a las resultas del proceso liquidatorio. Teóricamente se ha solucionado un problema, pero, en la práctica, resulta obvio subrayar que si el esposo no responsable consigue acceder a tal situación sería oportuno recomendar a tal acreedor que desista de continuar su agresión pues no le va a ser fácil culminar con éxito una liquidación consorcial a cuyas resultas pueda reiniciar la realización de su crédito suspendida durante la tramitación del proceso liquidatorio (artículo 541.3 *in fine*).

Finalmente, en este planteamiento inicial, diremos que el presente artículo debe leerse conjuntamente —cuando de la traba de bienes inmuebles se trate— con el artículo 144 del Reglamento Hipotecario (en adelante, RH), modificado por el RD 1867/1998 de 4 de septiembre, y con el que hoy parece que existe una loable coordinación que en un primer momento, tras la reforma del Reglamento Hipotecario que siguió a las profundas modificaciones del CC de 1981, no existió, como brevemente comentaremos.

En este sentido, anteriormente, la aplicación jurisprudencial de las normas analizadas, en conjunción con la última y actual redacción del artículo 144.1 del RH, determinaba la posibilidad universal de trabar los bienes comunes para lo que bastaba la notificación del embargo al cónyuge no demandado, con independencia de su ausencia en el título ejecutivo. Así las cosas, existía una gravísima indefinición acerca del cauce que el cónyuge no deudor, notificado de tal embargo, podía utilizar para exonerar su cuota consorcial en términos determinantes de una patente distorsión del sistema. Hoy, quizás, el problema se haya invertido: se facilita enormemente la discusión, en el trámite de ejecución, acerca de la privatividad externa de la deuda con lo que, si se accede a tal situación, nos atrevemos a apuntar una excesiva dificultad para la indemnidad del acreedor ante la necesidad de atender a las resultas del proceso liquidatorio universal.

3. Finalidad del precepto y crítica de la opción asumida

Como queda dicho el precepto pretende articular la manera de materializar la ejecución de bienes gananciales ante concretas actuaciones que aparentemente determinan la responsabilidad del consorcio —facilitando, asimismo, el cauce para la oposición a tal pretensión de responsabilidad común— y, finalmente, ordena adjetivamente el modo de proceder en casos en que la insuficiencia de los bienes privativos del deudor nos lleve a la necesidad de embargar su parte en la sociedad de gananciales. Y el gran problema que el legislador sigue sin atreverse a asumir es el de desconocer la persistente consideración doctrinal —que no positiva— de la sociedad conyugal como una comunidad de tipo germánico. Configuración que nadie sabe lo que es, pero que le resulta especialmente fecunda al legislador, a una acrítica jurisprudencia y a la más complaciente doctrina⁽⁴⁾. Consideración hartamente extravagante en nuestro sistema de detentación común de bienes y que sólo sirve para dificultar enormemente el juego de la responsabilidad patrimonial de la persona casada sometida al régimen de gananciales⁽⁵⁾.

(4) Vid., por todos, planteando críticamente el debate, si bien en forma parcialmente interesada, DE LOS MOZOS, J.L., *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, T. XVIII, vol. 2.º, artículos 1344-1410, Edersa, Madrid, 1999, 2.ª ed., págs. 63 y ss.

(5) Resulta especialmente significativo el gran eco que causó en nuestra doctrina y jurisprudencia la consideración germanista del consorcio conyugal en relación con el nulo predicamento que tal concepción tuvo en el ámbito de los países de tradición jurídica latina a pesar de la relativa identidad de unas y otras regulaciones. En este sentido, por ejemplo, hablaba BOULANGER (en *Traité Pratique de Droit civil française*, de Planiol-Ripert, T. VIII, *Les régimes matrimoniaux*, 2.ª ed., París, 1957), incluso antes de la reforma del derecho de familia acaecida en 1965 y con cita de antiguos trabajos elaborados a principios de siglo por Josserand y Bonecasse, en los que se exponía la tesis de la comunidad en mano común, de que “no creemos que deba entrarse en tal discusión por la razón de que, aun siendo exacta, la asimilación de la comunidad a la copropiedad en mano común no resolvería el problema de la naturaleza de tal comunidad en el derecho francés pues, a diferencia del Código civil alemán, el Código civil francés ignora la copropiedad en mano común”.

Apuntaré que el nuevo entendimiento de la tercería de dominio, en cuya virtud (artículo 595 de la LEC) ya no es precisa fatalmente la condición dominical del tercerista, quizás haga ya innecesario persistir en esa idea germánica del consorcio que, en su día, tras la reforma de 1981 y la aparición del artículo 1373, fue revitalizada por el TS a través de D. Jaime de Castro García (STS de 26 de septiembre de 1986), con gran éxito, para obviar la legitimación como tercerista del cónyuge que pretendiera exonerar su mitad ganancial al amparo del mentado artículo 1373. El actual entendimiento de la tercería hace ya inútil tal consideración que, aun de mantenerse, no serviría para negar la legitimación del esposo tercerista determinando, por tanto, la pérdida de la finalidad para la que la consideración germanista del consorcio se rescató.

Por otro lado, debe subrayarse que tal doctrina acerca de la mancomunidad germánica realmente sólo se trae a colación a los efectos de explicar el aspecto pasivo de la comunidad sin que para nada se utilice a la hora de articular las fórmulas de gestión y administración del consorcio conyugal para la que resulta inservible. No debe olvidarse que el principio democrático que, frente a la inicialmente establecida jefatura del marido (artículo 1412 anterior a la reforma de 1981), hoy sin duda rige la gestión de la sociedad de gananciales (artículo 1375), es absolutamente incompatible con la forma de gestión de la comunidad germánica que, ante la ausencia de cuotas, necesariamente debe ordenarse conforme al principio jerárquico o de autoridad. La comunidad germánica, dicho en términos sencillos, precisa de un jefe que rija sus destinos.

De esta manera, aunque aparentemente la ley solucione tanto los problemas del acreedor como los del cónyuge no deudor, es lo cierto que en realidad tales soluciones, acomodadas a aquella incomprensible concepción, son en la práctica absurdas, pues mucho más sencillamente pudieran resolverse.

En este sentido, frente a las deudas de ambos esposos no hay problemas: se pueden trabar individualmente bienes comunes y realizar individualizadamente, es decir, sobre concretos bienes, tal agresión sin necesidad de liquidar el patrimonio en su conjunto.

El problema surge cuando se quiere ultimar la realización de la traba que recae sobre la mitad que de tales bienes pertenece al cónyuge responsable. La solución más sencilla radicaría, sin más, en permitir la agresión de bienes comunes y, sin necesidad de disolución ni liquidación alguna, apremiar la cuota del 50% que en cada activo consorcial, sin duda, ostenta el cónyuge deudor evitando al acreedor el tener que acudir a un inviable e irrealizable proceso de liquidación de la totalidad de los bienes consorciales. Exigencia fundada en la absurda idea de que en tanto no se liquide el patrimonio en su conjunto, no se tiene una propiedad actual sobre sus concretos bienes⁽⁶⁾. Podría mantenerse la posibilidad de que tal acaecer determinara la disolución de la sociedad conyugal —a instancias del cónyuge deudor—, pero en ningún caso obligarse al acreedor a esperar a la liquidación del consorcio para poder ver satisfecho su crédito. No obstante, parece obvio que el legislador ha persistido definitiva-

⁽⁶⁾ La persistencia de tal consideración parece, asimismo evidenciarse en el contenido del artículo 6.1.4 de la LEC donde se establece que tienen capacidad para ser parte en los procesos civiles, entre otros, “*los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular*”. Quizás se está pensando no sólo en la herencia yacente —que podría haberse designado *nominatim*—, sino también en la sociedad de gananciales pendiente de liquidación. Más adelante cuestiono la difícil coordinación entre tal consideración y la falta de legitimación pasiva del consorcio conyugal que deriva del apartado inicial de este artículo 541.

mente en tal idea dando lugar a una consecuencia antinatural y harto perjudicial para el interés del acreedor.

Y es que, en definitiva, la lógica a la que obedece la facultad disolutoria del artículo 1373 se ha distorsionado hasta el infinito. Ha pasado de obedecer a un medio de defensa del cónyuge no responsable frente a la actividad patrimonial de su esposo a tratarse de una norma con la que el cónyuge que lo es consigue defender, frente al acreedor, la total indemnidad de los bienes comunes. Explicaré tal afirmación: el artículo 1373 encuentra su justificación en la defensa del cónyuge no deudor quien, ante la deficiente gestión patrimonial de su cónyuge, —que pone en peligro su patrimonio privativo en donde se incluye su haber en la sociedad conyugal— carece de interés en mantener un régimen de comunidad alcanzado por aquella gestión. Idea que no resulta ni mucho menos original, aunque sí distorsionante del modelo utilizado, teniendo su precedente en el Código civil francés cuyo artículo 1443 establece que “*si por el desorden de los negocios de un esposo, su mala administración, o su desgobierno, resulta que el mantenimiento de la comunidad pone en peligro los intereses del otro cónyuge, éste podrá instar la separación de bienes en justicia*”. Tal posibilidad, que lleva a la liquidación del consorcio, aparece, sin embargo, complementada con un adecuado límite temporal, pues el artículo 1444 otorga un plazo de tres meses para iniciar las operaciones liquidatorias y un año para culminarlas so pena de nulidad de la separación decretada judicialmente que, en ningún caso, puede realizarse voluntariamente por los esposos (artículo 1443, *in fine*). De igual manera se prevé la oposición de los acreedores a tal declaración judicial cuando la misma se realice en fraude de sus derechos.

Históricamente tal ha sido siempre el modelo que, frente a la superioridad del marido, determinaba contragarantías normativas a favor de la mujer. Y así, al discutir parlamentariamente el CC, decía el Senador Sr. Comas, desde posiciones que hoy calificaríamos de ultraconservadoras: “*como el marido representa el elemento de fuerza, de inteligencia, de acción, de progreso, el derecho le confía la gestión de los bienes; y como la mujer representa el elemento conservador, la tradición, el temor, el derecho le concede la garantía. Gestión a favor del marido, garantía en beneficio de la mujer. Por esto los bienes del marido forman el principal fondo de especulación, de empresa, se exponen a los riesgos y peligros de la especulación y el tráfico; en cambio los bienes de la mujer constituyen el fondo de reserva para que sirva en momentos dados de último recurso, de puerto de salvación a la familia en las horas tristes de la adversidad o del infortunio*”. Ese fondo de reserva, constituido entonces por los bienes parafernales y dotales, sufre una mutación cualitativa tras la reforma de 1981 de forma que se busca la garantía del patrimonio del cónyuge no gestor obviando la indiscriminada posibilidad de endeudar la mitad que a éste le corresponde en el acervo común. En ningún caso tal garantía puede reconducirse a un instrumento de fraude a las expectativas del acreedor: nace como medio de

protección del cónyuge no gestor frente a su esposo, nunca como instrumento de protección de los bienes comunes frente a un legítimo acreedor.

Consecuentemente, volviendo al modelo español que resulta del precepto analizado, diremos que se permite al cónyuge no responsable, un tanto indiscriminadamente, acceder a la disolución de la sociedad conyugal y, potenciando su autonomía patrimonial, pasar a regirse por el sistema de separación de bienes desde el momento en que aflora un síntoma de disfunción en la gestión patrimonial de su consorte: la notificación del embargo de bienes comunes. Es, en definitiva, la fórmula que la actual situación determina en aras de mantener esa garantía de la que ya se hablaba en el momento de elaboración del CC. Pero la manera de articularla, como estamos viendo, determina una consecuencia colateral que la pone en cuestión. Determina la evidente degradación de las expectativas del acreedor.

Así las cosas, carece de sentido que se obligue al acreedor a paralizar indefinidamente su traba y quedar a las resultas de un proceso disolutorio —*res inter alios acta*— al que es absolutamente ajeno y en el que la normal convivencia de los cónyuges puede representar un clarísimo y potencial peligro para la indemnidad de su crédito.

Desde este momento y páginas invito a reflexionar sobre el tema y a augurar que no existirá ningún supuesto —no he conocido ninguno en los 17 años de vigencia del artículo 1373 del CC— en el que, una vez declarada la disolución de la sociedad conyugal por estarse a presencia de una deuda privativa, continúe el acreedor su pretensión resarcitoria agilizando el trámite liquidatorio a cuyas resultas podrá materializar su ejecución sobre los bienes adjudicados al cónyuge deudor. Mucho más hoy en que, como puede apreciarse de la regulación de los artículos 806 y siguientes, a cuyo comentario me remito, el trámite liquidatorio de la sociedad conyugal está exclusivamente pensado para las causas disolutorias cuya etiología sea un proceso de crisis matrimonial de forma que para nada se contempla en el mismo la presencia de posibles acreedores.

Y la paradoja representada por la inviable traba de la mitad consorcial sobre los concretos bienes comunes es absoluta como paso a exponer: no existe —nos dicen— una propiedad actual de cada cónyuge sobre concretas cuotas en individuales bienes comunes, por lo cual no es posible la realización de la mitad que en cada bien hipotéticamente pertenece a uno y otro esposo. Literalmente se formula tal conclusión diciendo⁽⁷⁾ que “*para fijar la parte que corresponde al cónyuge deudor hay que liquidarla, pues en caso contrario la sentencia de remate recaerá sobre un complejo de bienes, afecto también al pago de otras*

(7) DE LOS MOZOS, J.L., op. cit., pág. 427.

deudas, entre las cuales estarán las deudas sociales". Sin embargo, cuestiono, tal consideración desaparece cuando se dirige la agresión contra ambos esposos: en este caso, sí es posible la realización individual de bienes, pues uno y otro esposo colman la titularidad del concreto bien sin que para nada se repare en la posible presencia de otros acreedores. Reitero la paradoja: no se les tiene en cuenta si se embarga el todo de un bien consorcial, pero sí cuando sólo pretenden el embargo de la mitad que corresponde al cónyuge responsable. La lógica apunta hacia la situación contraria.

Dogmáticamente el absurdo no tiene parangón: si ni uno ni otro poseen una titularidad actual sobre concretas cuotas en los bienes comunes, no se me alcanza cómo pueden llegar a detentar una titularidad actual sobre la integridad de un determinado bien que permita su agresión y realización sin necesidad de actuar el trámite liquidatorio del conjunto consorcial. No se nos alcanza tampoco cómo es posible permitir la salida de un bien del patrimonio común, a resultados de la traba dirigida contra ambos esposos, cuando tal bien, utilizando la argumentación que rechazo, está también "*afecto al pago de otras deudas*".

Y es que, realmente, ante la carencia de personificación de la sociedad conyugal, la responsabilidad que se cuestiona no es sino la responsabilidad patrimonial e individual del artículo 1911 del CC. De esta manera, la afección de los bienes al pago de las deudas —particulares o comunes— no significa nada diferente a lo que ocurre frente a las deudas de cualquier otro sujeto de las relaciones patrimoniales. Únicamente sería válida la lectura que reiteradamente nos ofrecen ante la insuficiencia patrimonial del deudor casado bajo el sistema consorcial. Pero para ello debería estarse a las normas concursales que en nada se ven afectadas por cuanto cuestionamos.

En definitiva, la fantasmal concepción germanista de la comunidad conyugal nos lleva a tener que proporcionar soluciones adjetivas verdaderamente aberrantes, pero que mansamente parece que se asumen como resultado de la fatalidad que deriva de esa axiomática configuración. Y de nuevo invito a reflexionar sobre la sencillez que hubiera resultado de establecer, de una vez por todas, que sobre los bienes comunes existe una comunidad ordinaria⁽⁸⁾ que permite la traba de cuotas individuales en cada bien y no necesariamente sobre

(8) La viabilidad de tal entendimiento de las cosas aparece expresamente propiciada, a nivel de derecho positivo, por el artículo 215 del Código suizo donde, tras declararse que los bienes de la comunidad universal matrimonial pertenecen proindiviso a ambos cónyuges, se establece que ni la mujer ni el marido pueden, vigente el régimen, disponer de su parte. Tal norma debe complementarse con su artículo 217 que permite la disposición conjunta de los bienes que componen dicha comunidad. El sistema, que creo transplantable sin excesivas dificultades a nuestro actual sistema, resulta de una sencillez y coherencia absolutamente encomiables.

la totalidad del patrimonio común en términos determinantes del previo proceso liquidatorio universal. Se ha perdido tal oportunidad especialmente desde que se apunta que la liquidación del consorcio paraliza el proceso de realización de los bienes comunes sin permitir la continuidad de tal agresión sobre la cuota del deudor.

En cualquier caso no me resisto a explicar alternativamente el sistema: sobre los concretos bienes comunes existe una propiedad actual por cuotas del 50% a favor de cada cónyuge. Cuotas indisponibles durante la vigencia del régimen económico-matrimonial y, consecuentemente, inembargables aunque sí es posible la traba del conjunto que implicaría la desafectación del bien a las necesidades económico-matrimoniales. Esa indisponibilidad, y su secuela de inembargabilidad —que creo errada desde un punto de vista de política legislativa— es la determinante de la necesidad de disolver la sociedad conyugal como única vía para disipar la referida inembargabilidad en función de la desaparición de la afección del bien a las necesidades matrimoniales al no existir ya el régimen económico común. Tal disolución debiera ser suficiente para embargar cuotas individuales sin tener que operar una ulterior liquidación que, aun prescrita legalmente, carece de sentido, lógica y fundamento alguno⁽⁹⁾.

Finalmente, diremos que la consecuencia dilatoria y perturbadora de la efectividad del crédito que deriva de la excesiva protección al cónyuge no responsable resulta harto contradictoria con el nuevo sistema de ejecución propiciado por la Ley donde se persigue con inusitada saña al deudor ejecutado que no haga frente a su responsabilidad pecuniaria. En tal sentido, cuadra mal cuanto analizamos con el principio que emblemáticamente deriva de la a mi juicio disparatada inclusión del artículo 589 de la LEC donde, por mor de un errado mimetismo con la protección del crédito laboral sancionado en las leyes procesales de este orden, se reinstaura la prisión por deudas como instrumento de defensa del crédito puramente privado. Consecuentemente las previsiones de efectividad del crédito contenidas en la Ley sólo son reales contra el ejecutado célibe, viudo, separado o divorciado. Mucho más difícilmente contra la persona casada sometida al régimen de la sociedad de gananciales.

⁽⁹⁾ La aberrante situación a la que puede accederse se plantea cuando, por ejemplo, el inventario consorcial esté compuesto, exclusivamente, por la vivienda familiar y sin pasivo alguno distinto al que resulta objeto de ejecución. Así las cosas, el acreedor se ve en la tesitura de embargar dicho inmueble y esperar a la liquidación que los cónyuges convengan para, finalmente, realizar la traba sobre la cuota del 50% que necesariamente —salvo la también necesaria convivencia de los cónyuges— resulte de tal proceso liquidatorio. Largo camino para llegar al principio.

II. LOS SUPUESTOS DE EMBARGO DE BIENES GANANCIALES NO CONTEMPLADOS EXPRESAMENTE POR LA NORMA

1. El embargo seciente a la ejecución de una Resolución judicial firme

En los ulteriores apartados de este estudio vamos a examinar el supuesto en el cual la agresión a los bienes comunes deriva de un título ejecutivo no judicial que sirve para fundar una demanda ejecutiva determinante, en un primer momento, de la traba de bienes gananciales. Sin embargo, como ya hemos destacado, la nueva Ley propicia con claridad que la agresión del patrimonio común derive, alternativamente, tanto de un título no judicial como de una Sentencia firme estableciendo un muy diverso régimen de oposición a la continuidad del apremio en uno y otro caso. De esta manera, el contenido y régimen procesal del artículo 541 parece, sin duda, estar pensando en que la oposición del cónyuge no responsable sea respuesta a la demanda ejecutiva que se articula en el artículo 557 de la LEC —oposición a la ejecución fundada en títulos no judiciales— quedando huérfano de regulación el supuesto alternativamente expresado.

Con una perspectiva más general diremos que la “Exposición de Motivos” de la Ley diferencia con claridad ambos casos en términos que se van a reflejar ulteriormente en su articulado. De esta manera, desde un primer momento se estima necesario un régimen diverso para la oposición a la ejecución “*en función del carácter judicial o no judicial del título...*” (apartado XVIII de la “Exposición de Motivos”).

Así las cosas, es preciso examinar, a través de la exégesis que iremos realizando del artículo 541, la oposición al título ejecutivo no judicial basado en la privatividad de la deuda. Pero, de igual manera, parece oportuno que, previamente, analicemos las posibilidades de oposición a la traba cuando la misma sea consecuencia de una Resolución judicial firme que ha determinado la vía de apremio contra el patrimonio común del responsable. Tal oposición creo puede teóricamente encauzarse por dos vías: la específica oposición al auto que despache la ejecución o, alternativamente, a través de la más clásica tercería de dominio.

A) *La exoneración de la mitad de los bienes comunes por la vía de oposición al Auto que despache ejecución*

Recaída una Resolución judicial firme que permita actuar la agresión contra los bienes comunes se prevé por el artículo 548 de la LEC el despacho de ejecución tras una espera de veinte días en los que podrá efectuarse el pago. De no efectuarse éste se dictará, a instancia, obviamente, del acreedor, Auto despa-

chando ejecución que tiene un muy limitado y específico régimen de oposición —distinto al de los títulos ejecutivos no judiciales— que se contempla por el artículo 556. Tales causas de oposición resultan muy estrictas, básicamente el pago o la transacción en documento público, en términos que difícilmente ampararían en su literalidad la causa de exoneración parcial de los bienes comunes que venimos analizando.

No obstante lo anterior, entiendo que del espíritu que informa la solución que aparece a lo largo del artículo 541, así como de su lógica normativa, derivaría la necesidad de ampliar las causas de oposición a la ejecución de la Resolución judicial de forma que, entre las mismas, se incluya la que a lo largo del artículo 541 se detalla. En este sentido, no se me alcanza ninguna razón para considerar que, cuando la deuda se haya declarado en una Resolución judicial firme, no pueda pensarse viable la discusión sobre la privatividad de tal responsabilidad externa de dicha deuda, siempre y cuando ello no se haya debatido en el proceso del que la Resolución judicial trae causa. En tal sentido, tras la notificación del Auto despachando ejecución a que refiere el artículo 556.1, podrá actuarse la oposición a la responsabilidad común por parte del cónyuge no responsable.

Aun asumiendo tal postura, la imprevisión legislativa de este concreto supuesto determina ciertos problemas de aplicación práctica. Y, así, el plazo para la oposición —diez días según este artículo 556.1— parece deberá contarse no desde que se despache tal ejecución sino desde que conozca de la misma el cónyuge no responsable. Conocimiento al que necesariamente deberá acceder —si no ha sido condenado por la Sentencia— para que pueda ordenarse la traba de los bienes comunes al amparo de lo que dispone el artículo 144.1 del RH.

De igual manera, aun admitida la posibilidad que estudiamos, el segundo problema de coordinación que se plantea derivaría de las evidentes diferencias que, en orden a la suspensión de la ejecución, surgen de los artículos 556.2 y 541.3, *in fine*. Este último precepto acuerda la suspensión del apremio en términos que, de distinta manera, resultan vedados por el apartado 2.º del artículo 556 cuando se trate de la oposición a la ejecución de una Resolución judicial firme. Debe, además, tenerse en cuenta que a propósito de la ejecución fundada en títulos que no sean judiciales no se plantea tal problema de coordinación, pues expresamente también establece el artículo 557.2 la suspensión del curso de la ejecución.

Así las cosas, entiendo preferente la norma que acuerda la suspensión del apremio, es decir, el artículo 541.3, pues obedece a una lógica acorde con la específica causa de oposición que en ella se refiere y que, por otro lado, tiene su origen en el artículo 1373, asimismo determinante de la suspensión. De esta manera, entiendo que, por expreso deseo del legislador al que sistemáticamente debe también accederse en este trámite, las dudas sobre la responsabilidad

consorcial son suficientes para paralizar el curso del proceso pues, de otra manera, tendría muy difícil solución la retroacción de los efectos de la declaración judicial que, considerando la privatidad de la deuda, estimara la oposición a la ejecución.

Finalmente, diremos que de admitirse el posible juego en este trámite de esta causa de oposición a la ejecución —extremo que como venimos apuntando puede ser cuestionable—, es preciso admitirla en su integridad. Es decir, tal y como aparece configurada en el artículo 541, donde se contempla, como consecuencia ontológicamente derivada de su mero planteamiento, la suspensión de la ejecución.

B) *La alternativa procesal a tal oposición: la tercería de dominio*

Alternativamente a como he manifestado en el epígrafe anterior, y partiendo de ser aquélla la solución que estimo más adecuada, pudiera, también, valorarse la clásicamente debatida viabilidad a estos fines de la interposición de una tercería de dominio, hoy contemplada por el artículo 595 de la LEC, por parte del cónyuge que estime la irresponsabilidad de los bienes comunes tras haber sido objeto los mismos de traba como consecuencia de la ejecución de una Resolución judicial firme.

Debe insistirse en que efectúo tal planteamiento en términos de hipótesis por entender que resulta más adecuado a tal fin la oposición al apremio analizada en el anterior apartado de este comentario. El fundamento de que deba optarse por esta vía alternativa puede encontrarse en la literalidad del artículo 556, pues la causa de oposición que analizamos, fundada en la falta de responsabilidad de los bienes comunes como consecuencia de la actuación individual de los esposos, no aparece expresamente entre las que se reflejan, sin duda con carácter taxativo, en el artículo 556 de la LEC propiciando una vía alternativa para la defensa del cónyuge no responsable.

A propósito de este tema debe partirse de que la tradicional consideración jurisprudencial de la sociedad de gananciales, en función de la cual se detentan los bienes bajo esa incomprensible mano común, no debe, sin embargo, ya propiciar una respuesta negativa en orden a la legitimación del cónyuge no responsable toda vez que del artículo 595.2 de la vigente LEC deriva un mucho más amplia legitimación para interponer este procedimiento. La actual configuración de la tercería de dominio se ha alejado de la acción reivindicatoria ya que únicamente se pretende con ella “*el alzamiento del embargo*” (artículo 601.1 de la LEC). Consecuentemente al no estarse a presencia de una acción limpiamente dominical resulta innecesario detentar la titularidad actual sobre los bienes cuya traba se pretende alzar, y que había sido tantas veces negada por el TS.

Apuntaremos, por último, que la tercería determina fatalmente la suspensión del procedimiento de apremio respecto de los bienes a los que se refiere, siendo tal situación más perjudicial para el acreedor ante la más larga dilación del plazo para la interposición del proceso (artículo 596) que deberá adecuarse además a los trámites del proceso ordinario (artículo 599).

2. La responsabilidad civil consorcial seciente a un proceso penal

Finalmente, como venimos exponiendo, cabe imaginar otra posible indefinición de la norma en orden a los supuestos que encajan en la dicción literal del artículo 541 que, insisto en ello, parece estar exclusivamente pensando en el título no judicial que habilita el proceso ejecutivo. Proceso en el que se enmarca la oposición que este artículo 541 contempla.

Pero al margen del supuesto ya contemplado en virtud del cual la vía de apremio surja como consecuencia de una Resolución judicial firme, cabe imaginar que tal Resolución se haya dictado por un Juzgado de lo Penal, o incluso de Instrucción en su ámbito competencial —en su caso también por una Audiencia o por la Sala 2.^a del TS— en términos que sin duda tampoco están presentes en el precepto.

Frente a tal supuesto entiendo que la solución que debe darse en orden a la fórmula de encauzar la oposición a la traba de los bienes comunes es la expresada anterior e inicialmente —oposición desde que se tiene noticia del embargo por el cónyuge no responsable— o, alternativamente, la interposición de la oportuna tercería de dominio.

El problema añadido que frente a tales supuestos se plantea es su coordinación con el artículo 807 de la LEC que siempre está pensando en la competencia de los Juzgados de Primera Instancia que hayan conocido de la causa de disolución de la sociedad de gananciales o ante los que se tramite el proceso ejecutivo, si bien entiendo que la incidencia analizada debe tramitarse a mi juicio ante el Juzgado de Instrucción o Penal correspondiente.

III. EL APARTADO PRIMERO: LA FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA DE LA COMUNIDAD DE GANANCIALES

Este inicial apartado del precepto carece de virtualidad reglamentaria alguna, pues se limita a sancionar la inviabilidad de una actuación procesal sentando a tal fin una conclusión a la que, asimismo, se accedería por aplicación de las normas sustantivas vigentes. Esencialmente parece querer recalcar, si bien de forma indirecta, alguna nota esencial del sistema de responsabilidad de la sociedad de gananciales que paso a resumir.

Y, así, en primer lugar, se aprecia de tal afirmación la falta de legitimación de la sociedad de gananciales, al menos para soportar pasivamente la interposición de una demanda ejecutiva. Ahora bien, tal norma, conjugada con otras de la propia LEC, no arroja excesiva claridad sobre el tema, pues realmente cabe cuestionarse si con ella se pretende sancionar la falta de personalidad procesal de la sociedad conyugal, en los términos con que la misma se regula genéricamente en el artículo 6.º, o la falta de capacidad procesal para comparecer en juicio a que se refiere el artículo 7.º o, finalmente, su falta de legitimación pasiva, es decir, la ausencia de su condición como parte procesal legítima expresada en el artículo 10.

Me atrevo a apuntar que la confusa norma examinada debe proyectarse sobre este último concepto, pues de otra manera pudiera entrar en contradicción con la regla contenida en el artículo 6.1.4 que otorga capacidad para ser parte —capacidad jurídico-procesal— a las masas patrimoniales o patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular. Situación que, visto el entendimiento doctrinal y jurisprudencial mayoritario acerca de la condición en mano común de la comunidad conyugal, sin titularidades individuales actuales en tanto no se produzca la liquidación del consorcio conyugal, pudiera encajar en tal atribución de personalidad jurídico-procesal.

Ha de tenerse en cuenta, por otro lado, que la hipotética capacidad para ser parte de la comunidad conyugal se cohonesta adecuadamente con las previsiones del artículo 7.5 de la LEC, en cuya virtud podría comparecer en juicio, representando al consorcio, quien fuera su administrador legal (artículos 1375 y concordantes).

Comentando desde una perspectiva más general el nuevo entendimiento de las cosas, diremos que evidentemente el legislador rituario ha pretendido independizarse del derecho sustantivo, “*creando*” un concepto de personalidad jurídico-procesal ajeno a la personalidad civil tal y como es ésta configurada por los preceptos materiales. Ahora bien, tal pretensión de identidad frente a las normas reguladoras de la capacidad jurídica es harto peligrosa si no se tratan con esmero las aristas de la coordinación. Y así ocurre que el resultado sistemático que nos ofrece la LEC parece un tanto incoherente pues, como queda dicho, la aparente posibilidad de que la sociedad de gananciales sea parte en el proceso civil al amparo del artículo 6.1.4, debiendo estar representada (artículo 7.5 LEC) por quien la administra (artículo 1375 del CC y concordantes), chocaría frontalmente con la referencia inicial de este apartado del artículo 541 que, más aferrada al derecho sustantivo, se muestra afortunadamente en contradicción con aquélla.

Al margen de las anteriores precisiones diríamos, en segundo lugar, que la literalidad del precepto que examinamos reforzaría, si bien hoy ya innecesariamente, las tesis comunitarias de la sociedad conyugal frente a las concepciones societarias que en algún momento se defendieron doctrinal y jurisprudencial-

mente y que dejaron un claro poso semántico en la descripción del instituto: sociedad de gananciales frente a comunidad de gananciales con la que incluso tras la reforma de 1981 se sigue epigrafiando el Capítulo IV del Título III del Libro IV del CC⁽¹⁰⁾.

Una última conclusión que deriva de este apartado inicial del precepto consiste en subrayar la necesidad de que la acción ejecutiva vaya expresamente dirigida bien contra uno de los esposos bien contra ambos, a quienes se considera titulares exclusivos de los bienes comunes. En este sentido, es importante reseñarlo, los bienes comunes responden de las deudas consorciales derivadas de la cogestión si bien hay supuestos en los que, como es sabido, la actuación individual de uno solo de ellos es suficiente para producir tal responsabilidad común. Tema objeto de regulación en el apartado 2.º que encauza procesalmente la disputa sobre este particular.

IV. EL APARTADO SEGUNDO: LA TRABA DE LOS BIENES COMUNES Y LOS MEDIOS DE OPOSICIÓN DEL CÓNYUGE NO RESPONSABLE

1. Planteamiento del apartado

El presente apartado, en su proposición inicial, se inserta plenamente en la regulación sancionada por el RH para poder procederse ejecutivamente contra

⁽¹⁰⁾ En relación con el tema, vid. mi trabajo sobre “La naturaleza de la actual sociedad de gananciales”, *ADC*, julio-septiembre, 1992, especialmente págs. 779, 780 y 799. Signifiquemos, también, que la reforma de 1981 acaecida por Ley 7/1981 determinó la desaparición del viejo artículo 1395 en cuya virtud “*la sociedad de gananciales se regirá por las reglas del contrato de sociedad en todo aquello en lo que no se oponga a lo expresamente determinado por este Capítulo*”. Finalmente, cabe la específica mención de los trabajos de MAGARIÑOS BLANCO, V., *Sociedad de gananciales o sociedad civil*, Academia Sevillana del Notariado-Edersa, 1989, págs. 305 y ss., y *El órgano de administración de gananciales y la adquisición de bienes*, Academia Sevillana del Notariado-Edersa, T. IV, 1991, págs. 395 y ss., en los que rescata, reformula y mejora la concepción societaria de la comunidad de gananciales.

Es de subrayar que la construcción dogmática de la comunidad conyugal como ente personificado se realiza modernamente por CARBONNIER (*Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Burdeos, 1932) si bien resulta difícilmente aplicable a nuestro actual sistema donde falla uno de sus ejes vertebradores. En ese sentido, se planteaba que ante la existencia de deudas personales de un esposo que no pueden ser atendidas con los bienes comunes que él administra, tal aislamiento del pasivo propio no era explicable sino por un desdoblamiento de personalidades y una cierta personificación de la comunidad. Personalidad que el propio CARBONNIER calificaba como atenuada. Ahora bien, la presencia de nuestros artículos 1369 y, sobre todo, 1373 del CC, obstativos de tal estanqueidad, priva a nuestra sociedad conyugal de uno de los principales argumentos que servían a la referida personificación.

los bienes consorciales en los casos en que la obligación hubiera sido concertada por uno solo de los cónyuges. Regla que en función de tal identidad hemos de considerar plenamente adecuada, pues supera anteriores indefiniciones sustantivas, toda vez que, en realidad, el artículo 1373 de ningún modo contemplaba estos temas limitándose a regular el supuesto de hecho que también disciplina el apartado 3.º de este artículo 541: cómo operarse ante la existencia de deudas externamente privativas pero que determinan la agresión de los bienes comunes ante la insuficiencia del patrimonio particular del cónyuge que concertó la deuda.

Es decir, el artículo 1373 del CC aun partiendo de esa posible traba sustitutoria de los bienes comunes frente a deudas privativas, no aclaraba en absoluto los pasos previos en virtud de los cuales pudiera decidirse la referida privatividad o consorcialidad externa de la deuda. Posibilidad esta última que el artículo 144.1 del RH contemplaba dando lugar a una presunción de ganancialidad pasiva altamente perturbadora dadas las dificultades que para combatirla derivaban de la indefinición del cauce procesal con que materializar esa oposición por parte del cónyuge no deudor⁽¹¹⁾.

Así las cosas, el precepto estudiado determina dos consecuencias de gran interés.

En primer lugar, permite la aplicación generalizada de las soluciones consagradas en la legislación hipotecaria también a la traba de bienes muebles ya que, con anterioridad, tal posibilidad se encontraba huérfana de regulación. El régimen del nuevo precepto ha de considerarse universal y no exclusivamente referido a la traba inmobiliaria.

En segundo lugar, supera la indefinición anteriormente referida aclarándonos perfectamente uno y otro paso. Es decir, no sólo se disciplina la manera de realizar la traba de bienes comunes ante deudas unilateralmente concertadas por un solo cónyuge, para lo que basta la notificación al otro, sino que, en segundo lugar, articula procesalmente el modo de oposición a este tipo de ejecución en términos hasta ahora absolutamente huérfanos de normativa adjetiva y determinantes, como es sabido, de una errática práctica en la que, apegados a la justicia del caso, cada acreedor y cada órgano judicial, también el TS cada vez que tenía ocasión de pronunciarse, actuaban como émulos del buen Juez Magnaud.

(11) Debe insistirse en la indefinición que puede seguir existiendo en relación con los supuestos valorados anteriormente —en esencia la ejecución de resoluciones judiciales— respecto de los cuales la respuesta normativa de este precepto, por omisiva, no puede ser plenamente satisfactoria.

2. La demanda ejecutiva

El supuesto de hecho que la norma describe es el de una demanda ejecutiva que tenga por base un título suscrito por uno solo de los cónyuges. Alternativamente, como ya hemos expresado, tal título puede también ser alguno de los que se contemplan en el artículo 557, es decir, los de los números 4, 5, 6, 7 y 9 del apartado 2.º del artículo 517 de la LEC. Obviamente frente a la suscripción conjunta de tal documento entra en juego el artículo 1367 del CC en términos determinantes de una axiomática ganancialidad externa del débito que hace innecesaria previsión alguna. Tal título, suscrito como queda dicho por uno solo de los cónyuges, es, en el sentir del acreedor, susceptible de desencadenar la responsabilidad de los bienes comunes.

La precisión final en orden a resaltar la transcendencia del posicionamiento de dicho acreedor no resulta superflua, pues debe subrayarse que el ejecutante puede, asimismo, estimar la privatividad externa de la deuda en cuyo caso el procedimiento a seguir será directamente el del apartado 3.º sin que resulte necesaria la previa discusión sobre la ganancialidad externa de dicha deuda toda vez que las partes estarían conformes con su privatividad. Tal posicionamiento, en uno u otro sentido, parece que necesariamente debe manifestarse por el acreedor a quien expresamente se le exige (art. 549.5) que precise la persona contra la que pretende se despache la ejecución “*por estar sujetos a la misma según lo dispuesto en los arts. 538 a 544 de esta Ley*”.

No resultará normalmente fácil que tal acreedor tenga en cuenta esta prevención que sin embargo parece decisiva en orden a iniciar el tránsito por el art. 541 bien desde su apartado 2.º bien, asumiendo la privatividad de la deuda, desde su apartado 3.º

3. La responsabilidad común

Como es sabido existen numerosos supuestos en los que, para evitar la parálisis de la gestión del consorcio conyugal, el legislador permite que la actuación individual de los esposos pueda determinar la responsabilidad de los bienes comunes, básicamente por tratarse de actividades que repercuten en el hipotético beneficio de la sociedad conyugal. Tales supuestos son los que describe el artículo 1365 del CC —no los del artículo 1362 como equivocadamente se refería en el Borrador elaborado en su día por el Ministerio de Justicia— y obliga una vez más a rescatar la consolidada distinción entre responsabilidad externa o provisional de los bienes comunes y responsabilidad interna o definitiva de los mismos⁽¹²⁾. Es decir, al margen de cuál sea el patrimonio —consorcial o priva-

(12) Vid. en este sentido mi monografía sobre *Gestión y disposición...*, cit., especialmente págs. 339 y ss.

tivo— que finalmente deba afrontar una determinada carga, el legislador sanciona la posibilidad de que ciertas actuaciones, aun realizadas individualmente por uno u otro esposo, determinen una apariencia de consorcialidad suficiente para, en aras de la seguridad del tráfico, vincular los bienes gananciales.

Los supuestos en que así ocurre son un tanto variados y me limito a una liviana descripción de los mismos cuyo detalle excede con mucho el alcance de este comentario. Así ocurre, en primer lugar, frente a actos de ejercicio de la potestad doméstica que deben conceptuarse a través del reenvío al artículo 1319 del CC. También determinan la responsabilidad externa de los bienes consorciales las deudas concertadas en el ámbito de la gestión común que por ley o capítulos corresponda al cónyuge que contrajo la deuda, en términos exigentes de una remisión a los artículos 1382, 1384, 1385 y 1386 del CC. En tercer lugar, refiere el aludido artículo 1365 tanto el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio de uno de los cónyuges como la administración ordinaria de los bienes propios. Reglas que encuentran su fundamento en el hecho de que los rendimientos que en uno y otro caso se producen integran el acervo común. Finalmente, encajan en el supuesto analizado los casos de ejercicio del comercio en términos cuya exégesis ha de complementarse con el contenido de los artículos 6 y ss. del Código de comercio.

4. La notificación al otro cónyuge

En la línea ya sancionada por el artículo 144.1 del RH, basta para operar la traba común con que la demanda, así como el auto despachando ejecución, se notifique al otro cónyuge, si bien, a diferencia de lo que hasta ahora desconocíamos en función de aireadas omisiones normativas, se matiza con precisión la finalidad de un traslado que había dado lugar a múltiples piruetas hermenéuticas.

En este sentido, debe agradecerse, sin duda, la enmienda n.º 483 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados —exacta a la n.º 1005 del Grupo Parlamentario Vasco, por lo que en su caso debiera alterarse el destinatario del agradecimiento si a este último Grupo Parlamentario corresponde su paternidad— que propuso la introducción del resto del contenido del apartado sin el cual habría persistido una distorsionante indefinición acerca de la finalidad de la notificación y, sobre todo, de los medios procesales a través de los cuales eludir la responsabilidad común que se sanciona con detalle en el resto del apartado.

Como queda dicho inicialmente, la contemplación reglamentaria de tal notificación no es original, sino que ya aparecía sancionada por el artículo 144.1 del RH. La redacción anterior de esta norma fue alterada, hasta sus términos actuales, por el RD 1876/1998, de 4 de setiembre, para evitar una proble-

mática de difícil solución. En este sentido, la anterior redacción del apartado inicial de la norma hipotecaria establecía, a la hora de anotar el embargo sobre bienes comunes, que “*cuando uno solo —de los cónyuges— aparezca como deudor, deberá constar que la demanda ha sido dirigida contra ambos cónyuges...*”. Tal previsión normativa resultaba difícil de articular en vía ejecutiva, pues como señaló la “Exposición de Motivos” del mencionado RD 1876/1998 “*la exigencia de demanda al cónyuge no deudor resulta inviable en la práctica procesal*”. La modificación del RH solventó esta grave deficiencia, si bien quedó todavía pendiente la segunda parte del tema: cómo articular procesalmente la posibilidad de que el cónyuge no deudor acreditara la privatividad de la deuda. Tema que hoy, por fin, el legislador ha solventado.

5. Las causas y modo de oposición a la responsabilidad consorcial

Como reiteradamente vengo exponiendo el gran acierto de la norma radica, sin duda, en regular la fórmula a través de la cual materializar la exoneración de la responsabilidad común de la que el acreedor, con el consentimiento del legislador, ha partido al actuar la traba⁽¹³⁾.

Abandonando tanto la discutida tercería como el incidente en vía de ejecución de sentencia o, incluso, la mera manifestación del cónyuge no deudor sin trámite contradictorio alguno⁽¹⁴⁾, el legislador ha optado por encauzar tal pretensión por la vía mucho más natural de oposición a la demanda ejecutiva, reenviando al efecto a la regulación que en tal sentido se contiene en los artículos 576 y ss. de la nueva LEC a cuyo comentario, *mutatis mutandis*, debemos remitirnos por no presentar especificidad alguna. Expresamente se indica en el precepto que analizamos que la oposición puede fundarse en cualquiera de las causas que corresponden al ejecutado, fundamentalmente hemos de pensar en las del artículo 577 de la LEC, y además, concretamente, en la falta de responsabilidad de los bienes comunes en términos que individualizadamente pasa-

(13) Debe subrayarse que hasta aquí parece claro que la norma articula una presunción de ganancialidad pasiva, al igual que ocurre en el artículo 144.1 del RH, pues frente a un título ejecutivo suscrito individualmente, por definición mudo en orden a su consideración como integrante del pasivo consorcial, se permite la traba de bienes comunes en función de una presunta ganancialidad de la que el acreedor, con la complacencia del legislador, parte.

(14) Vid., en este sentido, la ya referida STS de 13 de febrero de 1999, última de las recaídas sobre tan conflictivo particular, que asume la procedencia del incidente en ejecución de Sentencia si bien existe voto particular que reniega de tal procedimiento. La mera manifestación del cónyuge no responsable es la vía que determina automáticamente la disolución de la comunidad y sustitución de la traba tanto en el referido artículo 102.1 de la Compilación del País Vasco como en la Ley 85 de la Compilación Navarra.

mos a comentar. Causa específica que entiendo podía haberse incorporado en la enumeración de dicho artículo 577. Al margen de todas ellas parece que puede existir otra causa a valorar en la aplicación de la norma que, sin embargo, no ha sido tenida en cuenta por el legislador: se trata de la hipotética suficiencia de bienes privativos, determinante también de la teórica exoneración de los bienes comunes en términos que serán objeto de análisis independiente.

La genérica remisión a las causas de oposición que el ejecutado puede interponer se complementa con el contenido del apartado final de este precepto donde se reitera en parte lo mismo y se añade, en términos que parecen obvios, que el referido cónyuge puede también usar los recursos de que dispone el ejecutado. En cualquier caso, antes de examinar la específica causa de oposición que este precepto disciplina, creo oportuna una valoración crítica sobre la indiscriminada legitimación que se confiere al cónyuge no deudor para esgrimir cualquier motivo de oposición a la acción ejecutiva.

A) La legitimación del cónyuge no responsable para esgrimir cualquier motivo de oposición al título ejecutivo

Realmente cabe discutir la legitimación universal que expresamente se otorga al cónyuge no responsable⁽¹⁵⁾ para esgrimir las causas de oposición que corresponden al ejecutado. En este sentido, cualquier motivo de oposición debería serle indiferente si se llega a estimar la indemnidad del patrimonio común, pues en tal caso, declarada la privatividad externa de la deuda, la resolución que recayera en el proceso ejecutivo afectaría exclusivamente a los bienes privativos, así como mitad ganancial del cónyuge deudor y responsable. Sería, por lo tanto, éste el único interesado para defender sus particulares expectativas de forma que no es fácil encontrar justificación a la extensión de dicha legitimación en términos que permitan al cónyuge no deudor alegar los motivos de oposición que realmente sólo benefician a su esposo. Por otro lado, se accedería a tal conclusión en función de un principio lógico derivado de la permisividad de la gestión individual del consorcio que, como lógica consecuencia, determina la legitimación individual para defender jurisdiccionalmente la cosa común.

Aun asumiendo tales planteamientos creo que los mismos ceden, y de ahí el acierto de este particular de la norma, en función del principio que informa el

(15) Si bien el legislador habla reiteradamente del “*cónyuge no deudor*” resulta más adecuada la referencia al cónyuge “*no responsable*” pues nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad externa de los patrimonios familiares que, sin duda, se describe mejor por referencia a la idea de responsabilidad y no utilizando el término “*deuda*” que califica más precisamente la llamada responsabilidad interna o definitiva de tales patrimonios.

artículo 1385 del CC. En su párrafo 2.º se sanciona que “*cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o excepción*”. Tal regla, que no permite excepciones, legitima el que ante la traba de bienes comunes, si bien con base en deudas privativas, tanto uno como otro cónyuge puedan alegar las causas de oposición que tengan por conveniente. Por ello cabe que el cónyuge no deudor oponga los motivos procesales o de fondo que establece la genérica reglamentación de los artículos 557 y concordantes de la nueva LEC, pues con ello, en definitiva, puede accederse a la absoluta indemnidad de los bienes gananciales.

B) *La específica oposición basada en la no responsabilidad consorcial*

Si bien hasta ahora venimos predicando el acierto de la nueva regulación, en cuanto que ha resuelto un tema altamente conflictivo, la manera con que se ha materializado tal intención legislativa no resulta, desde una perspectiva técnica, excesivamente adecuada por no serlo la fórmula con la que se articula esta concreta causa de oposición.

Y así, al llegar a este punto, parece que de nuevo se reinvierte la carga probatoria, pues expresamente se habla de que ante la oposición será el ejecutante quien deba acreditar la consorcialidad de la deuda, es decir, “*probar la responsabilidad de los bienes gananciales*”.

De esta manera, si bien en principio parecía presumirse la ganancialidad externa de la deuda en términos determinantes de la traba de los bienes comunes tras la simple notificación al otro cónyuge, la mera oposición de éste produce una nueva alteración en la hipotética carga de la prueba, pues se grava literalmente al ejecutante en los términos vistos.

Sin duda, con esta afirmación el legislador asume el clásico entendimiento, doctrinal y jurisprudencial, que niega la existencia de una presunción de ganancialidad pasiva a diferencia de la que activamente se establece en el artículo 1361 del CC⁽¹⁶⁾. Así las cosas la lógica coherencia del sistema le ha llevado a expresar que será el acreedor quien debe probar la responsabilidad de los bienes comunes frente a deudas concertadas por uno solo de los cónyuges, pues la referida inexistencia de una presunción de ganancialidad pasiva lleva a la idea contraria: se consideran en principio privativas las deudas concertadas individualmente por uno solo de los esposos.

A la vista de tales referencias debe subrayarse su inadecuación técnica, pues realmente no se estará en muchos casos tanto ante un problema de acredi-

(16) En relación con el tema, vid. mi trabajo sobre *Gestión y disposición...*, cit., especialmente su epígrafe “La inexistencia de una presunción de ganancialidad pasiva”, págs. 430 y ss.

tación de hechos, necesario objeto de prueba, tal y como precisa el nuevo artículo 281.1 de la LEC, como de aplicación de normas jurídicas y, en su caso, interpretación de las mismas. Es decir, lo que el legislador simplificadoamente expresa refiriéndose a la “*prueba de la responsabilidad de los bienes gananciales*” no se circunscribe a una mera labor probatoria de una determinada realidad, sino a un proceso valorativo a enmarcar en la genéricamente denominada aplicación del derecho.

En este sentido puede ocurrir, en primer lugar, que realmente la duda radique en conocer cuál haya sido la finalidad a la que, en definitiva, se aplicó el gasto reflejado en el título ejecutivo, en principio mudo acerca de tal finalidad. Y respecto de esta cuestión no resulta excesivamente acertada la regla que grava con tal carga probatoria al acreedor, pues, realmente, serán los cónyuges quienes, por conocer tal destino, estén en unas condiciones objetivas mucho más favorables que las que pueda ostentar el acreedor. El hecho de que así no se reconozca por la norma dificulta enormemente la postura procesal del acreedor.

Pero, por otro lado, hay que tener muy presente que, normalmente, la polémica no se agotará en la mera probanza de la finalidad a la que se ha destinado el gasto reflejado en el título ejecutivo, sino, más complejamente, deberá valorarse si tal actuación encaja en alguno de los supuestos normativos que propician la responsabilidad de los bienes comunes. Tema exigente de una valoración jurídica a veces compleja y que se inserta no tanto en la idea de prueba de hechos como de aplicación e interpretación de normas jurídicas. De ahí la segunda deficiencia, esta vez técnica, de la norma.

C) *La existencia y suficiencia de bienes privativos*

Al margen de la ya referida posibilidad de que el cónyuge no responsable esgrima como motivo de oposición al embargo —y no tanto a la acción ejecutiva— la privatividad de la responsabilidad contraída por su esposo parece que también será posible alegar la falta de otro de los presupuestos que determinan la posibilidad de agredir los bienes comunes frente a deudas privativas; es decir, la existencia de bienes privativos suficientes para cubrir la responsabilidad reclamada. Alegación que, de ser cierta, determinará la satisfacción del acreedor, quien no tendrá interés alguno en oponerse a dicha pretensión.

En este sentido, tanto en el artículo 1373 del CC como en el examinado artículo 541 de la LEC se prevé que dicha insuficiencia funciona como presupuesto determinante de la viabilidad de la agresión consorcial. Sobre esta base debe sostenerse que la alegación de suficiencia de bienes privativos que efectúe el cónyuge no responsable supone, sin duda, una actuación en defensa de los intereses de la comunidad de gananciales que entiendo posible articular como motivo de oposición al embargo de bienes comunes, aunque no a la ejecutivi-

dad del título, pues como estamos analizando y el apartado 4.º del precepto reitera, se concede a dicho cónyuge una indiscriminada legitimación para actuar en beneficio del consorcio conyugal.

Por otro lado, frente al tradicional entendimiento de las causas de oposición a la acción ejecutiva como *numerus clausus*, parece que el referido apartado 4.º amplía generosamente esa posibilidad en orden a la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales por los medios de que dispone el ejecutado: tales medios se concretan en la posibilidad de esgrimir como causa de oposición al embargo la ausencia de cualquiera de los presupuestos que inviabilizan la agresión, es decir, tanto la falta de responsabilidad común como la suficiencia de bienes privativos que determina la natural inutilidad, por innecesaria, de la traba sobre el acervo ganancial.

D) *La oposición a la privatividad de la deuda por parte del cónyuge responsable*

El embarullamiento al que en última instancia nos lleva la oscura consideración germanista de la sociedad conyugal, determinante de la necesidad de articular un sistema de realización de los bienes matrimoniales realmente complejo, propicia la aparición de flecos irresueltos normativamente que presentan una muy difícil solución.

En este sentido, como supuesto a valorar, cabe pensar que no es anómalo que el conflicto se plantee no tanto entre el acreedor y el cónyuge con quien concertó el título habilitante de la ejecución como entre éste y su esposo. La situación resulta en la práctica fácilmente imaginable cuando la discordia convivencial se ha instaurado en el hogar familiar encontrándose abierta, si bien aún sin judicializar, la situación de crisis matrimonial. En tales supuestos puede acaecer que los intereses enfrentados sean los de los esposos de tal manera que frente a la aparente privatividad de una determinada deuda se pretenda la consorcialidad de la misma por el cónyuge al que tal apariencia perjudica.

El referido conflicto de intereses no aparece contemplado por el legislador que no ha previsto la fórmula con la que articular procesalmente la defensa de una expectativa legítima como parece serlo la del cónyuge que suscribió la deuda y que pretende se declare una consorcialidad que su esposo está combatiendo por la vía de oposición a la acción ejecutiva. Así las cosas, parece obvio que el cónyuge, en principio responsable, se encuentra en este punto en una posición procesal similar a la del acreedor e, incluso, en una situación probatoria mucho más adecuada que éste, pues conoce la realidad del destino para el que tal deuda se concertó. Frente a tales planteamientos entiendo procedente que se le otorgue el mismo traslado que se confiere al acreedor por el artículo 560 de la LEC.

Y la gran paradoja puede surgir cuando el esposo que suscribió el título ejecutivo se haya opuesto, a la vez, a tal acción en función de otros genéricos motivos, de fondo o procesales. Respecto de éstos se encontrará en la misma posición procesal que su cónyuge al que, de diferente manera, le enfrenta la disputa sobre la privatividad o consorcialidad de la deuda.

En definitiva, el tratamiento fungibilizado de cuestiones tan dispersas como son las genéricas causas de oposición al título ejecutivo y la disputa acerca de la consorcialidad de la deuda nos lleva a estos inmeditados resultados que no parecen fáciles resolver. La disciplina unificada de las causas naturales de oposición a la acción ejecutiva, por un lado, y de las que afectan a la disputa acerca de la privatividad de la deuda, por otro, lleva a consecuencias que el intérprete deberá evitar si bien el resultado nunca podrá ser coherente por no ser similares los supuestos unificadamente tratados desde una perspectiva adjetiva.

6. El efecto de la Sentencia estimatoria de la oposición del cónyuge no responsable

El artículo 559 de la nueva LEC regula la “*Sustanciación y resolución de la oposición por motivos procesales*” mientras que el artículo 561 contiene la disciplina del “*Auto resolutorio de la oposición por motivos de fondo*”. Uno y otro precepto pueden ser aplicables cuando el cónyuge no deudor haya esgrimido las causas comunes, adjetivas o de fondo, que se prevén como motivos de oposición a la demanda ejecutiva. En tales supuestos habrá que estarse a lo que tales artículos reflejan en caso de que sea estimada la pretensión opositora. Todos ellos parecen, por otro lado, preferentes a la estimación de la específica causa que a continuación examinamos. Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que el apartado 4.º del propio artículo 541 contiene, asimismo, una específica y genérica remisión a los recursos y medios de impugnación de que dispone el ejecutado.

Al margen del apuntado régimen general lo que interesa subrayar y analizar es el caso en el cual el cónyuge no deudor esgrima, como causa de oposición, la falta de responsabilidad de los bienes comunes al tratarse de una deuda de la que sólo deben responder los bienes privativos de quien la contrajo entre los que se van a encontrar también, por mor del artículo 1373, la mitad de los bienes gananciales que se le adjudiquen a las resultas del proceso liquidatorio.

De estimarse, por lo tanto, tal oposición, la consecuencia no será ninguna de las que contemplan estos artículos 559 y 561, sino, de muy distinta manera, la que apunta el último inciso de este apartado: la posibilidad —que no necesidad— de pedir la disolución de la sociedad conyugal conforme a lo dispuesto en el apartado siguiente.

Y es en este punto donde se contiene una conocida indefinición legal, pues nada se dice acerca del trámite que deba seguirse para pedir tal disolución. Y el problema no viene tanto referido al trámite —parece que bastará con una mera comparecencia ante el Juzgado que ha conocido de la referida oposición— como al plazo para instar tal petición. Evidentemente, la petición de disolución exige de la actividad del cónyuge declarado no responsable que puede conformarse con la traba de los bienes comunes, aun tratándose de una responsabilidad exclusivamente privativa, pues, en tal caso, operaría la consecuencia del inciso final del artículo 1373 del CC. Es decir, que, si se realiza la ejecución de los bienes comunes en función de una deuda privativa, *“se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal”*.

La referida omisión no es fácil de subsanar ante la ausencia de toda referencia normativa. Parece por ello oportuno que sea el propio Juzgado el que otorgue un plazo prudencial para ejercitar tal opción disolutoria —lo que normalmente es lógico efectuar a instancias del acreedor ejecutante— sobre la base de la lealtad procesal contraria a dilaciones indebidas e injustificadas del proceso y teniendo en cuenta, como posible pauta, lo que al respecto se establece en diversas normas forales⁽¹⁷⁾. Así, por ejemplo, no existe tal problema en el ámbito de la Compilación del País Vasco ya que su artículo 102 establece que desde la notificación del embargo existe un plazo de quince días para solicitar la disolución del régimen de comunicación foral. Plazo que realmente es el que nos ocupa, si bien a la vista de la nueva normativa procesal el mismo se contaría no tanto desde la notificación del embargo como desde la notificación del Auto que estime la oposición a dicha responsabilidad común. Por su parte, la Ley 85 de la Compilación Navarra tampoco regula el proceso de oposición a la consorcialidad del embargo. Se limita a indicar que el cónyuge no deudor *“podrá exigir, dentro de los nueve días siguientes a la notificación, que en el embargo sean sustituidos los bienes comunes por la parte que al cónyuge deudor corresponda en la sociedad de conquistas en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución...”*.

(17) Bajo la vigencia de la anterior regulación este problema fue comentado en numerosas ocasiones y resuelto de forma voluntarista, en términos absolutamente vinculados con la justicia del caso, ejemplarmente poco aprovechables dada su absoluta indefinición. Así, por citar tan sólo una de las Sentencias que cuestiona este tema, la trascendente STS de 29 de abril de 1994, denegatoria de la procedencia de la tercera de dominio, y, asimismo, con su voto particular, indicó, a propósito de esta cuestión, que *“cuando el ejercicio del derecho de opción, o la práctica de la liquidación, se hubieren efectuado extemporáneamente, es decir, fuera del plazo concedido o de uno prudencial, en el supuesto de que aquél no existiera...”*.

En definitiva, los plazos apuntados, 9 o 15 días, pueden servir de pauta para los que, ante la indefinición del cónyuge no deudor, sean concedidos por el Juzgador a fin de que éste opte por pedir la disolución de la comunidad conyugal o permita el embargo y realización de los bienes comunes con el alcance interno que a tal efecto prevé el artículo 1373, *in fine*, del CC.

V. EL APARTADO TERCERO: LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES FRENTE A DEUDAS PRIVATIVAS

1. Planteamiento analítico del apartado

El presente apartado regula el ulterior procedimiento mediante el cual articular el tránsito desde la traba de los bienes comunes hasta la sustitución de la misma, de cara a la satisfacción del crédito privativo, por la parte que en el patrimonio consorcial corresponda al cónyuge deudor.

La aplicación del precepto presupone, consecuentemente, una previa declaración judicial en la cual, por haberse estimado el motivo de oposición esgrimido por el cónyuge no responsable que se contempla en el apartado anterior, se declare la exclusiva responsabilidad del cónyuge que concertó la obligación. Alternativamente se puede acceder directamente a la consecuencia jurídica que el apartado sanciona cuando el acreedor asuma la privatividad de la deuda, en cuyo caso no resulta necesaria la previa disputa jurisdiccional que hemos comentado al analizar el anterior apartado.

El presente apartado guarda íntima conexión con el artículo 1373 del CC, que no deroga frontalmente, sino, en todo caso, complementa, en términos que, con carácter previo, parece oportuno examinar. De igual manera, antes de entrar en el detalle hermenéutico de las diversas proposiciones normativas que se contienen en este apartado 3.º del artículo 541, resulta ilustrativo destacar sus omisiones, alguna de ellas con gran transcendencia práctica.

2. Cuestiones previas

A) *La coordinación con el artículo 1373 del CC.*

El precepto analizado guarda una íntima conexión con el vigente artículo 1373 del CC, norma ésta donde más imprecisamente se regula la misma cuestión y que, por tanto, en alguna medida pudiera considerarse parcialmente derogada. Ahora bien, más precisamente, diríamos que no se produce tanto una

derogación como una matización de algunas de sus previsiones a la par que se mantienen indemnes otras.

Entre estas últimas destacaremos que permanece inalterada, y por ende vigente, la consecuencia que se sanciona en el segundo párrafo del artículo 1373, en cuya virtud, si el cónyuge no responsable permite la continuidad de la ejecución sobre los bienes gananciales, a pesar de la privatividad de la deuda, se estima que el otro esposo tiene recibido el valor de dichos bienes a cuenta de su participación en la futura liquidación consorcial. Norma ésta de discutible virtualidad, pues realmente su efecto sólo operará si, como es usual, coinciden responsabilidad externa e interna del patrimonio privativo en cuestión. De distinta manera si, en definitiva, la deuda externamente privativa resulta ser internamente de cargo del consorcio conyugal no entraría en juego la consecuencia sancionada por el comentado párrafo 2.º del artículo 1373.

De igual forma, en segundo lugar, es importante reseñar que realmente la finalidad buscada con la división y liquidación del patrimonio consorcial, nominalmente referidas en este apartado 3.º, se llega a conocer a través de la expresa referencia contenida en el propio artículo 1373: concretamente tal liquidación tiene por objetivo el que *“en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal”*. En coherencia con ello se apunta por el artículo 541 la necesidad de liquidar el patrimonio ganancial de forma que la *“parte”* que debe soportar la agresión patrimonial se concreta en los bienes que a las resultas de tal liquidación se adjudiquen al cónyuge deudor. En cualquier caso, y la precisión tiene interés, la literalidad del artículo 541, por sí misma considerada, resulta un tanto incoherente pues permanecería ignorada la finalidad del proceso liquidatorio allí reglamentado.

A diferencia del artículo 1373 del CC el precepto adjetivo que examinamos matiza que la subsidiariedad del embargo de los bienes comunes no sólo se produce ante la insuficiencia de los bienes privativos, sino, como es obvio, también ante su falta. En cualquier caso, la similitud de una y otra referencia normativa permite que sean de aplicación los anteriores desarrollos doctrinales acerca del entendimiento de dicha insuficiencia que puede pensarse carente de contenido efectivo, bastando, a tal fin, la mera manifestación del acreedor en tal sentido, dada la dificultad de acreditar hechos negativos. En su caso, serán los esposos quienes puedan esgrimir la existencia o suficiencia de bienes privativos con la que obviar la traba de bienes comunes⁽¹⁸⁾. Esta posibilidad, como ya

(18) A propósito de este particular, vid. mi trabajo sobre *Gestión y disposición...*, cit., pág. 522.

hemos referido ⁽¹⁹⁾, parece que podrá alegarse por los cónyuges —normalmente por el no responsable— como motivo de oposición a la demanda ejecutiva, si bien no aparece expresamente contemplada como tal entre las hipotéticas causas de oposición a la acción ejecutiva, aun encontrándose claro apoyo para ello en la generalidad con que este precepto se manifiesta a la hora de potenciar la defensa del interés común.

Finalmente, apreciaremos otra diferencia entre ambos preceptos, aparentemente escasa pero en realidad con gran transcendencia práctica, pues, mientras que el artículo 1373 del CC vincula automáticamente la disolución de la sociedad conyugal a la petición de sustitución de la traba, en el artículo 541 se configura como optativa la posibilidad de pedir directamente la disolución de la comunidad que lleva aparejada la necesidad de liquidar el patrimonio común. Términos estos últimos que describen más lógicamente el proceso que analizamos.

Ahora bien, leyendo con una mayor profundidad ambas normas se advierte que, en este particular, la quiebra entre uno y otro precepto resulta evidente tal y como con más detalle comentaremos, pues, mientras que en el artículo 1373 el efecto disolutorio deriva automáticamente de la materialización de la traba sobre bienes comunes por deudas privativas, en el artículo 541 no sólo se vincula tal efecto al expreso ejercicio de la opción disolutoria por parte del cónyuge no responsable, sino que, además, parece existir una cierta discrecionalidad judicial en orden a aceptar o rechazar la disolución de la comunidad que dicho esposo haya interesado.

B) *Las omisiones del precepto*

a) La omisión del plazo para el ejercicio de la opción disolutoria

Como ya hemos expresado al examinar el anterior apartado de este artículo 541, una de las grandes deficiencias del anterior sistema de derecho común radicaba en la indefinición normativa acerca del momento hasta el cual podía el cónyuge no responsable instar el ejercicio de la opción que contempla el artículo 1373 del CC. Silencio que persiste en la norma adjetiva a pesar de haber sido reiteradamente puesto de manifiesto doctrinal y jurisprudencialmente y de que, como hemos señalado, era tema que, sin embargo, se había solventado por la normativa foral (artículos 102 de la Compilación del País Vasco y Ley 85 de la Navarra).

⁽¹⁹⁾ En tal sentido, vid. supra en el comentario del anterior apartado IV el epígrafe 5.C), La existencia y suficiencia de bienes privativos.

Así las cosas, es evidente que, a pesar de la omisión legislativa, no puede persistir indefinidamente tal opción de forma que la lógica nos lleva a subsanar esta deficiencia concluyendo que deberá el Juzgador conceder un plazo razonable o prudencial para que se ejercite la referida facultad. La pauta de razonabilidad nos la pueden dar los citados preceptos forales —9 o 15 días—, si bien, en función de la mayor o menor complejidad del tema, podrán ser, obviamente, esos u otros plazos.

En cualquier caso, y todo ello en términos de oportunidad y voluntarismo, sería aconsejable que tan pronto se declare la firmeza de la Resolución que, en función de las previsiones del apartado anterior, establezca la privatividad de la deuda, el Tribunal otorgue plazo al cónyuge no responsable. De igual manera debería procederse si el acreedor ha interesado la ejecución de los bienes comunes directamente bajo la modalidad de este apartado, es decir, considerando la deuda externamente privativa y ante la insuficiencia de bienes de esta naturaleza que pertenecen al cónyuge responsable.

Finalmente, diremos que la previsible omisión por parte del Tribunal de esta diligencia —plenamente justificada, pues se trata de la concesión de un plazo no previsto legalmente— deberá ser subsanada mediante la excitación procesal del acreedor sin duda interesado en que el cónyuge no responsable ejercite en uno u otro sentido la opción de que dispone.

- b) La oposición del cónyuge que concertó la deuda
a la condición privativa de la misma

Ya hemos puesto anteriormente de relieve⁽²⁰⁾ que, si bien el legislador contempla exclusivamente el que la confrontación de intereses se produzca entre los cónyuges, por un lado, y el acreedor, por otro, no es anómalo que en situaciones previas a la definitiva crisis matrimonial —incluso con ella ya afiorada, pero sin judicializar— los intereses en conflicto sean los de ambos cónyuges que, respectivamente, defienden la privatividad o consorcialidad de la responsabilidad contraída por uno de ellos.

Así las cosas, no se contempla en la norma que examinamos cauce alguno para que, ante la opción de privatividad que ha aceptado el acreedor, pueda cuestionarse tal naturaleza por parte del cónyuge que concertó la obligación documentada ejecutivamente, defendiendo a tal fin su consorcialidad.

⁽²⁰⁾ Vid. supra, el comentario al epígrafe IV.5.d), La oposición a la privatividad de la deuda por parte del cónyuge responsable, analizado en el anterior apartado de este artículo 541.

Mutatis mutandis, quizás pueda asumirse que, tras realizarse la traba y notificarse el Auto despachando ejecución, se oponga al proceso seguido conforme a este apartado 3.º, articulando, como causa de oposición, la consorcialidad de una deuda que se está tramitando ejecutivamente como privativa suya.

Frente a la aceptación de tal posibilidad quizás sea más cabal la respuesta contraria remitiendo la discusión sobre el tema al trámite de liquidación de la sociedad de gananciales donde el cónyuge responsable podrá esgrimir que, en definitiva, la deuda es internamente de cargo consorcial en términos a discutir con su contrario natural que, en este caso, es el otro esposo. En pro de tal solución milita la idea latente en el precepto de que la posibilidad de oposición está en todo momento referida a la “*defensa de los intereses de la comunidad de gananciales*” mientras que en el caso contemplado, realmente, se trataría de la defensa del interés de uno de los cónyuges en contra del interés consorcial.

No obstante, en sentido contrario y desde una perspectiva teórica y sistemática, quizás resulte más adecuada la postura afirmativa, pues mientras que en el trámite liquidatorio de la sociedad conyugal se determina la responsabilidad interna o definitiva de los patrimonios enfrentados, en el que ahora nos encontramos lo que se ventila es su responsabilidad externa, es decir, frente a terceros, que, como es sabido, se disciplina por normas distintas y que, de ser negada la posibilidad de discutir tal condición, produciría una relativa indefensión en el cónyuge que concertó tal obligación.

3. Los presupuestos del precepto

A) Las deudas propias de un cónyuge

Ya hemos puesto de manifiesto reiteradamente que la privatividad de la deuda que se refiere en el precepto ha de vincularse con la llamada responsabilidad externa o provisional de los patrimonios que se insertan en la esfera matrimonial. En este sentido, en primer lugar, para concluirse la privatividad de la obligación que se cuestione debe necesariamente tratarse de una deuda concertada por uno solo de los cónyuges ya que si la suscriben ambos se estará a presencia de una deuda externamente común al igual que acontecerá cuando se convenga por uno de ellos con el consentimiento del otro (artículo 1367 del CC).

En segundo lugar, y como presupuesto negativo, diremos que la obligación que causalice el título ejecutivo no ha de encajar en los supuestos detallados por los reiteradamente comentados artículo 1365 del CC y preceptos que le complementan. En su virtud, se establece que ciertas actuaciones individuales determinan la responsabilidad provisional de los bienes comunes en cuyos supuestos tampoco entrarían en juego todas las previsiones articuladas en este apartado.

Debe, también, subrayarse que, en la actualidad, la posibilidad de trabar bienes comunes tras la mera notificación al otro esposo es, sin duda, una trampa saducea para el acreedor. La natural y lógica connivencia de los cónyuges frente al enemigo común hará que no se utilicen rectamente las hipotéticas finalidades para las que se establecen las garantías procesales del cónyuge no responsable que venimos comentando, sino, lisa y llanamente, servirán para perturbar el ejercicio de los derechos de crédito por parte de los acreedores del matrimonio. En este sentido, debe recordarse que, como consecuencia de la ausencia de una presunción de ganancialidad pasiva, será el acreedor quien deba “*probar la responsabilidad de los bienes comunes*”, tras haber actuado el embargo de los mismos. Acreditación que le colocará en una situación difícil, pues el normal silencio del título ejecutivo en orden a definir las atenciones cubiertas con el crédito propicia una cierta facilidad por parte del cónyuge no firmante de la obligación para, en connivencia con su esposo, eludir la responsabilidad externa de los bienes comunes.

Reiteraremos, finalmente, que no existe a nivel sustantivo una presunción de ganancialidad pasiva como en numerosas ocasiones se ha encargado de recordarnos doctrina y jurisprudencia⁽²¹⁾.

B) *La insuficiencia de los bienes privativos*

Ya hemos tenido ocasión de referirnos a esta cuestión que, sin duda, ha de configurarse como presupuesto objetivo que habilita la agresión de los bienes gananciales. El embargo de éstos ha de considerarse en cierta medida subsidiario, pues la norma estima su inviabilidad, absolutamente lógica, cuando existan bienes privativos del cónyuge responsable suficientes para atender a las responsabilidades pecuniarias contraídas.

Las dificultades que encierra la presente cuestión, ya comentadas⁽²²⁾, radican, fundamentalmente, en la forma de articular la alegación de tal suficiencia por parte del cónyuge no responsable quien, ante la traba de los bienes comunes, parece legitimado para esgrimir, en pro de la indemnidad de éstos, la suficiencia de bienes privativos del esposo que concertó aquella obligación.

(21) Sobre el tema, vid. mi trabajo sobre *Gestión y responsabilidad...*, cit., especialmente su epígrafe “La inexistencia de presunción de ganancialidad pasiva”, págs. 430 y ss.

(22) En tal sentido, vid. supra, en el comentario del anterior apartado IV el epígrafe 5.C), La existencia y suficiencia de bienes privativos.

C) *La notificación al cónyuge no responsable*

No plantea dificultad alguna el entendimiento de tal comunicación —que seguirá el régimen ordinario de notificaciones—, así como tampoco es difícil de averiguar su finalidad. Lógicamente, se le notificará exclusivamente la realización del embargo de bienes comunes, no la demanda ejecutiva a la que en este caso no puede oponerse ⁽²³⁾, con la finalidad de que pueda ejercitar la opción del siguiente inciso del precepto.

D) *La opción concedida al esposo no responsable*

Con anterioridad hemos subrayado como una de las grandes deficiencias del contenido normativo del presente apartado el que se persista por el legislador en la omisión del señalamiento de un plazo para que el esposo que no debe responder de la obligación, tras ser notificado de la traba sobre los bienes gananciales, pueda actuar la opción entre acudir a la disolución (artículo 1393, *in fine*, del CC) y ulterior liquidación del consorcio o permitir que se ultime la realización de los bienes comunes, en cuyo caso entra en juego el párrafo 2.º del artículo 1373. Tema ya comentado a cuyo análisis me remito ⁽²⁴⁾.

En cualquier caso, a propósito de tal opción —y su valoración desde una perspectiva de política legislativa— no sobra reiterar que el ejercicio de la primera de las referidas posibilidades supone un gravísimo e injustificado quebranto de las expectativas del acreedor, que por mor del distorsionado entendimiento de la comunidad conyugal como comunidad germánica, va a ver dilata-da la realización de su crédito como consecuencia de un hecho al que resulta absolutamente ajeno como lo es la hipotética discrepancia liquidatoria de los esposos. Discrepancia fatalmente connivente, salvo en casos de crisis matrimonial, que determina una injustificada dilación en la realización de su crédito que resulta contraria a un elemental principio de tutela judicial efectiva.

De nuevo nos preguntamos qué problema existiría para actuar la traba sobre la mitad de cada bien ganancial en términos determinantes de la desafec-

(23) Puede, sin embargo, ser cuestionable e incluso llegar a admitirse la legitimación de tal esposo para oponerse al propio título ejecutivo, por razones de fondo o formales, ya que, en definitiva, el artículo 1385 del CC establece una amplia legitimación para la defensa de los bienes gananciales, al igual que hace el apartado final de este artículo 541, en términos que puede interpretarse encajan en el presente supuesto de hecho, pues, en definitiva, de estimarse la oposición al juicio ejecutivo quedaría sin efecto la traba de bienes comunes aún entendida como subsidiaria.

(24) Vid. *supra*, dentro del comentario de este mismo apartado y sus cuestiones previas, el epígrafe 2.A), La coordinación con el artículo 1373 del CC.

ción consorcial de ese bien sin necesidad de tener que acudirse a un proceso liquidatorio del conjunto consorcial.

E) *La decisión del Tribunal*

Los términos con que se pronuncia la Ley, si bien se entiende su finalidad, no resultan fáciles de articular en la práctica. Expondré por ello las dudas exegéticas que a propósito de los particulares de esta cuestión se plantean.

a) En primer lugar, presenta un cierto grado de contradicción el contraste entre el automatismo que parece derivar de la mera manifestación en tal sentido del cónyuge no responsable en orden a la disolución de la comunidad conyugal si la comparamos con la idea que también subyace en la norma en cuya virtud se otorga una cierta discrecionalidad judicial sobre tal decisión para la cual, además, se precisa una audiencia del otro esposo que en otro caso sería innecesaria.

b) Tampoco se entiende bien la mentada referencia a la audiencia de ambos cónyuges. Parece claro que expresada su opción disolutoria por el no responsable bastaría con oír al otro. Quizás se pretenda configurar aquélla como una especie de réplica a las alegaciones contrarias a la disolución que efectúe el cónyuge responsable o, más cabalmente, se esté pensando en una audiencia conjunta de ambos esposos que permita apreciar por parte del Juez una connivencia defraudatoria de los intereses del acreedor.

c) Resulta especialmente anómalo que no se oiga a tal efecto a quien verdaderamente puede verse perjudicado por tal decisión, es decir, el acreedor. La posible connivencia de los cónyuges resulta fácil de presumir en numerosos casos en los que la medida disolutoria instada por el cónyuge no responsable de la deuda no será tanto una medida de protección contra la errada gestión patrimonial de su cónyuge como una medida de defensa contra la agresión a los bienes matrimoniales por parte del tercero.

Con tal planteamiento parecería oportuna la audiencia del acreedor toda vez que el presente trámite se inserta en la ejecución de un inmueble en el que éste se encuentra especialmente interesado por ser quien la ha instado. Su falta de audiencia, máxime ante la referida discrecionalidad decisoria del Tribunal, resulta ilógica y antinatural.

Por ello, a pesar de la omisión de toda mención a su audiencia, parece que su práctica resulta recomendable encontrando finalmente apoyo, si bien un tanto indirecto, en el principio que subyace en el artículo 1402 del CC.

d) Asimismo, resulta profundamente ambigua la que parece evidente discrecionalidad del Tribunal que entiendo debe poder denegar la disolución de la sociedad conyugal tanto si resultan razonables los motivos por los que el cónyu-

ge responsable se oponga a ella (nimiedad de la deuda, por ejemplo) como cuando se advierta una clara y exclusiva finalidad defraudatoria del interés del acreedor.

No obstante, frente a la predicada discrecionalidad ha de recordarse que la misma está frontalmente reñida con el automatismo disolutorio que deriva del artículo 1373 del CC. De igual manera, tampoco aparece clara la viabilidad de tal decisión negativa desde el momento en que no se prevé la audiencia del acreedor que quizás el legislador no tiene expresamente en cuenta en función de su falta de legitimación para oponerse a una pretensión en la que sólo valora los intereses matrimoniales, nunca los del tercero acreedor que fatalmente se ve alcanzado por la decisión del cónyuge no responsable si quien lo es no se opone a tal facultad disolutoria.

e) En una misma línea crítica apuntaremos que no resulta fácil dar contenido a los términos del precepto en cuya virtud se señala que la decisión judicial resolverá lo procedente “*sobre división del patrimonio*”. Parece necesario concluir que con ello se ha querido sancionar que resolverá lo procedente, afirmativa o negativamente, sobre la petición de la disolución de la sociedad de gananciales, como precedentemente se indica y no sobre esa imprecisa “división de patrimonio”.

f) Finalmente, destacaremos que la referencia literal a que el tribunal “*en su caso*” acordará que la liquidación se lleve a cabo con arreglo a lo dispuesto en esta Ley parece amparar sin duda la posibilidad de que la decisión judicial sea tanto favorable como contraria a tal disolución. Sólo en el caso de que sea favorable se continuará lo que sin duda resultará para el acreedor un arduo trámite liquidatorio.

En cualquier caso, a modo de resumen de cuanto exponemos, parece claro que los términos con que se manifiesta el legislador en orden a la decisión judicial sobre este particular, carecen de un mínimo de claridad sumiéndonos en una patente ambigüedad interpretativa y de aplicación en orden a las posibilidades del Juzgador y trámite a seguir a la hora de tomar tal decisión.

F) *La suspensión de la ejecución*

Uno de los problemas no suficientemente advertidos por la doctrina al amparo del anterior sistema normativo era el de la hipotética paralización de los juicios ejecutivos instados por los acreedores como consecuencia del inicio de

las operaciones liquidatorias de la sociedad conyugal que se hubieran abierto por los esposos ⁽²⁵⁾.

Al margen del supuesto que analizamos se había dicho, con carácter general, que los acreedores que hubieran podido actuar contra los bienes antes de que tuviera lugar la indivisión secuenta a la disolución del régimen “*pueden perseguir además la traba y venta de los bienes indivisos*” ⁽²⁶⁾. Idea reiteradamente manifestada, a propósito del derecho francés, por su doctrina en función de que “*la disolución de la comunidad no tiene efecto restrictivo o extensivo sobre la expectativa de los acreedores de aquélla. Ella no les afecta*” ⁽²⁷⁾. Y por aquel entonces decíamos que, si bien tal conclusión era lógica en el derecho francés ante su artículo 815-17 resultante de la reforma acometida en su CC por la ley 76/1286 de 31 de diciembre de 1976, en el que se establecía que en todo caso pueden los acreedores consorciales “*además perseguir la traba y venta de los bienes indivisos*”, tal solución era más cuestionable en nuestro sistema ante las consecuencias derivadas de la acumulación de todos los juicios ejecutivos, salvo los hipotecarios, a un proceso universal como lo es el liquidatorio de la sociedad de gananciales (artículo 161.4 de la vieja LEC).

Pues bien, en relación con el supuesto que nos ocupa, el inciso final del apartado que analizamos viene a consagrar, sin duda alguna, la parálisis del procedimiento de realización de los bienes trabados a través de una específica mención que quizás sea la más perturbadora de las reglas que se alzan contra las expectativas del acreedor. Evidentemente, ya no podrá decirse que la disolución mantiene indemnes sus expectativas en orden a la exigibilidad del crédito. Sin duda sustantivamente ello es así, pero valorando el elemento temporal, transcendente en orden a la satisfacción de un crédito, tal idea es insostenible si bien le quedará a nuestro acreedor el consuelo del cobro, en su día, de los intereses correspondientes que también pueden ser discutibles.

Ahora bien, como queda dicho, el panorama de un acreedor que, tras haber soportado un proceso ejecutivo, con su triunfante oposición por parte del cónyuge no responsable, ve cómo éste insta un proceso liquidatorio a cuyas resultas ha de estar y en el que son posibles, como deriva de los artículos 806 y ss. de la

⁽²⁵⁾ Genéricamente, en relación con el tema, vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., *Efectos patrimoniales que respecto de terceros produce la situación de crisis matrimonial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, específicamente su epígrafe “Exigibilidad de los créditos y procedimiento liquidatorio universal”, págs. 247 y ss.

⁽²⁶⁾ RAMS ALBESA, J., *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 432.

⁽²⁷⁾ CORNU, G. *Les régimes matrimoniaux*, PUF, París, 1992, pág. 622.

nueva LEC, hasta dos procesos verbales con sus respectivas alzadas. Y toda esta espera para, finalmente, accederse a un resultado liquidatorio en el que seguramente el esposo responsable no va a recibir bienes fácilmente realizables, si es que recibe alguno. Tampoco será anómalo pensar que en este momento tal ejecutante va a verse abocado a la rescisión de tal partición por fraude de acreedores.

En definitiva, el tener que esperar al resultado de la liquidación consorcial representa, a mi entender, una injustificada solución normativa, pues las dificultades y discrepancias liquidatorias entre los esposos, aun de ser ciertas, resultan *res inter alios facta* a las que dicho acreedor debiera ser inmune. Y, en todo caso, de asumirse esta suspensión, tendría que haberse puesto un coto temporal a la eventual connivencia de los cónyuges, tal y como hace el artículo 1444 del Código francés que cifra en tres meses el inicio de las operaciones liquidatorias que deberán finalizar en el plazo de un año, so pena de nulidad de la separación de bienes acordada.

VI. EL APARTADO CUARTO: LOS GENÉRICOS MEDIOS DE DEFENSA DEL CÓNYUGE NO DEUDOR

1. *Iter* parlamentario del apartado

El apartado final carece de excesivo sentido, por reiterativo, toda vez que es el resultado de la reordenación del conjunto del precepto, acaecida a lo largo de su tramitación parlamentaria, de la que este apartado ha salido malparado.

En este sentido, subrayaremos que en el Proyecto que se envía por el Gobierno a la tramitación parlamentaria (BOCG, Congreso de los Diputados de 13 de noviembre de 1998) se complementaba la actual dicción del apartado con la indicación de que el cónyuge no deudor podía utilizar los medios de defensa del ejecutado “*y en particular para acreditar que los bienes trabados no responden de las deudas por las que se despachó la ejecución*”.

Como sabemos, esta última precisión se incorpora ulteriormente al apartado 2.º, pasando además a regularse de una forma mucho más detallada, y a la par se suprime la transcrita referencia contenida en el apartado 4.º que, de esta manera, queda un tanto desvaído y redundante, pues no hace sino recordarnos, genéricamente, lo que ya establece el apartado 2.º

2. Finalidad de la norma

Al margen del anterior comentario, diremos que el precepto examinado es reflejo particularizado de lo que establece el artículo 1385 del CC y, por el contrario, norma general respecto de la más concreta que se contiene en el apartado 2.º de este mismo artículo de la Ley Procesal. En su virtud, debe considerarse que, al margen de la implantación de casuísticos supuestos en que se legitima al cónyuge no responsable para oponerse a la ejecución (apartado 2.º), en el presente apartado se establece una más genérica legitimación de tal esposo para esgrimir procesalmente, en condiciones de igualdad al cónyuge ejecutado, cuantos motivos de oposición estime oportunos en defensa del interés común.

Se otorga, finalmente, también la misma posibilidad de interponer los recursos pertinentes en términos que, por obvios, resultaba innecesario mencionar expresamente.

VII. LA INCARDINACIÓN DE LAS PREVISIONES DEL ART. 541 EN EL PROCESO MONITORIO

No sobra exponer que los problemas para el acreedor, de los que venimos hablando, también pueden presentarse cuando la reclamación contra persona sometida al régimen de gananciales se encauce por el proceso monitorio de los arts. 812 y ss. de esta LEC.

Al margen de los supuestos de oposición del deudor a la demanda monitoria en los que, ante la necesidad de articular la disputa por el juicio que corresponda en función de la cuantía disputada (art. 818 LEC), el problema no planteará especialidad alguna respecto de lo que acaece con la usual ejecución de las resoluciones judiciales, es obvio que el despacho de ejecución de que habla el art. 816 propicia la necesidad de coordinar tal supuesto con las garantías que el art. 541 establece a favor del cónyuge que no concertó la deuda monitoriamente reclamada. De esta manera, tras despacharse ejecución, surge a favor del demandado y lógicamente también a favor de su cónyuge a los efectos de este art. 541 la posibilidad de oposición a tal auto (art. 816.2) “*conforme a lo dispuesto para la oposición de las sentencias judiciales*”. Remisión que legitima el que, para evitar reiteraciones, también nosotros acudamos a lo ya expresado sobre este particular en el apartado II. 1 de este estudio.

En cualquier caso parece necesario tener presente esta posibilidad que puede resultar especialmente artera para un acreedor confiado en las aireadas exce-

lencias del sencillo proceso monitorio y que, por mor del art. 541.3 de la LEC, puede ver paralizada una ejecución que creía fatalmente celeraria.

VIII. LA OPOSICIÓN A LA CONSORCIALIDAD DE LA DEUDA ANTE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE SENTENCIAS DE CONDENA PECUNIARIA

En parecidos términos a los anteriormente relatados cabe subrayar que el novedoso automatismo que ya desde la Exposición de Motivos de la Ley se predica para la ejecución de resoluciones judiciales estimatorias de una demanda de condena pecuniaria puede, de nuevo, verse profundamente distorsionado por el ejercicio de la facultad que se otorga al cónyuge no responsable por este art. 541.

Ha de tenerse presente a tal efecto que la ejecución provisional (art. 524.1) se inicia por demanda en la que, en función de la remisión al art. 549, se deberá indicar *“la persona o personas, con expresión de sus circunstancias identificativas, frente a las que se pretenda el despacho de la ejecución, por aparecer en el título como deudores o por estar sujetos a la ejecución según lo dispuesto en los arts. 538 a 544 de esta Ley”* (art. 549.5.º) si bien el n.º 2 de dicho art. 524 permite obviar esta mención inicialmente. Omisión que sin embargo no tiene mucho sentido pues en algún momento debe darse al otro cónyuge la posibilidad que le confiere el precepto analizado si se va a pretender la agresión de los bienes comunes.

Obviamente, si ya desde un primer momento se tiene la intención de dirigir el apremio contra los bienes comunes ante deudas concertadas por uno solo de los cónyuges, el Auto que despache tal ejecución deberá notificarse al esposo que no suscribió la deuda y que, de esta manera, tiene abierta la posibilidad de oposición que se prevé en el apartado 2.º de este art. 541. De articularse dicha oposición se iniciará el particular *vía crucis* de un acreedor que se preguntará cómo pueden congruentemente articularse su derecho a la inmediata e incondicionada ejecución provisional y el hecho de que tal ejecución pueda verse paralizada (art. 541.3) hasta que se acceda a una quimérica distribución del patrimonio consorcial.

Finalmente cabe imaginar que en ese primer momento no se haya intuido la necesidad de trabar bienes gananciales sino que la misma venga determinada por la constatación de la insuficiencia de bienes privativos de los que sea titular el destinatario directo del proceso de ejecución. Pues bien, cuando se produzca el embargo de concretos bienes comunes, del que deberá tener obviamente noticia

el otro esposo —especialmente si se trata de bienes inmuebles en función del art. 144 del RH— éste tendrá la posibilidad de esgrimir la causa de oposición que contemplada por el apartado 2.º de este art. 541 venimos analizando.

Dicho cónyuge, por otro lado, también podrá, frente a concretas medidas de agresión del patrimonio común que resulten específicamente lacerantes, articular la oposición a dichas medidas ejecutivas (art. 529) en función de una legitimación que le viene atribuida por el apartado final de este art. 541.

HACIA UN PLANTEAMIENTO RACIONAL DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: LA TABULACIÓN (II)

JORGE A. MARFIL

Asociación Española de Abogados de Familia. Abogado.

SUMARIO

- I INTRODUCCIÓN.**
 - II. FUNDAMENTOS.**
 - III. VENTAJAS DE SU APLICACIÓN.**
 - IV. MÉTODO.**
 - V. UN EJEMPLO EXPLICATIVO.**
 - VI. REFORMA LEGISLATIVA.**
 - VII. FINAL.**
-

I. INTRODUCCIÓN

“Casi todo el mundo se casa para solucionar alguna cosa: de amor o de interés. Y cuando logran su propósito solucionan el matrimonio mismo: esto es, que lo disuelven”⁽¹⁾.

En uno de los Juzgados de Familia de Madrid, y desde hace años, alguien con buen tino colocó a la vista de los justiciables un gran cartel que contenía este aforismo de mi viejo y querido maestro Bergamín, cuya clarividencia y talla excepcionales eran paralelas a su extensísima experiencia vital.

Sirva este pequeño introito para situar la segunda parte de mi artículo cuya primera apareció también aquí⁽²⁾, y toda vez que aquélla despertó el interés de profesionales del Derecho, tenga ésta la respuesta necesaria y la clarificación precisa a las cuestiones que me han planteado.

II. FUNDAMENTOS

Reitero que la pareja a la que me dirijo (marido trabajador y mujer ocupada en las tareas doméstico-familiares, que son todavía legión) reúne una serie de características arquetípicas:

- viven del sueldo del marido, que está en función del mercado de trabajo y de la cualificación de éste;
- dependen por tanto de la estabilidad laboral del mismo;
- la mujer se ocupa de todos los quehaceres domésticos y de atender a los hijos y al esposo;
- la mujer no tiene formación profesional, o si la posee está adormecida, abandonada, dada su función antedicha;
- el componente cultural de la pareja suele ser medio, nivel que es extrapolable a sus hijos, etc.

En tales casos, abundantísimos, y ante la disyuntiva de una separación, las partes, los jueces, los abogados, tienen/tenemos una inseguridad tan manifiesta

(1) JOSÉ BERGAMÍN, *Aforismos de la cabeza parlante*, Turner, Madrid, 1983, pág. 69.

(2) Revista de Derecho de Familia, Lex Nova, n.º 6, enero 2000, págs. 23 y ss.

que, como ya dije en aquel primer artículo, a un caso idéntico en tres ciudades he visto tres resoluciones diferentes.

Y como la pensión compensatoria temporal ya va ganando espacios crecientes en Juzgados y Audiencias, afortunadamente, y puesto que su tabulación es la única forma de acabar con la inseguridad jurídica aludida, es por lo que su planteamiento hasta ahora sin desarrollar ha despertado el suficiente interés y se me ha planteado escriba esta segunda parte aclaratoria.

Por tanto, el fundamento básico de la tabulación es que solventa uno de los dos aspectos cruciales con los que nos enfrentamos a la hora de fijar la pensión compensatoria: el tiempo de percepción, quedando al arbitrio del Juez el *quantum*. Pero ya tendríamos solucionada la mitad del problema. Así, a una clienta que viene a ser asesorada, le podremos decir que su pensión va a durar cuatro años, siete años y tres meses... sin error, a salvo siempre, claro es, que le fuera entretanto aplicable el art. 101 del Código Civil.

III. VENTAJAS DE SU APLICACIÓN

Para no excederme sólo citaré diez ventajas destacables:

1.^a Resulta evidente que si una mujer conoce de antemano el tiempo de percepción podrá arbitrar soluciones, dispondrá su futuro, con unas garantías infinitamente mayores de las que tiene hoy. Sabrá que cuenta con un crédito periódico y a término.

2.^a Se evitarían multitud de apelaciones, ya que con independencia del montante, que siempre será el Juez quien lo fije, la parte interesada conocerá con certeza que no cabe elevar la temporalidad de su pensión al estar ésta tabulada. Es claro que siempre podrá ir a la alzada para intentar aumentar la cuantía, pero también es cierto que, si la Sentencia es ajustada, ella misma y el profesional que la asista afinarán más su pretensión, no apelarán tan gratuitamente, como ocurre hoy, por ver si en la Audiencia tiene más suerte y le dan más años de pensión.

3.^a Supone un derecho de crédito de mayor solidez frente a entidades crediticias. Estamos habituados a solicitar testimonios de Sentencias y Convenios de nuestras clientas para que sean estudiados en los bancos, dada la solicitud de préstamos, hipotecas, etc., y siempre será más sólido un plazo temporal de pago por parte del marido, concreto e inamovible, que no la fijación indefinida de una pensión sujeta al albur de los vaivenes y/o hartazgos de un marido pagador.

4.^a Favorece el cumplimiento. A un consorte que se le ha obligado a pagar la pensión de por vida, y que la considera injusta, antes o después utilizará mecanismos defraudadores, simulaciones en una palabra, a fin de reducir la cuantía de aquélla o buscar su extinción. Si el obligado al pago sabe que tiene que abonar cuatro años, o seis años y tres meses, por ejemplo, y que por tanto es una deuda a término, cumplirá ésta con mejor disposición. En definitiva, habrá muchos menos impagos que en la actualidad.

5.^a Posibilita que el marido no pierda ilusión por su trabajo, que mantenga una razonable ambición de futuro. Resulta ocioso reproducir escenas de despacho en las que nuestros clientes, hartos de pagar la pensión compensatoria, desestiman ofertas en sus empresas, no proyectan o no promueven negocios, incluso caen en una peligrosa desidia profesional, pues se sienten condenados de por vida al cumplimiento de una obligación que casi siempre consideran injustificada.

6.^a Acreecencia la igualdad (art. 14 CE) y la solidaridad intersexual, huyendo de paternalismos tan reaccionarios como nefastos para la mujer. ¿Quién no ha recibido a una clienta que, contando con una excelente pensión compensatoria, ha desestimado entrar en el mundo laboral? ¿Cuántas veces hemos oído aquello de “con la pensión que tengo no pienso molestarme en buscar trabajo”? El abono de la pensión indefinida conlleva a veces la desaparición de la dignidad, la ausencia del noble deseo de la promoción personal, cayendo algunas mujeres —lo hemos visto— en una pérdida total de su autoestima, en una incapacidad creciente para convertirse en un sujeto libre.

7.^a Impulsa la imaginación e incentiva el desarrollo de la mujer. En íntima conexión con el párrafo 6 anterior, es obvio que una separada que conoce la extinción de su crédito a 3 años, a 7 años y dos meses vista, irá adecuando sus conocimientos previos, su formación, para el día en que deje de recibir su pensión, a fin de estar preparada/actualizada para desarrollar el trabajo al que aspira. Tendrá tiempo de poner al día, de reciclar aquello que estudió, o incluso iniciará su formación, para enfrentarse con tiempo a la siempre difícil y deseable tarea de ser independiente.

8.^a Favorece la seguridad. Es indiscutible que si los litigantes saben de antemano cuál va a ser la temporalidad de la pensión, y el Juez acuerda el *quantum* en virtud de los datos objetivos, y a cuya Sentencia se hayan aquietado las partes, es mucho más posible que el marido haga abono y cumpla con un rigor muy superior al que encontramos hoy.

9.^a Eliminaría muchas Ejecuciones de Sentencia. Como corolario a cuanto queda dicho, y dado que los cumplimientos serían inmensamente mayores a los de hoy, es claro que se evitarían muchas Ejecuciones.

10.^a Facilitaría la obtención de Convenios. Tampoco precisa mayor comentario, ya que los profesionales de las partes tienen resuelto la mitad del camino antes de empezar la negociación.

No voy a extenderme más. Seguro que podríamos encontrar muchas más ventajas.

IV. MÉTODO

Reproduzco de nuevo el cuadro que ya expuse en mi artículo anterior, y aclaro algunos extremos que se me han planteado:

GRUPO	A	B	C	D	E	F	G
Tiempo de convivencia	De 0 a 4 años	De 5 a 9 años	De 10 a 14 años	De 15 a 19 años	De 20 a 24 años	De 25 a 29 años	30 años en adelante
	0-48 meses	49-108 meses	109-168 meses	169-228 meses	229-288 meses	289-348 meses	349 meses (...)
Porcentaje a aplicar	16% (+10)	26% (+12)	38% (+14)	52% (+15)	67% (+16)	83% (+17)	100%

En sentido horizontal la primera banda recoge los grupos en los que he decidido la pensión que se adjudicará.

La segunda señala el tiempo real de convivencia de la pareja, es decir, desde la celebración del matrimonio hasta la presentación de la demanda, y ello dividido en plazos de cuatro en cuatro años.

La tercera banda regula el porcentaje a aplicar, y sobre ello explico:

a) el porcentaje de cada grupo va progresivamente creciendo cuanto mayor haya sido el tiempo de convivencia; así, al grupo A (de 0 a 4 años) le corresponderá un 16%, mientras que al D (de 15 a 19 años) se le adjudicará un 52%, y al G, que es una pareja que ha convivido un mínimo de 30 años, será del 100%, o lo que es lo mismo, una pensión indefinida o de por vida, salvo que a la mujer le afectare el art. 101 del CC, como ya expuse;

b) los números que aparecen entre paréntesis indican la progresión en que aumentará el grupo siguiente; ejemplos:

- El grupo A señala 16% (+10); explicada ya la razón del 16% diré ahora que + 10 señala el incremento que se producirá para el grupo siguiente. Por lo que si el B tiene un porcentaje a aplicar del 26%, ello es la suma del 16% anterior más el referido (+10);
- Como puede verse, las cantidades entre paréntesis precedidas por el signo + son progresivas: +10, +12, +14..., como progresivamente mayor será la pensión por un tiempo de convivencia más dilatado;
- Otro grupo al azar, el D, tiene adjudicado el siguiente guarismo: 52% (+15), lo que significa que a la pareja contenida en ese grupo le corresponderá un 52%, y que éste se incrementará quince puntos (+15) en el grupo siguiente, de ahí que al E se le haya fijado un 67%.

V. UN EJEMPLO EXPLICATIVO

Reproduzco íntegramente uno de los ejemplos que expuse en mi artículo anterior:

Matrimonio contraído el 7 de mayo de 1982 que presenta la demanda el 10 de noviembre de 1998

1. Como vemos, es un matrimonio que ha convivido 199 meses:

— año 1982: contrajeron matrimonio el 7 de mayo, luego son	8 meses
— años 1983 a 1997: quince años de convivencia por doce meses cada uno	180 meses
— año 1998: la demanda se interpuso el 10 de noviembre, por lo que contará el mes entero	11 meses
TOTAL	199 meses

2. Si dividimos 199 entre 12 nos saldrá que la convivencia ha sido superior a los 16 años, por lo que pertenecerá al grupo D.

Dicho lo anterior, y como al D le corresponde un 52%, la operación es fácil: $199 \text{ meses} \times 52\% = 103,4$, que por elevación quedará en 104 meses.

Cada cónyuge, al interponer la demanda, ya sabe que por los 199 meses de cohabitación pagará/recibirá una pensión durante 104 meses, es decir, 8 años y 8 meses.

3. Tanto el mes en el que se contrae matrimonio como el de la presentación de la demanda se contarán enteros, con independencia del día, como se ha explicado en el párrafo 1 inmediatamente anterior.

VI. REFORMA LEGISLATIVA

Me consta, sin poder añadir más datos, que ya hay dos magistrados que tienen presente el cuadro a la hora de resolver; por otra parte, y sin olvidar que éste es libérrimo, no puedo dejar de decir que lo he compulsado con decenas de Sentencias.

Si a ello añadimos que la temporalidad ya está en un camino imparable (véase Europa) y que los convencidos vamos siendo mayoría, es claro que la reforma legislativa que tabule la pensión compensatoria —haciéndola más racional— es un *desideratum* que acabará por llegar, consiguiendo con ello que sea un instituto de Derecho Civil más respetado.

El cuadro que expongo es libérrimo, ya lo he dicho; se podrá mejorar; podrá servir otro; se perfeccionará. Lo importante es que el camino lo hemos abierto entre muchos intentando poner orden dentro del caos reinante, acreditando de nuevo que la sociedad va siempre por delante de las Leyes.

VII. FINAL

Antes de publicarse el libro de Bergamín cuyo aforismo consta en el pórtico de este artículo, y al igual que otros libros suyos, tuve ocasión de leerlo y discutirlo con él. Mi muy querido amigo había contraído matrimonio con Rosario Arniches, hija del dramaturgo, y tras la muerte de ésta se mantuvo viudo durante muchísimos años. Es evidente cuál era la credibilidad que le daba a este contrato.

De aquellas muchas horas de aprendizaje a su lado, y en concreto respecto a este libro, siempre le dije que prefería este aforismo con el que acabo, mucho más poético y más cruel:

“La aparente igualdad amorosa del hombre y la mujer no es más verdadera que la aparente luminosidad del sol y la luna. Por eso tal vez los matrimonios suelen ser eclipses totales” ⁽³⁾.

(3) Obra citada, pág. 70.

EL USUFRUCTO VIDUAL UNIVERSAL: ANÁLISIS Y PROBLEMÁTICA

AURELIA M.^a ROMERO COLOMA

Doctora en Derecho.

Doctora en Historia del Arte.

Académica numeraria de la Real de San Dionisio, de Ciencias, Artes y Letras.

Abogado.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.**
- II. EL USUFRUCTO UNIVERSAL VITALICIO DEL CÓNYUGE VIUDO Y LA CAUTELA SOCINI.**
- III. CONCLUSIÓN.**

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro Código Civil concede al cónyuge viudo una legítima sobre los bienes del causante premuerto, legítima que se caracteriza, en primer lugar, por ser variable según los parientes de dicho causante y, en segundo lugar, por ser un usufructo y no un pleno dominio. Nuestro legislador tomó modelo, para ello, de la legislación histórica nacional, así como de diversos Códigos contemporáneos al nuestro.

Cuando el cónyuge causante atribuye al cónyuge viudo el derecho a usufructuar todos los bienes de la herencia del esposo fallecido, estamos ante el denominado usufructo universal vitalicio, pensado, fundamentalmente, con el objeto de fomentar la unidad de la familia, sobre todo si existen hijos, bajo la dirección del cónyuge viudo, si bien tiene otros inconvenientes para aquéllos, ya que se retarda, de este modo, la percepción de unos recursos económicos y, en definitiva, de unos ingresos que, en muchas ocasiones, necesitan para lograr una plena autonomía e independencia financiera.

La institución del usufructo universal vitalicio o usufructo viudal universal tiene un gran arraigo en una parte del territorio nacional. Aragón y Navarra la regulan detalladamente desde hace siglos, imponiéndose tanto en la sucesión intestada cuanto en la testamentaria. La Ley Catalana de Sucesión Intestada, Ley 9/1987, de 25 de mayo, acogió este derecho, atribuyéndolo al cónyuge viudo que concurre con descendientes.

Desde el punto de vista histórico, la *Lex Visigothorum* y el *Fuero Juzgo* concedió a la viuda —no al viudo— el usufructo de una porción igual a la de cada hijo mientras no contrajere segundo matrimonio. Esta modalidad llegó a influir en la redacción de la base 17 de la Ley de 11 de mayo de 1888, según la cual habría de establecerse en favor del viudo o viuda el usufructo que algunas legislaciones especiales le conceden, pero limitado a una cuota igual a la que, por su legítima, hubiere de percibir cada uno de los hijos, en caso de haberlos.

La regulación del Código Civil fue modificada por la Ley de 24 de abril de 1958. Más tarde, la reforma de 1981 supuso una agilización y flexibilidad, al no hacerse distinción ya entre los hijos según su procedencia matrimonial o no.

El Derecho Comparado nos muestra también cómo dispensa una aceptación al usufructo viudal universal. El Código Civil belga, tras la reforma operada en 1981, ordenó este derecho a favor del cónyuge viudo que concurre con descendientes en la sucesión intestada. Esta reforma es particularmente trascendental porque consigue romper con la tradición francesa, fuertemente enraizada allí, y además, de este modo, se ha reconocido al usufructo viudal universal una existencia y realidad que, de manera tradicional, se había puesto en duda.

El tema que voy a plantear está referido a la posibilidad de establecer, en testamento, el usufructo universal del cónyuge viudo, insertando una cláusula testamentaria penalizadora para aquel descendiente del causante que se oponga al mismo. Se trata de la llamada *cautela Socini*. Procedamos a su exposición y desarrollo.

II. EL USUFRUCTO UNIVERSAL VIDUAL DEL CÓNYUGE VIUDO Y LA CAUTELA SOCINI

Puede definirse el usufructo universal vidual como aquél que, por ministerio de la Ley o por disposición de la voluntad, tiene el cónyuge supérstite sobre todos los bienes o el patrimonio relicto del cónyuge premuerto mientras se mantenga en estado de viudedad de aquél.

Nuestro Código Civil concede al viudo o viuda, en relación con la herencia testada o intestada de su cónyuge premuerto, un derecho legitimario afectante a solo una parte de dicha herencia. El artículo 834 del Código Civil expresa que tiene derecho a la legítima vidual “*el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviera por culpa del difunto*”. Si bien la regulación del matrimonio otorgada tras la reforma llevada a cabo en 1981 no es propicia a apreciar culpabilidades en sede de separación conyugal, lo cierto es que no se ha rechazado este precepto hasta la actualidad, por lo que hay que concluir que el cónyuge separado por culpa del otro conserva su derecho a la legítima.

La legítima del cónyuge viudo es de cuantía variable. Si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora. Sin embargo, la inmensa mayoría de los testadores con hijos desean dejar no este usufructo, sino el denominado usufructo universal vitalicio a su cónyuge, por lo que, naturalmente, se han arbitrado medios al objeto de que los testadores puedan llevar a cabo sus deseos. Hay que decir que esta posibilidad en el Derecho Común es plenamente admitida en el supuesto de inexistencia de otros herederos forzosos, porque, en este caso, al ser obligatorio atribuir al cónyuge viudo los dos tercios de la herencia en usufructo y pudiendo disponer libremente de su nuda propiedad, así como del pleno dominio del tercio restante, *ex* artículo 838 del Código Civil, estará legalmente permitido que cada cónyuge, testamentariamente, disponga de toda la herencia en favor de su consorte, ya sea en propiedad o en usufructo.

Según expone María CARCABA FERNÁNDEZ ⁽¹⁾, surge la duda cuando hay otros herederos forzosos en concurrencia con el cónyuge viudo, siendo la doctrina discrepante en este punto, porque, aunque la mayor parte de los autores propugnan la implantación del usufructo vidual universal en un futuro, hay otros muchos que sostienen que en el momento actual no se puede admitir, e incluso entre quienes lo admiten se discute si puede ser establecido de forma obligatoria para los demás legitimarios o si, por el contrario, es necesario que presten su consentimiento para que aquél pueda constituirse válidamente.

(1) CARCABA FERNÁNDEZ, M.: “Posibilidad en el Derecho Común de atribuir testamentariamente al cónyuge viudo el usufructo universal de los bienes del causante”, Revista La Ley, núm. 1209, Madrid 1985.

A mi juicio, esta reserva que mantienen algunos autores choca claramente con la realidad y la práctica generalizada en nuestro país, pues no hay que olvidar que, desde el punto de vista estadístico, alrededor del 90 por 100 de los testamentos otorgados por personas casadas con descendientes contienen un usufructo universal a favor del cónyuge sobreviviente, con la simultánea atribución de la nuda propiedad de todo el patrimonio relicto a los descendientes. Es evidente que el Derecho no puede desconocer esta realidad.

Además, se ha argumentado a favor de la institución del usufructo universal vitalicio del cónyuge supérstite por otros autores, como PUIG PEÑA⁽²⁾, que defendió la posibilidad de atribuir este tipo de usufructo, aunque existieran otros herederos forzosos, atendiendo a razones de justicia y conveniencia, al tener en cuenta que, con el mismo, el cónyuge viudo no ve disminuidos sus poderes, su soberanía doméstica, sobre lo que, hasta el momento de enviudar, ha sido el patrimonio familiar, respetando así la normal voluntad del premuerto que, tras la unión que conlleva el matrimonio, suele ser la de que su cónyuge continúe en la misma posición que disfrutaba durante su existencia, voluntad que gustosamente es respetada por los descendientes en los supuestos *de buena armonía familiar, poniéndose de manifiesto su oportunidad*, sobre todo en el caso de que, por ser los hijos menores, tiene que completar el padre o la madre supérstite la misión fundamental de su crianza y establecimiento.

A mayor abundamiento, y siguiendo con las ventajas que ofrece esta institución, su necesidad es más patente aún en los medios rústicos, porque el patrimonio familiar, que suele incluir tanto la vivienda como el medio de ganarse la vida, al disgregarse con el reparto de las legítimas, tal como ha puesto de manifiesto SALAS MARTÍNEZ⁽³⁾, modifica profundamente la posición en la que hasta entonces se había encontrado el cónyuge supérstite. De ahí que se propugne su acogida de cara al futuro dentro del marco de nuestro Código Civil, siempre que se establezca como una facultad del testador y no como un derecho del cónyuge viudo, y que tenga su campo de aplicación en el seno de las familias campesinas. El propio ROCA SASTRE llegó a afirmar que, en la familia troncal o rural, el cónyuge viudo no debía ser legitimario, sino mucho más: Usufructuario universal del patrimonio familiar⁽⁴⁾.

En esta práctica, efectivamente, no subyace ningún tipo de sanción respecto de los hijos o descendientes, ya que, de hecho, éstos adquieren más, es decir,

(2) PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho Civil Español*, Madrid, 1975.

(3) SALAS MARTÍNEZ, F.: "El usufructo vitalicio universal en el Derecho Civil Común Español", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid julio-agosto 1947.

(4) ROCA SASTRE: "La necesidad de diferenciar lo rústico y lo urbano en el derecho sucesorio", *En Anales de la Academia Matritense y del Notariado*, 1943.

adquieren la propiedad de todo el patrimonio relicto, si bien gravada con el usufructo del cónyuge superviviente. Por lo tanto, adquieren más de lo que estrictamente por legítima les corresponde, que supone los dos tercios de la herencia.

Por ello, esta institución no solo está pensada, desde mi punto de vista, para reforzar o proteger la posición del cónyuge viudo frente a los demás herederos forzosos, generalmente frente a los hijos, sino que, con ella, no se perjudica en absoluto la legítima de los hijos o descendientes, tal como tendré ocasión de fundamentar en páginas posteriores.

No obstante, se han apuntado inconvenientes a la admisión en nuestro Ordenamiento Jurídico-civil del usufructo universal en favor del cónyuge viudo y a dichos inconvenientes voy a referirme seguidamente.

En primer lugar, el artículo 813 de nuestro Código Civil expresa que *“el testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo”*.

Las palabras “gravamen”, “condición” y “sustitución” incluidas en el párrafo 2 del artículo 813 suponen cualquier carga, modalidad, limitación o impedimento, sea de naturaleza real o personal, que, de algún modo, restrinja o merme el pleno disfrute y disponibilidad de lo asignado por legítima, o cree cualquier obligación en relación con ella, por lo que han de entenderse con la máxima amplitud, en beneficio, como ha señalado FUENMAYOR⁽⁵⁾, de la completa percepción por el legitimario de cuanto le corresponde.

El párrafo 2 del citado artículo 813 de nuestro Código Civil supone el establecimiento del denominado principio de intangibilidad de la legítima, si bien deja a salvo el usufructo del viudo. La infracción de la legítima puede ser cuantitativa o meramente cualitativa. Es cuantitativa cuando se priva al legitimario, en todo o en parte, de la cuantía de bienes que le corresponde. Es cualitativa cuando el heredero forzoso percibe un valor equivalente o superior al mínimo previsto en la Ley, pero en forma tal que su cuota no le queda enteramente libre y cubierta con objetos del caudal del causante.

Siguiendo el hilo de estos razonamientos, cabe preguntarse si la institución del usufructo universal vitalicio o usufructo viudal universal supone, de alguna manera, la violación de la intangibilidad de la legítima.

Para tratar este tema, lo primero que procede es detenerse en la doctrina que ha estudiado esta cuestión. En función de ello, hay que resaltar que el 90

(5) FUENMAYOR CHAMPÍN, A.: “Intangibilidad de la Legítima”, Anuario de Derecho Civil, 1948.

por 100, como ya dije antes, de los testamentos contiene, en sus cláusulas, una opción compensatoria de la legítima o *Cautela Socini*, por la que el testador deja a su viudo/a el usufructo universal de su herencia, instituyendo a sus hijos por partes iguales y estableciendo que, si alguno de éstos no se conformare con tal disposición, se le asignará únicamente lo que le corresponda por legítima estricta, acreciendo su parte en los tercios de mejora y libre a los que estuvieran conformes.

De este modo, aquel hijo que reclama contra el gravamen impuesto se va a ver privado de lo que, de no reclamar, le correspondería en la mejora y en el tercio libre.

Hay autores, como IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO⁽⁶⁾, que han estimado que se trata de una condición ilícita, contraria a la Ley, que ha de tenerse por no puesta en función del artículo 792 del Código Civil. En consecuencia, en armonía con esta tesis, mantiene que se repartirán por igual los dos tercios de legítima entre todos los descendientes, sin premiar a los conformes ni castigar a los disidentes. Pero, como expresa Alicia REAL PÉREZ⁽⁷⁾, esta consecuencia es enteramente contraria a la voluntad del testador que quiso, para su viudo/a, el usufructo universal, quedando, en cambio, reducido a percibir solamente el usufructo del tercio libre, lo cual es contrario a lo previsto en la Ley, porque el propio artículo 834 del Código Civil establece que el cónyuge viudo, cuando concurre en la herencia con hijos o descendientes, tiene derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

Otro sector doctrinal piensa que la cláusula *Socini*, que pone el legitimario en el trance de escoger entre su legítima estricta y pura o una mayor porción de la que legalmente le correspondería, pero gravada, es ilícita porque entraña un fraude a la Ley.

Esta objeción a la *Cautela Socini* supone en realidad la idea de que el testador, por medio de ésta, persigue imponer indirectamente lo que está prohibido imponer directamente. NÚÑEZ LAGOS lo expresó afirmando que las Leyes tienen una finalidad que cumplir, y que la finalidad de los preceptos protectores de la legítima, aun no siendo ésta de orden público, quedan más o menos frustradas con la *Cautela*, concluyendo que quizás en las inteligencias sencillas de los juristas actuales no quepa que algo que esté prohibido de

(6) IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, J.M.: “Una Cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid septiembre de 1950.

(7) REAL PÉREZ, A.: *Usufructo universal del cónyuge viudo*, Código Civil, Madrid, 1988.

modo directo esté, sin embargo, permitido de modo indirecto, dando un rodeo⁽⁸⁾.

A esta objeción hay que contraobjetar, siguiendo a ANDREOLI⁽⁹⁾, que manifestaba que, si es lícito instituir al hijo solo en su legítima y disponer libremente del residuo, resulta muy cierto que lo que directamente puede hacerse, mucho más puede hacerse indirectamente, no pudiendo decirse impedido quien puede remover el impedimento, ni tampoco gravado quien puede remover el gravamen, como el hijo que puede elegir su legítima pura e intacta.

Otra objeción que hay que examinar tiene una base dogmático-conceptual. En este sentido, se ha dicho que la atribución del testador tiene carácter condicional, sometida a condición resolutoria o suspensiva, o a revocación condicional. Ya KIPP mantuvo que esta objeción era insostenible, porque, si bien estimó que era posible que el testador hiciera depender una institución hereditaria o un legado de la condición suspensiva de que el legitimario no impugnare el testamento o no reclamare la legítima, creía que, en caso de duda, debe entenderse que se trata de una condición resolutoria con respecto a la atribución del testador y, por tanto, de una institución de heredero fideicomisario o de un legado sujeto a restitución fideicomisaria a favor de tercero, eventualmente de los herederos legales, para el supuesto de que el legatario infringiera la voluntad del testador resultante de una cláusula interpretada conforme a su sentido⁽¹⁰⁾.

Se ha formulado, asimismo, la idea de que aceptar la *Cautela Socini* supone una limitación de los derechos de los legitimarios a sus derechos de legítima, limitación que puede llegar a perjudicar a sus propios legitimarios. A este respecto se manifiesta ESPINAR LAFUENTE⁽¹¹⁾, sosteniendo que el gravamen fideicomisario sobre la legítima es nulo, en aplicación del artículo 813 del Código Civil, pues no solo perjudica al legitimario, sino también a sus ulteriores herederos legales. Ni el testador ni el heredero pueden hacer trueques, ni cambalaches, ni permutas con la herencia legitimaria. Aplicada su teoría a la *Cautela Socini*, indica que su juego se reduce de forma muy importante, pues tal restricción consiste en que, si existieran herederos forzosos de ulterior grado, habrían de entrar en lugar del heredero que repudia, con derecho a pedir la reducción del legado consolidado a su favor por el renunciante.

(8) NÚÑEZ LAGOS: "La Colación. Historia y crítica de los problemas de valoración", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, número 180, 1946.

(9) ANDREOLI: *Contributo alla teoria della collazione delle donazioni*, Milán, 1942.

(10) KIPP: *Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1976.

(11) ESPINAR LAFUENTE, F.: *La herencia legal y el testamento (estudio doctrinal y de derecho positivo)*, Barcelona, 1956.

ROCA SASTRE combate este argumento, aduciendo que en ningún lugar del Código se ordena que la herencia legitimaria haya de aceptarse o rechazarse en bloque, por lo que el legitimario puede aceptar su legítima gravada, pues quien puede lo más —renunciar a la legítima—, puede lo menos, es decir, admitirla con gravamen⁽¹²⁾. A la vista de esta contraobjeción, parece evidente que la tesis mantenida por ESPINAR LAFUENTE no puede sustentarse.

Igualmente, se ha objetado que la *Cautela* es formulada como una sanción o imposición de pena, que priva del exceso sobre la legítima atribuida testamentariamente al legitimario que no acepte un gravamen sobre su legítima.

No parece viable tampoco admitir esta tesis contraria a la *Cautela*, pues no es razonable el argumento esgrimido, en este aspecto, de que con dicha cláusula se perturba la libre decisión del legitimario, que se ve coartado, presionado o coaccionado. Según VALLET DE GOYTISOLO⁽¹³⁾, las disposiciones *mortis causa* a título de pena han sido consideradas de muy diversas formas a lo largo de la historia. Fueron nulas en el Derecho Romano Clásico, pero admitidas en el Derecho Justiniano. Durante los siglos XV, XVI y XVII fueron discutidas con respecto a las impuestas al heredero que no aceptare un gravamen a su legítima. Más recientemente, llegó a predominar la opinión favorable a su eficacia. Bastante después de las Codificaciones se volvió a discutir sobre el tema, también en España. En este sentido se manifiesta algún sector doctrinal, como HERNÁNDEZ GONZÁLEZ⁽¹⁴⁾, que estima que con la *Cautela Socini* se obliga indirectamente a los legitimarios, de modo que, quien no acepte, queda sancionado.

Para IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO⁽¹⁵⁾ y GONZÁLEZ PALOMINO⁽¹⁶⁾, al objeto de dar una solución al problema del usufructo universal del cónyuge viudo, sin desamparar la realidad entrañable a que responde, suele operarse con amenazas de graves penas en los testamentos y con pactos de renunciaciones y cesiones recíprocas de usufructo y nuda propiedad en las particiones, opinando que no es lícito castigar a los legitimarios que no quieren pasar por el aro y favorecer a los resignados que sí pasan, pues esto solo sería correcto y lícito si el

(12) ROCA SASTRE: “Naturaleza jurídica de la legítima. Teoría de la *debita pars valoris bonorum*”, Revista de Derecho Privado, Madrid 1944.

(13) VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Estudios de derecho sucesorio*, Volumen II, Madrid, 1981.

(14) HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, L.: “La cuota viudal y su regla fija”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid 1946.

(15) IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, J.M.: Art. cit., nota 6.

(16) GONZÁLEZ PALOMINO: “El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos”, Revista de Derecho Privado, Madrid, mayo 1936.

testador tuviera a su mano, como derecho suyo, la facultad de disponer del usufructo universal.

Semejante postura, pero aún más radical, mantiene FUENTES TORRE-ISUNZA, para el que la parte de la cláusula que amenaza o coacciona a los legitimarios con no tener participación en los tercios libre y de mejora es francamente inmoral y contraria a la Ley⁽¹⁷⁾.

Al propio VALLET DE GOYTISOLO, al comentar esta objeción a la cláusula discutida, le parece que la redacción en forma de sanción o privación, es decir, con fórmula de imposición de un castigo o pena, es indudablemente incorrecta. Pero, tal como él arguye, no basta que una redacción sea torpe o incorrecta para que, sin más, deba reputarse inválida o inmoral, pues hay que penetrar hasta el fondo de la disposición para juzgarla, por lo que habría que concluir que son válidas dichas cláusulas aunque estén incorrectamente redactadas. Además, no hay verdadera pena, pues al legitimario no se le priva de nada que hubiera sido suyo antes de heredar al testador, ni de nada que legalmente deba corresponderle después. A mayor abundamiento, la privación de la parte disponible podría evitarla el legitimario si prefiriese no sufrirla y admitir el otro término de la alternativa, que, en realidad, se le ofrece con fórmula más o menos incorrecta.

Sí habrían de tener cuidado los testadores en emplear correctamente la expresión en estas cláusulas, al objeto de evitar discusiones y discordias familiares que a nada positivo llevan. Pero de ahí a juzgar inmorales estas cláusulas va un abismo.

También se ha señalado que la cláusula *Socini* constituye un acto de desheredación parcial, encerrando una especie de represalia contra la posible actitud, plenamente lícita, del legitimario que rechaza el gravamen impuesto a su porción legítima. Así lo mantuvo DONDERIS TATAY⁽¹⁸⁾.

Hay que poner de relieve que esta objeción no es correcta desde el punto de vista literal, porque desheredar significa privar de la legítima. Es evidente que con el mecanismo de la *Cautela Socini* el testador no priva a sus legitimarios en modo alguno de su legítima. La opción que se les da, en tal sentido, es recibirla estricta y puramente o bien recibir una cuota mayor, pero gravada por el usufructo vidual universal. No se trata, por tanto, de una desheredación, tesis que no puede mantenerse a la vista del propio Ordenamiento Jurídico.

(17) FUENTES TORRE-ISUNZA, J.: “Usufructo Vidual Universal (una cláusula de estilo)”, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid 1951.

(18) DONDERIS TATAY: “De La Cautela Gualdense O Socini”, Revista General de Derecho, Valencia 1945.

Por fin, se han opuesto a esta cláusula objeciones de tipo moral, que, generalmente, están desprovistas de interés, ya que no tienen un contenido jurídico. BORRACHERO expresó, para rebatir esta objeción, que la cláusula *Socini* no es inmoral, porque defender a ultranza al cónyuge viudo entra dentro de las normas de la más rigurosa ética matrimonial y familiar⁽¹⁹⁾.

Hasta aquí las objeciones que, tradicionalmente, se han opuesto a la validez y eficacia de la denominada *Cautela Socini*. Desde mi punto de vista, esta cláusula se limita a ejercer una cierta presión sobre aquel legitimario que fuere reacio a aceptar el usufructo universal de su padre o madre. Estimo que la cláusula permite al testador gozar de una deseada tranquilidad y prevé que, tras su fallecimiento, su cónyuge viudo o viuda conservará el patrimonio familiar, lo disfrutará y gozará en su totalidad, siendo los legitimarios nudo propietarios de aquél. Aceptado por éstos este gravamen —que recordemos que el Código Civil prevé en su artículo 813.2, al disponer que no se puede imponer sobre la legítima gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo referente al usufructo del viudo—, los legitimarios van a tomar, al fallecimiento de su padre o madre, mayor porción en la herencia de lo que, por legítima estricta, les correspondería. De no aceptarlo, su *quantum* se vería reducido en consecuencia.

Los argumentos que se han esgrimido a favor de la cláusula mencionada son, en general, mayoritarios y a ellos voy a referirme a continuación.

Para PUIG BRUTAU⁽²⁰⁾ queda perfectamente claro que esta cláusula es completamente admisible, añadiendo que “*es curioso comprobar que en las objeciones parece que se trasluce cierto enojo contra el testador porque deja abierta al legitimario la posibilidad de obtener más de lo que corresponde a su legítima, aunque con cierto gravamen, como si el causante cometiera algo reprobable, no por dejar al legitimario reducido a su legítima, sino por abrirle dicha posibilidad (...) Sin la opción concedida, el legitimario no tendría motivo para dudar, pero tampoco se le ofrecería posibilidad de obtener más, y parece que es contra la circunstancia de ponerle ante dicha duda y no ser liberal por completo que ha reaccionado un sector de la doctrina. Pero, en definitiva, la posibilidad de que se observe estrictamente la Ley depende de la libre elección del legitimario*”.

A mi juicio, no puede afirmarse, como se ha hecho reiteradamente, que la alternativa ofrecida al legitimario perjudique o lesione sus derechos sucesorios.

(19) BORRACHERO, M.: “Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil”, Revista de Derecho Privado, Madrid 1955.

(20) PUIG BRUTAU: “Naturaleza jurídica de las legítimas en el derecho común y en el foral”, Estudio de Derecho Privado, Madrid, 1948.

Lo único que se le da es la posibilidad de moverse entre dos alternativas y elegir, de entre ellas, una, lo cual es perfectamente lícito y, por lo tanto, admisible. La Jurisprudencia ha aceptado la cláusula y su validez.

Según mantiene ROCA SASTRE⁽²¹⁾, con la *Cautela Socini* el testador establece dos vocaciones hereditarias alternativas a favor del legitimario: O todo con la carga, o solo la legítima libre de gravámenes, pero estricta. De suerte que, fallecido el testador, surgen a favor del legitimario dos delaciones o llamamientos entre los que éste libremente ha de optar, ya que no le es dado escoger los dos al mismo tiempo, ni parte de uno y parte de otro. Lo normal será que opte por aceptar con su gravamen la mayor parte de la herencia de mayor valor que el importe de lo que por legítima le correspondería, pues sería absurdo establecer la cláusula si dicha opción no le compensara.

La cláusula que analizo ha de reunir ciertos requisitos para que pueda funcionar correctamente y a ellos voy a aludir a continuación:

1. La atribución testamentaria ha de ser en concepto de legítima. Este requisito quiere decir que el testador debe estar contemplando de forma expresa la cualidad de legitimario del gravado.

Hay que resaltar que este requisito ha sido puesto en entredicho y recusado por algún sector doctrinal, siendo significativa la postura que mantiene Alicia REAL PÉREZ, para quien, al no exigirse en el sistema del Código Civil, pues la legítima puede atribuirse por cualquier título con tal de que realmente se deje al legitimario, *ex artículo 815 del citado corpus legal*, no nos encontraríamos ante un verdadero requisito⁽²²⁾, opinión ésta que estimo está cargada de razón.

2. Al legitimario debe atribuírsele mayor *quantum* del que se le debe legalmente. Este requisito es ciertamente ineludible, pues esa mayor atribución debe de compensarle, efectivamente, el quale inferior que se le deja, al objeto de que pueda optar entre una alternativa y lo que el testador le propone en su testamento sea algo ventajoso o, al menos, interesante.

Algunos autores recusan también este requisito, afirmando que la insuficiencia cuantitativa no anula la disposición, porque el causante no tiene obligación de ofrecer a los legitimarios opción alguna, cumpliendo con asignarles la legítima estricta y libre de todo gravamen⁽²³⁾.

(21) ROCA SASTRE: *Estudios de Derecho Privado, Sucesiones*, Tomo II, Madrid, 1948.

(22) REAL PÉREZ, A.: Ob. cit., nota 7.

(23) LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Elementos de Derecho Civil, Sucesiones*, Tomo V, Barcelona, 1981.

No obstante, estimo que, si se ofrece al legitimario una opción, se le da la posibilidad de elegir una entre dos alternativas y, si estamos ante una cláusula de opción compensatoria, parece obvio que una de las alternativas ofrecidas debe ser más ventajosa para el legitimario, pues, de otra manera, no se entiende que pudiera prosperar la voluntad testamentaria en punto a la institución del usufructo viudal universal. Por ello, estimo que este requisito debe ser observado a pesar de las objeciones que se le han hecho.

3. El gravamen ha de imponerse expresamente sobre la legítima, de tal manera que resulte alterada en su calidad. En realidad, este requisito se extiende al gravamen establecido sobre la legítima, consistente en el usufructo universal, por lo que siempre afectará a la legítima, ya que precisamente es universal.

4. Al legitimario ha de imponérsele la necesidad de optar entre las alternativas que se le ofrecen. Este requisito ha sido analizado en páginas anteriores repetidamente. Consiste en la posibilidad de elección concedida al legitimario entre la mayor atribución con el gravamen correspondiente, o bien sus estrictos derechos legitimarios. Se trata, fundamentalmente, de hacer prevalecer la voluntad del testador que desea que su cónyuge disfrute de todo su patrimonio hereditario con carácter vitalicio.

Nuestro Código Civil, en su artículo 820.3, previendo que el gravamen impuesto por el testador sea un usufructo universal, concede a los legitimarios un derecho de opción entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la porción libre en pleno dominio.

5. El legitimario ha de aceptar la atribución testamentaria con el gravamen. Este requisito supone que el legitimario acepte el gravamen y, por ende, la limitación de su cuale legitimario. VALLET DE GOYTISOLO ha expresado que, más que un requisito para la eficacia de la *cautela*, se trata de un requisito para la efectividad del gravamen impuesto, por lo que, si no hay aceptación del legitimario, el gravamen no puede tener lugar⁽²⁴⁾. Estimo que el gravamen viene impuesto, generalmente, en los testamentos y su efectividad ha de desplegarse con independencia de que los legitimarios lo acepten o no. En todo caso, si no lo aceptaran, la cláusula surte sus efectos, porque el legitimario solo va a percibir, en este último supuesto, su legítima estricta.

Muchas son las fórmulas que pueden utilizarse para la *cautela Socini*. Basta fijarnos aquí en alguna de ellas, sin carácter exhaustivo. Así, la siguiente es bastante correcta:

“Lega a su cónyuge el usufructo vitalicio, relevado de inventario y fianza, de toda su herencia. (*Cláusula 1.ª*)

(24) VALLET DE GOYTISOLO, J.: ob. cit., nota 13.

En la nuda propiedad o pleno dominio, si premuriera al otorgante su cónyuge, instituye herederos por partes iguales a sus hijos (...) vulgarmente sustituidos por sus respectivas estirpes legítimas, aplicándose, si no hubiera lugar a tal sustitución, el derecho de acrecer. (*Cláusula 2.ª*)

Si algún hijo o descendiente no respetara el usufructo universal dispuesto en la cláusula primera, por reclamar sus derechos legitimarios, quedaría reducido a la legítima estricta, acreciendo lo que por ello dejara de percibir a los demás que lo respetaran, y si ninguno lo respetara, lega a su expresada esposa el tercio de libre disposición en pleno dominio, sin perjuicio y además de la cuota viudal legitimaria. (*Cláusula 3.ª*)

Siempre que procediera la reducción del usufructo universal dispuesto en la Cláusula primera, quedará a elección de la esposa del otorgante percibir como derecho sucesorio, en concepto de legado o usufructo vitalicio, relevado de inventario y fianza, del remanente que quedara después de la reducción, o el tercio de libre disposición en pleno dominio, sin perjuicio y además de la cuota legitimaria en usufructo.” (*Cláusula 4.ª*)

Una fórmula más breve, pero muy clara, suele ser la siguiente:

“Lega a su esposo/a el usufructo vitalicio de toda su herencia, o bien, si alguno se opone a este legado, le lega en este caso el tercio de libre disposición en pleno dominio, sin perjuicio de la cuota en usufructo que el Código Civil asigna al viudo.”

También es viable la fórmula que aparece referida directa e inmediatamente al Código Civil, del siguiente tenor:

“Lega a su esposo/a el usufructo vitalicio de toda su herencia, con relevación de fianza, cumpliéndose, si alguno de los herederos se opone a este legado, lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 820 del Código Civil, aunque el usufructo legado no tenga valor mayor que la porción disponible.”

III. CONCLUSIÓN

La institución del usufructo viudal universal está, en nuestro país, ampliamente extendida. La práctica notarial ha sido, en este punto, la encargada de dar forma a esta utilizadísima institución, deseada por la inmensa mayoría de los testadores casados y con hijos, que buscan, con la misma, que su esposo/a superviviente mantenga una posición económica similar o en todo semejante a la que tenían cuando aquéllos vivían. No es en absoluto extraño este deseo, esta última voluntad de los testadores que optan por esta institución, sino enteramente legítima. No hay razón para ver en la voluntad del causante, así emitida,

un deseo de sancionar a los hijos o descendientes. Se trata tan solo de un intento de proteger al cónyuge viudo/a, para que no se sienta, al quedar en ese estado, desamparado económicamente o con una importante merma de sus intereses. El usufructo viudal universal trata, así, de dar respuesta y salida a los deseos legítimos de aquellos testadores casados que quieren que todo su patrimonio sea disfrutado por su esposo o esposa tras el fallecimiento de aquéllos. Hay que recordar que, a salvo siempre las legítimas, la voluntad del testador es la Ley de la sucesión, y este principio está íntimamente relacionado con la interpretación del testamento. La Sentencia de 23 de enero de 1959 declaró que “sabido es cómo el testamento debe ser respetado y constituye la norma de la sucesión en aquello que no se oponga a la Ley o al derecho necesario que sobre ella deba imperar”.

Si bien no plantea problemas la admisión del usufructo viudal universal en el supuesto de no concurrencia en la sucesión con herederos forzosos, sí reviste problemática la admisión de dicho usufructo cuando a la herencia concurren hijos o descendientes del causante.

La admisión de la validez y eficacia de la cláusula denominada *Cautela Socini* está, en la actualidad, fuera de toda duda y logra, con su implantación en los testamentos, evitar equívocos y erróneas interpretaciones en punto a la voluntad testamentaria libremente otorgada.

No se le puede reprochar a dicha cláusula que viole o lesione, de algún modo, la llamada intangibilidad cualitativa de la legítima, pues el testador puede, efectivamente, aspirar a extender un gravamen a todo cuanto recibe el legitimario, pero brindando a éste último la posibilidad, en compensación, de recibir un valor superior al mínimo legal, que solo percibirá si acepta el gravamen. De ahí la denominación de cláusula compensatoria de la legítima, denominación que ha sido utilizada y empleada por la doctrina patria.

Si bien el artículo 813 de nuestro Código Civil dispone que sobre la legítima no podrá imponerse gravamen de ninguna especie, se deja a salvo, en el mismo precepto, lo que concierne al usufructo del viudo, por lo que estimo que es absolutamente admisible y correcta, desde el punto de vista jurídico, la admisión de la validez y eficacia de dicha cláusula en los testamentos. La Sentencia de 20 de junio de 1968, entre otras que pudieran citarse, reconoció la plena admisión y validez de la llamada *Cautela Socini*, pues el Tribunal Supremo ha concluido afirmando que dicha cláusula es perfectamente válida y eficaz, señalando que el testador, en su libérrima voluntad, ha colocado a los legitimarios en el trance de elegir entre dos alternativas: O su legítima libre, o bien un legado de valor superior a ésta, pero gravado.

Es obvio que el testador es libre de ordenar esta disyuntiva y estimo que las objeciones que se han opuesto por ciertos sectores doctrinales a esta cláusula no son lo suficientemente contundentes ninguna de ellas para rechazarla.

Quizás los problemas más arduos que puedan plantearse con la inclusión de esta cláusula en los testamentos vengan de la mano de las particiones efectuadas por contadores-partidores sin tener en cuenta la verdadera voluntad de los testadores, lo cual, como es lógico suponer, complica la cuestión.

En definitiva, estamos ante una institución, el usufructo vidual universal, utilizadísima en nuestro país y, en consecuencia, ante una cláusula, la llamada *Cautela Socini*, perfectamente válida y eficaz desde el punto de vista jurídico, a pesar de las objeciones que se han aducido en su contra.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

I. DEMANDA DE MODIFICACIÓN DE MEDIDAS DICTADAS POR UN TRIBUNAL EXTRANJERO

Tribunal Constitucional, Sala 1.^a, Sentencia n.º 61/2000, de 13 de marzo.

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Cruz Villalón.

Nulidad de la resolución que declaró la incompetencia de la jurisdicción española para conocer de la demanda de modificación de medidas dictadas por un tribunal extranjero, al haberse aplicado para adoptar dicha decisión una norma de competencia funcional (art. 55 LEC), por lo que el juzgado debe pronunciarse nuevamente de acuerdo con las normas establecidas en el art. 22 de la LOPJ.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 30 de noviembre de 1993, la Corte Superior del Distrito Judicial de Stamford, Norwalk, Condado de Fairfield (Connecticut, Estados Unidos de América del Norte) dictó sentencia de divorcio respecto al matrimonio formado por D. Michael y D.^a Elena, ambos de nacionalidad estadounidense, fijando una pensión alimenticia para los hijos y dejando la determinación del régimen de visitas para un momento posterior.
- El 11 de julio de 1994 D. Michael interpuso demanda de modificación ante los juzgados de Madrid, lugar donde, se afirma, residían habitualmente D.^a Elena y sus hijos, solicitando la fijación de un régimen de visitas y la reducción de la pensión alimenticia.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 29 de los de Madrid, y una vez oídos el Fiscal y la demandada a los solos efectos de verificar la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles, dictó auto de 21 de octubre de 1994, declarando la falta de competencia de ese órgano para conocer de la modifica-

ción planteada por la representación. Tal resolución contenía el siguiente fundamento de Derecho único: “Valoradas las circunstancias concurrentes, en concreto la resolución que se pretende no tiene reconocida eficacia civil en España, que no se acredita que se haya intentado la modificación en los Estados Unidos y que no haya sido admitida a trámite; que según lo dispuesto en la disp. adic. 1.^a n.º 3.^a de la L. 30/1981, de 7 de julio, no estamos ante ninguno de los supuestos recogidos en el mismo, y que para la legislación española es cuestión de orden público que la modificación de las medidas derivadas de separación o divorcio le corresponde al juez que las dictó. Vistos los arts. 22 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial), Disposición 1.^a y 3.^a, L. 30/1981...”

- La Sección 22.^a de la AP de Madrid, con fecha 20 de octubre de 1995, desestimó el recurso de apelación interpuesto por D. Michael en base a la siguiente fundamentación jurídica: “Respecto a la competencia de los Tribunales españoles para conocer de la modificación de los efectos declarados por sentencia de divorcio dictada por Tribunal extranjero: Dispone el art. 55 LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil) que ‘los jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer el pleito, la tendrán también para las excepciones que en él se propongan, para la reconvencción en los casos en que proceda, para todas sus incidencias, para llevar a efectos las providencias y autos que se dictasen, y para la ejecución de las sentencias’, declarando el TS que el término ‘incidencia’ ha de conducir a comprender dentro del mismo cuantas actuaciones o procedimientos aparezcan en íntima conexión con el proceso principal, sin que para ello sea obstáculo que se sustancien por un procedimiento distinto; se inspira tal precepto en principios de unidad y economía procesales, en atención a que el buen orden de enjuiciar no admite la duplicidad de Juzgados en asunto principal e incidencias, ni se concibe en competencia territorial que pueda dividirse la continencia de los autos..., siendo tal el sentido y espíritu del referido precepto que deben observar los Juzgados para no prorrogar su jurisdicción a asuntos que por la sola voluntad de las partes no puedan serle sometidos, sin subvertir normas de procedimiento que son de orden público..., a lo que añade dicho Tribunal que las normas reguladoras de la competencia funcional son de índole absoluta, ya que pertenecen al *ius cogens*, por lo que no pueden ser alterados por las partes a las que obligan, así como también al juzgador y han de ser apreciadas de oficio... Segundo: La litis sometida en virtud del presente recurso de apelación al conocimiento de esta Sala se halla inmersa plenamente en la problemática competencial expresada, por cuanto dictada sentencia firme de divorcio entre ciudadanos norteamericanos por Tribunal extranjero... y sobre tal antecedente, la cuestión que hoy se somete al conocimiento de este Tribunal según la demanda definidora del mismo, afecta a la modificación de las medidas precedentemente acordadas..., lo que, sin ninguna duda,

implica... una incidencia respecto al anterior procedimiento y sentencia referenciada incardinable necesariamente en el art. 55 LEC, ya que en caso contrario daría lugar a posibles resoluciones contradictorias entre sí... Por otro lado, contra lo argumentado por la parte recurrente, no son aplicables en modo alguno a la presente litis las previsiones contenidas en la disp. adic. 3 L. 30/1981, en cuanto las mismas sólo afectan, en orden a la determinación de la competencia territorial, a los pleitos de separación, divorcio o nulidad, pero en modo alguno a los incidentes de modificación de las medidas acordadas en las mismas, y por lo tanto deben ser aplicables indefectiblemente las previsiones del art. 55 LEC, como tampoco son aplicables las normas de jurisdicción alegadas... al tratar exclusivamente de las demandas sobre separación, divorcio y nulidad del matrimonio; y máxime cuando la sentencia de divorcio dictada por Tribunal extranjero y que se intenta modificar no tiene reconocida eficacia civil en España, conforme preceptúa el art. 107 CC (Código Civil).”

- D. Michael interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional acordándose la nulidad de los autos dictados por el Juzgado de 1.ª Instancia y por la Audiencia Provincial, a fin de que, de acuerdo con las normas de que se contienen en la LOPJ sobre la extensión de la jurisdicción española, se pronuncien sobre la cuestión.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente de amparo denuncia la supuesta vulneración del derecho a acceder a la tutela judicial (art. 24.1 CE), en sus vertientes de derecho a la acción y al procedimiento adecuado, así como de las reglas que fijan la competencia y jurisdicción de los Tribunales españoles. Las referidas vulneraciones de derechos fundamentales vendrían determinadas por la errónea interpretación y aplicación al caso de las reglas legales relativas a la eficacia en España de las sentencias extranjeras, el carácter propio de la acción de modificación de los efectos de una sentencia de divorcio y las reglas específicas relativas a la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales españoles.

Alega la parte que hubo una confusión en cuanto al grado de eficacia en España que se quiere reconocer a la sentencia estadouni-

dense que pronunció el divorcio. Distinguiendo entre «reconocimiento» y «ejecución» de una sentencia extranjera en España, afirma la demanda que la Audiencia Provincial yerra cuando niega eficacia alguna a la sentencia norteamericana antecedente por no haberse seguido los trámites de *exequatur*, pues tales trámites sólo serían precisos si lo que se pretendiera fuera la ejecución en España de aquella sentencia y no cuando, como ocurre en el caso, sólo se pretende el “reconocimiento” en nuestro país de la misma.

Por otro lado entiende el demandante de amparo que la calificación como «de orden público» del carácter incidental de la demanda de modificación incurre, a juicio del recurrente, en un manifiesto error, pues tal demanda no puede calificarse como incardinada en incidente alguno del proceso de di-

vorcio, sino en un proceso civil especial en cuanto a su objeto y caracterizado por una tramitación ritualista especialmente sencilla y rápida, carácter este que comparte con otros muchos procesos que, tramitados como incidentes, en ningún caso pueden ser calificados propiamente de tales (supuestos de los arts. 990 LEC, en declaración de herederos *ab intestato*; 1416, embargo preventivo; 1626, retracto; 429, tasación de costas, y otros de la LEC y demás normativa procesal). Es por ello claro, a juicio del recurrente, que la Audiencia debió considerar de aplicación al caso las DD.AA. 1 y 3 de la L. 30/1981, de 7 de julio, con el resultado de ser indubitadamente competentes para la resolución de este nuevo proceso los Tribunales españoles, y concretamente los de Madrid, lugar de residencia de la demandada. Por lo demás, el argumento de no haberse instado en EE.UU. la modificación de los efectos de la sentencia allí pronunciada carecería tanto de verosimilitud —como se documenta con una nueva resolución de los Tribunales del Estado de Connecticut, aportada como documento 2 de la demanda en la que se afirma con sucesivas fechas de 10 de enero y 8 de junio de 1995 que el Tribunal que pronunció el divorcio carece de jurisdicción para conocer de cualquier pretensión promovida por los antiguos cónyuges, como de relevancia alguna para el caso, pues, argumenta, si España careciera de jurisdicción para conocer de la litis planteada, aquélla no le podría venir dada por el hecho de que los Tribunales de EE.UU. se declararan incompetentes.

Después de exponer otros numerosos argumentos sobre el sentido de la acción ejercitada y los principios que rigen en materia de filiación y relaciones paterno-filiales, así como sobre la legislación que fuera aplicada por los Tribunales del Estado de Connecticut, concluye la demanda de amparo solicitando se dicte sentencia en la que se reconozca el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva y se declare la nulidad de la resolución impugnada para que sea dictada

otra en la que se declare expresamente la jurisdicción y competencia de los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de la demanda de modificación de efectos originariamente presentada.

El 9 de junio de 1997, el recurrente volvió a insistir en que se le ha negado el acceso a los Tribunales tanto en EE.UU. como en España, a tal efecto aporta copia de una “orden de desestimación”, pronunciada por el Tribunal del Undécimo Circuito del Condado de Dade, Florida y registrada el 7 de mayo de 1997, por la que se desestima, sin pronunciarse sobre el fondo, la demanda de modificación de efectos del divorcio allí también intentada por el demandante de amparo. La demanda había sido presentada en marzo de 1997 por haber trasladado su residencia a dicho estado D.^a Elena en junio de 1996, permaneciendo en Florida hasta abril de 1997, fecha en que ella y sus hijos retornaron a España. Seguidamente, pasa a argumentar el carácter de lo que denomina *forum conueniens* de los Tribunales españoles, tanto conforme al ordenamiento norteamericano como al español: art. 22 LOPJ y DA 1 de la L. 30/1981.

El Tribunal Constitucional tiene repetidamente declarado que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial, que enuncia el art. 24.1 CE, consiste en el acceso a la jurisdicción. Todos tienen derecho a que un Tribunal resuelva en el fondo las controversias de derechos e intereses legítimos planteadas ante él, salvo que lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una Ley, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental (SSTC 13/1981, de 22 de abril, FJ 1; 21/1981, de 15 de junio, FJ 15; 119/1983, de 14 de diciembre, FJ 1; 93/1984, de 16 de octubre, FJ 5, y 36/1997, de 25 de febrero, FJ 3). La interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio *pro actione* que, teniendo siempre presente la ratio de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, no impida la

cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales (SSTC 126/1984, de 26 de diciembre, FJ 3.c; 164/1986, de 17 de diciembre, FJ 2; 120/1993, de 19 de abril, FJ 5, y 115/1999, de 14 de junio, FJ 2). Pues cuando la inadmisión cierra el acceso al proceso o, dicho con otras palabras, impide un pronunciamiento sobre el fondo de los derechos e intereses legítimos sometidos a la tutela de los Tribunales, «el control constitucional ha de realizarse de modo más riguroso, puesto que estamos ante el derecho que constituye el núcleo de la tutela judicial efectiva» (STC 16/1999, de 22 de febrero, FJ 2, que sigue a las SSTC 13/1981, de 22 de abril, FJ 1; 115/1984, de 3 de diciembre, FJ 1; 154/1992, de 19 de octubre, FJ 2, y 112/1997, de 3 de junio, FJ 3).

Será, pues, el contraste entre la resolución impugnada y los fines a cuya preservación sirven las normas reguladoras de la competencia judicial internacional, a los efectos de comprobar que entre aquella y éstos no existe una clara desproporción, y teniendo también en cuenta los intereses de las partes en presencia, al igual que el sacrificio relativo que les imponga la decisión inadmisoria y las concretas circunstancias del caso, lo que habrá de determinar la solución a adoptar en la presente demanda de amparo. A estos fines conviene recordar sucintamente las razones a las cuales responden las reglas que podrían haber conducido a la resolución que examinamos, siempre dentro del ámbito del proceso civil, único ahora relevante.

En este sentido, cabe afirmar que las reglas ordenadoras de la competencia judicial internacional (esto es, de los supuestos en los que el ordenamiento de un Estado atribuye competencia para conocer de la resolución de un litigio a sus propios órganos jurisdiccionales, siempre dentro de los límites que el Derecho Internacional le impone, que configuran la noción de jurisdicción del Estado), responden todas ellas, en primer y fundamental lugar, a una doble y relativa-

mente contrapuesta exigencia constitucional. De una parte, a nadie puede exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio; de modo que el demandado en el proceso civil sólo podrá ser sometido a una determinada jurisdicción si las circunstancias del caso permiten considerar que el ejercicio del derecho de defensa no se verá sometido a costes desproporcionados. De otra parte, desde el punto de vista procesalmente activo, es preciso asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante la Justicia.

Siendo éstas, en lo fundamental y por lo que interesa a la resolución del supuesto planteado, las razones a que responden nuestras reglas de competencia judicial internacional en el orden civil, las que en concreto rigen para supuestos como el que el recurrente planteó ante los Tribunales españoles no son sino clara plasmación de aquéllas. No interesa en esta sede constitucional de amparo calificar la materia controvertida: ya se considere que el litigio versa sobre relaciones entre cónyuges, sobre relaciones paternofiliales o sobre alimentos, en cualquier caso rigen las reglas que establece el art. 22 LOPJ, que a su vez no son sino plasmación concreta de las exigencias constitucionales y principios enunciados.

Teniendo en cuenta lo que antecede, el contraste de estas reglas y de las razones que las justifican con el concreto juicio llevado a cabo por las decisiones que enjuicamos, y que supusieron la declaración de incompetencia de los Tribunales españoles para resolver sobre el caso propuesto, conduce a la conclusión de que dicha declaración vulneró el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Las resoluciones del Juzgado y de la Audiencia Provincial, en efecto, pronunciaron una «falta de competencia» que no se apoya en regla alguna de competencia judicial internacional, sino en una simple regla relativa a la competencia funcional. Es indudable que el art. 55 LEC permite declarar, como hicieron las resoluciones impugnadas, que la

modificación de las medidas derivadas de separación o divorcio corresponde al juez que las dictó. Pero esa regla atañe precisamente a los Juzgados y Tribunales españoles, únicos sometidos a nuestro Derecho, cuyas respectivas atribuciones delimita y ordena para evitar, como indica gráficamente el auto de la Audiencia Provincial, un caos ejecutorio.

De este modo, al negarse a conocer de la demanda presentada por el padre de los menores, las resoluciones impugnadas negaron que ningún Tribunal español tuviera competencia para conocer de sus pretensiones. Y al hacerlo fundándose en una regla de competencia funcional, que reparte las competencias de los distintos Tribunales españoles, denegaron el acceso a la jurisdicción aplicando una norma ajena a la decisión adoptada, y que responde a principios y exigencias de orden muy diverso de las que delimitan la jurisdicción que ejercen los Tribunales españoles y la que toca a los Tribunales de otros países. Estas últimas no son en nuestro caso sino las establecidas, en el Derecho vigente, por la LOPJ de 1985, y particularmente por su art. 22, en el orden civil.

El rechazo, pues, de la demanda, y por ende de una resolución sobre el fondo de la pretensión deducida, con apoyo en una norma extraña a la declaración de falta de competencia internacional, conduce —según señala el Tribunal Constitucional— a estimar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva. Negar la posibilidad de obtener un pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales españoles sobre el fondo de la pretensión suscitada, cualquiera que fuera el sentido de ese pronunciamiento, en virtud de reglas completamente extrañas a las que expresan el delicado equilibrio constitucionalmente exigible en la determinación de la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales, no es que resulte desproporcionado respecto a los fines que justifican la existencia de causas legales que impiden el examen del fondo, sino que supone descartar cualquier relevancia de aquellos fines,

tanto como de las reglas concretas que a éstos sirven. La competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en el orden civil viene determinada por su regulación legal, es decir, en el art. 22 LOPJ, dejados de lado los diversos convenios internacionales, aquí inaplicables. En tales reglas, y sólo en las mismas, debe buscarse como punto de partida la respuesta a la cuestión de si es posible que nuestros Tribunales conozcan de una determinada pretensión, pues sólo ellas responden a la serie de exigencias que, en algunos casos, puede llevar a la trascendente consecuencia de que el Estado español renuncie a asumir la tutela judicial en un caso concreto.

Como no corresponde al Tribunal Constitucional dilucidar dónde tienen su domicilio la demandada y los hijos del recurrente ni, en definitiva, si nuestros Tribunales del orden civil ostentan o no jurisdicción sobre el litigio planteado, se deja la cuestión para ser resuelta por los tribunales ordinarios. No obstante, apunta el Tribunal Constitucional que es posible que la regla general que establece la competencia de nuestros Tribunales cuando el demandado tiene su domicilio en España (art. 22.2 LOPJ) lleve a estimar su competencia; o puede que al mismo resultado se llegue aplicando las reglas especiales, en atención a los distintos criterios que enumera el ap. 3 del mismo precepto. Pero no procede zanjar el debate entablado entre las partes acerca de estos extremos en el presente proceso constitucional. El art. 24.1 CE garantiza a los justiciables una decisión fundada en Derecho sobre sus pretensiones, en su caso previa sustanciación de un proceso donde puedan formular y probar sus alegaciones con todas las garantías.

Por consiguiente, señala el Tribunal Constitucional, procede anular la declaración de incompetencia de la jurisdicción española, con el fin de que los Tribunales civiles se pronuncien nuevamente sobre el presupuesto procesal de la jurisdicción conforme a los criterios que enumera la Ley vigente en la

materia, a la luz siempre del principio *pro actione* y teniendo en cuenta todos los hechos de la cuestión, inclusive el intento de plantear la demanda llevada a cabo por el demandante de amparo ante los Tribunales del Estado de Florida.

II. ASISTENCIA SANITARIA PARA UNA CONVIVIENTE DE HECHO DE NACIONALIDAD EXTRANJERA QUE CARECE DE PERMISO DE RESIDENCIA

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia n.º 95/2000, de 10 de abril.

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

Derecho a la asistencia sanitaria en nuestro país, mediante la inclusión en la cartilla de la Seguridad Social de un español de su compañera de hecho de nacionalidad extranjera y de su hija, aun cuando carezca de permiso de residencia, encontrándose pendiente de resolución un recurso contencioso-administrativo donde se ha dictado una medida cautelar de suspensión de visado.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Antonio convivía con D.ª Vasilica, ciudadana de nacionalidad rumana y sin ingresos propios, con la que en el año 1993 había tenido una hija, constando notarialmente el compromiso del recurrente de mantener económicamente a ambas y hacerse cargo de los gastos de estancia y eventual retorno a su país, así como de aquellos otros que se pudieran ocasionar por enfermedad, accidente o causa fortuita.
- El 11 de marzo de 1994, D. José Antonio, titular del derecho a asistencia sanitaria de la Seguridad Social, solicitó incluir como beneficiarios del mismo a D.ª Vasilica y a su hija, petición que fue denegada por Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). La negativa de la Entidad Gestora se fundó en la circunstancia de no poder considerar a D.ª Vasilica como extranjera residente, al no poseer la correspondiente tarjeta de autorización conforme a lo establecido en el art. 13.4 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (en adelante, LOEx). Contra esta resolución, el demandante interpuso reclamación previa y, posteriormente, inició el procedimiento judicial que ha dado lugar al presente recurso de amparo.

- D.^a Vasilica solicitó, en fecha no precisada, exención del visado para obtener la residencia en España con base en los arts. 5.4 y 22.3 del Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, anterior desarrollo reglamentario de la LOEx. Su solicitud había sido denegada por la Delegación del Gobierno, lo que dio lugar a un procedimiento contencioso administrativo iniciado el 30 de marzo de 1994, en el que se pidió la anulación de la resolución denegatoria de la expresada solicitud de exención de visado y, con carácter cautelar, la suspensión de la resolución administrativa impugnada. Por Auto de 21 de diciembre de 1994, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid acordó, como medida cautelar, que “durante la sustanciación del presente litigio no será exigible al recurrente la obtención del visado a que se refiere la resolución de la Delegación del Gobierno...”.
- En el procedimiento seguido contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social por D. José Antonio recayó Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid, de 28 de febrero de 1995, estimando la demanda. Su parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Que previa desestimación de la excepción de falta de legitimación activa, y entrando a analizar el fondo del asunto, debo estimar la pretensión de D. José Antonio, reconociendo el derecho a que D.^a Vasilica, persona que convive con él, sea beneficiaria de la asistencia sanitaria, con la consiguiente inclusión de la citada en la cartilla que a tales efectos posee D. José Antonio, condenando en consecuencia al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por estas declaraciones”. Considerando los criterios para la aplicación de las exenciones de visado y las circunstancias concurrentes en el caso, el Juzgado declara que la situación de D.^a Vasilica resulta equiparable a la del cónyuge, lo que con mayor razón debe tenerse en cuenta si se advierte que en las instrucciones expresadas se declara que las situaciones previstas no conforman un *numerus clausus*, sino que son aplicables a otros en los que por las circunstancias, por equidad o por analogía se pudieran apreciar dudas razonables para promover la exención de la obligación del visado. Y así, a la vista de todos estos argumentos, la Sentencia de instancia concluye que si bien D.^a Vasilica no posee la autorización de residencia, su situación ha de ser asimilada a la posesión de la misma, equiparándola en su excepcionalidad a una de las que implican la exoneración del visado, lo cual equivale a afirmar, en el marco y a los efectos del procedimiento social, la legalidad de su estancia en España. Siendo así, se entiende que falta el presupuesto para denegar su inclusión como beneficiaria de la asistencia sanitaria con el titular.
- El Instituto Nacional de la Seguridad Social interpuso recurso de suplicación, estimado por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de julio de 1996, que revocó la Sentencia de

instancia y absolvió a las entidades gestoras demandadas (Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social) de la pretensión formulada con la demanda. La Sala mantiene que la interpretación de la extensión de la asistencia sanitaria a la que alude la Circular 5/1985 no puede hacerse en contradicción con normas legales de superior rango, como es el caso del art. 13.4 LOEx, según el cual sólo se consideran extranjeros residentes en España las personas que cuentan con permiso de residencia, condición que no concurre en la compañera del actor, pese a la medida adoptada por el Auto de la Sala de lo Contencioso de diciembre de 1994, cuyos efectos son limitados en el tiempo y con carácter cautelar. De otra parte, prosigue el Tribunal, según lo dicho, D.^a Vasilica no tiene ningún derecho a la Seguridad Social, a tenor de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley General de Seguridad Social, puesto que no entra en el ámbito de extensión de aquélla, referido a españoles, hispanoamericanos, portugueses, andorranos y filipinos que residan y se encuentren legalmente en territorio español, sin que, por otra parte, exista con Rumania un convenio al efecto o reciprocidad tácita o expresamente reconocida.

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

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurrente en amparo impugna la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por considerar que vulnera los arts. 24.1 y 14 de la Constitución Española.

Puesto que el recurrente en amparo reprocha a la Sentencia dictada en suplicación una interpretación y aplicación de las normas legales que lesionan, por causa de error, el derecho a la tutela judicial efectiva, debe recordarse que, como premisa general, aquellas tareas corresponden al órgano judicial en el ejercicio de sus exclusivas competencias jurisdiccionales y que las discrepancias que las partes mantengan con los razonamientos empleados para resolver el litigio no integran el contenido del art. 24.1 CE. Únicamente cabe que este Tribunal los revise en amparo cuando incurra en arbitrariedad, carencia de motivación o de razonabilidad, o en un error relevante desde la perspectiva

constitucional, siempre que quepa concluir que, por razón de tales circunstancias, se ha desconocido, material y efectivamente, el derecho a la tutela judicial.

El recurrente sostiene que se ha vulnerado el art. 24.1 CE en dos momentos del razonamiento jurídico expuesto por el Tribunal Superior. El primero, en la interpretación que aquélla hace del art. 7 del Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social y, en segundo lugar, en el desconocimiento expreso de las consecuencias derivadas del Auto dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo Tribunal Superior de Justicia, de 21 de diciembre de 1994, por el que se eximió a D.^a Vasilica de la exigencia de visado para obtener la tarjeta de residencia durante el tiempo que durase la tramitación del procedimiento contencioso-administrativo, resolución esta

cuyo contenido figura en los hechos probados de la Sentencia que se impugna en amparo. El contenido material de la demanda de amparo evidencia por sí mismo que la vulneración del art. 24.1 CE alegada en ella no se sustenta, propiamente, como manifiesta el recurrente, en un error con relevancia constitucional, sino que en realidad se orienta hacia la denuncia de una auténtica falta de razonabilidad en la interpretación y aplicación de las normas legales. En tal sentido, y frente a lo afirmado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, cabe adelantar que no estamos ante una mera discrepancia del recurrente con la decisión judicial, sino que ésta, efectivamente, ha lesionado el art. 24.1 CE al haber aplicado un precepto legal negando relevancia a hechos y elementos de juicio determinantes para la resolución del litigio. La conclusión así alcanzada por el órgano judicial ha devenido infundadamente perjudicial, no sólo para los derechos de D.^a Vasilica sino también para los del propio recurrente, en cuanto referidos al reconocimiento de que su compañera e hija figuren como beneficiarios de su derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

Con el fin de situar correctamente los términos en los que, desde la perspectiva constitucional, debe ser valorada la decisión del órgano judicial, es preciso tener en cuenta que en la resolución del caso concurrían, efectivamente, dos órdenes normativos, tanto el relativo a la asistencia sanitaria prestada por el sistema de Seguridad Social, como el referido a los derechos en esta materia de los extranjeros en nuestro país.

No es intrascendente recordar a estos efectos que la jurisprudencia de este Tribunal ha venido definiendo el alcance de la proyección del principio de igualdad y no discriminación sobre los derechos y libertades de los extranjeros, a los que se refiere el art. 13.1 CE, al establecer que gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I, si bien en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Des-

de nuestra STC 107/1984, de 23 de noviembre, hemos mantenido que ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a ellas, sino que supone, únicamente, el reconocimiento de éstas con arreglo a su configuración legal. Y así, como declaramos en dicha Sentencia y hemos reiterado en las SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, y 130/1995, de 11 de septiembre, los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE); por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene) y, finalmente, existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales.

Pues bien, en lo que se refiere al supuesto que nos ocupa, preciso es advertir que tanto el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (art. 41 CE) como el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43 CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (art. 43 CE) se contienen en el Título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión ya mencionada del art. 13.1 CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes. Así se desprende también de la regulación vigente a la fecha de los hechos (art. 4 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España) y del actual art. 3 de la

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, a cuyo tenor “los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica”. En el mismo sentido cabe citar los arts. 8 y 9 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, en desarrollo de la anterior Ley Orgánica de 1985, y que sustituyó al anterior Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, norma aplicable en el momento en el que el recurrente solicitó el derecho denegado.

Por otra parte, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, declara en su art. 1.2 que “son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”. Y en lo que se refiere, concretamente, a las prestaciones de asistencia sanitaria preciso es recordar que éstas se reconocen legalmente en nuestro país no sólo a los titulares directos del derecho, sino también a los familiares o asimilados de los beneficiarios que estén a cargo de aquéllos [art. 100.1.c) del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, precepto cuya vigencia ha mantenido el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que, a su vez, se aprobó el actual Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social]. De otro lado, el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se aprobaron las normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria en el Régimen General de la Seguridad Social, reconoce la condición de familiares beneficiarios, entre otros, al cónyuge y descendientes de ambos o de cualquiera de ellos. Posteriormente fue asimilada, a estos efectos, y dándose determinadas condiciones, la pareja de hecho al cónyuge, mediante Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social, de 29 de diciembre de 1984, recogida en la Circular del Ins-

tituto Nacional de la Seguridad Social de 18 de febrero de 1985, cuya existencia y contenido sustancial figura en los hechos probados de la Sentencia impugnada.

De los hechos probados y de la propia fundamentación jurídica de la Sentencia objeto del recurso de amparo cabe deducir que D.^a Vasilica reunía los requisitos que la normativa sobre asistencia sanitaria de la Seguridad Social establece para poder ser considerada beneficiaria del derecho a aquélla por convivencia con el titular, puesto que ninguno de ellos ha sido discutido en el procedimiento. La cuestión debatida se ciñó en todo momento únicamente a la primera de las condiciones exigida para que los extranjeros puedan acceder a tal derecho, es decir, la legalidad de su estancia en nuestro país.

La resolución impugnada declara literalmente que la equiparación de D.^a Vasilica al cónyuge, como beneficiaria de la asistencia sanitaria, y derivada de la Circular del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 1985, no podía realizarse en colisión con lo establecido en la Ley Orgánica 7/1985, cuyo art. 13.4 exigía el permiso de residencia para poder considerar al extranjero como residente en España. A juicio de la Sala, la compañera del recurrente no reunía esta condición toda vez que no había obtenido el visado para dicha residencia, ya que el Auto de 21 de diciembre de 1994 había limitado temporalmente la no exigencia de aquél, como medida cautelar, a la duración del proceso contencioso-administrativo. Por otra parte, la Sentencia afirmó que D.^a Vasilica no podía obtener ningún derecho a la Seguridad Social al no hallarse comprendida en ninguno de los supuestos a los que el art. 7 del Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social extiende el ámbito de aquélla. Pues bien, a la vista de esta fundamentación, cabe concluir que la Sentencia impugnada carece de la razonabilidad constitucionalmente precisa para hacer efectivo el derecho a la tutela judicial.

En la expresada Sentencia se ha denegado el derecho solicitado por el recurrente

atendiendo a la circunstancia de que D.^ª Vasilica no podía considerarse como residente legal en nuestro país por carecer de permiso de residencia, sin que se le hubiese concedido el visado a tal fin. Sin embargo, tal y como consta en los hechos probados, el visado no sólo se encontraba pendiente de resolución judicial sobre su exención definitiva, sino que, como medida cautelar, se había acordado la exención por Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de diciembre de 1994, sin que por lo demás conste si la carencia de permiso de residencia se debía a una solicitud paralela a la sustanciación del procedimiento o a la necesidad de esperar el resultado del contencioso para poder tramitarlo. En tales circunstancias, no puede razonablemente concluirse, a los estrictos efectos del reconocimiento a ser beneficiaria de la asistencia sanitaria, que la compañera del recurrente se encontrase ilegalmente en nuestro país por más que su situación fuera entonces provisional.

Por el contrario, la Sentencia impugnada extrae del carácter temporal de la exención del visado una consecuencia jurídica contraria al sentido del Auto que ordenó aquélla; con total evidencia aquel sentido no era, desde luego, considerar a D.^ª Vasilica en situación ilegal mientras se decidiera sobre la procedencia o no del visado sino, por contra, la de permitir provisionalmente su residencia en tanto durase un procedimiento que bien podía alargarse en el tiempo, todo ello con el razonable objetivo de impedir que tal circunstancia pudiera condicionar su situación jurídica o abocar a la aplicación de las sanciones legales propias de la entrada ilegal, y evitar que una posible futura resolución favorable (que posteriormente se ha dictado en la jurisdicción contenciosa) quedase irremediabilmente privada de efectos. Si la Sentencia impugnada consideró preciso para resolver el litigio, como así era, coherente la aplicación de las normas sobre asistencia sanitaria con las que determinan la situación del extranjero en España, es cla-

ro que para ello no debió desconocer la incidencia de una resolución judicial cuyo efecto excluía la posibilidad de considerar a la compañera del recurrente en situación ilegal; precisamente, este razonamiento había permitido al Juzgado de lo Social asimilar provisionalmente la permanencia de D.^ª Vasilica a una residencia eximida del requisito del visado, aun cuando no tuviera aún el permiso de residencia. El desconocimiento expreso que hace la Sentencia de lo acordado por el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo priva a éste infundadamente de efectos en la cuestión debatida, vaciándolo de su carácter vinculante en cuanto resolución declarativa, puesto que resuelve el tema debatido en el proceso sobre la base de la no obtención por D.^ª Vasilica del visado para residencia, cuando lo cierto es que ésta se encontraba judicialmente eximida de tal requisito hasta que se decidiera definitivamente sobre la pretensión deducida en la jurisdicción contencioso-administrativa. Su situación jurídica sólo podía ser considerada como legal o ilegal, sin que fuera posible denegar un derecho afirmando lo segundo cuando otra resolución judicial, directamente conectora de los requisitos administrativos para dicha condición, permitía admitir, siquiera temporalmente, lo contrario, siendo así que la jurisprudencia constitucional ha afirmado repetidamente que los mismos hechos no pueden ser y no ser al mismo tiempo (por todas, SSTC 24/1984, de 23 de febrero, 62/1984, de 21 de mayo, 204/1991, de 30 de octubre). En este sentido, la Sentencia impugnada incurre en una evidente falta de razonabilidad al ponderar y calificar la situación jurídica en España de D.^ª Vasilica, de la cual ha derivado directamente la desestimación de la pretensión actora. No estamos, pues, ante una mera discrepancia del recurrente con la decisión del órgano judicial, sino ante una interpretación y aplicación de la legalidad que verdaderamente no se corresponde con la realidad acreditada.

La trascendencia constitucional del defecto apreciado se intensifica teniendo en

cuenta que aquella desestimación ha perjudicado el acceso de D.^a Vasilica a la asistencia sanitaria proporcionada por el sistema público de Seguridad Social y, en último término, a la protección de la salud a la que se refiere el art. 43 CE. La razonabilidad de las decisiones judiciales es también una exigencia de adecuación al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (STC 82/1990, de 4 de mayo, FJ 2, 126/1994, de 25 de abril, FJ 5) y, desde esa perspectiva, debe recordarse que los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el precepto citado, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 6) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el art. 53.3 CE. De ese modo, una decisión que no sólo se adopta sobre una conclusión que contradice los hechos sino que, además, desconoce la orientación que debió tener la aplicación de la legalidad, acentúa la falta de justificación y de razonabilidad de la resolución impugnada, como ya mantuvimos en nuestra STC 126/1994, de 25 de abril. Por último, la Sentencia afirma, completando su argumentación, que D.^a Vasilica no reunía ninguna de las condiciones fijadas en el art. 7 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en el particular relativo a los trabajadores extranjeros, según la redacción entonces vigente, estableciendo que aquélla no se hallaba incluida en el ámbito de aplicación de la Seguridad Social conforme a dicho precepto, por lo que no le correspondía ningún derecho a las prestaciones de la Seguridad Social.

Tal argumentación es, como se dice en la demanda de amparo, ajena al único motivo articulado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social para fundamentar su recurso de suplicación. En efecto, en éste se alegó la vulneración del art. 2 del Decreto 2766/1967 (juntamente con la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 29 de

diciembre de 1984, reproducida en Circular núm. 5/1985), en relación con el art. 13.4 de la Ley Orgánica 7/1985, en cuanto se sostenía que la pretensión deducida con la demanda y estimada por la Sentencia de instancia se refería al reconocimiento de la prestación de asistencia sanitaria de persona extranjera que, siendo pareja estable de hecho de trabajador español titular de derecho a la Seguridad Social, carecía de permiso de residencia en territorio nacional. Sin embargo, el artículo antes expresado del Texto refundido de la Ley General de Seguridad Social y utilizado por la Sentencia como argumento de apoyo a la desestimación de la demanda, se refiere a los trabajadores extranjeros residentes en España y su inclusión en el marco de la Seguridad Social. Tiene, pues, razón el recurrente cuando afirma que tal razonamiento carece de relación con el objeto de la suplicación, debiendo añadirse que ello, unido a su irrelevancia respecto al núcleo de la cuestión litigiosa, no viene sino a confirmar la irrazonable denegación de un derecho que, por tal razón, se convierte en lesiva del art. 24.1 CE.

En definitiva, y como ya se ha dicho, no pudiendo afirmarse la ilegalidad de la situación de D.^a Vasilica en territorio nacional, y no habiéndose discutido el resto de los requisitos exigibles para el reconocimiento del derecho postulado, tal reconocimiento era obligado. Las consideraciones que se han expuesto conducen a la estimación del amparo solicitado por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual hace innecesario pronunciarnos sobre el resto de las alegaciones de la demanda. A los efectos de determinar el alcance del fallo de esta Sentencia, es preciso recordar que la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 25 de Madrid, de 28 de febrero de 1995, había estimado la pretensión del recurrente, de modo que para la reparación de la vulneración que se declara basta con acordar la nulidad de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de julio de 1996.

III. LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES

**Tribunal Constitucional, Sala 2.^a, Sentencia n.º 119/2000, de 5 de mayo.
Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás Vives Antón.**

Vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas en la tramitación de un incidente de inclusión y exclusión de bienes pendiente de sentencia desde hace dos años y once meses.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 11 de junio de 1996 D.^a M.^a Jesús instó, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de San Cristóbal de La Laguna, la liquidación de su régimen económico matrimonial, acordando el Juez, por providencia de fecha 15 de junio de 1996, formar la correspondiente pieza separada para su tramitación.
- La diligencia de inventario se llevó a efecto el 16 de octubre de 1996. El siguiente día 30 el demandado promueve incidente de inclusión y exclusión de bienes, que es admitido a trámite por providencia de 30 de octubre de 1996, que acuerda la suspensión del proceso de liquidación del régimen económico matrimonial. Tras recibir el incidente a prueba, y practicar la propuesta y las diligencias para mejor proveer acordadas por el juzgador, el 5 de junio de 1997 quedó el incidente visto para sentencia.
- Desde aquella fecha el proceso permanece paralizado, pese a que D.^a M.^a Jesús, en escritos presentados ante el Juzgado con fechas 19 de enero, 20 de marzo y 7 de julio de 1998, y 22 y 29 de junio de 1999 (en este último se recurre en reposición la providencia que, como toda respuesta a las denuncias, acuerda tener por hechas las manifestaciones) ha instado su reanudación, denunciando expresamente el retraso y solicitando se dicte sentencia.
- D.^a M.^a Jesús interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional que dictó el siguiente pronunciamiento: 1.º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas. 2.º Restablecerle en tal derecho, para lo cual el titular de dicho Juzgado deberá adoptar inmediatamente las medidas procedentes para que, en el más breve plazo posible, cese la dilación, dictando un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión planteada en el referido incidente.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El recurso de amparo denuncia la indebida dilación que la resolución de su pretensión litigiosa viene padeciendo desde que en junio de 1997 los autos quedaron vistos para sentencia, y considera que tal retraso lesiona su derecho a no padecer dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). En su opinión la sencillez y simplicidad de las cuestiones planteadas en el incidente no justifica el retraso padecido. Concluye la demanda con la solicitud de que, otorgando el amparo interesado, sea dictada Sentencia en la que se declare lesionado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas “ordenando el restablecimiento en su derecho, para lo cual el Juzgado deberá adoptar las medidas conducentes a que cese la dilación”.

Como con más detalle se recoge en los antecedentes, la recurrente, que tras obtener judicialmente la separación instó en el mes de junio de 1996 la liquidación de su régimen económico matrimonial, se halla pendiente, desde el 5 de junio de 1997, de que se dicte sentencia en el incidente de inclusión y exclusión de bienes que, con carácter suspensivo de la pretensión principal, fue tramitado a instancias de su anterior cónyuge. La resolución de dicho incidente es necesaria para aprobar el inventario de bienes de la sociedad ganancial y proceder al resto de operaciones precisas para su liquidación y adjudicación. Por tanto en el momento de interponer la demanda la tramitación de la causa llevaba paralizada más de dos años, situación en que continúa.

La simple narración de lo sucedido —señala el Tribunal Constitucional— pone de relieve el hecho manifiesto del retraso que, conforme a la constante y reiterada doctrina, ha de calificarse como dilación indebida (SSTC 5/1985, de 23 de enero, FJ 6; y

223/1999, de 29 de noviembre, FJ 2, entre otras muchas).

La apreciación del carácter indebido de una dilación judicial exige aplicar, a las circunstancias específicas de cada caso, los criterios objetivos que a lo largo de nuestra jurisprudencia se han ido precisando, que son: la complejidad del litigio, los márgenes ordinarios de duración de los procesos del mismo tipo, y la conducta procesal del demandante y del órgano judicial. Por último, a los efectos tan sólo de cuál pueda ser el alcance de nuestro pronunciamiento, es relevante el hecho de que haya cesado o no la dilación denunciada al tiempo de resolver el recurso de amparo interpuesto con tal motivo (SSTC 223/1988, de 24 de noviembre, FJ 3; y 381/1993, de 20 de diciembre, FJ 1).

La aplicación de los indicados criterios a las circunstancias concurrentes en este caso llevan directamente a la estimación de la demanda de amparo, pues atendidos los márgenes ordinarios de duración temporal de un incidente de tan escasa complejidad como el planteado, que sólo exige resolver, a la vista de las pruebas practicadas, qué bienes se integran y cuáles no en la sociedad ganancial en disolución, así como la conducta procesal de la recurrente, en todo momento diligente tanto en el cumplimiento de sus obligaciones procesales como en la denuncia de la dilación, y la seguida por las otras partes personadas en el proceso (a las que tampoco cabe imputar retraso alguno), es claro que la tardanza ya habida en esta fase, todavía inicial, del proceso de liquidación del régimen económico matrimonial, ha superado con creces lo razonable, apreciándose, como consecuencia de la proyección al caso de tales criterios objetivos, la existencia de una dilación indebida en los términos exigidos por la jurisprudencia de este Tribunal.

I. FILIACIÓN

1. *Reclamación de filiación no matrimonial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 1 de octubre de 1999.

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

Insuficiencia de la prueba testifical para declarar la paternidad no matrimonial al tratarse de testigos de referencia.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Purificación interpuso demanda de menor cuantía contra D. Francisco solicitando se dicte sentencia por la que se declare que el menor Sergio es hijo no matrimonial del demandado.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Valencia dictó sentencia el 26 de febrero de 1993 estimando la demanda, declarando que el menor Sergio es hijo no matrimonial de D. Francisco, con todos los efectos legales inherentes a esta declaración, excluyéndole de la patria potestad, así como las demás funciones tuitivas, sin que pueda ostentar derechos por ministerio de la ley respecto a él o a sus descendientes o su herencia, condenándole a que abone en concepto de alimentos para su hijo la cantidad mensual de 60.000 ptas., desde la fecha de la demanda hasta que Sergio obtenga ingresos suficientes que le permitan llevar una vida independiente de sus padres, cantidad que deberá ser pagada por meses anticipados entre los días 1 al 5 del mismo, y que se incrementará en función del IPC anual, aumentando o

disminuyendo, según lo hagan las necesidades del que la recibe o disminuyan los ingresos de quien la da.

- En grado de apelación, la Sec. 8.^a de la AP de Valencia dictó sentencia con fecha 1 de diciembre de 1994 estimando el recurso interpuesto por D. Francisco y, revocando la sentencia dictada en la instancia, desestimó la demanda de reclamación de paternidad.
- D.^a Purificación interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Nos encontramos ante un supuesto en el que se reclama la filiación no matrimonial de un menor y que por inexistencia de prueba directa —la prueba biológica no llegó a practicarse— hubo de acudir a pruebas indirectas, en base a las cuales el juzgado de instancia entendió que quedaba probada la paternidad y por su parte la Audiencia Provincial estimó la insuficiencia probatoria para tal declaración.

La recurrente funda sus motivos de oposición en la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de segunda instancia. Es llano —señala el Tribunal Supremo—, que la Sala sentenciadora, además de especular sobre la supuesta prueba de paternidad para admitir la demanda, en su FJ 2.^o, ap. B) dice: “...La prueba que para admitir la demanda se exige en el párr. 2.^o del art. 127 CC, no tiene otra finalidad que servir de filtro para impedir aquellas que sean absolutamente infundadas o caprichosas, pero en modo alguno es confundible con la de los hechos constitutivos de la pretensión que habrá de realizarse en el curso del proceso para obtener una sentencia favorable (SSTS 3 de junio de 1988, 3 de diciembre de 1991, 6 de octubre de 1993 y 28 de abril de 1994, entre otras), consiguientemente, no será posible atribuir esa eficacia a las dos actas de manifestaciones aportadas al escrito inicial, por su carácter de prueba preconstituida a instancia de parte de manera unilateral y sin las garantías de una efectiva contradicción, y de las que,

a mayor abundamiento, sólo se ha ratificado en fase probatoria una de ellas, ni tampoco a las fotografías acompañadas, en cuanto ninguna certeza se ha proporcionado de que sea Sergio el niño que el demandado tiene en brazos...”; y, siendo ésta la causa fundamental de su decisión, critica o censura el argumento de apoyo de la propia sentencia recurrida, con base al testimonio de las cuatro testigos que se indican en su FJ de la primera sentencia, esto es, cuando se analiza el contenido de la prueba testifical —FJ 2.^o—, y así la Sala con un pormenor, evidentemente detallado, analiza la objetividad del testimonio en su sentir de los cuatro testigos que —se repite— fueron el soporte de la integración de la convicción por parte de la primera sentencia, tal y como hace constar en su FJ 3.^o, ap. C), al decirse lo siguiente: «...Por tanto, y a la vista de lo expuesto, el único bagaje probatorio suministrado por la demandante ha consistido en la prueba testifical y en punto a ella, hay que destacar que de los cuatro testigos propuestos, D.^a Jesusa Elisa, no ha llegado a declarar (folio 136). D.^a Eugenia, luego de admitir ser amiga de la hoy apelada, y contestar afirmativamente a la pregunta 2.^a en el sentido de saber que D. Francisco es el padre del niño (folios 134-137) al hacerlo a la repregunta, admitió que lo sabe por boca de Purificación (folios 293-294). D.^a Elsa Julia, además de reconocer que Sergio es su ahijado, al contestar a la repregunta 2.^a, igualmente viene a decir, que

‘yo no sé si será el hijo o no’ y que ‘era su madre Purificación quien me comentaba que era hijo de este señor’ (folio 279) y por último, D.^a María Ángeles, aunque afirma la totalidad de las preguntas del interrogatorio de la actora (folios 140-142) es un testigo que no ha sido examinado de contrario al no habersele podido formular las repreguntas, no obstante haberse intentado en varias ocasiones (folios 180 y 302)... Esta limitada y escasamente convincente prueba testifical de la demandante, tiene a su vez la oposición de la interesada por el apelante, consistente en la declaración de D. Manuel, quien

al contestar a las preguntas 7.^a, 8.^a y 10.^a, viene a decir que en el Hospital donde trabajaban ambos litigantes, nadie atribuyó la paternidad del hijo de D.^a Purificación, ni tampoco se la achacó al demandado, ni en ningún momento se estableció una relación de familia entre los tres (folios 232-236), por lo que, en estas circunstancias mal puede decirse que la actora haya dado respuesta positiva a la carga probatoria que sobre ella pesaba”; por lo que no se puede tildar a la sentencia recurrida de que no se razone o motive el por qué discrepa de la valoración realizada por el JPI.

2. *Legitimación para la reclamación de filiación no matrimonial.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Auto de 5 de octubre de 1999.

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

Legitimación del progenitor para reclamar la paternidad no matrimonial aun cuando no haya posesión de estado. Prueba de presunciones. Negativa injustificada de la madre a la práctica de las pruebas biológicas. Doctrina sobre la aportación de un principio de prueba con la demanda.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Isabel presentó ante esta Sala escrito de interposición de recurso de casación contra la Sentencia dictada con fecha 16 de marzo de 1998 por la Audiencia Provincial de Toledo (Sección Primera) dimanante de los autos del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ocaña que había estimado la reclamación de filiación no matrimonial interpuesta por el padre biológico.
- Entregadas las actuaciones al Ministerio Fiscal, éste emitió dictamen contrario a la admisión del recurso porque la Sentencia impugnada ha concluido en la atribución de paternidad del actor partiendo de la constatación fáctica y de la valoración de la actividad probatoria desarrollada, extremos que corresponden a su ámbito exclusivo de apreciación, siendo la resolución ajustada a derecho y conforme con la doctrina de esta Sala, por lo que

debe ser mantenida frente a su actual impugnación, precisando finalmente que la casación no es una tercera instancia, por lo que no resulta viable una reproducción de la valoración probatoria.

- El Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación.

COMENTARIO DEL AUTO

Entre los diversos motivos que impugnó la recurrente, nos interesa centrar este comentario en tres cuestiones en las que el Tribunal Supremo reitera su doctrina jurisprudencial en materia de reclamación de paternidad.

a) La práctica de la prueba biológica no vulnera el derecho constitucional a la integridad física.

En su alegato mantiene la recurrente que la sentencia recurrida habría aplicado indebidamente la jurisprudencia de esta Sala que se cita en el segundo párrafo de su tercer fundamento de derecho, relativa a la valoración de la negativa a someterse a la prueba biológica y a la legitimidad de la declaración favorable a la filiación con fundamento en la negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas en conjunción con otras pruebas complementarias, porque las sentencias citadas en la resolución recurrida partirían de supuestos distintos a los concurrentes en el presente procedimiento, pues aquéllos consistirían en que el juicio hubiera sido promovido por la madre como representante legal del hijo, que el sujeto que hubiere de ser sometido a las pruebas biológicas fuera mayor de edad y que el rechazo a las mismas no estuviese justificado, mientras que en el caso de autos el pleito lo ha promovido un soltero frente a una madre soltera que actúa como representante del hijo, éste es un niño de corta edad incapacitado para dar por sí mismo su consentimiento y estaría justificada la falta de colaboración activa de la demandada para que no se conculcara la integridad física de su hijo sometiéndolo a una intervención corporal de extracción de san-

gre, lo que ampararían las SSTC 24-5-1989 y 16-12-1996, por lo que la madre demandada habría actuado legítimamente en su pasividad al impedir una intervención corporal vulneradora del derecho fundamental de su hijo a la integridad física, con lo que no existiría un ejercicio antisocial del derecho de defensa, como pretende la Sentencia recurrida, ni podría añadirse esa conducta negativa a otros indicios para fundamentar la declaración de paternidad realizada por la misma.

Sin embargo, frente a este razonamiento debe objetarse que la jurisprudencia acerca de la negativa a la prueba biológica no distingue entre si el que se niega es el presunto padre o la representante del menor, pues la razón de que la negativa constituya un indicio que debe tomarse en consideración con el resto de pruebas consiste en que el demandado, sea quien sea éste, no desea colaborar en la investigación de la paternidad y por eso esta Sala tiene declarado que dicha actitud produce “infracción del art. 118 de la Constitución (vid. también el art. 17.1 de la LOPJ) en cuanto manda a los ciudadanos que presten la colaboración requerida por los órganos jurisdiccionales en el curso de un proceso, y esta colaboración se niega si no se facilita, como ha ocurrido con la conducta de los demandados, la investigación de la paternidad, principio también con rango constitucional según establece el art. 39 del Texto Legal supremo” (STS 28-11-1995, en la que el demandante solicitaba la declaración de su paternidad respecto del menor, y en igual sentido STS 28-2-1997). Asimismo, debe oponerse que la extracción de sangre para la realización de la prueba biológica no vulnera el derecho a la integridad del me-

nor, como pretende la recurrente, pues como dice la STS 28-12-1998, recogiendo la doctrina de la STC 7/1994, la resolución judicial que ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico no vulnera los derechos del afectado a su intimidad e integridad, no pudiendo considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona, ni atentatoria tampoco al pudor o recato personal, y no puede constituir *per se* una injerencia prohibida, siendo esta doctrina corroborada por la STC 95/1999, de 31 de mayo, dictada sobre un supuesto muy similar al presente, que proclama 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 desarrolla el mandato contenido en el inciso final del art. 39.2 CE, recordando igualmente la obligación que tienen las partes de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas porque están obligadas a colaborar con los Tribunales en el curso del proceso. Además de lo anterior, hay que añadir que si se admitiese la negativa de la madre a la prueba biológica cuando reclama la paternidad del presunto padre, por un elemental principio de igualdad debería admitirse también la negativa de éste cuando es demandado por la madre, lo que no podría admitirse por chocar con la doctrina anteriormente expuesta.

b) Presunciones en cuanto al mantenimiento de relaciones sexuales en la relación de noviazgo.

Tacha de ilógica y absurda la consecuencia de las relaciones sexuales entre los contendientes obtenida por la Sentencia por vía presuntiva a partir de la constatación de su relación de noviazgo, porque “bien por la brevedad temporal del noviazgo, bien por las creencias religiosas de sus partícipes, sobre todo cuando son miembros de la Iglesia Católica, o por la oposición de uno de ellos, en multitud de casos no se consuma en los

noviazgos la relación sexual apropiada para la procreación de un hijo”.

Frente a este argumento impugnatorio debe objetarse que, según esta Sala, la apreciación judicial obtenida a través de la prueba de presunciones debe resultar lógica y razonable, adecuada a un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (SSTS 25-9-1989, 14-7-1989, 30-9-1988, 10-10-1995, 28-11-1998 y 22-2-1999) y sí cumple esos requisitos la convicción a la que ha llegado la Audiencia acerca de que la demandada y el demandante mantuvieron relaciones sexuales porque eran novios, sin que sirvan para desvirtuar esa apreciación los argumentos esgrimidos en el motivo relativos a las creencias religiosas de los litigantes, la brevedad de la relación de noviazgo o la oposición de la demandada a mantener relaciones sexuales, pues el hecho cierto es que la demandada dio a luz después de su relación con el demandante, lo que demuestra que las convicciones religiosas no impidieron a aquélla mantener una relación sexual, apareciendo así perfectamente razonable la apreciación judicial de que esa relación íntima se mantuvo con el demandante porque era el novio de la demandada.

c) Legitimación del padre biológico para instar la reclamación de la filiación no matrimonial en supuestos en los que no existe posesión de estado.

La recurrente considera infringidos los arts. 133 y 134 CC porque el actor carecería de legitimación para reclamar la filiación, al tratarse de un supuesto de filiación extramatrimonial que no es reclamada por la madre como representante legal del hijo menor de edad, sino por quien se atribuye la condición de padre biológico. A ello debe objetarse que es jurisprudencia unánime de esta Sala que la interpretación sistemática de los arts. 133 y 134 CC, tomando especialmente en consideración el contenido de este último, sin perjuicio de otras normas y de los preceptos constitucionales atinentes, extiende al progenitor, aun en los casos en que no

haya posesión de estado, el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial (SSTS 5-11-1987, 19-1-1990, 23-2-1990, 8-7-1991, 24-6-1996, 30-3-1998 y 19-5-1998).

d) Aportación de principio de prueba con la demanda de reclamación de paternidad.

Por último, invoca la recurrente la infracción del segundo párrafo del art. 127 CC porque se admitió la demanda sin ir acompañada de un principio de prueba idóneo y suficiente, lo que se corroboraría por el hecho de que la propia Sentencia de apelación dice que las fotografías acompañadas a la misma no pueden interpretarse como demostrativas de una relación de noviazgo.

Frente a esta argumentación debe oponerse que es uniforme y ya consolidada doctrina de esta Sala (SSTS 3-12-1991, 8-10-1993, 20-10-1993, 28-5-1994, 3-9-1996 y 3-10-1998) la de que, respecto de la exigencia del párrafo segundo del art. 127 CC (acompañar con la demanda “un principio de prueba”), ha de hacerse una in-

terpretación “espiritualizada”, en el sentido de que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado y, de este modo, pueda llevarse a cabo un control de la razonabilidad de dicha demanda, pues el requisito procesal de dicho precepto constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 CE. En el supuesto debatido, el segundo otrosí de la demanda, además de la prueba documental fotográfica que acompaña, ofrece determinada información testifical, por lo que debe entenderse cumplimentado el requisito del segundo párrafo del art. 127 CC, porque, como dice la STS 3-10-1998, la seriedad y razonabilidad de la demanda formulada por el actor no sólo quedó constatada con el ofrecimiento de prueba que hizo en ella, sino que posteriormente ha sido corroborada con la estimación de la misma que ha hecho la Sentencia recurrida. Por tanto, debe aplicarse nuevamente al motivo la causa de inadmisión de manifiesta falta de fundamento.

3. *Reclamación de la filiación extramatrimonial en base a la prueba de presunciones.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de octubre de 1999.

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

Declaración de la paternidad en base a la prueba de presunciones al quedar acreditada una relación de amistad y de conocimiento en la época anterior y al tiempo de la concepción, unido ello a la negativa al sometimiento a las pruebas biológicas.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Paloma promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de paternidad contra D. José Manuel en la que solicitaba que se

dictase sentencia declarando que el demandado es el padre del menor Alberto, ordenando la inscripción de su paternidad en el Registro Civil correspondiente y declarando asimismo la obligación que tiene de prestarle alimentos desde la fecha de la interposición de la presente demanda, cuya cuantía deberá ser fijada en la fase de ejecución de sentencia.

- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 20 de Madrid dictó sentencia el 8 de julio de 1992 estimando la demanda y declarando que D. José Manuel es el padre extramatrimonial del menor Alberto, condenando al demandado a pagar la cantidad que en concepto de alimentos se fije en ejecución de sentencia.
- En grado de apelación, la Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 28 de octubre de 1994 desestimando el recurso interpuesto por D. José Manuel.
- D. José Manuel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Entiende el recurrente que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial ha infringido el art. 1253 del CC —“Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba 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”—, ya que la sentencia, sin mencionar los contactos sexuales y después de negar expresamente el noviazgo, afirma la existencia de una relación de amistad para de ella concluir unas posibles relaciones que no califica.

La prueba de presunciones —señala el Tribunal Supremo— de previsión legal civil y no procesal (arts. 1215, 1249 y ss. CC), se presenta como subsidiaria o supletoria (SSTS 21 de noviembre de 1982, 12 de mayo de 1985, 17 de marzo de 1994 y 17 de febrero de 1998), y opera cuando no concurren pruebas directas suficientes sobre las cuestiones del debate; como señala la última sentencia reseñada, reviste forma de prueba indirecta que exige un proceso de razonamiento lógico, que, por vía inductiva, arran-

ca de la existencia de un hecho conocido y suficientemente demostrado para alcanzar otro desconocido, como realidad concurrente y dotado de eficacia bastante para la más adecuada resolución de la controversia procesal planteada.

La sentencia recurrida parte del hecho base de que ha habido una relación de amistad y de conocimiento entre D. José Manuel y D.^a Paloma en la época anterior y al tiempo de la concepción, según se acredita del examen de las actuaciones y prueba testifical valorada en su conjunto; aquella resolución no lo consigna expresamente, pero con la demanda se aportó un acta notarial de manifestaciones a instancia de la actora, donde los comparecientes declaran que a todos ellos les consta que, desde el mes de julio de 1985, D.^a Paloma ha mantenido relaciones de pareja de forma exclusiva con el demandado, lo cual, obviamente, se encuentra en el capítulo de las “actuaciones” señalado en la decisión de instancia, por lo que, a los efectos de la integración del *factum*, se reseña y determina aquí.

Del referido hecho base, el Juzgador de instancia deduce primero que la relación del demandado con una mujer tenida como novia no excluye la posibilidad de relaciones con otra, como la demandante; y acto continuo, ante la negativa del demandado, en la primera instancia y en el recurso, sin razón

alguna y con la instrucción debida, a la práctica de la prueba biológica, considera que corresponde al mismo la paternidad solicitada.

La argumentación de la sentencia de apelación se ajusta a las exigencias jurisprudenciales antes mencionadas y no puede ser objeto de reproche.

4. *Reclamación de paternidad en base a pruebas indirectas.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de noviembre de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.**

Declaración de paternidad al haber quedado acreditada la existencia de relaciones sexuales entre la parte actora y el demandado en la época de la concepción de la hija, y al trato que “como hija” le ha dado este último.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª M.ª del Carmen interpuso demanda de menor cuantía contra D. Carlos solicitando se dicte sentencia por la que se declare la filiación no matrimonial de la menor Nuria como hija del demandado, debiendo dicha menor ostentar en adelante y con carácter retroactivo los apellidos de padre y madre figurando así inscrita en el Registro Civil de esta capital; que la patria potestad sobre la menor sea ejercitada exclusivamente por la madre quedando excluida de ella el demandado tal y como preceptúa el art. 111 del CC; que se acuerde conforme a lo dispuesto en el art. 128 del CC alimentos a cargo del demandado en la cuantía que SS.ª estime oportuna según lo establecido en el art. 142 del CC, alimentos que se declararán en Sentencia con carácter definitivo de acuerdo con lo preceptuado en el art. 110 del CC.
- D. Carlos se personó en autos y contestó a la demanda solicitando su desestimación.
- El Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de Sevilla dictó sentencia el 10 de enero de 1994 estimando íntegramente la demanda y fijando una pensión alimenticia de 100.000 pts. mensuales.

- En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la AP de Sevilla dictó sentencia con fecha 23 de noviembre de 1994 desestimando el recurso de apelación interpuesto por el demandado.
- D. Carlos interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El art. 135 CC establece dos tipos o clases de prueba para determinar y concretar la filiación extramatrimonial, como son las directas —biológicas y reconocimiento expreso—, y las indirectas o presuntivas como indicatorias de la cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación, siendo una y otra clase de pruebas enclavadas dentro del parámetro del *numerus apertus*. Pues bien, en el presente caso, de la actividad hermenéutica realizada en la sentencia recurrida se desprenden los siguientes datos, obtenidos de una manera lógica y racional lo que impide su revisión casacional, como son:

- a) La existencia de relaciones sexuales entre la parte recurrente y la recurrida, en la época de la concepción de la hija cuya filiación se cuestiona.
- b) El trato “como hija” (sic) por parte del demandado-recurrente con la menor, consistente en dar cantidades de dinero mensual para contribuir a sus gastos, pre-

sentarla como hija a parientes y amigos, y preocuparse de la marcha de los estudios de la menor.

- c) Una prueba biológica realizada con anterioridad a la iniciación de la presente contienda judicial en la que se determinaba la paternidad discutida.

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

5. *Jurisdicción para conocer de una demanda de reclamación de paternidad.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 15 de diciembre de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

Al haberse suscitado la controversia en territorio español, y siendo española la persona que reclama su filiación, los tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de la demanda, sin que sea obstáculo para ello que los demandados tengan su residencia en otro país.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a María del Carmen interpuso demanda de mayor cuantía sobre reclamación de filiación contra D. Guillermo y D.^a Ana María solicitando se dicte

sentencia por la que se declare que la actora es hija no matrimonial de D. Guillermo.

- D. Guillermo y D.^a Ana María se personaron en el pleito y contestaron a la demanda solicitando su desestimación.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 8 de Madrid dictó sentencia el 11 de enero de 1994 estimando la demanda íntegramente.
- En grado de apelación, la Sec. 14.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 17 de mayo de 1995 desestimando el recurso de apelación interpuesto por los demandados.
- D. Guillermo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Plantean los demandados que recurren en el primer motivo infracción del art. 63, en relación al 51 LEC, para negar a los Tribunales españoles competencia a efectos de conocer la demanda interpuesta y con ello decidir la controversia sobre reconocimiento de la filiación no matrimonial que solicitó la actora con relación al padre común, D. Guillermo. El argumento del motivo consiste en que los demandados son de nacionalidad argentina y residentes en la ciudad de Buenos Aires, por lo que la competencia debe decidirse a favor de los órganos judiciales de dicha capital, toda vez que la acción ejercitada afecta al estado civil de las personas y debe prevalecer la previsión legal-competencial que contiene el número primero del art. 63 LEC.

El motivo lo rechaza el Tribunal Supremo por dos razones:

a) La primera, en cuanto resulta extemporáneo su planteamiento en casación, pues, habiéndose promovido cuestión de competencia por declinatoria, que para los juicios de mayor cuantía resulta procedente (SS. 5 de febrero de 1992 y 12 de junio de 1999) por darse dualidad de trámites, el de los incidentes (arts. 79 y 749 y ss.) y el previsto en el art. 535, de la Ley Procesal Civil y con

mayor razón al haberse planteado la demanda con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la L. 34/1984, fue seguido en este caso el trámite de las excepciones dilatorias y la AP resolvió la cuestión de competencia a favor de los Tribunales españoles, al conocer el recurso de apelación que habían interpuesto en su día los recurrentes y que autoriza el artículo procesal 538. Dicha resolución adquirió firmeza, ya que no consta que en su momento procesal correspondiente se hubiera recurrido contra la misma, con sujeción la procedencia del recurso a lo dispuesto en los arts. 401 a 404 LEC y, en su caso, como más decisivo al 1690.1, que, al tratarse sobre cuestión que condicionaba la continuación del juicio, debió de promoverse la casación en su momento procesal, es decir contra el auto de la Audiencia, que decidió la competencia y alcanzó firmeza, lo que no se cumplió y es ahora, tardíamente, precluido el trámite, se pretende resucitar casacionalmente, cuando la sentencia que se combate no refiere la cuestión, con lo que carece de sentido y sobre todo de apoyo legal, esperar al recurso de casación para decir la excepción dilatoria promovida y resuelta.

b) El motivo tampoco prospera considerando su fondo sustantivo-procesal, ya que el art. 51 LEC, con el que resulta con-

cordante el 117 CE, decreta que la jurisdicción ordinaria es la única competente para conocer de las cuestiones civiles que se susciten en territorio nacional, tanto entre españoles, entre extranjeros, como entre españoles y extranjeros, autorizando el art. 533.1 a plantear dilatoria por falta de jurisdicción, cuestión que ha quedado decidida.

El art. 51 se acomoda al criterio de la territorialidad, que siguen la generalidad de los Estados y sin perjuicio de la sujeción que pueden imponer los Convenios y Tratados internacionales concertados por España. La jurisprudencia de esta Sala ha venido aplicando el precepto, con independencia, por ser cuestión distinta, de la adaptación del caso concreto a nuestro derecho o del extranjero (SS. 17 de octubre de 1901, 17 de enero de 1912, 30 de mayo de 1961, 16 de julio de 1983 y 9 de abril de 1991, entre otras). Al haberse suscitado la controversia en territorio español (S. 20 de julio de 1992), y siendo española la actora que reclama su filiación, la competencia es inherente a la soberanía nacional y actúa como delegada y correspondiente a la misma y no se puede ceder ni declinar a favor de otro Estado sin previo Tratado que expresamente lo autorice.

Quedando los recurrentes sometidos a la jurisdicción de nuestros Tribunales, también les alcanzan las normas que disciplinan la competencia contenidas en los arts. 62 y ss. de la Ley Procesal Civil, conforme dispone su art. 70, y si bien el art. 63.1 de dicho cuerpo legal decreta que para determinar la competencia, cuando se trata de demandar sobre el estado civil de las personas, rige el fuero del domicilio de los demandados, ha de entenderse si éstos tienen su domicilio o residencia en territorio español, y, de carecer del mismo, se les convocará a juicio en el lugar donde se encuentren (art. 69 LEC).

Antes de la publicación de la LOPJ, dada la generalidad del art. 51, se propiciaba la prórroga de la jurisdicción nacional a toda clase de asuntos (S. 10 de noviembre de 1993). Una vez publicada dicha Ley resulta más precisado e imperativo el ámbito competencial de nuestros Tribunales, ya que en

su art. 22.3 consagra como fuero exclusivo la competencia de los Juzgados y Tribunales de España para el conocimiento de las controversias civiles en materia de filiación, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o sea español el actor, condición que cumple perfectamente la actora del litigio, como queda suficientemente demostrado y sin impugnación expresa de contrario.

En otro orden de cosas los recurrentes denuncian la infracción de los arts. 1243 CC, 632 LEC y 24 CE, para llevar a cabo revisión valorativa de la prueba practicada, de cuya apreciación el conjunto alcanzó el Tribunal de Instancia la decisión proclamada en el fallo, de que la actora resulta ser hija del fallecido D. Guillermo, nacida de la relación sentimental que mantuvo con D.^a Cristina siendo ambos solteros y habiendo roto la misma con posterioridad a la concepción, por el motivo de la marcha del referido progenitor a la República Argentina, donde residió hasta su muerte.

El material probatorio aportado resulta abundante y contundente, y lo integran la prueba testifical de personas relevantes, la documental consistente en el bloque epistolar conformado por las cartas dirigidas por el padre a la actora, que resultaron auténticas, así como también por la prueba pericial biológica a la que se sometieron los litigantes y que dio resultado positivo.

Se trata de pruebas directas suficientes, acreditativas del reconocimiento de filiación, que el padre realizó en vida (art. 131 CC), pues desde que conoció, o más concretamente tuvo noticias de la existencia de la demandante, la trató y consideró como hija suya, lo que no ha sido desvirtuado en forma alguna convincente.

Los juzgadores de instancia valoraron la prueba pericial biológica, no como preeminente y decisiva, como sostienen los recurrentes, sino dentro del conjunto probatorio y para ello tuvieron en cuenta el informe de la Escuela de Medicina legal de Madrid de fecha 25 de mayo de 1993, que contiene la conclusión de que la posibilidad de que los

litigantes sean hijos del mismo padre alcanza el 99,99968 por ciento. Si bien hubo un informe anterior, emitido el 23 de julio de 1991, no resultó completo, al tratarse de prueba análisis de marcadores genéticos, indicando el dictamen no ser susceptible en la actualidad de realizarse investigación de la paternidad por sólo el HLA. De todas formas, el segundo informe, que es más científico y que fue emitido contando con más medios y avances técnicos para realizar la analítica, dejó sin efecto el primero y es el decisivo.

Los Tribunales no están obligados a someterse a las decisiones de los dictámenes periciales y de concurrir varios pueden aten-

der al que se presente más completo, definidor y más objetivo para resolver la contienda, que es lo que aquí ha ocurrido. Sólo procede revisar en casación la valoración de la prueba pericial que realice la Sala *a quo*, y no propiamente dicha prueba, cuando las conclusiones obtenidas se presentan ilógicas, resultan dispares o totalmente alejadas de lo discutido en el pleito, incoherentes entre sí o se prescinde por completo del proceso deductivo correspondiente a un razonar medio (SS. 20 de febrero, 15 de julio y 22 de noviembre de 1991, 28 de abril de 1993, 10 de marzo de 1994, 11 de octubre de 1994 y 3 de abril de 1995, entre otras muy numerosas); lo que aquí no sucede, por todo lo cual el motivo no prospera.

II. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

1. GESTIÓN, ADMINISTRACIÓN Y RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES

1.1. *Responsabilidad de los bienes gananciales.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 30 de diciembre de 1999.

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

No está legitimado uno de los cónyuges para interponer una tercería de dominio ante el embargo de los bienes gananciales por deudas generadas por el impago de las rentas correspondientes al local que explotaba comercialmente el otro cónyuge al carecer de la cualidad de tercero.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José interpuso demanda de menor cuantía sobre reclamación de cantidad contra D. Manuel, dictándose sentencia condenando al demandado a satisfacer 2.336.040 ptas. por la falta de pago de las rentas correspondientes a local de negocio que explotaba comercialmente. Al no haberse hecho efectiva la deuda, se procedió al embargo de la vivienda y garaje propiedad del demandado.

- D.^a Sicilia interpuso demanda de menor cuantía sobre tercería de dominio contra D. José y contra el marido de la actora D. Manuel en la que solicitaba que se dictase sentencia declarando que la vivienda y plaza de garaje sita en la C/ Cuesta del Carmen de Salamanca, objeto de subasta, no son de exclusiva propiedad de su esposo sino de carácter ganancial y, por tanto, no deberán responder íntegramente de las responsabilidades exigidas al demandado D. Manuel, sino solo en cuanto a la mitad indivisa ganancial a que a él corresponde, pero no en cuanto a la otra mitad correspondiente a la demandante.
- D. José se personó en autos y contestó a la demanda solicitando su desestimación. D. Manuel fue declarado en rebeldía.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 4 de Salamanca dictó sentencia el 13 de febrero de 1995 desestimando la demanda y condenando a la parte actora al pago de las costas.
- En grado de apelación, la AP de Salamanca dictó sentencia el 6 de abril de 1995 desestimando el recurso y confirmando la sentencia.
- D.^a Sicilia interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La deuda reclamada en el procedimiento inicial derivaba de la actividad comercial desplegada por el marido, vigente el régimen de gananciales a que estaba sometido su matrimonio con la recurrente, por lo que se presenta —señala el Tribunal Supremo— de indudable naturaleza ganancial, ya que la sentencia recurrida declara, conformando hecho probado firme, que el ejercicio del comercio por el marido era conocido suficientemente por la recurrente, la que no demostró lo contrario y menos su oposición o que hubiera estado separada o no conviviente, resultándole notorio dicho conocimiento desde hacía muchos años, al constituir el medio económico de sustento de la familia.

Ante tal base fáctica, la actividad comercial empresarial cabe, en su conjunto patrimonial, integrarla como bien ganancial, conforme a los arts. 1347.5.º en relación al 1361, ambos CC, y, consecuente a ello, al tratarse de una deuda contraída por el cón-

yuge en su condición de comerciante, resulta correcta la aplicación del art. 1365, por lo que no procede la acogida del argumento de dejar sin efecto el embargo de la vivienda trabada por no haberse adquirido la misma como consecuencia del ejercicio de la actividad comercial del cónyuge deudor que resultó ejecutado, lo que es mero alegato, pues no resultó suficientemente demostrado, pero, en todo caso inoperante, ya que el precepto citado presenta una literalidad suficientemente clara en cuanto decreta la responsabilidad de los bienes gananciales en forma directa por las deudas de un cónyuge comerciante, conforme dispone el CCom. al que se remite, y cuyo art. 6 establece que, si se trata de personas casadas, para que los bienes comunes del matrimonio puedan quedar obligados es preciso el consentimiento de ambos cónyuges, que se presume otorgado, a tenor del art. 7, cuando se ejerce actividad comercial con conocimiento y sin

oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo, que es el caso que nos ocupa, habiendo declarado la doctrina jurisprudencial civil que, conforme a la normativa mercantil, los bienes gananciales quedan sujetos a la actividad de comercio consentida y conocida que lleva a cabo uno de los esposos (SS. 6 de junio de 1994 y 10 de noviembre de 1995).

Lo que se deja expuesto determina decretar que no corresponde a la que recurre condición de tercerista, ya que como dicen las SS. 19 de julio de 1989, 12 de junio de 1990, 4 de marzo de 1994 y 26 de junio de 1997, entre otras, sólo se le atribuye un derecho expectante, en tanto no se disuelva y liquide la sociedad ganancial y dicho derecho no le legitima para entablar tercera de dominio.

Sucede en el caso de autos, y a mayores razones, que se le notificó a la esposa recu-

rrente el procedimiento declarativo, a los efectos del art. 1373 CC y 144 de Hipotecario, y el embargo practicado en trámite ejecutorio —lo que declara probado la sentencia del Juzgado y aceptó la sentencia de apelación—, sin que hubiera realizado oposición alguna y menos ejercitado ante el Juzgado el derecho de opción que le otorga el art. 1373 CC. La S. 12 de enero de 1999 dice que el cónyuge no deudor directo, al que se le embargan bienes gananciales, puede optar entre aceptar la traba, con los efectos legales correspondientes, al llevarse a cabo y en su día la liquidación de la sociedad de gananciales o bien interesar y pedir, dirigiéndose al juez que conoce el proceso correspondiente, que el embargo se concrete a la parte de bienes comunes que le corresponda al cónyuge deudor, en cuyo caso se disuelve la comunidad ganancial y sigue el régimen de separación de bienes.

2. LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

2.1. *Disolución de la sociedad de gananciales tras la separación de hecho y eficacia de documento privado de uno de los cónyuges cediendo bienes al otro.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 11 de octubre de 1999.

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

Validez y eficacia del documento privado suscrito por uno de los cónyuges antes de abandonar el domicilio familiar en el que cedía a su esposa los bienes existentes en el matrimonio, cesión que no tiene la calificación de donación sino la de dar cumplimiento a la obligación de socorro mutuo que el art. 68 del CC impone a los cónyuges, frente a quien por el abandono se veía colocado en una situación de necesidad.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Manuel y D.^a Trinidad contrajeron matrimonio el 24 de abril de 1955. El día 25 de junio de 1982, D. José Manuel abandonó el domicilio

conyugal, dejando una nota manuscrita, dirigida a su cónyuge, en la que, a efectos de este pleito se acota, decía: “Quiero empezar nueva vida y en eso entra lo de encontrar un trabajo. Todo lo que poseemos te lo dejo. En este sobre encontrarás un poder notarial para que dispongas libremente. También están las llaves del coche, las de casa y la de la caja fuerte del Banco. Me llevo el reloj y anillo por si tuviera que venderlos. Del dinero de la cuenta me llevo algo menos de la mitad (130.000 ptas.). Del resto tendrás que pagar 7.000 ptas. de la gasolina gastada. También te cedo la liquidación que me corresponde hasta final de año y la Compañía de Seguros te pagará, espero lo que hay pendiente. Con todo ello podrás arreglarte para una buena temporada”.

- D.^ª Trinidad denunció a su esposo por abandono de familia. Las diligencias judiciales fueron sobreseídas provisionalmente por A. 13 de enero de 1982 hasta que fuese conocido el domicilio del autor del hecho denunciado. No se pudo averiguar en el transcurso de las mismas el paradero del esposo. En el mes de septiembre de 1990, D.^ª Trinidad recibe notificación notarial a instancias de su esposo, por la que le comunicaba la revocación del poder que le había otorgado. Inmediatamente pone en conocimiento del Juzgado el hecho, dando como domicilio del denunciado el que figuraba en la notificación, y solicitando el levantamiento del sobreseimiento provisional de las diligencias seguidas por abandono de familia.
- El 10 de marzo de 1991 interpone la demanda de separación conyugal contra su esposo, que reconvinó solicitando el divorcio, el cual fue decretado por sentencia firme del Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Madrid, el 3 de febrero de 1992.
- D. José Manuel instó demanda de menor cuantía contra su esposa D.^ª Trinidad sobre liquidación de la sociedad de gananciales solicitando la adjudicando una cuota de 14.035.000 ptas. a cada parte, mediante la venta del que constituyó hogar familiar, de cuyo precio se entregaría al actor la mitad previo pago de los gastos, y lo que restase a la demandada, una vez disminuido en el cincuenta por ciento por los créditos de la sociedad de gananciales contra el patrimonio privativo de dicha demandada.
- D.^ª Trinidad se opuso a la estimación de la demanda, y formuló reconvencción solicitando: “se declare la condición de privativos a favor de D.^ª Trinidad P.G. de todos los bienes inventariados en la demanda principal, declarando la validez del documento de renuncia de bienes firmado por D. José Manuel en la fecha de 25 de junio de 1982, declarando igualmente la obligación de éste al otorgamiento de la correspondiente escritura pública a favor de mi representada de los derechos renunciados por aquél en su día sobre el piso quinto, letra A, escalera derecha, de la Avda. del Mediterráneo

en Madrid; finca registral núm. 38.588, inscrita al folio 80 del tomo 948, del Registro de la Propiedad núm. 2 de Madrid, con expresa condena en costas para el adverso”.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 23 de Madrid dictó sentencia el 2 de noviembre de 1993 declarando que el activo de la sociedad de gananciales habida entre los litigantes está formado por el piso sito en la Avda. del Mediterráneo núm. ..., de Madrid, acordando atribuirlo en pro-indiviso a ambos cónyuges.
- En grado de apelación, la Sección 22.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 2 de diciembre de 1994, desestimando los recursos interpuestos por ambas partes.
- Ambos cónyuges interpusieron sendos recursos de casación, siendo estimado el interpuesto por la esposa.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La primera cuestión que aborda el Tribunal Supremo es la calificación del documento privado suscrito por D. José Manuel. Ante todo, hay que partir de que el abandono del hogar por D. José Manuel supuso *de facto* la disolución de la sociedad de gananciales. La Audiencia así lo estima, apoyándose en la doctrina de esta Sala según la cual la separación de hecho libremente consentida destruye el fundamento de la sociedad conyugal (SS. 23 de diciembre de 1992 y las que cita). La Sala comparte la aplicación de tal doctrina a este caso, en el que no existe desde el momento del abandono ninguna convivencia entre los cónyuges que pudiese dar lugar a adquisiciones gananciales. El abandono de familia no conlleva, aparte de las sanciones legales, la ilógica de que siga existiendo la sociedad de gananciales, ni puede apoyarse esta conclusión en los arts. 1393.3.^a y 1394 CC, porque respecto del primer precepto, que equipara separación de hecho y abandono de hogar, la jurisprudencia de esta Sala, atenta a la realidad social, ha dado la doctrina que antes se consignó, que en sí misma pugna con la letra del precepto, no exigiendo por tanto ninguna de-

claración judicial para declarar extinguida la sociedad de gananciales.

Así las cosas, desde el momento de la disolución de la sociedad D. José Manuel podía disponer de su cuota, no antes porque durante su vigencia hay un patrimonio separado del propio de los cónyuges regidos por especiales normas de gestión y disposición, pero ningún derecho específico y actual tienen los cónyuges sobre cada uno de los bienes que la integran, ni sobre la titularidad de ese patrimonio. Sólo con la disolución cada uno de ellos es titular real y efectivo de una cuota sobre el patrimonio disuelto, que se materializará en bienes concretos y determinados al realizarse las operaciones de liquidación.

Es consecuencia de lo dicho el error interpretativo de la Audiencia sobre el alcance de la carta de D. José Manuel, distinguiendo en ella de la forma que ya se ha dicho entre los distintos bienes, con el resultado de que considera nula por infracción del art. 633 CC la donación del piso y válida la de los demás bienes muebles. De acuerdo con lo expuesto, D. José Manuel renunció a su

cuota del 50 por 100 en el patrimonio ganancial en favor de D.^a Trinidad, no donó bienes concretos y determinados porque obviamente no se había hecho ninguna liquidación de la sociedad ni nada se le había atribuido.

También es errónea esta calificación de la Audiencia. D. José Manuel no donó en el sentido del art. 618 CC porque es claro en la carta que no trata de enriquecer a su mujer y empobrecerse él, característica esencial de la donación. El ánimo que tiene no es un *animus donandi*, no existe ninguna intención liberal, sino el de que la esposa abandonada pudiese subsistir por sí sola, ya que él había abandonado su puesto de trabajo y faltarían los ingresos de que el matrimonio vivía. Cumplía así la obligación de socorro mutuo que el art. 68 CC impone a los cónyuges, frente a quien por el abandono se veía colocado en una situación de necesidad. Por tanto, no es adecuado el tratamiento del caso como donación del marido a la mujer. El desplazamiento patrimonial a ésta tuvo por causa el cumplimiento de deberes legales.

Este desplazamiento fue aceptado por D.^a Trinidad según se induce de estos hechos concluyentes: a) enajenación del automóvil; b) venta de acciones de carácter ganancial; c) venta de dos bienes inmuebles. Uno de los cuales había pasado a ser de la sociedad ganancial por consistir en la construcción de una casa, derribando la antigua, sobre suelo propio de D.^a Trinidad en Aldehorno (Segovia), según el art. 1404 CC anterior a la reforma de 1981. Otro era en una tercera parte privativo de dicha señora, y en el resto de la sociedad de gananciales, por haberlo adquirido aquélla de sus hermanos con fondos de la sociedad. d) disposición de cuentas corrientes indivisas. No de otra manera que a

través de actos concluyentes podía aceptar D.^a Trinidad, pues su esposo entonces pasó en paradero desconocido tantos años.

La forma que ha de revestir esta cesión es la derivada de los arts. 1279 y 1280.1 CC; en modo alguno está sujeta al art. 633 CC.

A la vista de lo expuesto, se desestima el recurso interpuesto por D. José Manuel cuyos dos motivos se basan, respectivamente, en que el poder no era más que para administrar bienes gananciales, y que, en cuanto a la donación de los muebles que la Audiencia aprecia, falta el consentimiento de D.^a Trinidad para su perfección.

En relación con el recurso interpuesto por ésta, se estima parcialmente el motivo primero, en cuanto que, de forma desordenada, niega la calificación de donación de bienes concretos y resalta la existencia sólo de cuota en el patrimonio disuelto; el motivo segundo, en el que se hace extensa mención de la institución de la dación en pago, se desestima, porque en el momento del abandono nada debía D. José Manuel a D.^a Trinidad; y el tercero, alusivo a la disolución de la sociedad de gananciales por el abandono de familia, se estima.

La estimación del primero y tercero de los motivos del recurso de D.^a Trinidad obliga a casar y anular parcialmente la sentencia recurrida con desestimación completa de la demanda, y estimación completa de la demanda reconvencional, declarándose en su virtud privativos de D.^a Trinidad todos los bienes que el actor reclama como de la sociedad de gananciales, entre ellos el piso sito en Madrid, Avenida del Mediterráneo condenando a D. José Manuel al otorgamiento de cuantas escrituras públicas sean precisas para la efectividad formal y registral del documento de 25 de junio de 1982.

2.2. *Liquidación de gananciales pactada en documento privado.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 16 de octubre de 1999.

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

Nulidad del acuerdo privado en el que los cónyuges incluyen en la liquidación de la sociedad de gananciales un inmueble privativo del esposo, sin que por otra parte pueda considerarse que exista una donación al faltar el requisito ad solemnitatem de la escritura pública.

ANÁLISIS DEL CASO

- Mediante escritura pública de compraventa, el 22 de noviembre de 1967, D. Arturo, mayor de edad y de estado soltero, compró un inmueble sito en C/ Quintana de Madrid. El referido piso aparece inscrito en el Registro de la Propiedad número 25 de Madrid a nombre de D. Arturo. El día 2 de diciembre de 1967, D. Arturo contrajo matrimonio con D.^a Carmen.
- Por desavenencias surgidas entre ellos, los referidos dos esposos suscribieron un documento privado de fecha 22 de septiembre de 1976, en el que pactaron su separación de hecho, regulando sus respectivas situaciones personales y las de los dos hijos (menores de edad) del matrimonio. En el referido documento se contiene el siguiente Acuerdo: “Quinto. La sociedad legal de gananciales está compuesta por los siguientes bienes: 1. Piso en Madrid, C/ Quintana... Ambos esposos se comprometen a otorgar escritura pública de capitulaciones matrimoniales, a fin de fijar el régimen de absoluta separación de bienes, liquidando la sociedad legal de gananciales, adjudicándose la esposa el inmueble y el esposo el metálico y las acciones”.
- Posteriormente, ambos esposos tramitaron sucesivamente sendos procesos de separación judicial y de divorcio, siendo este último acordado por sentencia de fecha 23 de septiembre de 1982, dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 23 de Madrid.
- D.^a Carmen formuló demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra D. Arturo solicitando que se dicte sentencia por la que se condene al demandado a elevar a escritura pública la transmisión de sus derechos sobre el inmueble sito en la calle Quintana de Madrid, bajo aperci-

bimiento de que de no hacerlo en un plazo prudencial lo hará directamente el Juzgado a sus expensas, condenándole al pago de las costas.

- D. Arturo se personó en autos y solicitó la desestimación íntegra de la demanda. Si bien no formuló reconvencción, adujo la nulidad radical del Acuerdo Quinto del documento privado de fecha 22 de septiembre de 1976, por no tener el referido piso naturaleza ganancial, sino que es un bien privativo suyo.
- El Juzgado de 1.^ª Instancia n.º 6 de Madrid dictó Sentencia el 11 de noviembre de 1992 desestimando la demanda interpuesta sin expresa condena en costas.
- En grado de apelación, la Sec. 18.^ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 30 de noviembre de 1994 estimando el recurso interpuesto por D.^ª Carmen y, declarando la procedencia de la acción ejercitada en la demanda, condenó al demandado a elevar a escritura pública la transmisión de derechos sobre el inmueble, bajo apercibimiento de que de no hacerlo en un plazo prudencial será efectuado por el Juzgado y a sus expensas, condenándole asimismo al pago de las costas de primera instancia de este juicio sin hacer especial imposición de las de esta segunda.
- D. Arturo interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, confirmándose la resolución dictada por el Juzgado de 1.^ª Instancia.

ANÁLISIS DEL CASO

Suscrito un documento privado en el que los cónyuges liquidaron la sociedad de gananciales se pretende por la esposa el otorgamiento de la oportuna escritura pública a fin de que las adjudicaciones puedan tener acceso al Registro de la Propiedad. El esposo se opuso a ello en base a que en el inventario se incluyó un bien privativo suyo.

No existe ningún género de duda de que el inmueble fue adquirido por el esposo antes de contraer matrimonio y por tanto, en principio, tal y como sostuvo el juez de instancia, dicho bien no puede incluirse en el inventario. Sin embargo, la Audiencia Provincial entendió que dicho inmueble tenía carácter ganancial ya que el esposo reconoció dicho carácter en la prueba de confesión judicial y

por otro lado hizo uso del documento de fecha 22 de septiembre de 1976 (documento privado de liquidación) en otro proceso anterior, lo que constituye, viene a decir la sentencia recurrida, un acto propio.

El esposo recurrente entiende que la sentencia de la Audiencia ha infringido los artículos 1.1.º, 1232 y 1233 del Código Civil, así como el artículo 1396.1.º del mismo texto legal y de reiterada jurisprudencia interpretativa de dichos preceptos. En su alegato, viene a sostener que él no ha reconocido el carácter ganancial del piso litigioso en la prueba de confesión judicial practicada en este proceso; que él ha usado el documento de fecha 22 de septiembre de 1976 en los procesos de separación y de divorcio, pero en ellos no se ha

cuestionado el carácter ganancial del piso litigioso y que, además, dicho piso tiene el carácter de bien privativo suyo, al haberlo adquirido en estado de soltero.

El Tribunal Supremo ha estimado el motivo por las razones que seguidamente se exponen. En contra de lo que afirma la sentencia recurrida, no es cierto que el demandado, aquí recurrente, haya reconocido en confesión judicial el carácter ganancial del piso litigioso, pues al absolver la posición cuarta (en la que se le pregunta: “Confiese ser cierto que en todo momento, vigente su matrimonio con D.^ª Carmen, ésta tuvo el convencimiento de que el piso de la calle Quintana era propiedad de la sociedad conyugal”) contesta lo siguiente: “Que no es cierto puesto que esa vivienda se la regaló su padre antes del matrimonio y era conocido por la actora” (folios 93 y 94 de los autos). Si bien es cierto que, no solo D. Arturo, sino también su entonces esposa, D.^ª Carmen, hicieron uso del documento privado de fecha 22 de septiembre de 1976 en el proceso de separación matrimonial (primero) y en el de divorcio (después), no lo fue a efectos de dilucidar el carácter privativo o ganancial del piso litigioso, pues dicho tema no fue debatido en ninguno de los dos referidos procesos, por lo que al uso (a otros efectos) del expresado documento en los dos aludidos procesos no se le puede aplicar (como incorrectamente hace la sentencia recurrida) la doctrina jurisprudencial acerca de los actos propios, que se caracterizan por una expresa y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho, nada de lo cual es predicable del uso, con otros fines, del do-

cumento privado de fecha 22 de septiembre de 1976, en los repetidos procesos de separación matrimonial (primero) y de divorcio (después). Pero es que, además, y por encima de todas las anteriores consideraciones, hay que tener en cuenta que el piso litigioso fue adquirido por D. Arturo cuando todavía era soltero, y, por tanto, corresponde a dicho piso, por ministerio de la ley, el carácter de bien propio o privativo del referido D. Arturo, según establecía el número 1.º del artículo 1396 del Código Civil, en la redacción que tenía en la fecha en que fue suscrito el documento privado de 22 de septiembre de 1976, coincidente dicho precepto con el número 1.º del artículo 1346 del mismo Código en su redacción actualmente vigente, cuyo carácter de bien privativo no puede ser transformado en el de bien ganancial, ni siquiera por convenio de los entonces esposos, por lo que el tantas veces repetido Acuerdo Quinto del documento privado de fecha 22 de septiembre de 1976 ha de ser considerado nulo, con nulidad radical, ya que si acaso dicho Acuerdo podría entrañar una posible donación de D. Arturo a su entonces esposa D.^ª Carmen, lo cual (además de ser difícilmente concebible en la dramática situación de crisis matrimonial en que fue redactado dicho documento) es legalmente inviable, ya que toda donación de bienes inmuebles exige ineludiblemente, como requisito *ad solemnitatem*, el otorgamiento de escritura pública (artículo 633 del Código Civil), que aquí no se ha producido. Por todo lo expuesto, el presente motivo, como ya antes se dijo, ha de ser también estimado, con lo que deviene innecesario el examen de los restantes.

2.3. *Supravaloración de los bienes en la liquidación de la sociedad de gananciales.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de octubre de 1999.

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

Cumplimiento del pacto contenido en la escritura de capitulaciones matrimoniales ya que la supravaloración voluntaria de los bienes realizada por los cónyuges tenía la finalidad de asignar a la esposa la cuantía que importaba la aportación del esposo a la construcción de una nueva vivienda que serviría de domicilio a las hijas. Inexistencia de error de cuenta en la liquidación de la sociedad.

ANÁLISIS DEL CASO

- En escritura pública de capitulaciones matrimoniales de disolución y liquidación de sociedad de gananciales entre otras cláusulas se pactó que “en cuanto a los 8.500.000 ptas. restantes, se pagan mediante el compromiso que en este acto adquiere el esposo, de pagar permisos, licencias, facturas, honorarios e Impuestos, hasta dicho importe, para la construcción total o parcial, según alcance esta cantidad, de un chalet sobre la parcela descrita anteriormente por cuenta del metálico referido en el número (hay un espacio en blanco) del inventario. El periodo de tiempo convenido para la construcción, o sea para satisfacer la suma indicada, será el que transcurre desde ahora hasta el 7 de noviembre de 1986”.
- Con fecha 22 de abril de 1993, el Notario autorizante de la escritura de capitulaciones matrimoniales levantó acta de oficio en la que pone de manifiesto que en dicha escritura existe un error involuntario en virtud del cual se hizo constar que la diferencia de adjudicación a favor del esposo, D. José Antonio, era de 11.550.000 ptas., cuando en realidad, es 5.780.000 ptas.
- D.ª Pilar formuló demanda de menor cuantía contra D. José Antonio solicitando se dicte sentencia por la que se condene al demandado a pagar a la actora la cantidad de cinco millones cien mil pesetas (5.100.000 ptas.) que le adeuda, más los intereses legales devengados desde la fecha del incumplimiento de la obligación de pago, más los daños y perjuicios que dicho incumplimiento han causado, y que se determinarán en ejecución de Sen-

tencia, así como al pago de las costas y gastos de este juicio. La actora reconoce tener recibida con cargo a la deuda inicial de 8.500.000 la cantidad de 3.400.000 ptas.

- D. José Antonio se personó en autos y contestó a la demanda solicitando su desestimación con imposición de las costas a la parte actora.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 4 de los de Marbella dictó Sentencia el 17 de marzo de 1993 estimando la demanda íntegramente.
- En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la AP de Málaga dictó sentencia el 23 de mayo de 1994 estimando el recurso interpuesto por D. José Antonio y revocando la sentencia del juzgado absolvió al demandado de los pedimentos de la demanda.
- D.^a Pilar interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, condenándose al demandado a abonar la cantidad reclamada.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La esposa ataca la sentencia recurrida en cuanto ésta estima satisfecha a la actora la cantidad a que se obligó el demandado, que la Sala sentenciadora de instancia afirma ser la de 5.780.000 ptas. y no la de 8.500.000 ptas., para lo que se apoya la Sala *a quo* en el acta de fecha 22 de abril de 1993, levantada de oficio por el Notario autorizante de la escritura de capitulaciones matrimoniales, en cuya acta el Notario pone de manifiesto que en dicha escritura existe un error involuntario en virtud del cual se hizo constar que la diferencia de adjudicación a favor del esposo, D. José Antonio, era de 11.550.000 ptas., cuando en realidad, es 5.780.000 ptas. Se alega en el motivo que el Notario, al levantar de oficio referida acta, ha alterado el contenido negocial de la escritura de capitulaciones matrimoniales, excediendo en la aplicación de la facultad que le reconoce el art. 153 del Reglamento Notarial.

No puede afirmarse —señala el Tribunal Supremo—, como se recoge en la sentencia recurrida, que nos encontremos ante un simple error de cuenta producido en las operaciones de cálculo de la cuota de bienes gananciales atribuibles a cada uno de los esposos, que dé lugar a su sola corrección (art.

1266 CC); por el contrario, tal error se encuentra en los valores tenidos en cuenta para realizar las operaciones particionales del haber ganancial y así viene a reconocerlo el propio demandado en su escrito de contestación a la demanda (último párrafo del hecho segundo) al afirmar que el compromiso por él asumido “tenía como finalidad primordial el que las hijas dispusieran siempre de un hogar familiar, por lo que supervaloró el precio de las acciones y bienes adjudicados al marido al efecto de que el reparto fuera equitativo partiendo de la mencionada premisa”; no se trataba, por tanto, con esas supuestas valoraciones del haber adjudicado al marido y la obligación de pagar éste la cantidad de 8.500.000 ptas. de hacer efectivo el principio de división por mitad entre ambos cónyuges que establece el art. 1404 CC sino de dar cumplimiento el demandado a su compromiso, ya asumido en el convenio regulador de separación formalizado entre los cónyuges en 7 de noviembre de 1984, de contribuir a la construcción de una vivienda para domicilio de las hijas del matrimonio, sin que resulte acreditado en autos que la cantidad que se obligaba a aportar el demandado era otra distinta a la repetida de

8.500.000 ptas. que se hizo figurar en la escritura de capitulaciones matrimoniales.

Asumidas por la Sala las funciones de instancia, confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto condena al demandado el pago a la actora de la cantidad de 5.100.000 ptas., dando por reproducidos los razonamientos que en tal sentido se contienen en esa resolución.

Producido el incumplimiento por el demandado de su obligación de pago en el plazo previsto en las capitulaciones matrimoniales, tal incumplimiento ha dado lugar a la paralización de las obras de construcción de la vivienda familiar, lo que implica un aumento del precio de ejecución una vez que aquéllas sean reanudadas, con el consiguiente perjuicio para la actora cuya reparación deberá correr a cargo del demandado incumplidor. Por ello deberá satisfacer el

demandado la cantidad que, como indemnización de daños y perjuicios, se determinará en ejecución de sentencia teniendo en cuenta el tanto por ciento que representa la cantidad dejada de abonar por el demandado y a cuyo pago es condenado (5.100.000 ptas.) en relación a la que se obligó a pagar en la escritura de capitulaciones matrimoniales (8.500.000 ptas.), aplicando ese tanto por ciento al aumento del precio de la obra que falta por ejecutar, partiendo del precio inicial de la totalidad de la obra ascendente a 15.940.000 ptas. que se establece en el informe pericial obrante en autos. No ha lugar a la condena al pago de intereses de la cantidad líquida a cuyo abono se condena al demandado ya que ello supondría una duplicidad en la indemnización por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento.

III. SEPARACIÓN Y DIVORCIO

1. *No procede recurso de casación.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Auto de 26 de octubre de 1999.

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa.

No tiene acceso a casación el recurso interpuesto contra un auto dictado por la Audiencia Provincial que confirmó el del juez de instancia declarando la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de una demanda de separación de mutuo acuerdo.

ANÁLISIS DEL CASO

- La Sec. 2.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla dictó Auto el 7 de julio último declarando no haber lugar a tener por preparado recurso de casación instado por D.^a Sonia María contra Auto de fecha 9 de junio anterior dictado por dicho Tribunal.
- D.^a Sonia María interpuso recurso de queja que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DEL AUTO

Al establecer la disposición adicional 5.^a j) de la Ley 30/1981 que el recurso de casación sólo se admitirá a instancia del Ministerio Fiscal y en interés de la ley, en tanto la disposición adicional 6.^a 13 se remite a las restantes adicionales en cuanto no se opongan a ella, es doctrina constante y reiterada de esta Sala que los cónyuges litigantes no pueden interponer recurso de casación contra ninguna de las resoluciones que se dicten en procedimientos de separación matrimonial (STS 23-2-1993 e innumerables Autos, como los de 16-6-1998, 13-4-1999 y 22-6-1999 entre los más recientes).

No menos reiterado es el criterio de declarar improcedente el recurso de casación contra cualquier resolución que se dicte en un determinado proceso si la Sentencia definitiva de ese proceso no es a su vez recurrible en casación, de suerte que los arts. 1689, 1690, 779, 403 ó 404 LECiv carecen de autonomía o sustantividad propia para autorizar por sí mismos el recurso de casación, siendo preciso por tanto ponerlos en relación con el art. 1687 de la misma Ley o con un precepto de otra Ley que expresamente autorice el recurso de casación en el proceso de que se trate (AATS 23-7-1996, 24-6-1997, 27-1-1998 y 8-9-1998).

De ahí que también sea una constante en la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo negar el acceso a casación de los autos que se dicten en las cuestiones de competencia hasta que recaiga sentencia definitiva, y siempre que ésta a su vez sea recurrible en casación (SSTS 16-11-1992 y 8-4-1994 e innumerables Autos desestimatorios de recursos de queja).

Examinado el presente recurso de queja con arreglo a todo lo antedicho, se desestima por el Tribunal Supremo, porque la resolución que se intenta recurrir en casación es un Auto de la Audiencia que confirmó el del Juez declarando la falta de jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de una separación matrimonial de mutuo acuerdo, y el acceso a casación se intenta por uno de los cónyuges al amparo del art. 74 LECiv, norma que igualmente carece de autonomía o sustantividad propia para autorizar el recurso de casación al no haber éste por razón del proceso de que se trata, según declaró esta Sala en su Auto de 20-5-1997 al desestimar el recurso de queja en el que se planteaba una cuestión prácticamente idéntica a la del ahora examinado.

2. *Rescisión y anulación de sentencia de divorcio.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 24 de noviembre de 1999.

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

Rescisión y anulación de la sentencia de divorcio dictada en virtud de maquinación fraudulenta al realizarse la citación y emplazamiento por edictos cuando la parte actora del litigio conocía o por lo menos pudo conocer el domicilio real y legal de la parte demandada.

ANÁLISIS DEL CASO

- José Antonio formuló demanda de juicio de divorcio contra D.^a Khadija dictándose Sentencia por el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de los de Logroño con fecha 15 de julio de 1996, estimatoria de la demanda.
- D.^a Khadija A. interpuso recurso extraordinario de revisión solicitando se dicte sentencia rescindiendo la de divorcio, con devolución de los autos al Juzgado *a quo*, para que las partes usen de su derecho si les conviniera.
- José Antonio presentó escrito de impugnación a la admisión del presente recurso y tras manifestar las alegaciones pertinentes solicitaba la desestimación del mismo.
- Finalizado el término de prueba, se acordó pasar las actuaciones al Ministerio Fiscal, según lo preceptuado en el artículo 1802 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quien emitió informe en el sentido de que se estime el recurso interpuesto.
- El Tribunal Supremo estimó el recurso de revisión rescindiendo y anulando la sentencia de divorcio.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Fundamenta su pretensión la parte recurrente en el art. 1796.4 LEC, ya que la sentencia impugnada se ha dictado en virtud de maquinación fraudulenta, puesto que se realizó la citación y emplazamientos por edictos, cuando la parte actora del litigio del que este recurso trae causa conocía, o por lo menos pudo conocer el domicilio real y legal de la parte demandada de aquella causa, y ahora recurrente.

Es doctrina jurisprudencial consolidada y pacífica de esta Sala —señala el Tribunal Supremo— la que establece que el recurso de revisión, por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que lo integran haya de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de la autoridad

de la cosa juzgada, sin que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del Tribunal que dio lugar a la sentencia impugnada, ni pretender una nueva instancia, con un nuevo análisis de la cuestión debatida y resuelta (por todas y como epítome la S. 16 de abril de 1996).

Asimismo, la causa de revisión basada en una maquinación fraudulenta exige una irrefutable prueba de haberse utilizado cualquier artificio, que suponga dentro del proceso una irregularidad llevada a cabo mediante falacia o engaño por el litigante vencedor, con la consiguiente indefensión de la contraparte; pues se ha logrado, con ello, ocultar al demandado la iniciación de un juicio con objeto de impedir su defensa, consiguiendo, de esta manera, el éxito de la demanda.

En el actual caso y centrandó la cuestión, hay que afirmar que la parte actora en el juicio del que este recurso trae causa, sabía o pudo saber fácilmente el domicilio de la

demandada y ahora recurrente, con base a los siguientes datos: a) Que el domicilio de la demandada estaba fijado, según le constaba a la parte actora en el divorcio, en un sitio concreto de la ciudad de Logroño; b) Que a pesar de ello no lo indicó al Juzgado —cualquiera que hubiera sido el éxito de la búsqueda—.

Pero sobre todo que el demandado en revisión no hizo averiguación alguna indicativa al Juzgado del real domicilio de su, entonces, esposa. Operación que no realizó la parte actora, sin duda, para poner en una situación de franca indefensión a la parte,

ahora, recurrente, provocando con ello una ausencia total de tutela judicial efectiva, situación proscrita por el art. 24.1 CE. Todo lo cual se subsume perfectamente en lo prescrito en el art. 1796.4 LEC, ya que si la maquinación fraudulenta precisa prueba cumplida de los hechos en que se funda, demostrativa de que la sentencia se ganó por medio de ardidés o artificios tendentes a impedir la defensa de la parte demandada, con la concurrencia del nexo causal entre el proceder malicioso y la resolución judicial, dicha operación hermenéutica se ha llevado a cabo nítidamente en el presente caso, como ya se ha especificado.

IV. PATRIA POTESTAD

1. *Visitas con los abuelos.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 23 de noviembre de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.**

Ninguna justa causa impide las relaciones personales entre el menor y sus abuelos paternos. Este tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Justo y D.^a Rita interpusieron demanda de menor cuantía contra su yerno D. José solicitando que se dictara sentencia por la que se adoptaran las siguientes medidas en cuanto al régimen de vacaciones y visitas, en relación con el menor y a favor de los actores: Que el menor pudiera pasar con sus abuelos maternos un fin de semana al mes, y que en caso de discrepancia fuera el primer fin de semana. Que sus representados pudieran comunicarse telefónicamente con el menor. Que en los períodos vacacionales, los abue-

los pudieran tener consigo al menor al menos en vacaciones de verano quince días y en las de navidad una semana, eligiendo los abuelos los períodos, los años impares y el padre los pares. Que en caso de acontecimientos familiares importantes, el menor pudiera acudir a los mismos, previo aviso a su padre de dichos acontecimientos. Que en caso que el demandado no se aviniera a las legítimas pretensiones de la parte actora, debería ser condenado a las costas del litigio.

- D. José se personó en autos solicitando la desestimación de la demanda.
- El Juzgado de 1.^a Instancia núm. 2 de Alcalá de Henares dictó sentencia el 14 de diciembre de 1993 desestimando la demanda presentada.
- En grado de apelación, la Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 14 de febrero de 1995 estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D.^a Rita y D. Justo, revocando la sentencia de instancia y reconociendo a los abuelos maternos el derecho a relacionarse con su nieto José Miguel, estableciéndose “como mínimo, y en la coyuntura de desacuerdo con el padre de dicho menor, el primer fin de semana de cada mes, desde las 11 horas del sábado a las 20 horas del domingo en el que los abuelos podrán llevarse al nieto a su casa, y una semana en verano, que igualmente, a falta de acuerdo, será en los años pares la primera semana de julio y en los impares la primera semana de agosto. No procede hacer pronunciamiento de condena en costas en esta alzada”.
- D. José interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Considera el padre que la sentencia impugnada vulnera los arts. 154 y 156 CC, relativos al ejercicio y contenido de la patria potestad y modalidades del ejercicio conjunto de la misma por los progenitores, por cuanto que se ha interpretado erróneamente el art. 160.2, al excederse el órgano jurisdiccional en la estimación de lo que en el mismo se dispone (“no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados”). En esencia lo que se debate es si son conciliables los preceptos primeramente citados con el segundo, cuando en su aplicación lo que se determina es que los abuelos maternos se relacionen con su nieto, mediante un régimen de visitas y breves permanencias en el

domicilio de éstos y una semana de vacaciones durante el verano, en su compañía.

Entiende el recurrente que “difícilmente se puede argumentar que vetar esta relación personal con los abuelos beneficia al hijo y nieto de ambos, respectivamente; más bien aparece a lo largo del proceso el interés del padre para alejar a su hijo de aquellos que, necesariamente, pueden ubicarle en la cotidiana realidad de su madre ya irremediablemente perdida, pero cuyo recuerdo no se puede pretender hurtar a la memoria del hijo, como factor fundamental para el desarrollo de su personalidad”. Debe recordarse, además, que conforme resulta de la sentencia recurrida el régimen establecido tiene

carácter subsidiario, en defecto, por tanto, de acuerdo con los abuelos para consensuar las relaciones con su nieto. Como ya razonó la sentencia de 11 de junio de 1996, “ninguna justa causa impide las relaciones personales entre el menor y sus abuelos paternos. Antes bien, este tipo de relaciones que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores”. Al tiempo, ha de tenerse presente, que, como recoge la sentencia del TS de 17 de septiembre de 1996, no se discute en el mismo una cuestión jurídica, sino unos hechos cuales son las circunstancias más favorables al menor,

a valorar por los Tribunales de instancia y, por ello, sin acceso a la casación. En suma, de acuerdo con la sentencia del TS de 11 de junio de 1998, que pondera la formación integral y la integración familiar y social del menor, debe mantenerse que las medidas que los jueces pueden adoptar, *ex art.* 158 CC, se amplían a todo tipo de situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paterno-filiales, con la posibilidad de que las adopten al inicio, en el curso, o después de cualquier procedimiento, conforme las circunstancias cambien y oyendo al menor, según se desprende de la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, aplicable retroactivamente, por cuanto se ha dicho, por mandato constitucional y por recoger el espíritu de cuantas Convenciones internacionales vinculan a España (ver Convención de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, ratificada por Instrumento de 30 de noviembre de 1990).

V. RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS A MENORES

1. *Lesiones en menor producidas en centro docente.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 22 de diciembre de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Cobal Fernández.**

Competencia de la jurisdicción civil para conocer de la demanda de reclamación de cantidad por las lesiones sufridas por un menor con ocasión de desarrollar un ejercicio en la clase de educación física, ya que el desarrollo concreto de la actividad docente no supone un servicio público strictu sensu y aunque la profesora realiza como funcionaria pública un ilícito civil, sin embargo no actuaba con funciones de “imperio”.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 13 de enero de 1988, D. Pedro, nacido el 19 de abril de 1973, alumno de 1.º de BUP del Instituto Mixto de Bachillerato de Fuengirola, cuyo Director

era D. Luis, con ocasión de hallarse en clase de educación física, bajo la dirección de la profesora de la asignatura D.^a María, al realizar uno de los ejercicios de salto que tenían lugar sobre un trampolín elástico, y que consistía en efectuar una breve carrera de ocho metros aproximadamente, para a continuación tomar impulso sobre el trampolín y botar en posición vertical sobre una colchoneta, como consecuencia de producirse un desequilibrio en el aire, cayó mal y se golpeó con la barbilla contra dicha colchoneta, lo que le causó graves lesiones y secuelas calificadas como de gran invalidez.

- Por el perjudicado D. Pedro se formuló demanda contra D.^a María, D. Luis, Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía y la Compañía “Seguros I., SA”.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 4 de Málaga dictó Sentencia el 5 de febrero de 1996 en la que aprecia la excepción de incompetencia de jurisdicción por entender que corresponde el conocimiento de los hechos a la jurisdicción contencioso-administrativa, resolución que fue confirmada en apelación por la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga de 9 de mayo de 1997.
- Contra esta última Sentencia se interpuso por D. Pedro el recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, que desestimó la excepción de incompetencia de jurisdicción y entró a conocer del fondo del asunto estimando la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La presente sentencia del Tribunal Supremo analiza con detalle todas las cuestiones planteadas por las partes, en primer lugar aborda las excepciones procesales planteadas por los demandados y posteriormente, entrando en el fondo del asunto, estudia la acción de responsabilidad civil ejercitada y fija la cuantía de la indemnización.

1. Excepción de incompetencia de jurisdicción.

Desestimada la demanda en la instancia al haberse estimado la excepción de incompetencia de jurisdicción por entender tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial que era competente la jurisdicción administrativa, sostiene el recurrente que dicho pro-

nunciamento infringe el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En el desarrollo del motivo menciona las Sentencias de 5 de julio de 1983, 27 de febrero de 1995 y 18 de febrero de 1997 en relación con las doctrinas de la *vis atractiva* y evitación del “peregrinaje de jurisdicciones”, y la Sentencia de 26 de diciembre de 1995, por cuanto existe un vínculo de solidaridad entre los demandados, figurando entre éstos, junto a la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, a “Seguros I., SA” que es persona jurídica privada (SS. de 10 de noviembre de 1990 y 17 de julio de 1982) y la Profesora y el Director del Instituto. Por otro lado sostiene que no solo se ha traído al proceso a una Administración Pública, sino también a personas privadas existiendo un

vínculo de solidaridad entre ellas (SS. de 26 de diciembre de 1995 y 10 de noviembre de 1990), por lo que corresponde conocer a la Jurisdicción civil y no a la contencioso-administrativa, con arreglo a la doctrina de la *vis atractiva* de aquella Jurisdicción y su carácter residual (SS. 10 de noviembre de 1990 y 2 de febrero de 1987).

Para resolver la cuestión planteada —señala el Tribunal Supremo— es de interés señalar que, ocurrido el hecho base de la pretensión ejercitada en la demanda el día 13 de enero de 1988, el régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública está constituido, aparte los preceptos de la Ley de Régimen Local y Expropiación Forzosa (art. 121), aquí sin interés, por los artículos 106.2 CE, 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, en los que se distinguía según que la lesión fuese consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (art. 40), o de una actuación del Estado en relaciones de derecho privado (art. 41), en el que “responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración; habiéndose de exigir, en este caso, la responsabilidad ante los Tribunales ordinarios”, y el art. 1903, párrafo quinto, del Código Civil (actualmente derogado por la Ley 1/1991, de 7 de enero), el cual, aunque aplicado por algunas Sentencias (como las de 20 de marzo de 1975 y 5 de marzo de 1997), y aludido en otras (15 de diciembre de 1994), había sido considerado sin efectividad práctica (S. 27 de marzo de 1992), o modificado, e incluso sustituido, por el art. 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración antes citado, que no diferencia —dice la S. de 27 de enero de 1989— entre agente especial y ordinario y considera en todo caso los actos como propios de la Administración. De conformidad con la normativa anterior, y singularmente del inciso final del art. 40 LRJAE, además de la disposición recogida en el apartado b) del art. 3

de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de 27 de diciembre de 1956 (que atribuye a ésta el conocimiento de las cuestiones que se susciten sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública), se establecía un sistema aparentemente sencillo para determinar las respectivas competencias, en la materia de que se trata, de las Jurisdicciones Civil y Contencioso-Administrativa, que dependía si la responsabilidad derivaba de una actuación en relación de derecho privado, o del funcionamiento de un servicio público. No obstante la aparente sencillez del sistema legal, diversos factores y circunstancias dificultaban la adopción de una solución clara, pues, por un lado, parecía obvio (aunque hubo excepciones jurisprudenciales) que no cabía someter a los particulares (personas privadas) a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que, de no traerse a la Administración al proceso civil, en los supuestos de responsabilidad conjunta o solidaria, una eventual división de la continenencia de la causa creaba el riesgo de sentencias contradictorias; por otro lado, la línea divisoria entre las situaciones reguladas en los artículos 40 y 41 LRJAE no siempre era de fácil aplicación, lo que determinó en diversas ocasiones una interpretación restrictiva de la expresión “funcionamiento normal o anormal de un servicio público” (como ponen de relieve las Sentencias de 1 de julio de 1986 y 28 de marzo de 1990); y en tercer lugar, poderosas razones constitucionales abogan por la necesidad de dar respuesta, sin más demora, a reclamaciones indemnizatorias en dilatada espera de solución judicial (según ampliamente destaca, dentro de una nutrida jurisprudencia, la Sentencia de 23 de diciembre de 1997). Todo ello explica la consolidación de las doctrinas invocadas en los motivos de la *vis atractiva* y evitación del “peregrinaje jurisdiccional”, y justifica que se asumiera con base en ellas, en numerosos supuestos, la competencia en favor de la Jurisdicción Civil, a la que el art. 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye un papel preponderante en el plano competencial,

al residenciar en la misma, además de las materias que le son propias, todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional, lo que configura su carácter residual. Una clara demostración de lo dicho se recoge en cuanto a la *vis atractiva* en la Sentencia de 2 de febrero de 1996 en la que se dice que “en el problema que nos ocupa está fuera de duda que en los supuestos en que la Administración actúa en relaciones de derecho privado, el conocimiento de su responsabilidad por los daños y perjuicios causados corresponderá a la jurisdicción del orden civil, debiendo exigirse ante los Tribunales ordinarios, en el decir del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, como también lo está que en aquellos otros en que se pretenda una indemnización por los particulares que se consideren lesionados a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público la competencia vendrá atribuida a la jurisdicción del orden contencioso administrativo, a tenor de los artículos 40 de la precitada Ley, 3.b) de la Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 121 de la de Expropiación Forzosa. Sin embargo, la solución ya no es tan clara para los casos en que conjuntamente con la Administración figuren demandadas personas físicas o jurídicas privadas, pues si la reclamación se formula con carácter solidario o existe un vínculo de solidaridad entre todos los codemandados, la *vis atractiva* que caracteriza a la jurisdicción civil o su condición de ‘residual’ (artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), aconseja atribuir la competencia a la expresada jurisdicción, especialmente, para evitar la posibilidad de fallos contradictorios de separarse la continenencia de la causa, y en este sentido se decanta la mayor parte de la doctrina jurisprudencial de la Sala”.

La Sentencia de la Audiencia decide el tema litigioso en la perspectiva exclusiva del panorama legislativo-jurisprudencial anteriormente expuesto, es decir, sin contemplar la normativa introducida por la Ley RJA-PAC 30/1992, de 26 de noviembre, y

Reglamento aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo, que al menos podría haber suscitado duda acerca de su aplicabilidad (disposición transitoria cuarta del Código Civil) al haber entrado en vigor respectivamente el 27 de febrero y 5 de mayo de 1993, y por lo tanto con anterioridad al planteamiento de la demanda que tuvo lugar el 19 de julio de 1993, y argumenta en pro de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa que “el suceso ocurrió en el interior de un Colegio Público, a un alumno del mismo y cuando en clase de gimnasia saltaba un determinado aparato a instancia de una profesora, la cual, igual que el Director del Centro, también demandado, son funcionarios dependientes de la Consejería de Educación o de la Delegación Provincial de la misma, y por su actuación como tales y no por otra causa son llamados al pleito”. Y más adelante añade que “el suceso ocurre dentro de la esfera del *ius imperii* del que aparece revestida la Administración, en este caso Autonómica, y afecta así mismo a los codemandados en cuanto que su actuación se desarrolla en el marco de un indudable servicio público y su posible negligencia no es la exigible a los particulares sino la revisable dentro del funcionamiento normal o anormal de la propia Administración”.

La Sala no está de acuerdo con la solución adoptada por la resolución recurrida por las razones que se exponen a continuación. El tema nuclear del proceso lo constituyen las lesiones, y gravísimas secuelas, sufridas por un alumno de un Instituto con ocasión de desarrollar un ejercicio en la clase de educación física, y en el caso se plantea, aparte de otros aspectos, como fundamental, si la profesora que dirigía la sesión adoptó, en esa conjetura, todas las medidas de precaución aconsejables, en relación con las circunstancias del caso, para prevenir el evento dañoso. Sin perjuicio de admitir la dificultad práctica de perfilar las líneas que acotan la diversa naturaleza de las actividades o campos de responsabilidad de la Administración en las perspectivas privada o netamente pública [que no es otra cosa que

el deslinde operativo de los preceptos de los arts. 40 y 41 LRJAE 1956, que fueron derogados por el ap. 2.a) de la disposición de esta naturaleza de la Ley 30/92], sin embargo, en el supuesto que se enjuicia, parece criterio más correcto con arreglo a derecho entender que el desarrollo concreto de la actividad docente (no se cuestiona el tipo de enseñanza, su calidad, o funcionamiento del servicio) no supone un servicio público *strictu sensu*, es decir, no es una actividad propiamente administrativa (con independencia que lo sea la del control superior). La profesora a la que se atribuye el ilícito civil era funcionario público, pero no actuaba en funciones de “imperio”, no estaba revestida, ni directa, ni por delegación, de prerrogativa de índole público; no concurría en el caso una actuación de poder público en uso de las potestades públicas. La actividad en que se produjo la hipotética omisión negligente encaja más en el ámbito del art. 41 LRJAE que en el del 40, tanto más si se tiene en cuenta que el ámbito del segundo ha sido objeto jurisprudencialmente de una interpretación restrictiva, especialmente cuando la Administración se ocupa de actividades paralelas, sustitutivas de éstas, o en las que se dan en la sociedad las dos posibilidades operativas (por la Administración y por los particulares), como ocurre con las sanitarias y las docentes, entre otras, tal y como ya tiene señalado esta Sala (por todas, recientemente, Sentencia de 23 de diciembre de 1997). Las Sentencias citadas por la Audiencia en orden a justificar su decisión de estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción no son de aplicación a este caso, y se refieren a hipótesis que no guardan la más mínima similitud con la de autos. La de 3 de octubre de 1994 se refiere a un supuesto de actuación de un órgano administrativo (Gerencia Municipal de Urbanismo de un Ayuntamiento) dentro de un expediente de tal naturaleza en virtud de un acuerdo de carácter administrativo y mediante un acto público de igual carácter, todo ello en cumplimiento de la acción administrativa urbanística propia de las competencias específi-

cas municipales. La de 29 de diciembre de 1995 se refiere al ejercicio de una acción fundada en el art. 40 LRJAE en relación con un accidente de circulación atribuido a la defectuosa instalación o conservación de la valla protectora de una carretera nacional (indudable servicio público del Estado en cumplimiento de sus deberes relacionados con la policía de carreteras). Y la de 2 de febrero de 1996 también se refiere a un supuesto claro del art. 40 LRJAE de 1956, pues se trata de un caso de responsabilidad patrimonial por muerte de una persona producida por disparo de Guardia Civil con ocasión de una huelga de Transporte (la intervención del autor del disparo se produjo en ejercicio, por delegación, de facultades propias del *ius imperii*).

A lo anteriormente razonado debe añadirse, y con lo que se va a decir se contempla también la resolución del problema en la perspectiva jurisdiccional afectada por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre que ha sido codemandada la “Seguros I., SA”, por lo que, dado su carácter de persona jurídica privada, es de aplicación la doctrina de la *vis atractiva*. No es de aceptar en relación con este tema el argumento de la Sentencia recurrida en el sentido de que la aseguradora referida acude al litigio, no en virtud de la existencia de un contrato de seguro regulado en el ámbito privado o mercantil, sino en virtud de un seguro colegial que la ley impone (aludiéndose en otro fundamento jurídico a la naturaleza legal de la obligación asumida por la aseguradora). La citada Sentencia confunde el seguro colegial, esto es, el escolar obligatorio, con el seguro de responsabilidad civil contraído por el Instituto Mixto de Bachillerato de Fuengirola con “Seguros I., SA”. Examinadas las actuaciones, obran en las mismas, repetidamente, referencias documentales a ambos seguros que revelan que no tienen nada que ver entre sí (así incluso lo viene a exponer indirectamente el Director del Colegio al declarar en el proceso penal, cuyas actuaciones figuran por testimonio en los autos). El seguro con-

certado por “Seguros I, SA” es un seguro de responsabilidad civil que asegura la que pudiera recabarse del Centro Docente (que es el tomador), abarcando los accidentes corporales y/o materiales causados a terceros, teniendo esta consideración los alumnos. Se trata de un contrato privado y sujeto, como en el mismo consta, primordial e imperativamente a la Ley 50/1980 (verb. f. 28).

La solución que se adopta en relación con la asunción de la competencia para conocer del asunto por este orden jurisdiccional civil se halla en línea de cabal coherencia con numerosas resoluciones de esta Sala, entre las que cabe destacar las de 16 de mayo de 1987, 7 de abril de 1989, 10 de noviembre de 1990, 3 de diciembre de 1991, 5 de octubre de 1995, 22 de noviembre de 1996, 23 de diciembre de 1997, 28 de diciembre de 1998 y 24 de febrero y 6 de mayo de 1999. No son de aplicación al caso las Sentencias citadas por la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía en su escrito de impugnación del recurso de casación; unas, porque no son de esta Sala, y la de 16 diciembre de 1998 que sí lo es, porque se refiere a un caso en que se demandó únicamente a un ente administrativo.

2. Excepción de prescripción.

Invocada por la demandada Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía la excepción de prescripción, la misma no puede ser estimada porque si bien el hecho ocurrió el día 13 de enero de 1988 y la demanda no se presentó hasta el 19 de julio de 1993, el transcurso del plazo prescriptivo del año que establece el art. 1968.2.º CC fue interrumpido por la tramitación de una causa penal por el mismo hecho y por la reclamación previa en la vía gubernativa (arts. 1973 y 1974, párrafo primero, del Código Civil), efecto interruptivo que no solo paraliza el transcurso del plazo, sino que deja sin efecto el tiempo transcurrido con anterioridad, de tal modo que el cómputo se inicia *ex novo* una vez producida la interrupción, o cesados sus efectos

(terminación de la causa penal y del trámite de la reclamación previa administrativa). En el supuesto que se enjuicia no se produjo en ningún momento el decurso efectivo del periodo del año, porque desde el día del accidente hubo actuaciones penales en varios Juzgados (de Fuengirola y Málaga), y además (según el n.º 109 del Registro General del Juzgado) se formuló denuncia el 9 de enero de 1989 —y no de 1991 como alega la demandada— (por lo tanto antes de aquel plazo), y aunque la causa penal (Juicio de Faltas 121/1991 del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Fuengirola, en el que se transformaron las Diligencias Previas 1220/88) terminó por Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de abril de 1992, archivada por proveído del 22 de mayo siguiente, sin embargo se planteó la reclamación previa ante la Junta de Andalucía el 26 de marzo de 1993 (doc. f. 7, no contradicho en las actuaciones).

3. Excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario.

Por el demandado D. Luis se formulan las excepciones de falta de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse demandado al Instituto Nacional de Seguridad Social o, en su caso, a la Consejería de Sanidad de la Junta de Andalucía, y la de falta de personalidad en el demandado por no tener el carácter o representación con que se le demanda. Ninguna de ellas puede ser acogida. La segunda porque se fundamenta en argumentos de fondo —en síntesis, que no corresponde al Director, sino al Jefe de Estudios, la función de coordinar y velar por la ejecución de las actividades de carácter académico de profesores y alumnos en relación con el plan anual del centro escolar— que son inadecuados para dar lugar a la excepción, la cual tal y como se rubrica, y habida cuenta también el precepto en que se apoya (art. 533.4 LEC), tiene como contenido la falta de capacidad para ser parte o de capacidad procesal (*legitimatío ad processum*), que obviamente en el caso no se cuestionan. La defensa de falta de litisconsorcio pasivo necesario

se fundamenta por la parte demandada mencionada, desde el punto de vista fáctico, en “la necesidad de analizar si hubo alguna acción u omisión negligente por parte de los servicios sanitarios”, tanto en el momento de ser recogido el accidentado y trasladado en ambulancia al Centro correspondiente, como en lo que hace referencia al tratamiento quirúrgico, lo que es posible —se dice— haya agravado aún más el daño, y ocasionado las secuelas que ahora padece, y, desde el punto de vista jurídico, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 1986, 1 de marzo de 1988, 2 de febrero de 1991 y 29 de abril y 5 de junio de 1992. La objeción procesal carece totalmente de consistencia. En cuanto al aspecto del *factum*, no hay en autos la más mínima base para sospechar la verosimilitud de la alegación efectuada, lo que no obsta sin embargo a que pueda ser objeto de otro proceso pues no se comprende en el ámbito de *res iudicata* del que se enjuicia, y la mera afirmación, que no sufrió ninguna limitación probatoria, no es suficiente para exigir la presencia en el proceso de personas físicas o jurídicas cuya intervención en los hechos pudiere influir decisivamente en la condena (en la línea que siguieron las Sentencias de esta Sala de 28 de septiembre y 28 de diciembre de 1993). Y por lo que respecta al pretendido soporte jurisprudencial, ninguno de los casos resueltos en las Sentencias citadas guardan la más mínima similitud con el de autos, pues todas ellas versan sobre materia contractual —la de 16 de diciembre de 1986 sobre simulación de contrato; la de 1 de marzo de 1988, mandato; la de 2 de febrero de 1991, permuta; la de 29 de abril de 1992, compraventa; y la de 5 de junio de 1992 sobre la disolución de una sociedad civil—, y, además, en la mayoría ni siquiera se aprecia la concurrencia de situación litisconsorcial de carácter necesario, la que ha de responder, bien a una disposición legal (litisconsorcio necesario propio), o bien a una inescindibilidad de la relación jurídica material controvertida (litisconsorcio necesario impropio).

4. Excepción de cosa juzgada.

Se alude en los escritos de contestación al contenido de las Sentencias absolutorias dictadas en la causa penal (la del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Fuengirola de 15 de noviembre de 1991, confirmada por la de la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Málaga de 11 de abril de 1992). Dichas resoluciones, en cuanto que no declaran la inexistencia del hecho, no vinculan al juzgador que conoce del proceso civil, el cual goza de total soberanía no solo ya para valorar el material probatorio practicado en los autos, sino incluso los datos de hecho que obren en el testimonio del proceso penal incorporado a aquellos (arts. 596.7 LEC; 116 LECr.; SS. 4 de febrero y 2 de noviembre de 1987; 9 y 28 de abril y 7 de junio de 1988; 2 y 9 de junio de 1989; 27 de febrero de 1990; 5 y 8 de febrero, 28 de mayo, 7 octubre y 4 de noviembre de 1991; 6 de marzo de 1992; 26 de mayo y 1 de diciembre de 1994; 4 de noviembre y 10 de diciembre de 1996; 23 de marzo de 1998 y 13 de marzo de 1999).

5. Examen de la cuestión de fondo.

Entrando en el fondo del asunto y analizadas las alegaciones de las partes, y las pruebas practicadas —singularmente testifical y documental (cuyos folios no es posible reseñar al no haberse efectuado la adecuada numeración, como era su obligación, por los órganos jurisdiccionales de instancia)— el Tribunal Supremo deduce que la producción del accidente se debió a no haberse observado por la profesora que ordenaba y dirigía el ejercicio la diligencia media que le era exigible, dado que no adoptó las medidas de precaución y seguridad que la prudencia imponía en atención a un riesgo previsible en relación con la naturaleza de la actividad y las demás circunstancias concurrentes, obrando con evidente descuido y exceso de confianza, sin dar la debida consideración al peligro que entrañaba la

clase de educación física que había mandado efectuar a los alumnos, riesgo que por su preparación y titulación no le era ajeno. Entre las circunstancias aludidas cabe reseñar: la edad de los alumnos; el tipo de aparato, que entrañaba, no una excesiva, pero sí una cierta peligrosidad; la dificultad del ejercicio, hartamente patente y que además se revela por las caídas producidas y el temor de aquellos a realizar el salto; la falta de técnica en la realización del ejercicio, el que habría requerido una mayor y lenta preparación, sin que sea suficiente una mera explicación verbal; la presión añadida que pesaba sobre los alumnos que temían no aprobar la asignatura si no lograban, o al menos intentaban el ejercicio, y sobre todo, hay que resaltar, el no haber estado la profesora más cerca al lugar del salto, o de la caída, bien personalmente o por medio de personas expertas que le auxiliaren para el caso de producirse el desequilibrio, pues este era previsible, incluso por la causa de pisar mal el trampolín, algo posible dadas las circunstancias expuestas, y todo ello con más razón todavía si se tiene en cuenta que era el primer día (la primera clase) en que los alumnos del grupo actuante realizaban el ejercicio. A la argumentación expuesta, que responde a la valoración probatoria de las pruebas obrantes en las actuaciones y juicio de valor efectuados por la Sala, es de clara aplicación el precepto del art. 1902 del Código Civil, por concurrir la actuación culposa, el daño y la relación de causalidad entre ambos, debiendo advertirse, por un lado, que la apreciación culposa se fundamenta en una estimación subjetiva pura, sin que sea preciso en el caso acudir a ninguno de los expedientes que admite la jurisprudencia en orden al acogimiento de la responsabilidad cuasi-objetiva; y por otro lado, que de lo actuado no resulta la incidencia en la gravedad del resultado dañoso producido de ninguna otra causa concomitante o sucesiva.

Por lo que respecta al Director del Colegio no se aprecia la existencia de un comportamiento con incidencia en el nexa cau-

sal. Es cierto que el Director es el coordinador de las actividades del Centro y el encargado de hacer las compras (y entre ellas la del apartado de autos) y ordenar los pagos, y asimismo que debía conocer que el uso del trampolín estaba previsto en la programación escolar. Sin embargo la perspectiva causal y culposa del caso no se derivan de esas consideraciones, como tampoco resultan relevante si se usó o no en otros Centros y la homologación industrial, aparte de que en modo alguno consta que hubiera sido vedada su utilización por las Autoridades responsables de Educación y Ciencia. Lo verdaderamente trascendente es que la profesora, que obviamente conocía el riesgo concreto del aparato, no actuó con arreglo a la diligencia que le era exigible, sin que quepa descargar en el Director del Colegio una especie de responsabilidad genérica por todo lo que ocurre en el mismo, con el riesgo de convertir la *culpa in vigilando* en un expediente que conduzca a la responsabilidad objetiva pura, que la regulación positiva no admite, y la jurisprudencia rechaza.

6. Cuantía de la indemnización.

En cuanto al importe de la indemnización, la Sala, acogiendo todos los conceptos expresados en la demanda, acuerda fijarlo en la suma de ciento veinte millones de pesetas, para lo cual ha tenido especialmente en cuenta las gravísimas secuelas físicas y síquicas que le han quedado al demandante como consecuencia del accidente, y que se revelan por el informe médico efectuado en el proceso penal ratificado mediante testimonial en el presente, las declaraciones testimonial de la sicólogo-sicoanalista que trató al lesionado y de la propia madre de éste, así como el informe pericial médico de autos, sin que resulte preciso concretar los graves padecimientos que afectan al actor; aunque debe hacerse constar que nada obsta a que la cantidad expresada sea superior a la interesada en el Juicio de Faltas, porque es doctrina de esta Sala (Sentencias de 26 de mayo de 1981, 16 de febrero de 1988, 5 de abril de 1991 y 16 de octubre de 1993 y 21 de no-

viembre de 1996) que, cuando se trata de daños corporales o personales, la cifra indemnizatoria pedida en un proceso penal anterior no vincula respecto de la solicitada después en vía civil, por lo que en modo alguno concurre la infracción de la teoría que veda ir contra los propios actos.

La responsabilidad de la Administración Autónoma viene determinada (art. 2.3 del Código Civil) por la aplicación de la normativa sustantiva de la LRJAE de 1956, vigente al tiempo del accidente, y el art. 1903, párrafo quinto, del Código Civil (ora culpa *in eligendo*, ora *in vigilando*) que habla de Estado pero es aplicable a todas las Administraciones Públicas (S. 26 de febrero de 1996), aunque en realidad su contenido resultó absorbido por el del art. 41 LRJAE; y tal responsabilidad tiene carácter directo (S. 15 de diciembre de 1994, entre otras), operando prácticamente, según la doctrina de esta Sala, con el efecto de vínculo de solidaridad respecto a los otros responsables, como se ha postulado en la demanda. Y en cuanto a la responsabilidad de la Compañía

de Seguros es de aplicación la normativa jurídica correspondiente al contrato que tiene concertado (art. 73 Ley 50/1980, de 8 de octubre), que también tiene carácter directo (art. 76 de dicha Ley, SS. 3 de octubre de 1996, 10 de julio y 25 de octubre de 1997, 12 de septiembre de 1998), debiendo responder hasta el límite de la cantidad máxima asegurada (S. 29 de marzo de 1995) la que se concretará en debida forma en ejecución de sentencia.

Por lo que respecta a la pretensión relativa al pago de los intereses, la exigencia de la liquidez —determinación total— determina su condena a partir de esta resolución. Se devengarán desde la fecha de ésta los previstos en el párrafo cuarto del art. 921 LEC, si bien en cuanto a la Administración Autónoma habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el párrafo quinto de dicho precepto para la Hacienda Pública. No es de aplicación en el caso, dadas las circunstancias concurrentes, la condena de la Compañía de Seguros al pago de los intereses del art. 20 de la Ley 50/1980, aunque sí a los procesales en los términos antes expresados.

VI. SUCESIONES

1. *Nulidad de testamento abierto y validez del ológrafo.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 11 de noviembre de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.**

Nulidad de testamento abierto notarial cuando a la testadora le faltaba el entendimiento y comunicación careciendo de la necesaria capacidad.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Manuel y D. Luis Felipe interpusieron demanda de mayor cuantía contra D. Santiago, D. Alejandro, D. Valentín y D. Ignacio, solicitando:

“...tenga por presentado este escrito con sus documentos unidos, se sirva admitirlo y en su virtud acordar la adveración y protocolización del referido testamento ológrafo, que se acompaña como documento anexo número 3, y, en consecuencia, se declare la nulidad del testamento presuntamente otorgado por D.^ª Amparo, con fecha 27 de noviembre de 1987, ante el Notario, se declaren privados de su derecho a la herencia a los herederos abintestato que hayan intervenido en el otorgamiento fraudulento del mencionado testamento notarial, así como que se declare la responsabilidad por daños y perjuicios al Notario autorizante de dicho testamento”.

- Los demandados se personaron en autos y contestaron a la demanda solicitando su desestimación.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 40 de los de Madrid dictó sentencia el 5 de noviembre de 1992 estimando la demanda acordando tener por adverado, y, la protocolización del testamento ológrafo que se acompaña a la demanda, declarándose la nulidad del testamento presuntivamente otorgado por D.^ª Amparo el 27 de noviembre de 1987 ante el Notario del Ilustre Colegio de Madrid, declarándose igualmente la responsabilidad por daños y perjuicios del Notario autorizante de dicho testamento, sin haber lugar a las restantes pretensiones contenidas en el suplico de la demanda, todo ello con imposición de las costas causadas a la parte demandada.
- En grado de apelación, la Sec. 9.^ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 23 de noviembre de 1994 acogiendo parcialmente los respectivos recursos de apelación interpuestos por los demandados, revocando la expresada resolución en los exclusivos sentidos de dejar sin efecto la declaración de responsabilidad civil del Notario demandado autorizante del testamento abierto declarado nulo, así como el particular impositivo de las costas a la parte demandada, sobre cuyo extremo se omite expresa declaración, confirmando sus restantes pronunciamientos y omitiendo asimismo pronunciamiento expreso en cuanto a las costas causadas en esta alzada.
- D. Santiago, D. Alejandro y D. Valentín interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El núcleo del presente recurso de casación reside en determinar si D.^ª Amparo el 27 de noviembre de 1987, fecha en que aparece como otorgante de un testamento notarial abierto, tenía o no tenía la capacidad mental y legal para ello, o dicho con otras palabras y adoptando la terminología del ar-

tículo 663.2 del Código Civil, si dicha testadora se encontraba en su cabal juicio.

Del conjunto de la prueba practicada, que no sólo se puede referir a los informes técnicos aportados como prueba documental por la parte actora —ahora recurrida—, sino

también a la testifical de los firmantes; pues bien, de dichos informes técnicos, documental y pericial médica, el juzgador de instancia realiza una actividad hermenéutica técnicamente lógica y racional, al llegar a la conclusión inequívoca que la referida testadora en el momento del otorgamiento del testamento en cuestión, carecía de entendimiento y comunicación, llegando a la conclusión de que la capacidad de la misma había quedado destruida.

Todo lo dicho, unido a la doctrina constante y pacífica emanada de la jurisprudencia de la Sala que determina que el *factum* de la sentencia deviene en intocable por vía casacional, y siempre, como ocurre en el presente caso, cuando el mismo se haya configurado con racionalidad y desechando cualquier atisbo de conculcación de los más elementales parámetros de la lógica; ya que lo contrario significaría un ataque inaceptable a la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, convirtiéndolo en una tercera instancia o apelación limitada.

En otro orden de cosas, entienden los recurrentes que la sentencia ha infringido los artículos 632 de dicha Ley procesal y el 1243 del Código Civil. Los antedichos preceptos alegados como base casacional para este motivo proclaman que los Jueces y Tribunales apreciarán la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos.

Desde luego en la sentencia recurrida no asoma atisbo alguno que permita estimar como infringidos dichos preceptos, que dudosamente puedan servir como base casacional, dado su carácter general, y desde luego no sirven, en caso alguno, para fundamentar la alegación de la parte recurrente, cuando afirma que la firma de un testamento

ológrafo, que con anterioridad había efectuado la mencionada testadora, no es firma indubitada. Y se dice lo anterior por la simple razón de que aquí lo que se discute es la situación de cabal juicio de D.^a Amparo en el momento de otorgar el testamento abierto, de fecha 27 de noviembre de 1987. En otras palabras que la presente controversia se centra en si dicho instrumento público adolecía de un posible vicio que lo abocara a su nulidad, pero nunca si había sufrido una falsedad material que llevaría su investigación al orden jurisdiccional penal. Por lo que el tema de la realidad de una firma a través de la existencia de otra indubitada, no tiene razón de ser y no puede fundamentar, como se ha dicho ya, el actual motivo.

También los recurrentes entienden infringidos los artículos 688, 691 y 692 del Código Civil que regulan los requisitos personales, formales —principalmente los referidos a su protocolización— del testamento ológrafo, los cuales remarcan y determinan la naturaleza específica de esta manera de expresar una voluntad testamentaria y admitida plenamente en nuestro derecho. Pues bien —señala el Tribunal Supremo— dichos preceptos para nada aparecen infringidos en la sentencia recurrida, desde el instante mismo que del *factum* de la sentencia recurrida se desprende que dicho testamento ológrafo otorgado el 11 de noviembre de 1985 por D.^a Amparo contiene la expresión del año, mes y día de su otorgamiento, que fue suscrito y firmado de puño y letra por la referida D.^a Amparo que en aquél entonces estaba en pleno uso de sus facultades mentales, y que en el acto de jurisdicción voluntaria previo y preciso para su protocolización fueron llamados todos los herederos y que en el mismo tuvo intervención plena el Ministerio Fiscal.

2. *Nulidad de donación.*

**Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de noviembre de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.**

Nulidad de la donación efectuada por un cónyuge en el periodo en el que la sociedad de gananciales estaba disuelta pero no liquidada.

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 10 de marzo de 1924 contrajeron matrimonio en Montevideo (Uruguay), D. Elías y D.ª Luisa ante las autoridades civiles uruguayas, sin que conste que en el mismo participara autoridad consular española a pesar de que ambos contrayentes tenían la nacionalidad española. Dicho matrimonio fue disuelto por sentencia de divorcio dictada por juez Departamental de primer turno de Uruguay, de fecha 17 de noviembre de 1931, sin que tampoco se hiciera constar este evento ante autoridad o Registro español.
- De dicho matrimonio nació un único hijo —D. Elías— el día 4 de octubre de 1924. La madre D.ª Luisa falleció sin otorgar testamento el 13 de mayo de 1951, siendo su hijo declarado su único heredero abintestato por auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de Lugo, el día 7 de diciembre de 1987.
- D. Elías (padre) contrajo de nuevo matrimonio en España el 24 de abril de 1944 con D.ª Concepción, de cuyo matrimonio nació D.ª M.ª Luisa. Cuando D. Elías fallece el día 4 de febrero de 1985 deja como único testamento el otorgado ante notario el 16 de mayo de 1984. En dicho instrumento se ratifica la donación de una finca rústica, efectuada a favor de su esposa el día anterior.
- Elías (hijo) interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª Concepción, D.ª M.ª Luisa y D. Tomás sobre nulidad de partición hereditaria y otros extremos solicitando se dicte sentencia declarando: a) la nulidad o inexistencia de la donación realizada por D. Elías (padre del actor) el día 15 de mayo de 1984 a favor de D.ª Concepción; la nulidad de cuantos contratos públicos o privados se pudieran haber otorgado posteriormente por D.ª Concepción en relación con dicha finca en favor de terceras personas; y la consiguiente nulidad de las inscripciones registrales correspondientes derivadas de la donación, y de los contratos referidos, ordenando su cancelación

en el Registro de la Propiedad. b) Que, como consecuencia de lo anterior, la finca objeto de donación pertenece a la comunidad hereditaria formada sobre los bienes gananciales del matrimonio de D. Elías (padre del actor) y D.^ª Luisa; c) que, por ello, D.^ª Concepción deberá abonar a la comunidad hereditaria antes indicada los frutos y rentas percibidos o debidos de percibir de la citada finca, así como responder de los deterioros ocasionados en la misma, todo ello con arreglo a los preceptos que regulan la liquidación de la situación posesoria, en poseedor de mala fe, y en las cuantías que se determinen en ejecución de sentencia, con sus correspondientes intereses, que también se devengarán en el caso de que, por haber pasado la finca a manos de tercero de buena fe, la restitución haya de ser sustituida por el valor de la misma, a determinar también en fase de ejecución; d) La nulidad radical o inexistencia de las operaciones de liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia aprobadas y protocolizadas por escritura pública autorizada el 30 de enero de 1987 por notario y la nulidad de todas las adjudicaciones efectuadas en dichas operaciones de liquidación de sociedad de gananciales y partición hereditaria, así como de todo contrato público o privado que los adjudicatarios pudieren haber otorgado con posterioridad sobre los bienes que, en dichas operaciones, les fueron atribuidos; e) la nulidad de cuantas inscripciones registrales se pudieren haber verificado como consecuencia de aquellas adjudicaciones o los posteriores contratos, ordenando su cancelación en los correspondientes Registros Públicos. f) Que, como consecuencia de lo anterior y en ejecución de sentencia, debe procederse a la práctica de una nueva partición de los bienes dejados a su fallecimiento por D. Elías (padre del actor), de conformidad con los preceptos aplicables, teniendo en cuenta las bases legales de general aplicación.

- D.^ª María Luisa y D.^ª Concepción se personaron en autos y contestaron a la demanda oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación. El otro demandado D. Tomás fue declarado en rebeldía.
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de los de La Coruña dictó sentencia con fecha 3 de julio de 1991 estimando la demanda y condenado a los demandados a que completen en bienes o en metálico el haber hereditario del actor en la cuantía de 5.927.491 ptas., sin hacer especial imposición de costas.
- En grado de apelación, la Sec. 3.^ª de la AP de La Coruña dictó sentencia el 30 de diciembre de 1994 estimando en parte los recursos y declarando: La nulidad radical o inexistencia de la donación realizada por D. Elías el día 15-5-1984 a favor de D.^ª Concepción; que como consecuencia de lo anterior, la finca descrita en el hecho décimo de la demanda pertenece a la comunidad hereditaria formada sobre los bienes gananciales del matrimonio (nulo en España) de D. Elías (padre del actor) y D.^ª Luisa; que por ello,

D.^a Concepción deberá abonar los frutos y rentas percibidos o debidos de percibir de la citada finca, así como responder de los deterioros ocasionados en la misma con arreglo a los preceptos que regulan la liquidación de la situación posesoria en poseedor de buena fe y en las cuantías que se determinen en ejecución de Sentencia con sus correspondientes intereses, a devengar también caso de haber pasado la finca a terceros y la restitución haya de ser sustituida por el valor de la misma, a determinar también y en su caso en ejecución de Sentencia; la nulidad radical de las operaciones de liquidación de sociedad de gananciales y partición de herencia aprobadas y protocolizadas por escritura pública autorizada el 30-1-1987 por notario; la nulidad de todas las adjudicaciones efectuadas en dichas operaciones de liquidación de sociedad de gananciales y partición hereditaria así como de cuantas inscripciones registrales se pudieren haber verificado como consecuencia de aquellas adjudicaciones ordenando su cancelación en el correspondiente Registro Público; Que como consecuencia de lo anterior y en ejecución de sentencia, debe procederse a la práctica de una nueva partición de los bienes dejados a su fallecimiento por D. Elías de conformidad con los preceptos aplicables, teniendo en cuenta las bases legales de general aplicación, y específicamente otras. Asimismo, y como consecuencia de las expresadas declaraciones, se condena a las demandadas D.^a M.^a Luisa y D.^a Concepción a estar y pasar por ellas, cumpliéndolas en su integridad y en particular a realizar en ejecución de Sentencia todo lo necesario para que se lleve a cabo la partición de los bienes que quedaron al fallecimiento de D. Elías, haciendo las restituciones de bienes y cantidades y los abonos de rentas y frutos y daños según quedó declarado con sus intereses procedentes, y realizando todo lo demás necesario legalmente hasta ultimar la expresada partición hereditaria y entregar a cada interesado en la sucesión los bienes que definitivamente le corresponda, así como los títulos de los que se le adjudiquen.

- D.^a María Luisa y D.^a Concepción interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El punto de partida no es otro que la declaración de que el matrimonio contraído por D. Elías y D.^a Luisa fue una unión matrimonial que puede tacharse de nula pero nunca de inexistente y, ello, siempre en relación al ordenamiento jurídico español. Efectivamente, como señala el Tribunal Supremo, prescindiendo de la deletérea distin-

ción existente entre actos jurídicos inexistentes y nulos, y de acuerdo con moderna doctrina científica, se debe afirmar que el referido matrimonio, que siempre hay que estimar por razones obvias como de naturaleza civil, se ha de calificar como nulo de una manera absoluta, puesto que fue contraído exclusivamente ante las autoridades

civiles uruguayas, lo que contradice abiertamente con lo dispuesto en los arts. 100 y 101.4 CC entonces vigentes, y con lo dispuesto en los actuales arts. 49.1 y 51 del referido cuerpo legal, que exigen la intervención de un funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero, que hará las veces de juez municipal según la anterior normativa, o de funcionario señalado. Ahora bien dicho matrimonio fue contraído con absoluta buena fe, ya que la misma se presume, y en la presente contienda no se ha comprobado lo contrario, con lo que se cumple lo dispuesto en el antiguo art. 69 CC.

Como consecuencia lógica de lo anteriormente proclamado y también con arreglo al mencionado precepto —vigente para lo acaecido— hay que proclamar que dicho matrimonio nulo a los efectos del ordenamiento jurídico español, como ha sido contraído de buena fe, ha de producir efectos civiles entre los cónyuges y, en todo caso, respecto a los hijos.

Ahora bien, dada la buena fe declarada que en sus efectos debe amparar a los cónyuges, los mismos han de tener consecuencias sobre régimen económico matrimonial que en su momento debe ser liquidado. Y con total acuerdo con la sentencia recurrida, el régimen económico matrimonial en el evento de unión acaecido —matrimonio nulo de D. Elías y D.^a Luisa— ha de ser el de la sociedad legal de gananciales, pues así se desprende de lo dispuesto en el art. 9 en relación con el art. 1315 CC, en aquel tiempo entonces vigente, confirmado con lo dispuesto en los arts. 72 y 1417 de aquel cuerpo legal, con relación a que la ejecutoria de nulidad matrimonial producirá en cuanto a los bienes matrimoniales los mismos efectos

que su disolución por muerte. Sin que se pueda tener en cuenta la hipótesis de la parte recurrente, porque en el presente caso no se puede hablar de una mera situación *more uxorio*, ya que una unión constituida por un matrimonio nulo contraído de buena fe y que crea una situación de estado firme, no se puede equiparar a una unión de hecho; puesto que la naturaleza de una y otra institución no tienen nada que ver, no sólo a los efectos jurídicos, sino también en cuanto a su origen y estimación sociológica.

Por último, y debatiendo ya la tercera cuestión planteada, se puede proclamar con base a las dos premisas establecidas con anterioridad; como son la existencia de un matrimonio civil nulo contraído con buena fe por D. Elías y D.^a Luisa, que permitió y estableció un régimen patrimonial de sociedad de gananciales no liquidada en momento alguno, hace que todos los bienes especificados y concretados en su adquisición sean de naturaleza ganancial, y que al ser dispuestos por D. Elías a través de la institución de la donación, sin haber hecho la correspondiente liquidación ganancial, no puede ser estimada como legítima y válida tal donación desde el instante mismo que de la sociedad de gananciales, muerto alguno de sus titulares, y antes de procederse a su liquidación y adjudicación, surge una comunidad “post matrimonial” sobre los bienes que constituyen su objeto, y por lo tanto se da la imposibilidad de que cualquiera de los comuneros pueda disponer de cualquiera de los mismos; por lo que si se da vida a un acto que suponga una disponibilidad de los mismos, cualquiera que sea su origen o finalidad, el mismo será nulo a tenor de lo dispuesto en el art. 1261.1 y 3 CC; produciendo dicha declaración de nulidad los efectos registrales correspondientes.

VII. PENAL

1. *Alzamiento de bienes para eludir el pago de la pensión alimenticia.*

**Tribunal Supremo, Sala 2.^a, Sentencia de 14 de noviembre de 1999.
Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez.**

Existencia del delito de alzamiento de bienes para eludir el pago de pensión alimenticia al resultar acreditado que el acusado tenía pendiente la mayor parte de la pensión alimenticia señalada judicialmente a favor de sus hijos sin que conste renuncia alguna por parte de la esposa, como igualmente que el único bien con el que podía hacer frente al pago de esa deuda lo enajenó a favor de la otra acusada, una vez de acuerdo con ella, para evitar afrontar esa deuda en cuanto quedaba en situación de insolvencia.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Antonio se encontraba divorciado de su esposa D.^a Amalia por sentencia de fecha 12 de julio de 1988, en la que se estableció una pensión a pagar por D. Antonio en favor de sus hijos menores por importe de 25.000 ptas.
- D. Antonio, desde el mes de julio de 1989 incumplió el pago de la pensión, lo que dio lugar al inicio de diligencias penales contra él por un delito de abandono de familia que culminaron con sentencia condenatoria de fecha 1 de abril de 1994 del Juzgado Penal núm. 14 de esta ciudad, confirmada por la Sec. 5.^a de esta AP mediante S. de 28 de junio de 1995.
- Con el fin de eludir el pago de la deuda, el acusado se concertó con la también acusada D.^a Francisca, con la que convivía desde el año 1989 habiendo tenido un hijo en común nacido el 20 de diciembre de 1989, y, a tal fin, transmitió a ésta la titularidad de una cuarta parte indivisa en pleno dominio y otra cuarta parte como nuda propiedad de una vivienda sita en la C/ Cruz de la Cantera de Barcelona, mediante escritura otorgada el 17 de enero de 1995, como cesión en pago de una inexistente deuda.
- El Juzgado de Instrucción de Barcelona núm. 7 instruyó procedimiento abreviado y una vez concluso fue elevado a la AP de dicha capital que, con

fecha 6 de febrero de 1998, dictó sentencia con el siguiente pronunciamiento: “Fallamos: que debemos condenar y condenamos a los acusados Antonio y Francisca, como autores responsables de un delito de alzamiento de bienes, precedentemente definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos meses de arresto mayor, con su accesoria de suspensión de cargo público y derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo, y al pago, por mitad de las costas procesales. Declaramos la nulidad de la cesión de bienes efectuada por Antonio en favor de Francisca, mediante escritura pública otorgada el 17 de enero de 1995 ante el Notario. Reclámese del juzgado instructor la conclusión y emisión de las piezas de responsabilidades pecuniarias. Notifíquese que contra la presente resolución cabe interponer recurso de casación por infracción de Ley o por quebrantamiento de forma, dentro del plazo de 5 días”.

- D. Antonio y D.^a Francisca interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo del recurso, formalizado al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se invoca vulneración del derecho de presunción de inocencia que proclama el artículo 24.2 de la Constitución. Se argumenta, en defensa del motivo, que no existe prueba de cargo que acredite los hechos que se recogen en el relato fáctico de la sentencia de instancia, ya que la denunciante no reclamó de su ex marido el pago de la cantidad fijada por el Juzgado en concepto de alimentos para los dos hijos habidos en el matrimonio hasta abril de 1996, es decir pasados siete años, lo que implica, a juicio de los recurrentes, que existía algún tipo de acuerdo o pacto verbal entre ambas partes que eximía al marido al pago de la pensión salvo que su situación económica mejorase, de ahí el pago de 100.000 pesetas en julio de 1989, y si en agosto de 1993 la esposa interpone denuncia penal por un delito de abandono de familia, ante el impago de pensiones, ese delito no llevaba aparejado responsabilidad civil alguna, ya que ello correspondía a la propia

vis civil, lo que se produjo en abril de 1996 en solicitud de ejecución de sentencia.

El motivo no es estimado por el Tribunal Supremo. Como se reconoce por los propios recurrentes y queda perfectamente acreditado por la documentación aportada, el acusado Antonio venía obligado, por una sentencia de divorcio, al pago de una pensión alimenticia a favor de sus hijos por importe de 25.000 pesetas mensuales y, como sólo hiciera efectivas 100.000 pesetas, la esposa presentó denuncia por abandono de familia en el mes de agosto de 1993 siendo condenado el ahora recurrente en sentencia de 1 de abril de 1994, y asimismo queda perfectamente acreditado, por el reconocimiento de los propios acusados y por la documentación aportada, que el acusado convino con la también acusada Francisca, con la que convivía desde el año 1989, transmitirle la titularidad de una cuarta parte indivisa a pleno dominio y otra cuarta parte como nuda propiedad de una vivienda sita en Barcelona, partes que el acusado había heredado

tras el fallecimiento de su padre, habiendo quedado igualmente acreditado, por así manifestarlo el acusado, que con dicha transmisión se había quedado insolvente por carecer de otros bienes, no pudiendo cumplir el pago de la pensión a que venía obligado. Cuando se invoca el derecho constitucional de presunción de inocencia, el examen de este Tribunal, al que no le corresponde valorar la prueba practicada, debe ceñirse a la supervisión de que la actividad probatoria se ha practicado con todas las garantías; la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento ha exteriorizado las razones que le han conducido a constatar el relato de hechos probados a partir de la actividad probatoria practicada; y el control de la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante (cfr. STC 220/1998). Y ciertamente en este caso, por lo antes expresado y por la lectura del primero de los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia, se cumplen las tres premisas que se dejan señaladas ya que no se acredita, en modo alguno, infracción de los derechos de defensa, habiéndose obtenido las pruebas de cargo con cumplimiento acatamiento de las garantías que deben presidir un juicio justo, habiendo hecho el Tribunal sentenciador expresa mención de las declaraciones de los acusados y de la denunciante así como de la documental aportada, lo que le ha permitido alcanzar una razonada y razonable convicción sobre la realización de los hechos que se declaran probados y la participación que en los mismos se atribuye a los acusados.

En el segundo motivo del recurso, formalizado al amparo del número 1 del artículo 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se invoca infracción, por aplicación indebida, del artículo 519 del Código Penal de 1973. Es doctrina reiterada de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo (cfr. Sentencias de 23 de septiembre de 1998 y 28 de febrero de 1996, entre otras muchas) que el delito de alzamiento requiere para poder ser estimado la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) La existencia de un derecho de crédito por parte del acreedor y, en consecuencia, de unas obligaciones dinerarias por parte del deudor, generalmente vencidas, líquidas y exigibles.
- b) La ocultación, enajenación real o ficticia, onerosa o gratuita de los propios bienes, o cualquier otra actividad que sustraiga los bienes citados al destino solutorio al que se hallan afectos.
- c) Situación de insolvencia, total o parcial, real o aparente del deudor, consecuencia de dicha actividad.
- d) Concurrencia de un elemento subjetivo tendencial, consistente en la intención de causar perjuicio al acreedor, intención que excede del resultado típico, ya que el alzamiento es un delito de mera actividad, perteneciendo el perjuicio real a la fase de agotamiento del delito.

El Tribunal Supremo señala que de modo bien patente concurren los anteriores elementos en el caso que examinamos ya que resulta acreditado que el acusado tenía pendiente la mayor parte de la pensión alimenticia señalada judicialmente a favor de sus hijos, sin que conste renuncia alguna por parte de la esposa, como igualmente resulta acreditado que el único bien con el que podía hacer frente al pago de esa deuda lo enajena a favor de la otra acusada, puesto de acuerdo con ella, para evitar afrontar esa deuda en cuanto quedaba en situación de insolvencia. Es perfectamente lógica y acorde con las reglas de la experiencia la inferencia alcanzada por el Tribunal de instancia acerca del ánimo tendencial de ambos acusados de causar un perjuicio a los derechos de crédito que correspondían a su ex esposa en nombre de los hijos, por el impago de las pensiones alimenticias. El Tribunal de instancia razona con acierto sobre el conocimiento que tenía la acusada sobre la existencia de la deuda, ya que otra cosa no puede afirmarse tras una convivencia de muchos años y estar perfectamente impuesta de la reclamación que por vía penal había hecho la denunciante.

te ante el impago de las pensiones, sin que resulte acreditado, como se razona en la sentencia de instancia, la deuda que se dice existente entre los acusados para justificar una transmisión que, por las pruebas practicadas, tenía como exclusivo fin eludir las

obligaciones que el acusado tenía pendientes por las pensiones alimenticias fijadas a favor de sus hijos. Así las cosas, ha sido correctamente aplicado el artículo 519 del Código Penal de 1973 con relación a ambos acusados y el motivo no puede prosperar.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

I. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

1. *Calificación y valoración de bienes y deudas.*

TSJ de Aragón, Sentencia de 6 de octubre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

Si un bien privativo fue subastado para hacer frente al pago de una deuda consorcial deberá incluirse en el pasivo de la sociedad el importe total comprensivo del principal, intereses y costas satisfechas en el juicio ejecutivo, pero no es procedente la actualización del valor del bien adjudicado judicialmente.

Carácter ganancial de una deuda generada tras avalar uno de los cónyuges a una empresa que pertenecía privativamente al mismo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^ª M.^ª del Rosario formuló demanda de juicio ordinario de menor cuantía frente a su esposo D. Rufino solicitando la liquidación de la sociedad de gananciales conforme al inventario que proponía.
- D. Rufino se opuso a la demanda formulando a su vez reconvencción en la que solicitaba igualmente la liquidación de la sociedad de acuerdo con el inventario que entendía procedente.
- El Juzgado de 1.^ª Instancia n.º 6 de Zaragoza dictó sentencia el 8 de julio de 1996 estimando en parte la demanda y la reconvencción y determinando los bienes y deudas que conformarían el inventario de la sociedad.

- En grado de apelación la Sección 4.^a de la AP de Zaragoza dictó sentencia el 17 de junio de 1997 estimando en parte el recurso interpuesto por el esposo excluyendo del inventario una serie de bienes e incluyendo diversas deudas.
- D. Rufino interpuso recurso de casación ante el TSJ de Aragón que fue estimado en parte.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dos son las cuestiones que se suscitan en la resolución del presente recurso de casación en materia foral que merecen ser comentadas. Ambas están relacionadas con la formación del inventario de la comunidad consorcial, una que analiza el valor que debe incluirse en el pasivo por la pérdida de un bien privativo de uno de los cónyuges en interés de la sociedad y otra relacionada con la calificación ganancial de una deuda que generó uno de los cónyuges tras avalar a una empresa que le pertenecía privativamente.

1. Valoración del bien privativo que fue objeto de subasta como consecuencia de una reclamación judicial por deuda consorcial.

El recurrente impugna la sentencia en base a no haber incluido en el pasivo de la comunidad consorcial la deuda consistente en que se le reintegre el valor actualizado del inmueble de la C/ Albareda de Zaragoza que, siendo privativo, había sido subastado a consecuencia de la reclamación judicial de una deuda consorcial, valor actualizado fijado en 44.019.100 ptas. según la prueba pericial practicada en el rollo de apelación, si bien la sentencia recurrida dispuso, respecto de la pretensión deducida, la inclusión de dicha deuda en el pasivo en la cuantía de 22.610.646 pesetas.

Para sustentar su recurso entiende infringidos por inaplicación el art. 1398.2 del Código Civil, así como el artículo 47.1 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. Pues bien, la Sala señala la inaplicabilidad al caso del artículo 47.1 de la Compilación, que

regula las relaciones entre patrimonios y proscribe el enriquecimiento sin causa de uno de ellos en perjuicio del otro, cuando en este caso se formula la pretensión de que se incluya en el pasivo de la comunidad una determinada deuda, lo que viene regulado por el artículo 41 de dicho Cuerpo Legal. Sólo indirectamente resultaría de aplicación el precepto mencionado, en cuanto impide el enriquecimiento de uno de los patrimonios, sin causa y a costa del otro.

El artículo 1398 del Código Civil es de aplicación en Aragón pues así lo establece el artículo 1.2 de la Compilación que considera al Derecho Civil general del Estado como supletorio en defecto de norma aragonesa directamente aplicable, siendo el antedicho un precepto del Código Civil regulador de la disolución y liquidación de la comunidad conyugal que se funda en similares principios que los sustentadores del Derecho aragonés, y su aplicación a este ordenamiento jurídico fue ya mantenida en la Sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 1993. En virtud de dicha norma se reconoce el carácter de deuda de valor respecto de aquellos bienes privativos que han sido gastados en beneficio de la comunidad, y por esta razón integrará el pasivo su valor actualizado. Sin embargo, la Sentencia de la Audiencia no ha infringido los preceptos cuya transgresión se denuncia en el motivo. De los hechos comprobados y expresados tanto en la Sentencia de primera instancia como en la de apelación se desprende el carácter común de la deuda consistente en dos préstamos concedidos por I., deuda que no fue satisfecha, lo que motivó el embargo del piso sito en calle Albareda, que

era propiedad del recurrente, y la posterior subasta judicial del citado bien. El inmueble fue rematado en el procedimiento de apremio y se percibió por él la cantidad necesaria para el pago de la deuda, pero ningún lucro personal o enriquecimiento sin causa obtuvieron ni la parte recurrida ni la sociedad conyugal, de forma que no sería de aplicación al caso el artículo 47.1 de la norma aragonesa, que se denuncia como infringido.

El artículo 1398, apartado segundo, del Código Civil, ordena la inclusión en el pasivo de la comunidad del importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad, lo que sería de aplicación a supuestos en los que el bien privativo hubiera sido vendido, para satisfacer con su importe deudas comunes, o se hubiera satisfecho la deuda a través de pago por cesión de bienes o por dación en pago. Pero no es equiparable a tales supuestos, ni aplicable dicha norma, respecto a los hechos de autos.

En efecto, se trató aquí de la prosecución de un procedimiento de apremio hasta la enajenación forzosa del bien privativo y su adjudicación en subasta pública judicial. El procedimiento de apremio es la fórmula establecida por el legislador para obtener la ejecución de las sentencias condenatorias al pago de una cantidad de dinero, y se produce mediante la realización de los bienes embargados y la obtención de una suma en metálico por ellos. Así, el inicio del procedimiento, el embargo y la posterior subasta no son equiparables a una venta, o a alguna de las formas que el Código Civil reputa como modos de pago de las obligaciones, porque no existe consentimiento para ello, sino que se impone al deudor, actuando el Juez ejecutor no en representación del condenado sino en ejercicio de la jurisdicción, que se extiende a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado —art. 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Del mismo modo, la cantidad dineraria que se

obtiene en la subasta no es jurídicamente equiparable al precio de una compraventa, que se fija voluntariamente por las partes como contraprestación y constituye la causa de la atribución patrimonial, según el artículo 1274 del Código Civil. El examen de la regulación de la vía de apremio en la Ley Procesal Civil y, en concreto, de las subastas, muestra cómo es posible adjudicar el bien por un precio muy inferior al de tasación, en tercera subasta, si el deudor no presenta un licitador que mejore la postura —art. 1506—; en este caso, la cantidad obtenida no es equivalente al valor del bien, según la tasación pericial realizada en el procedimiento de apremio, pero la adjudicación por dicha suma resulta ajustada al ordenamiento jurídico.

Lo obtenido en la subasta se empleó para pagar la deuda, que era consorcial según hemos visto, y por ello fue conforme a derecho la decisión de la Audiencia, al incluir en el pasivo la deuda por el importe total, comprensivo del principal, intereses y costas satisfechas en el juicio ejecutivo, pero no es procedente la actualización del valor del bien adjudicado judicialmente. Es cierto que la subasta del bien perjudicó a su propietario, pero sólo redundó en utilidad común en cuanto al logro de liberar de la deuda contraída con I.

En último término, de ser aplicable al caso el artículo 1398 del Código Civil, que no lo es, sólo podría pretender el recurrente que se incluyese en el pasivo de la comunidad el importe actualizado del valor del bien, considerando como tal el obtenido por su enajenación, y no el correspondiente a la tasación pericial, ya que el precepto citado se refiere a la disminución patrimonial llevada a cabo en forma voluntaria y mediante una contraprestación, y considera como valor de los bienes el obtenido en dicha enajenación, pues en nuestro derecho no existe otro valor justo que el libremente convenido por las partes.

2. Carácter ganancial de una deuda generada tras avalar uno de los cónyuges a una empresa que pertenecía privativamente al mismo.

El esposo avaló a la sociedad G., de modo que se constituyó en obligado frente a la entidad bancaria acreedora. Al exigir ésta su crédito al avalista, en procedimiento ejecutivo, la madre del esposo, doña Felicidad, pagó por él deviniendo acreedora en la forma prevenida en el art. 1158, apartado segundo, del Código Civil.

Tanto la Sentencia del Juzgado como la de la Audiencia excluyen tal deuda del pasivo porque entienden que fue originada al ser el esposo avalista de la entidad, en la que tenía participación privativa y por corresponder a un débito de la sociedad, que le es privativa, de la que primero responderá la sociedad y después los bienes propios del demandado (fundamento de derecho undécimo de la Sentencia recurrida). Sin embargo, dichas argumentaciones infringen por inaplicación el art. 41.5 denunciado en el motivo, ya que las ganancias obtenidas de G. integran dicho patrimonio consorcial, y así está reconocido en confesión por la esposa, al contestar a las posiciones 22 y 23, lo que es acorde con el art. 37.3 de la Compilación, conforme al cual constituyen patrimonio común los frutos de los bienes privativos. Y no puede ser obstáculo a esta consideración la forma de sociedad anónima bajo la cual actuaba la indicada empresa: la Sala, integrando el *factum* con el examen de la prueba

constata el carácter privativo del negocio respecto del patrimonio del recurrente, quien había suscrito la mayor parte de las acciones, continuando bajo esta forma social un negocio precedente, y era administrador único de la sociedad.

El precepto que se cita como infringido incluye, como cargas de la comunidad, las deudas de cualquiera de los cónyuges, en dos supuestos diferenciados: en primer lugar, en cuanto redunden en beneficio común, lo que deberá quedar acreditado en autos, correspondiendo la carga de la prueba a la parte que solicita la inclusión en el pasivo; en segundo lugar, cuando hayan sido contraídas en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad. En este supuesto, la concreta actuación por la que se genera la deuda no es preciso que haya producido un efectivo beneficio para la comunidad, sino que solamente es exigible constatar en autos la utilidad para ella de la actividad que desarrollaba el cónyuge, en cuyo ámbito se generó la deuda; y dicha utilidad resulta en este caso de la prueba practicada y especialmente de la confesión de la actora. En el mismo sentido tuvo ocasión de pronunciarse esta Sala en Sentencia de 20 de diciembre de 1996 ante un supuesto fáctico similar al que aquí se enjuicia, y dicho criterio es mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada en aplicación de las normas del Código Civil respecto a la constitución de fianzas o avales: Sentencias de 18 de noviembre de 1988, 20 de febrero de 1987 y 15 de marzo de 1991.

2. *Liquidación del régimen de conquistas: calificación de bienes.*

TSJ de Navarra, Sentencia de 28 de octubre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso Otero Pedrouzo.

Carácter privativo del inmueble adquirido por el esposo antes de contraer matrimonio aun cuando en la escritura pública de compraventa otorgada constante el matrimonio el esposo no hiciese constar el carácter privativo de la finca y se inscribiera como “presuntivamente para su comunidad conyugal”. Tampoco es obstáculo para tal calificación que se efectuasen obras de transformación del local en vivienda y que se costeasen por ambos cónyuges.

No procede crear un derecho de atribución preferente del domicilio familiar a favor de la esposa porque tenga atribuido el uso por resolución judicial, ni porque alegue que en esta vivienda ejerce su profesión de decoradora.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^ª María y D. Jesús María contrajeron matrimonio canónico con plenos efectos civiles el día 15 de enero de 1977, fruto del cual han nacido y viven dos hijos, Adriana María y Juan Guillermo.
- Con fecha 15 de febrero de 1995, se dictó sentencia de separación aprobándose el convenio regulador y firmado y ratificado previamente por las partes de fecha 30 de enero de 1995. En el mencionado convenio regulador las partes no procedieron a la liquidación de la sociedad conyugal.
- D.^ª María instó contra su esposo D. Jesús demanda de liquidación del régimen de conquistas que se siguió por los trámites del juicio de menor cuantía solicitando que se dictase sentencia declarando los bienes y deudas que deben integrar el inventario de la sociedad. El esposo se personó en autos y formuló reconvención, solicitando la exclusión de determinados bienes.
- El Juzgado de 1.^ª Instancia núm. 3 de Pamplona dictó sentencia el 25 de mayo de 1998 liquidando la sociedad de gananciales, en la que, entre otros pronunciamientos, adjudicaba el inmueble sito en Mutilva a la esposa.
- En grado de apelación, la Sec. 3.^ª de la Audiencia Provincial de Navarra dictó sentencia el 16 de abril de 1999 estimando parcialmente el recurso

interpuesto por D. Jesús y declaró excluido del inventario un inmueble y dejó sin efecto la adjudicación a favor de la esposa del inmueble sito en Mutilva.

- D.^a María interpuso recurso de casación ante el TSJ de Navarra que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Dos son las cuestiones que se discuten respecto a la liquidación de gananciales: si la vivienda sita en Pamplona (C/ Pedro I) es privativa del recurrido don Jesús —tesis de la sentencia de la Audiencia Provincial— o debe integrarse en el activo de la sociedad conyugal por ser de conquistas —argumento del recurso de casación—, y si la vivienda común de Mutilva debe adjudicarse en esta liquidación en favor de D.^a María, como se propugna en el recurso que nos ocupa, o si, como sostiene la sentencia impugnada, debe someterse tal adjudicación a las normas generales de liquidación, sin preferencia de ningún tipo.

1. Calificación común o privativa del inmueble.

La sentencia de la Audiencia Provincial, en síntesis, dice que “no consta la voluntad de ambas partes de adquirir tal vivienda como de conquistas”; y añade: “Debe considerarse acreditado —como señala la sentencia de instancia— que el inmueble fue adquirido por el señor I. en fecha 6 de abril de 1976 por un valor total de 1.600.000 ptas. y que dicho importe fue abonado íntegramente con cargo a la cuenta corriente abierta a su exclusivo nombre en la C.A.N. y con anterioridad a la celebración del matrimonio el 15 de enero de 1977, si bien la correspondiente escritura pública de compraventa fue otorgada en fecha 13 de diciembre de 1982, es decir, constante matrimonio, e inscrita en el Registro de la Propiedad de Pamplona, presuntivamente para la Sociedad de Conquistas. Consta asimismo acreditado respec-

to de tal inmueble —continúa la sentencia—, que en el momento de su adquisición únicamente ostentaba la simple calificación de local comercial, al carecer de los elementos necesarios de habitabilidad, contando exclusivamente con acometidas para agua y luz. Debe por tanto considerarse evidenciada la realización de todas las obras necesarias para la adaptación del referido local a vivienda. El costo de las obras se abona de la siguiente manera: con anterioridad a la celebración del matrimonio el esposo abona facturas por un monto total de 333.017 ptas. y la esposa hizo frente a facturas por importe de 56.100 ptas. El resto de facturas por un importe total de 484.881 ptas. fueron abonadas constante matrimonio.

A continuación, la sentencia recurrida razona ampliamente sobre esta cuestión litigiosa y concluye con la aplicación de la L. 84.2 FN —en la redacción anterior a la Ley Foral 5/1987, vigente en la época de la adquisición del inmueble—, ley que determinaba como bienes privativos de uno de los esposos “los adquiridos antes del matrimonio por cualquiera de los cónyuges”.

Frente a este razonamiento jurídico, la recurrente señala que en la escritura pública de compraventa de 13 de diciembre de 1982 el esposo no hizo constar el carácter privativo de la finca; en el Registro de la Propiedad ésta aparece inscrita “presuntivamente para su comunidad conyugal”; la transformación del local en vivienda, antes explicada, fue efectuada por ambos litigantes con la “voluntad determinante de ser un bien para ambos y para la sociedad conyugal”, voluntad admitida y ratificada durante veinte años; después de

servir de vivienda familiar, en los sucesivos contratos de arrendamiento figura la actora como arrendadora..., en suma, el interpelado “no ha hecho ni un solo acto, ni expresión, ni actitud que contradiga por sí mismo que el bien no fuera de la sociedad conyugal”.

En lo que concierne ya a la doctrina de los actos propios y al principio de la buena fe, este Tribunal Superior de Justicia de Navarra (TSJN) ya ha proclamado en sus sentencias, entre otras, de 28 de noviembre de 1997 y 12 de febrero de 1998 que “entre las limitaciones que la Ley 17 del Fuero Nuevo de Navarra establece al libre ejercicio de los derechos figuran en lugar destacado de la relación legal las exigidas por la buena fe. A la hora de determinar el significado y alcance de este principio, la jurisprudencia ha declarado con reiteración (SS. 29 de enero de 1965, 21 de mayo de 1982, 21 de septiembre de 1987 y 2 de febrero de 1996 del Tribunal Supremo) que se falta a la buena fe cuando se va ‘contra la resultancia de los actos propios, se realiza un acto equívoco para beneficiarse intencionadamente de su dudosa significación o se crea una apariencia jurídica para contradecirla después en perjuicio de quien puso su confianza en ella’, y, más en particular, que actúa contra la buena fe quien ejercita un derecho en contradicción con su anterior conducta, defraudando la confianza generada en otro”.

Además, este TSJN también ha recordado, en sentencias de 3 de mayo de 1997 y 12 de febrero de 1998, con cita de otras del TS, “que la vinculación a los actos propios es referible tan sólo a aquellos en que se define de manera inalterable una situación jurídica; y, en su sentencia de 17 de marzo de 1997, que el acto ha de ser expreso, no ambiguo y perfectamente delimitado, definiendo de forma inequívoca la intención y situación de quien lo realiza. Y es que, conforme a constante jurisprudencia, para que los actos propios vinculen a su autor han de ser claros, precisos, concluyentes y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar o modificar una determinada situación jurídica con carácter trascendental, y expresivos de una

voluntad libre y conscientemente formada, sin margen alguno de error por parte del agente (SSTS 10 de noviembre de 1992, 17 de noviembre de 1994, 30 de octubre de 1995 y 30 de septiembre de 1996)”.

A la luz de esta doctrina jurisprudencial no podemos acoger las tesis de la recurrente ya que no apreciamos contradicción alguna con los actos propios o la vulneración de la buena fe, tal y como estos principios son conformados por la jurisprudencia mencionada. Así, mientras la doctrina de los actos propios habla de definir de manera inalterable e inequívoca una situación jurídica, de actos expresos, precisos y concluyentes, el recurso que examinamos pretende extraer las consecuencias de los actos propios de conductas inocuas e irrelevantes, incluso de silencios. De otro lado, si, como hemos visto, el principio de la buena fe viene anudado a una apariencia jurídica o a una conducta luego contradichas, las premisas fácticas antes extractadas en modo alguno constatan la incoherencia que alega el presente recurso de casación; conviene no perder nunca de vista esta esencial proclamación fáctica de la sentencia de instancia: “no consta la voluntad de ambas partes de adquirir tal vivienda como de conquistas...”.

No obstante lo anterior, e integrando de algún modo el *factum* de la sentencia cuestionada, nos importa resaltar que en la reseñada escritura de compraventa de 13 de diciembre de 1982 el comprador y aquí recurrido se limitó a decir que era casado, pero sin hacer referencia alguna a la condición privativa o común de la finca que él adquiriría; de otro lado, y como bien recuerda la parte demandada, fue el Registrador de la Propiedad el que, a la luz del art. 94 del Reglamento Hipotecario, inscribió el inmueble “presuntivamente para su comunidad conyugal”: de estos episodios, por tanto, no cabe deducir un acto propio concluyente e inequívoco.

En lo que hace a las obras de adaptación, se impone avalar el criterio de la Audiencia Provincial. La STS 18 de octubre de 1996, que cita la de 25 de mayo de 1950, establece

que “la realización de obras de importancia en una finca de propiedad privativa del marido, satisfechas por cuenta de la sociedad de gananciales y no a costa del marido propietario, genera un crédito en favor de aquella y no el nacimiento de una propiedad ganancial; crédito, por cierto, reconocido en la sentencia recurrida, *ex lege* 88 FN. En suma, unas obras de transformación no pueden trocar la condición jurídica de la finca, su naturaleza común o privativa.

Por lo que se refiere a la celebración de contratos de arrendamiento, tampoco observamos la relevancia específica que pretende la recurrente. De un lado, por la amplitud con que el legislador concibe la capacidad para arrendar, *ex art.* 1548 CC; de ahí que el arrendamiento, por regla general, sea un acto al alcance de los administradores (por todas, SSTS 8 de octubre de 1985, 30 de marzo de 1987 y 28 de marzo de 1990); de otro porque, como apunta la parte recurrida, la L. 82.2.5 FN cataloga como comunes los frutos y rendimientos de los bienes privativos: nada tiene de extraño, pues, la intervención de la actora en estos contratos como arrendadora.

Por fin, creemos que respecto de la causa de adquisición de la finca en cuestión ya está todo dicho en la sentencia impugnada: no debe confundirse la causa, *ex art.* 1274 CC, con el móvil de destinar aquella finca a vivienda familiar. En efecto, como señala la jurisprudencia, para que los móviles o motivos personales puedan tener trascendencia jurídica es preciso que se incorporen a la declaración de voluntad a modo de causa impulsiva o determinante y que sean reconocidos por ambas partes contratantes, y exteriorizados o, al menos, relevantes (SSTS, entre otras, de 11 de abril de 1994, 17 de febrero de 1989 y 30 de septiembre de 1988): nada de esto se desprende de los hechos declarados probados.

Antes de concluir nuestra argumentación, no debemos dejar sin respuesta ciertos temas introducidos por la parte recurrente en el acto de la vista. Así, juzgamos que la demandante no ha padecido indefensión alguna,

máxime si el bien en cuestión, desde su origen, era indiscutiblemente privativo; además, este juicio de menor cuantía da fe de las amplias posibilidades de defensa que ha tenido la esposa. De otro lado, se nos antoja extemporánea la invocación ahora de un enriquecimiento injusto, cuando no se han denunciado como infringidas las Leyes 88 y 508 FN. Por lo demás, quizá no resulte ocioso remarcar que la solución al presente conflicto pasa por la aplicación de la legislación vigente en la época litigiosa, con independencia de los posteriores avatares legislativos; en cualquier caso, la actual L. 83.2 FN no conduce a una solución distinta.

En suma, no se aprecia la existencia de un acto propio, en su configuración doctrinal, luego contrariado; ni tampoco el desconocimiento de las exigencias de la buena fe, la creación de una apariencia jurídica o el desarrollo de una conducta luego contradichas defraudando la confianza generada.

2. Adjudicación de un inmueble a la esposa.

La esposa, que actualmente está haciendo uso de esta vivienda familiar —de naturaleza común— en virtud de lo acordado en el convenio regulador de 30 de enero de 1995, homologado por la sentencia de separación, interesa que se le adjudique preferentemente tal vivienda mediante la aplicación analógica de la L. 91.1.5 FN; esta ley establece que “en la liquidación de la sociedad de conquistas cada cónyuge tendrá derecho a que le sean adjudicados... los siguientes bienes...: 5) en caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda que fuere la residencia habitual del matrimonio”.

El motivo es desestimado por el TSJ, en primer lugar, porque no es correcta la cita de la L. 5 FN, pues establece que “antes de aplicarse el Derecho supletorio, deberá integrarse el Derecho privativo mediante la racional extensión analógica de sus disposiciones”; y no es afortunada la denuncia de este precepto porque la sentencia impugnada en ningún momento acude al derecho supletorio para resolver este concreto conflicto: simplemente

te, rechaza la aplicación analógica de la invocada L. 91.1.5 FN y remite a las partes a un acuerdo sobre la adjudicación de ese bien inmueble o, en su caso, al procedimiento general de división.

Por otra parte, si se examina la cuestión desde la perspectiva de la “identidad de razón” que fija el art. 4.1 CC debemos alcanzar la misma solución. Como recuerda la STC de 14 de julio de 1988, habrá que exigirse en la aplicación de la analogía, por evidentes razones de seguridad y certeza jurídica, un mayor rigor y cuidadoso empleo. Además, la jurisprudencia viene requiriendo para que pueda darse la analogía que la norma no contemple un supuesto específico, pero sí otro semejante, y que entre ambos se aprecie identidad de razón (SSTS, entre otras, de 13 de noviembre de 1985, 30 de enero de 1987, 11 de mayo de 1995...).

Pues bien, consideramos inexistente la pretendida identidad de razón, la semejanza que exige el invocado art. 4.1 CC. Nuestro Fuero Nuevo, en su L. 87, prevé diversas causas de disolución de la sociedad conyugal de conquistas: entre ellas, a partir de la reforma operada por la Ley Foral 5/1987, “toda resolución judicial que decreta la separación de los cónyuges”. De otro lado, la alegada L. 91 FN, que aborda la adjudicación preferente de determinados bienes en la liquidación de la sociedad de conquistas, regula en su primer apartado cuatro supuestos en los que no se hace referencia a la causa de la disolución, en tanto que en el quinto de esos supuestos, que es el que aquí nos interesa, se dice expresamente “en caso de muerte del otro cónyuge...”; es decir, el legislador, consciente de la existencia de varias causas de disolución de la sociedad conyugal (L. 87 FN), limita de forma expresa la proyección de la L. 91.1.5 al caso de muerte del otro cónyuge: no cabe, por tanto, hablar de au-

sencia de regulación expresa, pues la adjudicación preferente de la vivienda habitual ha sido establecida, expresamente, sólo para el caso de muerte de uno de los esposos. En suma, el legislador no ha querido extender esta adjudicación preferente al trance de separación judicial. Por último, la L. 91.2 hace algunas precisiones en relación con el cónyuge viudo, prueba inequívoca de que el legislador siempre tiene en mente las diferentes causas de disolución.

En cuanto a la alegación de que la demandante ejerce en esta vivienda familiar su profesión de decoradora, lo que determinaría la proyección de la adjudicación preferente de la L. 91.1.4 FN (“el local donde hubiere venido ejerciendo su profesión, arte u oficio”), la argumentación que hemos expuesto sirve para excluir esta norma dado que la finca litigiosa consiste en una vivienda, no en un local comercial; de cualquier modo, parece evidente que en el supuesto que nos ocupa la profesión de la moradora no puede primar sobre la índole de la finca, una vivienda. Por lo demás, y con base en los mismos razonamientos precedentemente explicitados, no compartimos la cita del art. 1410 CC y de otros preceptos de este cuerpo legal reguladores de la liquidación de la sociedad de gananciales —y jurisprudencia dictada en su aplicación, particularmente las SSTS de 3 de enero de 1990 y 16 de diciembre de 1995, invocadas en el acto de la vista—, pues nuestra Compilación, que tiene la prevalencia que le otorga la L. 2 FN, contempla y disciplina específicamente las materias aquí litigiosas.

Por último, nos interesa indicar que en fase de división cualquiera de las partes podrá solicitar la adjudicación de esta vivienda en atención a sus peculiares circunstancias, siempre que en la formación de los lotes se guarde la posible igualdad cualitativa y cuantitativa.

II. FISCAL

1. *Tributación por el Impuesto sobre Incremento del Valor de los Terrenos después de la liquidación de la sociedad de gananciales.*

TSJ de Cantabria, Sentencia de 19 de octubre de 1999.

Ponente: Ilma. Sra. D.^ª M.^ª Jesús Vegas Torres.

Disuelta la sociedad de gananciales por fallecimiento de uno de los cónyuges y liquidada dicha sociedad, a los efectos del Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana, debe tenerse en cuenta la fecha de la liquidación y no aquella en la que se adquirió por los cónyuges el inmueble.

ANÁLISIS DEL CASO

- El Ayuntamiento de Torrelavega dictó resolución el 26 de noviembre de 1997 desestimando el recurso interpuesto contra la liquidación practicada en concepto de Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, relativa a la transmisión del solar sito en la calle ... en el término de Torrelavega, considerando como fecha inicial del cómputo de dicho incremento la del 30 de julio de 1973, sin tomar en consideración la transmisión operada por medio de la disolución de la sociedad de gananciales y la consecuente adjudicación de bienes a los cónyuges.
- D.^ª Dolores interpuso recurso ante el TSJ interesando se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de dicha resolución por ser contraria al ordenamiento jurídico, así como se ordene la práctica de una nueva liquidación que tome como fecha inicial la del fallecimiento del esposo, esto es, la de 22 de septiembre de 1994.
- El TSJ de Cantabria estimó el recurso y declaró la nulidad de los actos administrativos, por ser contrarios al ordenamiento, debiendo proceder el Ayuntamiento a efectuar nueva liquidación, en la que se considere como fecha inicial la del 22 de septiembre de 1994.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Es objeto del presente recurso la resolución del Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Torrelavega, de 26 de noviembre de 1997, 3 de enero y 7 de febrero de 1994 que desestima el recurso de reposición y acerca que el cómputo del período impositivo debe partir de la efectiva adquisición del inmueble, esto es, 30 de julio de 1973, corregido por el máximo de 20 años, todo ello en relación a la transmisión del solar sito en la calle... en el término municipal de Torrelavega y sin tomar en consideración, por tanto, la transmisión operada por medio de la disolución de la sociedad de gananciales y la consecuente adjudicación de bienes a los cónyuges.

La cuestión que plantea el presente recurso es eminentemente jurídica, y consiste en determinar el momento inicial del cómputo, a los efectos de calcular el incremento de valor experimentado en el inmueble objeto de la transmisión. Esta cuestión ha sido ya resuelta por la Sala en sus Sentencias de 10 de septiembre de 1993 (recurso 209/93) y la muy reciente de 14 de mayo último (recurso 933/93). Ambas se basan en la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de noviembre de 1992, cuya tesis debemos acoger, al señalar que: “A los efectos resolutorios de la cuestión planteada, es de significar: a) que el bien objeto del impuesto cuestionado lo adquirió la vendedora como consecuencia de la muerte de su esposo el 22 de septiembre de 1994 y en pago de sus bienes gananciales; b) que si bien el art. 355.2 a) y b) de la Ley de Régimen Local de 1955 señalaba no han de considerarse transmisiones de dominio ni las adjudicaciones a los comuneros, ni las de bienes privativos a los cónyuges al disolverse la sociedad conyugal, a diferencia de ello, el art. 89.b) del Real Decreto 3250/1976, de 30 de diciembre, aplicable al supuesto debatido, dada la fecha del hecho imponible —6-2-1986—, establece que: “estarán exentos del impuesto

los incrementos que se manifiesten a consecuencia de las aportaciones de bienes y derechos realizados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que en su favor y en pago de ellas se verifiquen y las transmisiones que se hagan a los cónyuges en pago de sus haberes comunes”; c) el art. 9 de la Ley General Tributaria exige que se esté a la norma reguladora del tributo, prohibiendo el art. 24 de la propia Ley la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o de sus exenciones o bonificaciones; d) no cabe hacer desaparecer como pretende la parte apelada un supuesto de exención establecido claramente en la normativa legal [art. 89.b) RD 3250/1976] pretendiendo considerarlo como supuesto de no sujeción, con efectos diametralmente opuestos; sin que quepa igualmente motejar dicha norma de desacertada o desafortunada en su redacción, al referirse a transmisión, cuando se repite la misma casi diez años después en el art. 352.b) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, y e) esta Sala, en sus Sentencias de 20 de febrero y 10 de abril de 1984, considera que tras la entrada en vigor del Real Decreto 3250/1976, se define a efectos del impuesto objeto de examen, como transmisión patrimonial, la adjudicación de bienes a los cónyuges en pago de sus haberes en la sociedad de gananciales, a diferencia de lo que anteriormente señalaba el art. 515.2.a) y b) de la Ley de Régimen Local de 1955, añadiendo que el precepto referido del tan citado RD 3250/1976, se extrae la conclusión insoslayable, de que en el momento de adquirir la vendedora (en ese caso) el bien integrante del patrimonio ganancial, esa adquisición se configuraba fiscalmente a tenor de su propia normativa... como una transmisión, y ello quiere decir que se operaba a doble

vertiente: el cierre de un ciclo impositivo desde la adquisición del bien para el acervo ganancial hasta la adjudicación al cónyuge o a la cónyuge supérstite por la disolución de la sociedad, de los bienes integrados en ella, y la apertura de otro período de imposición a partir de ésta.”

En idénticos términos, se pronuncia el art. 106.1.a) de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de la Ley de las Haciendas

Locales, que declara exentos de este impuesto “los incrementos de valor que se manifiesten a consecuencia de... las aportaciones de bienes y derechos realizadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de ellas se verifiquen y las transmisiones que se hagan a los cónyuges en pago de sus haberes comunes”. Establecido esto, no cabe sino estimar la demanda, declarando no ser ajustada a Derecho la resolución impugnada.

2. *Vía de apremio por impago de liquidaciones tributarias.*

TSJ de Galicia, Sentencia de 25 de octubre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Bautista Quintas Rodríguez.

Nulidad de la subasta de bienes gananciales en virtud de liquidaciones tributarias levantadas por la Inspección de Tributos por el concepto de IRPF, IVA y retenciones de trabajo personal, correspondientes a los ejercicios 1987 a 1991, donde figura como obligado tributario el esposo, al no haberse notificado las reclamaciones a la esposa.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 23 de abril de 1992 fueron incoadas 11 actas por la Inspección de Tributos de A Coruña por el concepto de IRPF, IVA y retenciones de trabajo personal, correspondientes a los ejercicios 1987 a 1991, donde figura como obligado tributario D. Carlos, firmadas por éste en conformidad. Con fecha 22 de junio de 1991, al no hacerse efectivo su pago en período voluntario, se dictan providencias de apremio.
- Con fecha 18 de marzo de 1993 D.^a Pilar, esposa de D. Carlos, formuló reclamación económico-administrativa contra las liquidaciones de referencia, reclamaciones núms. 598 a 608.
- Con fecha 27 de febrero de 1995 se le notificó subasta de bienes inmuebles derivada del procedimiento de apremio ante el impago en período voluntario de tales liquidaciones, ejerciendo en tal procedimiento la recurrente la

opción del art. 1373 del Código Civil y solicitando la anulación de la subasta, lo que se denegó por la Dependencia de Recaudación de A Coruña, deduciendo en consecuencia el presente recurso contencioso-administrativo.

- D.^a Pilar interpuso recurso contencioso-administrativo ante el TSJ que fue estimado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Versando las reclamaciones impugnadas, con la salvedad de la 15/1091/95, sobre la extemporaneidad del correspondiente recurso de reposición, la recurrente reprocha su desestimación en atención a que, al no haberse notificado expresamente la reclamación (entiéndase reclamaciones), se interpone dentro de plazo. El fundamento de dichas reclamaciones es que el procedimiento inspector, fruto del cual se redactaron y firmaron las actas que se impugnan, se encuentra viciado de nulidad, dado que la apertura del mismo y su desarrollo se ha entendido tan solo con una de las partes afectadas, el marido, el cual optó además por la tributación conjunta y éste se ha otorgado una facultad que evidentemente no le corresponde y con unas consecuencias que afectan al patrimonio familiar, provocando el embargo de los bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales.

Las actas de las que deriva el procedimiento de apremio, en efecto, fueron levantadas por los conceptos de IVA, IRPF y retenciones de trabajo personal.

Respecto de las actas de IVA y retenciones del trabajo personal —como alega con razón la recurrente— únicamente es responsable el marido, de conformidad con los arts. 30 y 31 de la LGT. Ciertamente sujeto pasivo del IVA según su ley reguladora lo es quien tiene la condición de empresario, al menos en lo que se refiere al hecho imponible entrega de bienes y prestación de servicios (art. 84 Ley 37/92 en línea similar a la precedente de 1985 que deroga), pese a que la Sexta Directiva Comunitaria considera como tal a quien realice con carácter inde-

pendiente y cualquiera que sea el lugar de realización, alguna de las actividades económicas mencionadas en el apartado 2, esto es las relativas a fabricación, comercio, prestación de servicios, incluidas las agrícolas, extractivas, profesiones liberales o asimiladas, siendo por tanto en el ámbito comunitario distinto el significado de sujeto pasivo, al haberlo transmutado en nuestro ordenamiento con el establecimiento de un concepto legal de empresario o profesional.

La recurrente ni siquiera en el sentido comunitario del término se la puede considerar sujeto pasivo, pues de adverso no se alega y menos acredita haya efectuado alguna de las actividades de referencia en el apartado 2 del art. 4 de la SD, que se hallen sujetas al impuesto del IVA, en colaboración con el marido; ni siquiera con carácter solidario se la puede considerar responsable, por cuanto que en ninguno de los supuestos de responsabilidad solidaria (art. 87 de la Ley 37/92) se la incluye, afirmación que ha de extenderse a la obligación de retención de trabajo personal, que obviamente pesa única y exclusivamente sobre el marido. Tampoco avala el proceder de la Administración el hipotético caso del art. 34 de la LGT.

Es cierto que una pluralidad de contribuyentes en régimen de solidaridad existe en el IRPF, cuando la unidad familiar ha optado por la modalidad de tributación conjunta y de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, contenida en la Sentencia núm. 45/1989, de 20 de febrero —en el supuesto de autos el marido de la recurrente por propia confesión de la misma se hallaba acogido a tal modalidad—, estando en este

caso la unidad familiar obligada al pago de las deudas tributarias por el impuesto de la renta de las personas físicas teniendo dichas deudas la misma consideración que aquellas otras a las cuales se refiere el art. 1365 del Código Civil, y en consecuencia los bienes gananciales responderán directamente frente a la Hacienda Pública por dichas deudas, aunque contraídas por un sólo cónyuge —en este caso por el marido—, con obligaciones de naturaleza formal, como la firma conjunta de la declaración de la renta, entre otras, por cuanto que el marido no se halla liberado como consecuencia de una incapacidad física o mental de su esposa de la obligación de presentar declaración conjunta firmada por ambos ni siquiera mediante mandato representativo (art. 71 del CC) o ejercicio de cargo tutelar (art. 222 del CC), según sentencias de 11 de octubre de 1991 o de 1 de abril de 1996, pero también no es menos cierto que el art. 1373 asimismo del Código Civil establece que cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y si sus bienes privativos fueren insuficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado —cosa que aquí no se hizo, dicho sea de paso, o al menos nada al respecto se revela del expediente— y éste (nos referimos al cónyuge) podrá exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquella. Si se realizase la ejecución sobre bienes comunes, se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquellos al tiempo en que los abone

con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal.

La *ratio decidendi* de la contienda suscitada en la presente *litis* se contiene, pues, en la precedente premisa normativa, cuya aplicación abona una interpretación sistemática de la norma, pues —como queda dicho— el art. 87 de la Ley 37/92 no contempla una obligación de carácter solidario a cargo de la esposa en relación con las deudas tributarias derivadas del IVA ni tampoco del deber de retención del trabajo personal.

A mayor abundamiento a tal conclusión coadyuvan, entre otros, los arts. 6 y 7 del Código de Comercio, por lo que no deviene pertinente una interpretación *in extenso* del tenor literal que la Administración hace del art. 1265.2 del Código Civil.

En todo caso su aplicación estaría condicionada a la notificación por parte de la Administración de las liquidaciones tributarias con expresión de los elementos esenciales, los medios de impugnación que puede ejercitar, lugar, forma y plazo de las deudas, etc. como exige el art. 124 de la LGT, notificación que no se le ha efectuado, pues la misma no se acredita, amén de que le asiste a la recurrente el ejercicio del derecho de opción previsto en el art. 1373 del Código Civil, por lo que ha de estimarse con carácter subsidiario la pretensión deducida por la misma, con devolución de los bienes embargados, y de no ser posible con la correspondiente indemnización, que habrá de ser equivalente al importe de los bienes embargados por mitad y desestimar en cambio la pretensión principal de la nulidad de las liquidaciones giradas y notificadas en legal forma al marido.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. SEPARACIÓN

1.1. *Se decreta la separación en base a la causa genérica de falta de afecto marital sin necesidad de imputar al demandado una causa legal al hallarse superada la concepción de la separación por culpa sustituida por la de separación remedio.*

AP ÁLAVA, Sec. 1.ª, Sentencia de 5 de febrero de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Silvia Viñez Argüeso.

En el escrito de demanda de separación matrimonial deducida por la representación de la esposa se señalaba que el esposo “viene maltratando a su esposa desde hace años, con insultos, vejaciones y amenazas casi diarios” haciendo un detallado relato ejemplificativo y, alegando como causa legal de separación “la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales” *ex* artículo 82.1.ª del Código Civil en relación con los arts. 66, 67 y 68 del mismo Código, pero también haciendo referencia expresa en el

mismo orden de cosas a la desaparición de la *afectio maritalis*. Con criterio que la Sala comparte, la Juzgadora de Primera Instancia decreta la separación con base a esta última causa genérica sin necesidad de imputar al demandado una causa legal al hallarse superada la concepción de la separación por culpa sustituida por la de separación remedio. Mediante el presente recurso de apelación se solicita que se declare como causa de separación la legal del art. 82.1.ª imputable al esposo por cuanto la falta de afecto marital es consecuencia de los hechos

que constituyen aquélla. Sin embargo, sin necesidad de entrar a determinar qué apareció primero, el incumplimiento de los deberes conyugales o la quiebra del afecto marital, lo cierto es que serían causas concurrentes y la ausencia de dicho afecto viene a ser la causa real y efectiva de la crisis matrimonial, de manera que lo pretendido mediante este primer motivo de apelación supondría entrar en un juicio excesivo sobre conductas e incluso actitudes personales (pertenecientes al ámbito de la intimidad y de difícil prueba, prueba basada en el testimonio de la hija común que convivía con el matrimonio así como en una serie de denuncias sin más consecuencias) que en nada abundan la referida causa genérica de separación matrimonial. Por otro lado, la recurrente muestra su disconformidad con el contenido del último párrafo del Fundamento de Derecho Primero de la resolución de instancia, alegando que no es ajeno a una demanda de separación la exposición de los hechos que llevan

a ella. Según lo que acabamos de fundamentar parece que resultaría innecesaria una descripción excesivamente detallada de tales hechos, pero hemos de admitir que en el presente caso quizá pudiera haberse entendido justificadamente que no era tan innecesario, teniendo en cuenta que aunque en la actualidad el esposo se muestra conforme con la declarada Separación, en el escrito de Contestación a la Demanda solicitada se declarase no haber lugar a la misma, resultando que de hecho no abandonó el domicilio conyugal hasta que se dictaron las Medidas provisionales de Separación; pero es que además, la esposa, vio desestimada su solicitud de Medidas provisionálísimas mediante Auto según el cual se apreciaban problemas convivenciales pero no de la suficiente entidad como para justificar la separación provisional, sin perjuicio de que en un procedimiento contradictorio pueda acreditarse verdaderamente causa de separación.

1.2. *Separación decretada por incumplimiento del deber de actuar en interés de la familia.*

AP MÁLAGA, Sec. 5.^a, Sentencia de 20 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando de la Torre Deza.

Alegó la parte apelante en apoyo de su pretensión revocatoria que la sentencia dictada en la instancia en cuanto que califica como causa de separación el hecho de haber sido condenado el recurrente como autor por un delito de robo, constituyendo una conducta poco edificante para con el hijo, a la par que no califica como causa de separación el abandono del hogar por parte de la esposa, no es ajustada a derecho y ello por cuanto que el simple hecho de haber sido condenado en sentencia penal y, salvo el su-

puesto previsto en el artículo 82.3 del Código Civil, no constituye causa de separación, ya que en sí misma trasciende a los deberes para con los hijos, y por cuanto que al resultar acreditado que la hoy apelada abandonó el domicilio conyugal a ella hay que imputar la conducta por estar incurso en causa de separación sin que ello suponga la infidelidad que se reprocha al recurrente pues aun cuando ha sido practicada prueba al respecto, no fue alegada como causa de separación, por todo lo cual interesó el dictado de

una sentencia por la que desestimando el recurso se revoque la dictada en la instancia en el sentido de declarar la separación como consecuencia del abandono del hogar de la esposa, a la par que se dejase sin efecto la privación del derecho de visitas respecto a la menor. A todo ello y por su orden se opusieron el Ministerio Fiscal y la parte apelada que reproduciendo lo alegado en la instancia y haciendo suyos los razonamientos que constan en la sentencia recurrida interesaron su expresa confirmación. Pues bien, aun sin desconocer la corrección del motivo alegado por la parte en cuanto a que el hecho de haber sido condenado el recurrente en sentencia penal no es suficiente para decretar la separación matrimonial, pues no solo no se subsume en la causa núm. 3 del artículo 82 del Código Civil sino que no se alcanza a comprender que ello repercuta *per se* negativamente en el deber de crianza y educación de los hijos, es lo cierto que al constar acreditado que por un lado el recurrente observó una conducta de total dejación del cumplimiento de los deberes conyugales y en concreto de actuar en interés de la familia así como de ayuda mutua, lo que se refleja en el hecho de despreocuparse de llevar una

conducta tanto personal como laboral mínimamente estable, hasta el punto de alistarse en el ejército para luego incumplir el compromiso adquirido, a la par que se desentendió de las funciones derivadas de la patria potestad relativos al cuidado y atención al hijo habido en el matrimonio, no puede entenderse sino concurrente la causa de separación que en la sentencia se recoge, sin que pueda admitirse la invocada por el recurrente en orden a entender que la esposa abandonó el domicilio conyugal pues de lo actuado consta que lejos de existir un abandono del hogar entendiéndose por tal el ausentarse sin motivo alguno y con oposición del otro cónyuge del hogar familiar, lo que hubo fue una separación de hecho consentida por ambos cónyuges, por todo lo cual procede rechazar los motivos alegados con respecto a la causa de separación así como el alegado en cuanto a la privación del régimen de visitas de la hija que al constar acreditado que durante el tiempo en que disfrutó del mismo utilizaba la presencia de la menor que la mendicidad es clara la concurrencia de la causa de privación y por tanto la desestimación de motivos.

2. DIVORCIO

2.1. *Procedencia del divorcio cuando la esposa abandonó el domicilio familiar para trasladarse a su país después de firmar unas capitulaciones matrimoniales pactando la separación de bienes.*

AP VALLADOLID, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Alfonso Olmedo González.

Acierta la juzgadora de instancia al señalar que es criterio de esta Audiencia manifestado en sentencias entre otras de 10-07-1995 y 21-05-1999 que a la causa de

divorcio tipificada en el apartado 3.a) del artículo 86 del Código Civil, es decir, el cese efectivo de la convivencia conyugal durante, al menos, dos años ininterrumpi-

dos “desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho” le es aplicable el requerimiento fehaciente y los demás requisitos que en orden a objetivar ese consentimiento establece el artículo 82.5 de citado cuerpo legal a propósito de la separación conyugal.

Pero ciertamente concurren en el supuesto de autos circunstancias excepcionales que justifican y permiten apartarse de referido criterio. De un lado el hecho acreditado (todas las declaraciones de los testigos son constantes en este punto, véanse los folios

45 a 47) de que D.^a Marisol, de nacionalidad cubana, haya abandonado España para volver a su país de origen. Circunstancia que dificulta, si no imposibilita, la práctica eficaz del requerimiento fehaciente a que se refiere el ya citado artículo 82.5 del Código Civil. Además, el hecho de que ambos cónyuges de común acuerdo con fecha 11 de abril de 1997 otorgaran capitulaciones para modificar el régimen económico de su matrimonio sustituyendo el de gananciales por el de separación absoluta de bienes deja bien a las claras que su deseo de separación era serio y consensuado por ambas partes.

3. NULIDAD

3.1. *No procede decretar la nulidad del matrimonio basándose exclusivamente en la prueba de confesión judicial de la demandada.*

AP VALENCIA, Sec. 6.^a, Sentencia de 24 de febrero de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Carolina Castillo Martínez.

La parte actora ejercita acción de nulidad, por la que interesa sea declarada dicha categoría de ineficacia respecto de su matrimonio con la demandada, con imposición de costas a la parte contraria. Para ello, la demanda, en síntesis, argumenta lo siguiente: 1.^o Los esposos contrajeron matrimonio canónico en fecha 4 de octubre de 1980, interponiendo la esposa demanda de nulidad canónica, y recayendo sentencia de nulidad en fecha 22 de noviembre de 1996. Dicha sentencia fue recurrida, dictándose por el Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica resolución confirmatoria en fecha 24 de abril de 1997. 2.^o Los esposos se conocieron, tras un noviazgo breve, después de pa-

decer la demandada serios problemas laborales, agravados por la personalidad de ella que era muy compleja, creyendo la demandada que el matrimonio sería una solución a sus problemas, sin que por su parte existiera una verdadera intención de cumplir con las obligaciones y deberes que el matrimonio conlleva, sino únicamente un medio para salir del domicilio familiar.

Por su parte, la demandada se opuso a la pretensión del actor (folio 52), alegando en síntesis lo que sigue: 1) La causa por la que la sentencia canónica accede a la nulidad, consistente en falta de suficiente discreción de juicio, no tiene correspondencia en el

Derecho Civil; por ello, cuando el esposo interesó la homologación de aquélla en el ámbito civil el Ministerio Fiscal se opuso por tal razón. 2) A los efectos de la nulidad civil del matrimonio, no es trascendente la invocación de las motivaciones que condujeron a la demandada a contraer matrimonio, significando al respecto que ni se celebró el matrimonio en broma ni hubo simulación. 3) Lo que se tendrá que probar en la presente causa es si hubo o no consentimiento matrimonial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 66 a 68 del Código Civil.

El material probatorio obrante a las actuaciones que el Tribunal ha valorado nuevamente consistió en lo siguiente: 1. Documental, consistente en: a) Copia de la Sentencia de nulidad canónica, de fecha 22 de noviembre de 1996, al folio 7; b) Sentencia confirmatoria de la nulidad canónica, al folio 24; c) Testimonio de la demanda en solicitud de la eficacia civil de la sentencia de nulidad canónica, al folio 98; d) Testimonio del auto de sobreseimiento de la demanda en solicitud de la eficacia civil de la sentencia de nulidad canónica, al folio 103; e) Testimonio de la demanda de divorcio planteada por la demandada, al folio 77; f) Escrito de allanamiento a la demanda de divorcio presentado por el actor, al folio 91; g) Sentencia de Divorcio, al folio 92; h) Testimonio de la Sentencia de Separación, al folio 95. 2. Confesión judicial de la demandada,

al folio 122 (posiciones, al folio 118). 3. Confesión judicial del demandante, al folio 128 (posiciones, al folio 127). Consta resumen de pruebas de la parte actora, al folio 130, así como el correspondiente de la parte demandada, al folio 134.

Ante los hechos sometidos a su consideración y tras una atenta revisión de la prueba practicada obrante a las actuaciones, este Tribunal, en el ejercicio de la facultad revisoria que le compete, considera que el recurso de apelación interpuesto por D.^a Empar debe ser estimado, procediendo en consecuencia la revocación de la Sentencia de instancia. Al respecto, la Sala considera oportuno significar inicialmente que el ámbito dentro del cual este Tribunal proyecta su función jurisdiccional no es otro sino el civil, razón por la que la estimación de la prueba practicada no puede ajustarse a criterios diversos de aquéllos que rigen la valoración de la prueba en el marco del procedimiento civil, en el cual resulta que la prueba de confesión de la parte demandada es insuficiente para tener por probada su falta de consentimiento matrimonial, atendida la circunstancia de que la materia sometida a la decisión del Tribunal (nulidad del matrimonio) no es, por su propia naturaleza, cuestión sobre la que las partes puedan disponer. En consecuencia, vista la insuficiencia de la prueba aportada, no cabe sino desestimar la pretensión deducida de la demanda.

II. PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, Y RÉGIMEN DE VISITAS

1. PATRIA POTESTAD

1.1. *No procede privar de la patria potestad al padre que no ha podido ser localizado para emplazarle, sin perjuicio de que se le atribuya el ejercicio exclusivo de la misma a la madre.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Sentencia de 16 de marzo de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Margarita Noblejas Negrillo.

El art. 39 CE establece que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos e impone a los padres el deber de asistencia de todo orden a los mismos durante su minoría de edad y en los demás casos que en derecho proceda. Es decir, constitucionalmente se impone a los padres y a los poderes públicos el deber de dispensar una protección especial a quienes, por razones de edad, no están en condiciones de valerse por sí mismos o de procurar su autogobierno, y es la patria potestad la institución protectora del menor por excelencia, que se funda en una relación de filiación, cualquiera que sea su naturaleza —matrimonial, no matrimonial o adoptiva—.

Más que un poder, actualmente se configura como atender siempre a criterios relativos de concreta oportunidad, nunca objetivos o abstractos, y siempre atendiendo al interés del menor en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente sancionados (arts. 39 CE y 154 CC).

Sentado así que la privación de la patria potestad ha de ser adoptada con suma cautela y siempre ante casos claros y realmente graves del incumplimiento de los deberes inherentes a la misma dado el carácter restrictivo con que deben ser interpretadas las limitaciones que le alcanzan, en el caso de autos nos encontramos con que no consta causa alguna que justifique la privación que se solicita, pues ni tan siquiera el demandado ha sido encontrado para emplazarle, habiéndose efectuado el emplazamiento por edictos con lo que ello supone en orden al ejercicio de su derecho de defensa en el proceso con la finalidad de constatar las imputaciones de la adversa tales como el abandono de familia si tenemos en cuenta que ésta manifiesta que aquél se marchó a Pontevedra y consta que el menor nació en esa provincia, por lo que sin necesidad de mayores argumentaciones debemos desestimar la petición de privación de patria potestad por más que el ejercicio exclusivo de la misma se atribuya a la apelante por razones obvias.

2. GUARDA Y CUSTODIA

2.1. *El uso abusivo y desviado por la madre de la custodia que le fue confiada al marcharse sorpresivamente a su país de origen, llevándose consigo al niño y provocando la ruptura del contacto del padre con su hijo de forma brusca, inesperada y unilateralmente decidida justifica el cambio de custodia así como la atribución al padre del ejercicio de la patria potestad.*

AP PONTEVEDRA, Sec. 1.ª, Sentencia de 11 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Julio César Picatoste Bobillo.

La actora, en virtud de sentencia de separación, tenía concedida la custodia del hijo del matrimonio, Cristian, hoy de cuatro años, además de la pensión de alimentos a favor del hijo y la compensatoria a favor de la esposa. Solicita la modificación de medidas, en particular, nuevo régimen de visitas e incremento de prestación alimenticia.

Es claro que, según el art. 91 CC (Código Civil), para que tal pretensión pueda prosperar, quien demanda debe probar que se ha producido una sustancial alteración de las circunstancias que existían y se tuvieron en cuenta cuando se acordaron. El único cambio sustancial producido en el caso que se enjuicia es el que la misma demandante ha provocado con su cambio de residencia y las modificaciones que pide son consecuencia directa de la nueva situación que ella misma ha generado de modo unilateral e irregular, al marcharse con su hijo a Puerto Rico, su país de origen, al tiempo que deducía la demanda rectora de estos autos.

Digamos, en primer término, que respecto de la pensión alimenticia no se explica la razón por la que pide el incremento y cuál sea la alteración de circunstancias que pueda justificarlo. Las otras dos —nuevo régimen

de visitas y abono de los gastos de desplazamiento entre Puerto Rico y España— son directa consecuencia de la nueva situación que la actora ha propiciado con su singular modo de proceder, por lo que el reconocimiento de lo pedido con base en tal motivo dependerá de la valoración que merezca el proceder de la madre demandante.

No se pone en duda el derecho de la actora a fijar su residencia allí donde lo estime conveniente o necesario a sus intereses. Pero tal decisión no puede sin más justificar que, por arrastre, queden unilateralmente decididas otras alteraciones o modificaciones cuya opción y decisión no estaban comprendidas en el ámbito de su arbitrio; y tampoco es admisible que presente ante los tribunales una situación nueva, irregularmente provocada, para forzar la adopción de unas concretas medidas que el nuevo estado de cosas vendría a imponer por la fuerza de los hechos consumados. La custodia del hijo le venía atribuida a la demandante en función y en el contexto de unas circunstancias concretas que la juzgadora de instancia conoció y ponderó en el momento de adoptar la medida, entre ellas la residencia del menor y de

sus padres en España, con una vinculación familiar concreta y conocida.

El mantenimiento de la custodia del menor para su instalación en otro ambiente diverso, en país distinto, no podía ser decidido unilateralmente por la madre al socaire del derecho de custodia que, insistimos, fue concedido en y para un contexto determinado y conocido por la juzgadora de instancia.

La madre, con su proceder, al marcharse sorpresivamente a su país de origen, llevándose consigo al niño, además de haber provocado la ruptura del contacto del padre con su hijo, de forma brusca, inesperada y unilateralmente decidida, ha producido un cambio sustancial en la situación del menor, a espaldas del criterio judicial, toda vez que ha dispuesto un régimen de custodia distinto del establecido judicialmente. Pretende ahora que tal mutación de circunstancias sea validada mediante un procedimiento judicial de modificación de medidas, sustrayendo —o después de haber sustraído— al tribunal toda posibilidad de examinar y evaluar, en función de los intereses y beneficio del menor, la conveniencia de la nueva situación.

En efecto, nada se sabe de la actual situación del menor, el ambiente donde se encuentra, si es o no más ventajoso para él que el que disfrutaba en España, el nivel de arraigo y ambiente familiar, previsiones de futuro, etc. La demandante ha decidido por sí, sin que el padre tuviera oportunidad de ser oído —ni el tribunal *a quo* examinar y decidir— sobre la conveniencia del cambio de residencia para el menor y, en su caso, las medidas que fuera pertinente adoptar para preservar la relación del padre con su hijo. Sorprende que en todo el procedimiento no haya habido el más mínimo ofrecimiento por parte de la actora sobre el lugar de su nueva residencia y posibilidades de relación del padre con el hijo.

Con su proceder la madre demandante ha hecho un uso abusivo y desviado de la custodia que le fue confiada, que no le otorga un derecho absoluto y exclusivo sobre el hijo, pues objetivo primordial de la custodia —que es derecho y es deber— es el beneficio y mejor atención del menor. Y allí donde había, junto al del menor, otro interés en juego, el del padre y un estado de cosas acordado judicialmente y vinculante en cuanto no fuese sustituido por un acuerdo, la demandante ha postergado aquellos beneficios y el *status* acordado en sentencia, para anteponer su personal proyecto, al margen de los demás derechos e intereses en juego. Por todo lo dicho, es razonable la decisión adoptada en la sentencia recurrida. La conducta de la esposa justifica el cambio de custodia —y el consecuente cese del abono de pensión alimenticia—, así como la atribución al padre del ejercicio de la patria potestad (art. 92.4 CC).

Por lo demás, dado que la custodia se atribuye al padre y éste reside en España, y en tanto la demandante mantenga el suyo en Puerto Rico, es también razonable que se atribuya al padre el ejercicio de la patria potestad, al amparo de lo que dispone el art. 92.4, porque así favorece el ejercicio ordinario de las funciones que integran el contenido de la patria potestad, situación, debe recordarse, que no comporta la pérdida de la potestad en la madre.

Sin embargo, en este punto sí conviene hacer una precisión, a fin de aclarar que al deferir el ejercicio de la patria potestad a favor del padre, no se trata de dejar a la madre fuera de todo otro ámbito de participación en asuntos familiares concernientes al hijo; por ello, el ejercicio de la patria potestad atribuido al padre ha de entenderse limitado a las facultades de representación y administración de bienes.

2.2. *No procede modificar la guarda y custodia del hijo menor cuando dicha petición se basa exclusivamente en razones inconsistentes y propias de la temprana edad del hijo.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Sentencia de 23 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón.

La Sala, tras valorar el informe psicológico acompañado al escrito de demanda, el de idéntica naturaleza acompañado en la contestación a aquel escrito alegatorio, la pericial psicológica de la Dirección General de Medidas Alternativas y de Justicia Juvenil, así como las exploraciones practicadas a la menor, arriba a idéntica conclusión a la que llevó al Juzgador *a quo* a desamparar la modificación de la guarda y custodia de los hijos del matrimonio, y ello ante la ausencia de circunstancias objetivas de nueva consideración que determinen la necesidad de modificar tal atribución de la guarda y custodia, que viene ejerciendo la madre desde la separación consensuada dictada por sentencia de separación matrimonial de fecha 30 de junio de 1989, y que fue ratificada, al ser la voluntad de su cónyuge, por la sentencia de divorcio de 30 de junio de 1997. Tal

situación de convivencia de los menores con su madre no se ha visto perturbada por el acontecimiento de causa grave que motive la alteración de tal *status* perfectamente consolidado y que ha resultado beneficioso para los menores cuyo interés debe de ser preferentemente tutelado con fundamento en el párrafo segundo del artículo 92 del Código Civil, y sin que la exploración del hijo denote cualquier conflicto afectivo con su madre, sino mera conveniencia que no necesidad de convivir con su padre, basada en razones inconsistentes y propias de su temprana edad, y referidas como bien explicitó el juzgador que le exploró en las condiciones económicas que rodean al padre, y en su deseo de residir con el mismo, refiriéndose al chalet con piscina y el jardín que posee aquel disfrutando mucho con tales instalaciones.

3. RÉGIMEN DE VISITAS

3.1. *Fijación de régimen de visitas restrictivo con sometimiento a prueba de detección alcohólica.*

AP VALENCIA, Sec. 6.^a, Sentencia de 24 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Vicente Ortega Llorca.

Respecto al régimen de visitas, el citado informe psicológico concluye que lo más aconsejable para los menores es que D. An-

drés no disfrute de visitas con sus hijos mientras no se encuentre en condiciones de atenderles adecuadamente ya que el contac-

to de los menores con su padre, en las circunstancias en que ha tenido lugar en el pasado, se estima más perjudicial que la ausencia de la relación paterno filial. A la vista de ese informe, y teniendo en cuenta que los menores manifestaron su deseo de ver a su padre pero no cuando bebe, procede dejar en suspenso el régimen de visitas establecido en la sentencia de separación, mientras D. Andrés continúe con sus problemas derivados del consumo de alcohol.

El recurso de D. Andrés se encamina a lograr que se restablezca un régimen de visitas con sus hijos, argumentando que la falta de contacto entre ellos no sólo le perjudica a él sino también a los niños, y salvaguardando los intereses de éstos debería establecerse aunque fuera de manera limitada.

Desde la perspectiva que enmarca todo el Derecho interno y el Derecho internacional, se hace necesario mantener como norte y meta de la actuación judicial la obtención del superior interés del niño. En esta línea de *favor filii*, debe procurarse con carácter general que los hijos tengan el mayor contacto posible con ambos progenitores, salvo que ese contacto se revele perjudicial para el menor, por lo que para decidir sobre el régimen de custodia, visitas y comunicación, como para decidir sobre todos los demás aspectos, ha de atenderse a las especiales circunstancias concurrentes en cada caso. En el caso de autos, tiene relevante importancia las negativas experiencias que los hijos de los litigantes, cuyo interés intenta satisfacer el Tribunal, vienen sufriendo al presenciar el estado de embriaguez en que reiteradamente han visto a su padre. Es cierto que esos lamentables espectáculos no han provocado en los niños el rechazo total hacia éste, pero también es cierto que hemos de preservarles de esa negativa influencia, que sólo la reciben cuando el padre se encuentra bajo los efectos de las bebidas alcohólicas; de manera que, suprimido este elemento pernicioso, la relación de los pequeños con su progenitor sólo les ha de reportar beneficios, pues hemos de valorar también el relevante interés que tiene para su desarrollo in-

tegral el contacto afectivo con su padre biológico, de manera que, en la medida de lo posible, ha de hacerse compatible esa protección con la comunicación con éste. Nos conducen esas exigencias a fijar un régimen de visitas restrictivo, vigilado y gradual; así, el padre habrá de someterse previamente a la prueba de detección alcohólica, y sólo si ésta diera resultado negativo y no ingiere alcohol hasta el término de la entrevista, podrá comunicar con los niños, siempre en presencia de la persona que de mutuo acuerdo designen ambos progenitores, o en su defecto el Juez, desde las 12 a las 14 horas de todos los sábados, recogiénolos y devolviéndolos en el domicilio de la madre; el equipo psicosocial de los Juzgados de Valencia hará el seguimiento de tales visitas y la repercusión que produzca en los niños, debiendo informar trimestralmente al Juzgado, o antes si las circunstancias lo aconsejaran, y en base a ese informe y a las demás pruebas que aporten las partes o recabe para mejor proveer el Juez, podrá este ampliar, reducir o suprimir el régimen de visitas.

Por tanto, se acuerda que D. Andrés podrá comunicar con sus hijos, siempre en presencia de la persona que de mutuo acuerdo designen ambos progenitores, o en su defecto la que designe el Juez, desde las 12 a las 14 horas de todos los sábados, bajo las siguientes condiciones: Que dé resultado negativo la prueba de detección alcohólica a la que previamente deberá someterse, y que será practicada por la Policía Local o la Guardia Civil; Que no consuma alcohol desde que se practique esa prueba hasta que concluya su entrevista con los niños; Que no los lleve a lugares donde se expendan bebidas alcohólicas. El equipo psicosocial de los Juzgados de Valencia hará el seguimiento de tales visitas y de su repercusión en los niños, debiendo informar trimestralmente al Juzgado, o antes si las circunstancias lo aconsejaran. En base a ese informe y a las demás pruebas que aporten las partes o recabe para mejor proveer el Juez, podrá éste, en ejecución de sentencia, ampliar, reducir o suprimir el régimen de visitas.

- 3.2. *Suspensión de la condición impuesta para el cumplimiento del régimen de visitas de que debe llevarse a 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.

III. VIVIENDA FAMILIAR

1. *La cesión por los progenitores al hijo de una vivienda para que la habite con su cónyuge e hijos constituye un comodato y el mismo está condicionado a la subsistencia del fin en contemplación al cual se verificó la cesión, que no se puede estimar desaparecido por la circunstancia de que se haya producido una crisis conyugal, en la medida en que sigue sirviendo para alojar a la familia pese a que ya no la integre materialmente uno de sus miembros originarios.*

AP MADRID, Sec. 10.^a, Sentencia de 15 de enero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Vicente Illescas Rus.

A través de la demanda rectora de las actuaciones a que se contrae el presente rollo la representación procesal de D.^a Montserrat ejercitaba acción de desahucio por precario frente a D.^a Esmeralda respecto del piso pro-

piedad y usufructuado por la actora, por entender que lo habita en concepto de precario por mera benevolencia o tolerancia. A dicha pretensión opuso la demandada, en primer lugar, las excepciones de falta de litiscon-

sorcio pasivo necesario al no haberse convocado a la *litis* a sus hijas menores, a las cuales se atribuyó, juntamente con la demandada, el uso de la vivienda litigiosa por la sentencia de separación del matrimonio dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de los de Madrid; y de inadecuación de procedimiento, en cuanto que “la situación existente entre las partes procesales no puede ser calificada de precario a los efectos del juicio de desahucio entablado por las actoras, pues jurídicamente es un comodato por tiempo determinado y uso fijado. Asimismo afirmaba la existencia de una cuestión compleja, la ocultación por las actoras de su deseo de revocar la liberalidad *propter nuptias* que en su día se realizó en favor del esposo de la demandada y de ésta; rechazaba las afirmaciones efectuadas de adverso respecto de la situación de necesidad de las demandantes, y terminaba solicitando la desestimación de las pretensiones articuladas de contrario. Seguido el juicio por sus oportunos trámites, el Juzgado de Primera Instancia núm. 45 dictó sentencia en fecha 17 de febrero de 1998, no obstante rehusar las excepciones invocadas por la demandada desestimó las pretensiones articuladas frente a ésta.

Frente a dicha resolución, la representación procesal de las demandantes interpone recurso de apelación interesando la revocación de la sentencia de primer grado y que en su lugar se dicte otra que estime la demanda de desahucio. La parte apelada rearguyó los argumentos de la recurrente y solicitó la íntegra confirmación de la resolución apelada.

De la admisión de hechos y por la apreciación de las pruebas practicadas aparece acreditado que la demandada disfruta en unión de sus hijas la vivienda sita en la calle López Recuero, que les fuera cedido constante el matrimonio de aquélla con D. Tomás Venancio, por los padres de éste, para que instalasen en él su domicilio familiar. Fallecido el padre del esposo, en el cuaderno particional documentado en escritura pública

de 7 de noviembre de 1996, subsanada por otra de 30 de diciembre de 1996 se adjudicó el usufructo y la nuda propiedad sobre el piso, respectivamente a la viuda D.^ª Montserrat y a la hija D.^ª Montserrat Celia. Sin embargo, se ataca por las recurrentes la calificación jurídica que de la relación se efectúa en la sentencia apelada al configurarla como constitutiva de un comodato, haciéndose descansar la disconformidad con tal calificación en un haz de argumentos, señaladamente, la inaplicabilidad al caso de la doctrina jurisprudencial en que apoya su decisión el juzgador *a quo*.

El núcleo del presente recurso suscita la sugestiva cuestión de si la cesión por los progenitores al hijo de una vivienda para que la habite con su cónyuge y, eventualmente, sus hijos, constituye una mera posesión tolerada calificable como precario y si es posible la recuperación posesoria del bien en los casos de crisis matrimoniales, a propósito de la cual se advierte la existencia de, al menos, dos nítidas orientaciones exegeticas en el ámbito de la jurisprudencia de las Audiencias.

Una —de la que son expresivas, señaladamente, las SSAAPP Madrid, Sec. 8.^ª, de 13 de diciembre de 1993 y 17 de diciembre de 1995; Sec. 19.^ª, de 17 de enero de 1994; Valladolid, de 26 de abril de 1994; Ávila, de 16 de febrero de 1995; Valencia, Sec. 8.^ª, de 11 de noviembre de 1996; Zamora, de 16 de diciembre de 1996; Baleares, Sec. 5.^ª, de 31 de julio de 1997; Asturias, Sec. 1.^ª, de 5 de noviembre de 1997; y Navarra, Sec. 2.^ª, de 22 de diciembre de 1998—, observa, en primer término, que es preciso averiguar cuál fue la voluntad real de las partes sobre el carácter concreto que hubiera de revestir la cesión del uso del inmueble y su tiempo de duración, para lo cual debe analizarse minuciosamente cada caso concreto, sin que puedan ofrecerse soluciones generales de pretendida validez casi universal. En segundo término, recuerda que el comodato considerado por la doctrina como un contrato típico (art. 1740 CC), nominado, real, traslativo

del uso y no de la propiedad, unilateral, gratuito —pues si concurre pago de alguna clase de canon o merced surgiría el contrato de arrendamiento, conforme a lo dispuesto en el art. 1740 CC— y temporal, por cuanto a tenor de los arts. 1749 y 1750 CC (Código Civil) el comodatario podrá utilizar la cosa durante el tiempo convenido o concluido el uso para el que fue concedido, expresa o tácitamente determinado por la costumbre de la tierra. En consecuencia, en ausencia de pacto sobre duración o concreción de uso el comodante podrá reclamarla a su voluntad, incumbiendo la prueba de aquellas circunstancias al pretendido comodatario.

Se concluye, así, que la distinción entre el contrato de comodato y la figura del precario radica en que se haya pactado un plazo de duración o uso específico de la misma, salvo el supuesto de urgente necesidad de la cosa por el propietario. Empero, aun admitiendo que la más moderna doctrina configura el precario como una variedad del préstamo de uso, *id est*, como un comodato con duración al arbitrio del comodante —en la expresión utilizada por la STS de 23 de mayo de 1989— o, lo que es lo mismo, un comodato en el que, por no estar fijado el plazo de duración ni derivarse de los criterios ex art. 1750 del citado cuerpo normativo, queda a la voluntad del comodante la conclusión del uso cedido, y que, en consecuencia, el precario moderno no es sino una mera modulación del comodato en los términos indicados, no puede desconocerse que el art. 1750 faculta al comodante a reclamar a su voluntad la cosa prestada siempre que colme los presupuestos que describe, es decir, que no se hubiese pactado la duración del comodato ni el uso a que había de destinarse la cosa prestada y éste no resulte tampoco determinado por la costumbre de la tierra. Así, si no se pactó la duración de la cesión de forma directa, procede analizar si tal duración puede colegirse del hecho de haberse convenido el uso de la cosa prestada de manera concreta y determinada. Pero tal uso no resulta de suyo determinado de la propia cesión del disfrute de la vivienda para que

convivan en la misma el descendiente y su familia, en cuanto que no es, por definición, distinto de aquel que es propio de la cosa sedicentemente prestada.

Como indicase la SAP Madrid, Sec. 20.^a, de 2 de noviembre de 1993, es importante diferenciar entre el concreto uso de la cosa para el cual se presta y el destino específico o finalidad de la misma, pues mientras este último se refiere a la normal utilización de la cosa, según sus características, para los fines que le son propios y específicos, una vivienda para habitar en ella o un coche para circular; por el contrario, el uso a que hace mención a una aplicación o servicio determinado —así, préstamo de un piso para vacaciones o curso escolar, de un coche para viajar, etc.—, como referencia temporal o cronológica, que asimila el tiempo de utilización para el fin convenido, diferenciándose así de los supuestos en que el comodante puede reclamar a su voluntad, pero que obviamente no implican que por falta de pacto sobre el uso pueda emplearse la cosa para algo distinto del que es propio por su naturaleza; y así no puede concebirse que prestado un piso sea usado como almacén o gallinero, dado que siempre se entenderá que se cedió para vivienda, salvo excepciones que deberán probarse. En suma, el préstamo de una cosa para su normal disfrute, según las características que le son propias, no puede equipararse al supuesto en que exista un uso determinado, que de ser específicamente pactado o resultar de la costumbre, pues de lo contrario desaparecería esa referencia temporal contenida en el precepto y todos los comodatos devendrían en indefinidos a voluntad del prestatario mientras la cosa prestada le resultase útil —v. gr., la vivienda para habitarla o el vehículo para circular con él—. Tan sólo podría añadirse a tan fundado concurrir que una interpretación diferente pugnaría con la naturaleza temporal que el art. 1740 CC atribuye al comodato, impediría la restitución de la cosa prestada —salvo en el supuesto de necesidad del comodante, pérdida o destrucción del bien objeto de cesión o muerte del comodatario si la misma

se hizo en contemplación de su persona—, desnaturalizaría la institución, también *per definitionem* gratuita, y la haría más gravosa para el titular de la cosa pactada que si hubiese transmitido su uso por medio de contraprestación. Se concluye que tal tesis no puede ser acogida por las consecuencias jurídicas graves que de ella derivarían al disolverse la temporalidad, ya que se vendría a hacer de mejor condición el ocupante por mera tolerancia que al que disfrute de un inmueble en virtud de un contrato de arrendamiento que es por naturaleza de carácter temporal, siendo el término indefinido incompatible con el concepto de arrendamiento, cual es sobradamente conocido.

El problema que nos ocupa se encontraba pacíficamente resuelto en las SSTs, Sala Primera, de 30 de noviembre de 1964 y de 21 de mayo de 1990, entre otras, expresivas, la primera, de que la cesión que hace un padre de familia a su hijo del uso de una vivienda no constituye un derecho real de habitación, capaz de enervar el título dominical ostentado por el accionante, configurándose por contra como un verdadero precario, cuyo cese se produce tan pronto quiera poner fin el cedente o cesionario, a no ser que otra cosa se infiera de la prueba. Y la segunda, relativa a una acción reivindicatoria dirigida por el actor contra la segunda esposa de su padre fallecido, se señala que “puede constituirse la vivienda familiar en precario o por mera tolerancia de sus titulares, de la cual depende el que pueda seguirse cumpliendo la decisión judicial de uso de la vivienda por la esposa o hijos tomada al amparo del art. 96 CC”. Es a partir de la sentencia del mismo Alto Tribunal de 2 de diciembre de 1992 cuando aquello que venía siendo regla de general aplicación a esta suerte de cesiones, se convierte en excepción, transformando en comodato lo que hasta entonces se consideraba precario, sobre la base de estimar de aplicación criterios de simple valoración subjetiva a los que el propio Tribunal vinculó la solución del caso resuelto por la sentencia, como es el de la necesidad familiar y el de la buena fe a que debe sujetarse el ejerci-

cio de los derechos, conforme al art. 7.1 del Código. Desde esta posición difícilmente puede propiciarse la misma suerte jurídica a toda cesión entre familiares de una vivienda, habida cuenta, además, la ausencia de formalismos y la escasa intensidad y estabilidad de la relación jurídica creada. Habrá de estarse a las especialidades jurídicas que conforman en nuestro derecho el comodato y el precario para determinar cuándo existe una u otra figura jurídica, evitando que el simple dato de que se produzca con la intención de cubrir las necesidades de una familia sirva sin más para calificarla de comodato, y con prueba en todo caso a cargo de quien demanda una u otra situación, pues, como se ha dicho, una vivienda, a diferencia de lo que sucede con otros bienes, sólo puede ser legalmente destinada a la habitabilidad humana, siendo el domicilio una noción jurídica posterior al hecho de la habitación.

Otra orientación, seguida con anterioridad por esta misma Sección en sus SS. de 2 de febrero de 1998 (rollo 408/98) y de 19 de mayo de 1988 (rollo 669/97) —y de la que son exponente además, entre otras, las SSAAPP Alicante, Sec. 5.ª, 7 de marzo de 1991; Santa Cruz de Tenerife, 14 de octubre de 1993; Burgos, 10 de marzo de 1994; A Coruña, 6 de abril de 1994; Cádiz, 2 de febrero de 1995; Barcelona, Sec. 13.ª, 8 de noviembre de 1995 y 4 de octubre de 1996; Soria, 2 de diciembre de 1996; Salamanca, 19 de noviembre de 1996; Málaga, Sec. 6.ª, 23 de diciembre de 1996 y 4 de febrero de 1999; de Barcelona, Sec. 4.ª, 26 de febrero de 1998; y Castellón, Sec. 2.ª, 14 de octubre de 1998—, en la que sin duda se incardina la sentencia objeto de esta alzada, partiendo de que es precario la tenencia o disfrute de cosa ajena, sin pago de renta o merced, ni razón de derecho distinta de la mera liberalidad o tolerancia de su propietario o poseedor real, de cuya voluntad depende poner término a su tolerancia, instituto de creación doctrinal y jurisprudencial a partir de los términos del art. 1565.3 LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil), que no se reduce a la noción estricta del precario en

el Derecho romano, sino que amplía los límites del mismo a otros supuestos de posesión sin título, además de la posesión concedida u otorgada por liberalidad del titular del derecho, como la posesión tolerada, que no tiene su origen en ningún acto de concesión graciosa, y la posesión ilegítima o sin título para poseer, bien porque no ha existido nunca o por haber perdido su vigencia, teniendo todos estos supuestos en común la posibilidad de que el titular del derecho pueda recuperar a su voluntad el completo señorío sobre la cosa sin más requisitos que los previstos para el juicio de desahucio. Entre los tres casos de precario contemplados de posesión concedida, posesión tolerada y posesión ilegítima esta orientación incardina la cesión a los esposos o futuros esposos por los padres de uno de ellos de una vivienda de su propiedad para que les sirva de hogar conyugal, sin fijación ni limitación de tiempo, se hallaría comprendido dentro del primero de los tipos de precario mencionados, preconizando que éste a su vez se encuentra totalmente identificado con el comodato en el que no se ha fijado plazo de duración ni el uso a que habría de estimarse la cosa prestada, por lo que el comodante puede reclamarla a su voluntad según el art. 1750 CC.

Como sea que el principal problema con que se tropieza reside en determinar cuál sea la finalidad perseguida por las partes al destinar la casa a vivienda familiar, observa que si constituye un uso específico de ésta de carácter temporal tal que impida al comodante obtener su recuperación salvo caso de urgente necesidad mientras este uso se mantenga, se sostiene que en este caso no se está ante la figura del precario refundido en el comodato del art. 1750 CC, sino ante un contrato de comodato propiamente dicho del art. 1749 del mismo cuerpo legal.

Esta dirección interpretativa invoca en apoyo de la tesis que defiende el principio constitucional de protección a la familia para adaptar el texto de la Ley a la realidad social. Se afirma, así, que la protección del derecho a la vivienda recogido en el art. 47

de la Constitución unida a la protección del grupo familiar sancionada por el art. 39 hacen primar el derecho a la vivienda de los miembros de este grupo respecto del derecho que sobre la vivienda familiar pudieran ostentar otros miembros o terceros ajenos, y recuerdan cómo se permite la subrogación en el contrato de arrendamiento a quienes, en principio, no fueron parte en el contrato, los cuales ven su derecho a la vivienda convertido en un derecho sobre ésta; y, por otra parte, se posibilita la atribución del uso de la misma al cónyuge no titular en los supuestos de crisis matrimonial en función de lo dispuesto por el art. 95 CC. Como corolario, se identifica la efectiva protección del derecho a la vivienda familiar amparado en la Constitución con el reconocimiento de un cierto derecho sobre la misma sin subordinación a la libre voluntad del tercero propietario.

El razonamiento se completa con dos argumentos adicionales. De una parte, y frente a las objeciones de que la finalidad de destinar la casa a vivienda familiar no es desde el punto de vista del beneficiario un uso específico distinto del que la cosa puede tener en sí misma considerada, y que conduciría inequívocamente a considerar que estaríamos ante un supuesto distinto del uso concreto a que se refiere el art. 1749 CC, se señala que una edificación urbana habitable e idónea para su utilización no agota su haz de potenciales objetos con el de la ocupación en concepto de vivienda permanente, pudiendo tener otros plenamente compatibles con su destino (oficina, estudio, despacho, etc.); y, frente a que la vocación de permanencia que tiene el domicilio conyugal no se compagina bien con la temporalidad del contrato de comodato, se redarguye que siendo esto cierto, también lo es que debido a las crecientes dificultades para adquirir vivienda por los futuros esposos cada vez es más frecuente que sean los padres de uno u otro los que asuman total o parcialmente esta carga, bien en forma de préstamo, donación o cesión del uso de una vivienda de la que son titulares; y si bien tal cesión no

plantea ningún problema mientras el matrimonio se desenvuelve normalmente, en los supuestos cada vez más frecuentes de crisis familiar que acaban en ruptura con atribución judicial de la vivienda al cónyuge en cuya compañía quedan los hijos comunes se pone al descubierto esa posesión precaria cuando el beneficiario de la adjudicación no es el cónyuge con quien el propietario tenía la relación de parentesco, pudiendo incluso utilizarse esta carencia de derecho como arma para conseguir que la custodia de los hijos sea confiada a un determinado progenitor y evitar que la obtenga el otro. Se concluye que tales pretensiones encubren un más que probable abuso de su derecho prohibido por el art. 7.2 CC y 11.2 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial), y que se ampara al hacer recaer sobre la parte de la familia más indigente todo el peso de su nueva y difícil situación, precisamente en el momento en que su protección se hace más acuciante dado el desamparo en el que se desenvuelven la mayoría de las crisis matrimoniales cuando hay hijos menores. Se acostumbra a señalar, además, que quien dejó a sus hijos una vivienda de su propiedad para que la ocuparan después de contraer matrimonio no lo hizo para poder reclamársela a su voluntad en cualquier momento, sino durante un cierto tiempo, que normalmente se prolongará hasta que el matrimonio cuente con los recursos suficientes para costearse la adquisición de otra en propiedad o en arrendamiento, o hasta que surja otra necesidad similar —por ejemplo, nuevo matrimonio de un segundo hijo— que haga necesaria la desocupación, pero que de ninguna manera ha de entenderse transcurrido cuando la familia está atravesando por una situación de crisis, en que no sin grave quebranto económico puede procederse a la búsqueda de una vivienda alternativa que necesariamente conllevará un incremento de las cargas familiares que no pudieron tenerse en cuenta en el juicio de separación donde ya se contaba con seguir residiendo en la misma casa, y cuyo desalojo no apare-

ce justificado por ninguna necesidad urgente del propietario.

De otra parte, el segundo argumento se apoya en la STS, Sala Primera, de 18 de octubre de 1994, de acuerdo con la cual no parece dudoso en extremo que el uso atribuido judicialmente a la vivienda por el órgano que conoce de la separación o del divorcio configura un derecho oponible a terceros, pues el mismo se conforma como derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el art. 96, párrafo último del CC, y que en todo caso constituye y conforma título apto y suficiente, que aleja toda situación de precario, pues no conviene olvidar que la poseedora disfruta la vivienda, en ejercicio de buena fe de un derecho concedido por vía judicial, no exclusivo, ya que es extensivo a favor de los tres hijos del matrimonio, conforme al art. 96 CC y éstos no pueden ser desamparados por su relación directa con su progenitor.

Ciertamente, no puede desconocerse que el TS en su S. de 31 de diciembre de 1994, superando la tesis sentada en la sentencia de 18 de octubre de 1994, que calificó la adjudicación de la vivienda de derecho real familiar oponible a terceros y de eficacia total, vino a señalar, reiterando otra doctrina precedente del propio Tribunal, que la protección de la vivienda familiar se produce a través de la protección del derecho que la familia tiene al uso, y que la atribución de la vivienda familiar al uso de los cónyuges mediante sentencia o convenio regulador de separación no puede generar, como es natural, un derecho antes inexistente y sí, sólo proteger el que la familia ya tenía. Así, quienes ocupan en precario la vivienda no pueden obtener una protección posesoria de rigor jurídico superior al que tenían pues ello entrañaría subvertir las necesidades familiares muy dignas de protección con cargos a extraños al vínculo familiar con el riesgo añadido de perjudicar este tipo de actitudes de colaboración al matrimonio proporcio-

nando techo a sus seres próximos ante el temor de que ante una crisis familiar esa cesión se prolongara más allá de la querida por el propietario cedente y le privara definitivamente de su poder de disposición. De ahí que la resolución judicial que atribuye el uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges no origina un derecho real de uso ejercitable *erga omnes*, ni puede oponerse frente al cedente que no intervino ni podía hacerlo en el proceso matrimonial, por lo que la incuestionable protección que merece la vivienda u hogar familiar en la Constitución y legislación civil, de la que son máximos exponentes las previsiones contempladas en los arts. 96 *in fine*, y art. 1320 CC, en cuanto a la legislación ordinaria concreción de los arts. 39 y 47 CE (Constitución Española) no puede trascender a terceras personas ajenas al matrimonio.

No cabe duda, en el caso de autos, según se desprende de la admisión de hechos y por la apreciación de las pruebas practicadas, que la introducción de la vivienda litigiosa de la demandada y de su cónyuge tenía por objeto que los mismos instalasen en él su hogar familiar, y no de forma meramente tolerada, sino con pleno conocimiento y consentimiento de quienes en aquel instante ostentaban la propiedad del inmueble, lo que, *a priori* excluye que se trate de una ocupación como meros precaristas, entendido el precario en su consideración de simple situación fáctica, carente de cualquier título justificativo. En realidad la entrada y permanencia del matrimonio en la vivienda en cuestión se explica, perfectamente, en función de la figura jurídica del comodato: los propietarios, padres del esposo, ceden en préstamo el uso del piso, de manera gratuita, al matrimonio formado por el hijo y la esposa de éste. El citado comodato se pactó sin referirse a la duración del contrato, aunque el uso de la vivienda venía acordado, de forma expresa o implícita en el destino previsto de constituir el hogar familiar de los cesionarios, lo que dificulta a los comodantes, desde un plano jurídico, hacer aplicación de la reclamación a su voluntad prevista por el

art. 1750 CC. Dicho uso, por tanto, estaba y está condicionado a la subsistencia del fin en contemplación al cual se verificó la cesión, que no se puede estimar desaparecido por la circunstancia de que se haya producido una crisis conyugal, en la medida en que sigue sirviendo para alojar a la familia pese a que ya no la integre materialmente uno de sus miembros originarios —repárese que no se precisó concluyentemente que la cesión duraría mientras subsistiese la unión conyugal, ni cabe presumir fundada y razonablemente que fuera esa la voluntad de los cedentes—. Por su parte, cuando tras el fallecimiento de uno de los cónyuges cedentes el usufructo permanece en el otro y la nuda propiedad se transmite a una de las hijas —y hermana de uno de los cónyuges cesionarios— ésta se hace cargo a título de dueña nuda del concreto objeto de la litis, y conforme a las reglas generales de la sucesión, en la situación y con las obligaciones que precedentemente pesasen sobre el bien, por no haber concluido el uso para el que se prestó la cosa (arts. 1749 y 1750 CC).

Corolario de cuanto antecede es que no constando pactado en el caso litigioso la duración de la cesión de forma directa, pero habiéndose convenido un contenido para el uso específico al que la cosa prestada debía destinarse —hogar familiar del matrimonio y descendientes del hijo de los cedentes—, es lo cierto que, pese al empeño de la parte apelante, la expresada finalidad se continúa cumpliendo por más que se haya producido una situación de crisis conyugal y privado judicialmente del uso uno de los esposos, lo que excluye la situación de precario como acto de mera tolerancia, y revela una situación de comodato o préstamo de uso. De esta forma, la nuera y descendientes de los originarios comodantes únicamente pueden reclamar la vivienda en el caso de concurrir urgente necesidad (art. 1749 CC), la cual en modo alguno ha resultado probada, y ello ha de cristalizar en el peticionamiento del recurso interpuesto y en la confirmación de la sentencia de instancia.

2. *Atribución del uso de la vivienda ganancial de forma alternativa a uno y otro cónyuge por períodos anuales al estar ambos intereses necesitados de protección en igual medida, ya que ninguno de los cónyuges dispone de otra vivienda.*

AP LEÓN, Sec. 2.^a, Sentencia de 8 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Francisco Álvarez Rodríguez.

En cuanto a la atribución de la vivienda familiar, se trata de una vivienda ganancial, siendo ambos intereses el del marido y el de la esposa necesitados de protección en igual medida, pues ninguna prueba hay en autos de que alguno de ellos pueda disponer de otra vivienda, ni tampoco que los recursos económicos de uno sean mayores a los de otros, salvo esas escasas 14.000 ptas. de pensión que cobra de más el esposo. El art. 96 CC establece la posibilidad de que el uso de la vivienda se atribuya al cónyuge no titular si su interés se considera el más necesi-

tado de protección, pero no es el caso de autos pues aquí la vivienda es de carácter ganancial y, como se dice, tampoco se acredita que el interés de uno de los cónyuges sea el más necesitado de protección, teniendo ambos igual necesidad. Por todo ello la atribución del uso de la vivienda familiar por años sucesivos a ambos cónyuges parece la solución mejor, sin perjuicio de lo que puedan acordar los mismos en cualquier momento al respecto, debiendo ser ratificada dicha medida y desestimarse la impugnación interpuesta contra la misma.

IV. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

1. *Cesación de la obligación alimenticia respecto a la hija mayor de edad aun cuando la misma comenzase a trabajar después de interpuesta la demanda de divorcio.*

AP ASTURIAS, Sec. 6.^a, Sentencia de 8 de febrero de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a Elena Rodríguez-Vigil Rubio.

Consentido el pronunciamiento principal de la sentencia acordando el divorcio de los cónyuges, la única cuestión que con el presente recurso se plantea a la decisión de la

Sala es la relativa a determinar si procede o no dejar sin efecto la contribución paterna a los alimentos de su hija D.^a Amaya, de 22 años de edad, al haber sido ello desestimado

en la sentencia de primera instancia con el doble fundamento de no reputar acreditado que la misma tenga una situación estable así como haberse producido la incorporación al mercado de trabajo de la misma, con posterioridad a la presentación de la demanda, lo que estima impediría tomarlo en consideración, frente a cuyo pronunciamiento se alza el obligado reiterando la procedencia de su supresión.

Debe comenzar por señalarse que es cierto que uno de los efectos más característicos que se produce, una vez establecida la litispendencia que la presentación de la demanda supone, es el que doctrinal y jurisprudencialmente ha venido denominándose principio de la *perpetuatio iuris dictionis*. Principio que, como es sabido, obliga a Jueces y Tribunales, una vez iniciado un proceso, a sustanciarlo y decidirlo en los términos planteados y a las partes a mantener los planteamientos iniciales con el fin de que exista correspondencia entre el objeto del proceso tanto al inicio como en el momento de su resolución por el Juez o Tribunal (sentencias del TS de 29 de diciembre de 1989 y 9 de mayo de 1994, entre otras). Ahora bien, tal principio no es tan rígido que no admita excepciones, siquiera ello lo sea para facilitar la inclusión en el proceso en marcha de aquellos acontecimientos que, aunque ocurridos con posterioridad, parecen no obstante ligados íntimamente a los discutidos, hasta el punto de modificarlos o alterarlos en mayor o menor medida. Es lo que doctrinalmente se conoce con el nombre de *ius superveniens*, o derecho sobrevenido y con incidencia decisiva en el proceso ya abierto, en virtud del cual se permite la introducción en el proceso de estos hechos nuevos íntimamente relacionados con los términos debatidos en el proceso y por ello con inciden-

cia en el mismo. *Ius superveniens* que no cabe duda tiene especial incidencia en sede de juicios matrimoniales, debido a que la situación económica, en este caso de los hijos mayores de edad, puede sufrir y de hecho en la práctica así sucede, variaciones importantes y substanciales en el transcurso del procedimiento que no cabe duda han de ser tenidas en cuenta a la hora de resolver las pretensiones de las partes, obviamente siempre con el límite de los términos en que se mantuvo y quedó trabado el debate en los escritos rectores del proceso en la primera instancia.

Teniendo en cuenta la doctrina precedente y acreditado como está en autos por propio reconocimiento expreso de la hija beneficiaria de la prestación de alimentos (cf. absolución posiciones 1.^a, 3.^a y 4.^a folio 54) que figura de alta en la Seguridad Social así como que a partir del mes de enero del año 1999 firmó un contrato de trabajo tras haber superado el periodo de prueba, habrá de acogerse la pretensión, no tanto de extinción sino de cesación de la obligación paterna de contribuir a sus necesidades de alimentación, pues, como bien se razonó por el recurrente en el acto de la vista, la obligación de prestarse alimentos entre parientes subsiste siempre que uno de ellos lo necesite y el otro esté en condiciones de prestarlos, de ahí que si la hija hubiera perdido el empleo, y volviese a carecer de medios propios podrá volver a reclamarlos, pero ello ya en el procedimiento específico correspondiente, pues una vez incorporada al mercado de trabajo, con mayor o menor estabilidad, no puede reputarse que concurran en la misma los requisitos a que el art. 93.2 del C. Civil supedita la subsistencia de estos pronunciamientos en sede de juicios matrimoniales.

2. *Mantenimiento de la pensión alimenticia de la hija mayor de edad aunque la hija tenga su residencia, por razón de estudios, en otra ciudad distinta a la de su madre.*

AP ALICANTE, Sec. 4.^a, Sentencia de 9 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Florez Menendez.

Entrando así en el fondo del asunto, también se ha declarado que el requisito de convivencia del repetido artículo 93.2 del Código Civil es susceptible de apreciación flexible, en la misma medida en que la realidad muestra que en muchos casos la convivencia cesa por razones de estudios, laborales o análogas sin que ello vaya en detrimento de la unidad de la economía familiar que constituye el fundamento último del precepto. En virtud de ello, no puede consi-

derarse determinante de la extinción de su pensión el hecho de que la hija llamada Laura resida en Barcelona mientras su madre vive en Alicante, y puesto que se ha acreditado que al tiempo de interponerse la demanda cursaba estudios (en especial folio 42) y no se ha aportado prueba bastante de que tenga medios económicos que le permitan atender a su subsistencia, procede desestimar la demanda en lo que a ella respecta.

3. *Reducción del 50% de la pensión alimenticia cuando uno de los hijos se traslada a convivir con el progenitor no custodio.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Sentencia de 10 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Anglada Fors.

La única cuestión sometida a examen en esta alzada es la relativa a la cuantía de la pensión alimenticia fijada a cargo del padre apelante, cuya minoración éste solicita por medio del presente recurso de apelación, toda vez que el hijo Carles —que ya ha alcanzado la mayoría de edad— pasó a vivir con tal progenitor. El Ministerio Fiscal en el acto de la vista del recurso, asimismo solicita la reducción de la pensión alimenticia en favor de la hija de los litigantes, Silvia, a la suma de 25.000 pts. mensuales.

Acorde con la tesis de la parte apelante y del propio Ministerio Público, procede la minoración de la pensión alimenticia fijada a cargo del padre demandado. En efecto, debe adecuarse la sentencia de instancia a la realidad de la situación existente entre las partes hoy en litigio y que la propia Juzgadora de Instancia ya resolvió en el auto de 27 de mayo de 1999 (folios 27 al 29 del rollo) —de fecha posterior a la sentencia recurrida—. Respecto a éste, es de constatar que en la actualidad ya no procede pronun-

ciarse sobre la guarda y custodia del hijo Carles, al haber alcanzado la mayoría de edad durante la tramitación de la presente apelación (vid. folio 8) —aunque debe dejarse sin efecto la atribución de la misma en favor de su madre—, pero sí sobre la pensión alimenticia a satisfacer por el padre, la cual, como se ha indicado, debe reducirse a la mitad de la fijada en la resolución apelada, pues en ésta se establece para los dos hijos la total cantidad de 50.000 pesetas al mes, y como quiera que el mayor de dichos

hijos pasó a vivir con su padre, tal como reconocen los propios litigantes es por lo que procede reducir a 25.000 pesetas mensuales la pensión alimenticia a cargo de dicho progenitor, al quedar la misma subsistente sólo para la hija cuya custodia la ostenta la madre, según explicitó la misma Juez *a quo* en el indicado auto de 27 de mayo de 1999, lo que determina y comporta, sin necesidad de mayores consideraciones, con estimación del recurso formulado, la revocación parcial de la sentencia impugnada.

V. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *Extinción de la pensión compensatoria cuando queda acreditado que un tercero convive en el domicilio familiar de forma permanente sin que sea obstáculo para tal conclusión que éste siga manteniendo a efectos administrativos y de correspondencia otro domicilio.*

AP TOLEDO, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio Buceta Miller.

El art. 101 del Código Civil cita como una de las causas de extinción de la pensión compensatoria o por desequilibrio económico el hecho de vivir el acreedor, o beneficiario de la misma, maritalmente con otra persona. El precepto equipara a estos efectos la convivencia marital con el mismo matrimonio, toda vez que las nuevas nupcias del pensionista también son causa de extinción de la pensión y ello, según nuestra Doctrina, para evitar situaciones fraudulentas, consistentes en no contraer nuevo matrimonio para no perder el derecho o la pensión derivado de un matrimonio anterior.

La equiparación implica evidentemente un cierto reconocimiento de una situación de hecho, reconocimiento que no es extraño

ya en nuestro derecho, en otros órdenes tanto civiles como penales, laborales, etc.

Frente a la redacción del art. 101 que proponía el Gobierno en el Proyecto de la Ley de 7 de julio de 1981, que establecía que se extinguiría el derecho de pensión por llevar el acreedor “vida notoriamente deshonesta”, lo cual implicaba una especie de sanción al cónyuge que, siendo beneficiario de la pensión, mantuviera relaciones sexuales con otra u otras personas, y ante todo, el establecimiento de juicios de valor acerca de la conducta de otra persona en el aspecto sexual, la actual redacción, lejos de cualquier planteamiento de carácter moral acerca de la conducta de los cónyuges o ex cónyuges tras su ruptura matrimonial, lo único que

pretende es evitar el fraude por un lado, y por otro que se mantenga el derecho a la pensión cuando desaparece el desequilibrio, lo que ocurre con carácter general cuando se alcanza una nueva situación de convivencia estable con otra persona. Así pues, la causa de extinción del derecho va ligada no a la conducta del beneficiario vista desde el punto de vista moral, conducta que a este Tribunal no le afecta en modo alguno y que desde luego nunca podría desaprobar, pues entiende que el derecho al libre desarrollo de la personalidad proclamado en el art. 10 de nuestra Constitución comprende evidentemente el de rehacer nuevamente la vida afectiva con otra persona, sino que la extinción obedece únicamente a la idea de la estabilidad de la convivencia, con la creación de una apariencia matrimonial o si se quiere, de un status paramatrimonial, excluyéndose por tanto como causa de extinción del derecho de pensión, la convivencia esporádica u ocasional y, mucho más, la simple relación amorosa o afectiva sin convivencia.

Se trata pues en el caso presente de examinar si existe prueba bastante en el procedimiento acerca de la convivencia o no de la demandada con una tercera persona, y del grado de intensidad y de permanencia o estabilidad de dicha convivencia, para poder decidir sobre la extinción de la pensión, tal y como solicita la parte demandante y hoy apelada.

Y examinado el material probatorio obrante en autos, fundamentalmente los informes elaborados por una investigadora privada referidos a dos diferentes momentos separados entre sí por varios meses y abarcando cada uno de ellos varios días consecutivos, informe que ha sido convenientemente ratificado por vía testifical dando oportunidad a la contraparte a formular repreguntas, así como de diversa prueba testifical también practicada, se llega a la conclusión racional de que en efecto la demandada ha entablado, como tiene por cier-

to el más legítimo derecho, una nueva relación de pareja, estable, seria y suficientemente prolongada en el tiempo como para poder entender que en efecto concurre la circunstancia de extinción de la pensión compensatoria prevista en el art. 101 del Código Civil y que venimos examinando, siendo datos reveladores entre otros muchos, de dicha estabilidad en la convivencia, el hecho de que el compañero sentimental de la demandada posea llaves del domicilio de la misma, el hecho de que cuando sale de su domicilio tras pernoctar, lo haga correctamente uniformado para el desempeño de su trabajo como vigilante del estacionamiento en Talavera de la Reina habiendo entrado por las noches vestido de paisano, lo que demuestra que ha trasladado sus ropas a la vivienda de la demandada, incluso el hecho de que vecinos del que se supone que es su propio domicilio, remiten a quien pregunta por él, al domicilio de la demandada, según el mencionado informe de seguimiento convenientemente ratificado.

El que el compañero sentimental de la demandada mantenga su anterior domicilio a efectos administrativos o que en él reciba su correspondencia, en absoluto prueba que sea allí donde verdaderamente reside habitualmente, no siendo tampoco exigible para entender la existencia de una convivencia marital el hecho de que se comuniquen los patrimonios de los convivientes, adquieran bienes comunes o mantengan cuentas corrientes conjuntas, siendo plenamente compatible una independencia patrimonial con una convivencia *more uxorio* en lo estrictamente personal, de igual modo que dicha independencia patrimonial es también compatible con el matrimonio regido por el régimen de separación de bienes, en el que no hay comunicabilidad ni confusión de patrimonios, sino únicamente contribución a los gastos comunes en proporción a los respectivos ingresos.

2. *Fijación de pensión compensatoria solicitada en la petición de medidas provisionales y no en el suplico de la demanda.*

AP ALICANTE, Sec. 4.^a, Sentencia de 11 de febrero de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a Amor Martínez Atienza.

Impugna la parte apelante la sentencia de instancia únicamente en el particular relativo a la pensión compensatoria sobre la base de una presunta vulneración del principio de congruencia al considerar que no debió reconocerse dicha medida, como complementaria a la separación decretada, al no figurar mención alguna a la misma en el suplico de demanda en su día formulada por la demandante-apelada.

Pues bien, a la vista de las alegaciones efectuadas por la parte apelante, puestas en relación con las actuaciones de las que dimana el presente Rollo y sentencia recaída en las mismas, procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto, y correlativa confirmación de la sentencia de instancia, y ello en base a las consideraciones que a continuación se van a proceder a exponer.

Ciertamente en el ámbito del reconocimiento de la pensión compensatoria rige el principio dispositivo, no pudiéndose otorgar sin petición de parte interesada, pues nadie sino el consorte mismo destinatario puede conocer sus propias necesidades económicas después de la ruptura y saber y decidir si le es o no preciso una ayuda pecuniaria de esta naturaleza para restablecer en lo posible el equilibrio roto con la cesación de la convivencia. Asimismo, y en relación a las manifestaciones efectuadas por la parte apelante, entre las “medidas provisionales” que el juez ha de adoptar a falta de acuerdo entre ambos cónyuges aprobado judicialmente (art. 103 C. Civil), no figura la pensión compensatoria, ni tampoco aparece

ésta en el art. 91 del mismo Cuerpo Legal, relativo a las medidas a dictar por el Juez en las sentencias de nulidad, separación o divorcio si no existe convenio regulador o si éste no ha sido aprobado.

Pero tal y como tiene reconocido este Tribunal (vid. SS. 5-4-1995, o 29-5-1998) tan evidente y preconizable como lo anterior es que la petición de esa pensión que el cónyuge interesado en obtenerla ha de formular no debe encorsetarse en rigurosidades y formalismos tales que solo se la tenga por válidamente efectuada cuando figure con esos términos en el suplico principal de la demanda iniciadora de alguno de aquellos procesos, y ha de considerarse más bien (en criterios compartidos asimismo por otros Tribunales, vid SAP Valencia 14-12-1998) que si se evidencia el designio de uno de los esposos, a través del conjunto de sus escritos procesales o de su comportamiento en la *litis*, de obtener el auxilio económico de que tratamos, podrá tomarse y valorarse tal circunstancia como equivalente a una petición formal de la pensión, de manera que, sin agravio alguno de la congruencia, cabrá acceder a su concesión, o, en términos más amplios, pronunciarse en sentido positivo o negativo sobre una súplica con ese contenido.

Así pues, se entenderá, en el caso que nos ocupa, que se cumple con el principio de rogación (en el marco del principio dispositivo), “al constar solicitada la controvertida prestación en el escrito de demanda, aunque lo sea en lugar improcedente cual es el co-

rrespondiente a la adopción de medidas provisionales, ya que con ello se llena la finalidad del requisito, que no es otra que la de dar a la parte contraria oportunidad de contestar... y proponer prueba sobre dicho extremo...”, de suerte que la adopción de la medida se vio precedida de la oportunidad del oportuno debate con igualdad de partes, que es lo que exige el principio de contradicción, y ello en un marco en el que, con ocasión del desarrollo de la actividad proba-

toria, la parte ahora apelante, en algunos supuestos, incidió en la determinación de la futura capacidad de trabajo del apelante —a efectos económicos— en función de la incidencia de secuelas experimentadas a raíz de accidente de tráfico, o, en su caso, en el desarrollo de actividades retribuidas en el pasado por la demandante, o, en su disposición en materia de acceso a formación y trabajo condicionantes de su posición de acceso al mercado del trabajo.

3. *No cabe impugnar las capitulaciones matrimoniales en un procedimiento matrimonial, ni solicitar una pensión compensatoria en base al desequilibrio que produjo a uno de los cónyuges el incumplimiento de los pactos contenidos en dichas capitulaciones.*

AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, Sentencia de 17 de febrero de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª Soledad Jurado Rodríguez.

Según reiterada doctrina jurisprudencial —SSTS 1 de junio de 1988, 28 de octubre de 1994 y 25 de mayo y 31 de octubre de 1995, entre otras— la exigencia de precisión de las sentencias que impone el art. 359 LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil), determina que cada uno de los problemas sobre los que verse el procedimiento ha de quedar resuelto en función del planteamiento de que es objeto en el mismo, lo que enlaza con las exigencias de la congruencia también establecida en el mismo precepto, en cuanto que hay que entender por tal, la conformidad que debe existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, siendo lo esencial que las declaraciones del Fallo tengan virtud y eficacia suficiente para dejar resueltos todos los puntos que fueron objeto de debate, de ahí que la denominada “incongruencia omisiva” viene a producirse cuando la sentencia no da respuesta a cuestiones de derecho formalmente

planteadas por las partes en sus escritos rectores, incurriendo la sentencia de instancia en este defecto procesal al no haberse pronunciado sobre la solicitud por parte del marido de fijación a su favor de pensión compensatoria a cargo de la esposa, siendo éste el único objeto del presente recurso, reiterándose en esta alzada que se fije pensión compensatoria a favor del marido mediante la entrega por parte de la esposa del 50% de los bienes inventariados en las capitulaciones matrimoniales, cuya partición y adjudicación se hará en ejecución de sentencia. Del escrito de demanda reconvenional y de las alegaciones vertidas en el acto de la vista del recurso, tal pretensión se basa en el hecho de que habiendo contraído los hoy litigantes matrimonio el 27 de enero de 1990, bajo el régimen económico legal de gananciales, los mismos otorgan escritura de capitulaciones matrimoniales el 13 de abril de 1992 pactando la liquidación de la sociedad

de gananciales y adoptando el régimen de separación de bienes, adjudicándose al marido el metálico ascendente a 17.528.000 ptas. y a la esposa cuatro bienes inmuebles y un vehículo integrantes del activo de la sociedad, aduciendo dicha parte que no habiendo recibido tal cantidad adjudicada, ha quedado despojado de sus bienes, produciéndose por la separación matrimonial instada por la esposa el 21 de agosto de 1995 un desequilibrio económico en relación a la posición en que queda la actora y que le lleva a un empeoramiento en su situación anterior.

Entrando a resolver sobre esta única cuestión planteada, la propia exposición de hechos y razones aportados por el reconviniendo apelante refleja la inadecuación del presente procedimiento de separación matrimonial para resolverla, ya que de conformidad con el art. 91 CC (Código Civil), y por lo que a este caso atañe, en las sentencias de separación, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges, determinará las medidas en relación a la liquidación del régimen económico, estableciéndose en el art. 95 del mismo texto legal que la sentencia

firme producirá respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial, en consecuencia, si este régimen ya estaba disuelto en virtud de acuerdo de los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales, no puede el Juzgador entrar en esta sede a una nueva disolución y adjudicación de bienes, que es lo realmente pretendido por el ahora recurrente, pues la disconformidad que el mismo mantiene con lo pactado en dichas capitulaciones sólo podrá encauzarse a través de una impugnación de las mismas en el procedimiento declarativo correspondiente, debiendo indicarse, por otra parte, que no procedería por las causas alegadas la fijación de una pensión compensatoria cuando la parte que así la solicita la fundamenta en un desequilibrio económico que, en su caso, se habría producido en el momento y por motivo de la forma en que se adjudicaron los bienes en la escritura pública de capitulaciones, pero no en el momento y por motivo de la separación, que es precisamente el supuesto de hecho contemplado en el art. 97 CC para la fijación de tal pensión, abocando todo lo anterior a la desestimación del recurso planteado.

4. *La limitación temporal de la pensión compensatoria es de creación jurisprudencial y debe aplicarse con criterio restrictivo.*

AP VALENCIA, Sec. 7.^a, Sentencia de 17 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio Lahoz Rodrigo.

En relación al importe de la pensión compensatoria, establecida en 60.000 ptas. con una duración de 12 años, concurren dos motivos de apelación formulados por la demandante y demandada, respectivamente.

Analizaremos, en primer lugar, la limitación temporal, criterio con el que nos mostramos en desacuerdo ya que este órgano en-

tiende que la limitación, no prevista por ley, es de creación jurisprudencial y debe aplicarse con criterio restrictivo. En el presente caso, atendiendo a la edad de la demandante, 50 años, la duración del matrimonio, 25 años, la dificultad de acceder a un puesto de trabajo atendiendo a su edad, el reconocimiento de una invalidez permanente total

que limita su acceso al mercado laboral, justifica la supresión de dicha limitación, máxime cuando el desequilibrio económico que produce la separación es patente, sirviendo como criterio comparativo los distintos ingresos de los litigantes, 230.000 ptas. netas en el demandado frente a 50.500 ptas. la demandada.

Es necesario que la pensión cumpla su finalidad equilibradora, evitando que la separación deje a la demandante en una situación de precariedad económica. Por lo tan-

to, el importe de 60.000 ptas. es ajustado a derecho y con su devengo la demandante se situará con unos ingresos medios de 110.000 ptas. que pueden permitirle vivir con dignidad; en cuanto a la situación económica del demandado cuyos ingresos oscilan alrededor de 230.000 ptas., la deducción de 60.000 ptas. en concepto de pensión compensatoria, reduce su disponibilidad económica a 170.000 ptas., cantidad considerada suficiente para atender los gastos de alquiler de vivienda y vivir con idéntica dignidad.

VI. CUESTIONES PROCESALES

1. Régimen jurídico de la concesión de litisexpensas.

AP ASTURIAS, Sec. 4.^a, Sentencia de 16 de febrero de 2000. Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Avello Zapatero.

La cuestión planteada en la presente alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por D.^a María Rosario contra la Sentencia del Juzgado, que desestimó su solicitud de señalamiento de litis expensas a cargo del esposo, por entender que era incompatible con el beneficio de asistencia jurídica gratuita de que gozaba la recurrente, se centra en dilucidar cuál sea la correcta interpretación y alcance que haya de darse al artículo 1318 del Código Civil, en relación con los preceptos de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, así como la aplicación que corresponda atendidas las circunstancias concurrentes en los cónyuges litigantes.

El artículo 1318 del Código Civil antes citado establece en su párrafo tercero que cuando un cónyuge carezca de bienes pro-

prios suficientes los gastos necesarios causados en litigios que sostenga con el otro cónyuge sin mediar mala fe o temeridad, o contra tercero si redundan en provecho de la familia, serán a cargo del caudal común y, faltando este, a costa de los bienes propios del otro cónyuge, cuando la posición económica de este impide al primero la obtención del beneficio de justicia gratuita, precepto que ha de ponerse en relación con el artículo 103 regla tercera del mismo texto legal que, en fase de medidas provisionales de separación, contempla el señalamiento de litis expensas, si procede, es decir, si la posición económica del otro cónyuge impide al solicitante de aquellas acogerse al beneficio de justicia gratuita, supuesto en el que los gastos judiciales ocasionados se satisfacen a costa del caudal común. Es cierto que

la aplicación rigurosa de los artículos 13 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, actualmente derogados, había conducido en ocasiones a soluciones insatisfactorias, especialmente en supuestos en que la esposa que había de promover un proceso de separación o divorcio frente al esposo desconocía la cuantía de los ingresos de este, mas dicha situación, ya paliada entonces con una interpretación flexible de los preceptos citados, ha sido contemplada de modo expreso en el artículo 3 punto 3 de la vigente Ley, que permite la valoración individual de los medios económicos del solicitante cuando existan intereses familiares contrapuestos en el litigio, de suerte que si uno de los cónyuges carece de recursos o ingresos propios podrá solicitar la concesión del aludido beneficio de asistencia gratuita, para facilitar así su derecho de defensa; sin perjuicio de que si tuviere derecho a la percepción de litis expensas el Letrado y Procurador que la defiendan y representen puedan percibir los honorarios y derechos que les correspondan, devolviendo las cantidades percibidas con cargo a fondos públicos, según establece el artículo 36 números 4 y 5 de la citada Ley; de cuyo conjunto normativo claramente se deduce que el señalamiento de litis expensas procederá

siempre que concurren las circunstancias previstas en el artículo 1318 del Código Civil, que obviamente no ha sido derogado por la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, cuya aplicación es perfectamente compatible con el precepto sustantivo citado y que rectamente interpretada permite un más eficaz ejercicio del derecho de defensa.

La aplicación de tales preceptos al supuesto enjuiciado ha de conducir a solución distinta de la alcanzada por la juzgadora de instancia, puesto que lo que realmente se deduce de lo actuado es que el matrimonio formado por D.^ª María Rosario y D. Vicente, así como su familia, subsistieron durante el largo periodo de convivencia matrimonial a expensas de los ingresos del marido, Vigilante de HUNOSA actualmente en situación de prejubilado y que, según propio reconocimiento, percibe unos ingresos mensuales líquidos del orden de 375.000 ptas., mientras la esposa D.^ª María Rosario carece de cualificación profesional y no consta que tenga ingresos propios, razones por las que, al concurrir los requisitos previstos en el artículo 1318 del Código Civil, debe accederse a la fijación de litis expensas en la cuantía solicitada, con la consiguiente revocación de la Sentencia recurrida.

2. *Inclusión por vía de aclaración de sentencia del complemento a la pensión compensatoria consistente en la mitad de las pagas extraordinarias del obligado al pago.*

AP BURGOS, Sec. 3.^ª, Sentencia de 24 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. Ildfonso Barcala Fernández de Palencia.

Después de fijarse en la sentencia la cantidad de 80.000 ptas. mensuales como pensión compensatoria el juez dicta un auto aclaratorio a instancias de la parte actora en el que, además de la anterior, establece el derecho de la demandante a percibir la mi-

tad de las pagas extraordinarias del demandado, lo que ya fue solicitado por la actora en su escrito de demanda. Frente a lo que alega la parte apelante de que se viene así a modificar el contenido de la sentencia, lo que excede de las posibilidades de aclara-

ción que contemplan los arts. 363 LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil) y 267 LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial), ha de admitirse como válida esta actuación procesal en cuanto que, tanto uno como otro precepto legal, permiten suplir en vía de aclaración cualquier omisión de la sentencia, especificando el art. 363 que se trate de una omisión sobre algún punto discutido en el litigio, siendo así que el derecho a percibir la mitad de las pagas extraordinarias ya se solicitó en el escrito de demanda, por lo que pertenecido al objeto de la litis lo que es objeto de aclaración.

En este punto de la participación de la actora en las pagas extraordinarias, se observa, sin embargo, que el juez de instancia no sigue la misma regla proporcional que la que

le lleva a fijar la cantidad de 80.000 ptas. mensuales en relación con las retribuciones mensuales del demandado. Pues, si las 80.000 ptas. de pensión compensatoria aparecen fijadas en relación con unas retribuciones líquidas del demandado de 246.485 ptas. al mes, según los extractos de cuentas aportados, la misma proporción parece que habrá de regir para fijar la participación de la actora en las pagas extraordinarias, que son dos de 122.485 ptas., en total 244.970 ptas. anuales. Siendo la retribución mensual del demandado equivalente a la cantidad anual que percibe como pagas extraordinarias, procede fijar también en 80.000 ptas. la cantidad que debe recibir la demandante por este concepto, a distribuir en dos pagos de 40.000 ptas.

3. *Admisibilidad del cambio de procedimiento durante el trámite de la segunda instancia.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Sentencia de 25 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José M.^a Bachs Estany.

Habiéndose admitido por la disposición adicional 5.^a ap. k) de la Ley 30/1981 de siete de julio la posibilidad de que los cónyuges en uso de la autonomía de la voluntad, libremente puedan en cualquier momento del proceso, lo que no excluye la segunda instancia, solicitar el cambio de procedimiento a los cauces previstos en la disposición adicional 6.^a de la misma por haber llegado a un acuerdo, y estimándose que los pactos a que se llega en dicho acuerdo de fecha 2 de noviembre de 1999 no son dañosos para los hijos ni gravemen-

te perjudiciales para uno de los cónyuges, es por lo que procede acceder a lo solicitado por los mismos en su escrito de fecha 5 de noviembre de 1999, declarando en consecuencia el divorcio con los efectos civiles del convenio que se aprueba y que en la parte dispositiva de esta sentencia se transcribe literalmente, dejando sin efecto aunque no revocando, formalmente, la parte de la sentencia de instancia correspondiente a dichos efectos, que son substituidos por los del convenio que debe transcribirse en el fallo.

VII. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

1. *Procedencia de la actualización de la pensión alimenticia con carácter retroactivo.*

AP VALLADOLID, Sec. 1.^a, Auto de 7 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Manuel Sáez Comba.

Sostiene la parte apelante la improcedencia de la actualización solicitada porque, se dice, tal derecho no puede otorgarse con efectos retroactivos en el sentido de que, pudiendo llevarse a cabo la actualización, ésta no tendrá efectos sino desde la fecha en que se solicita.

Estamos en presencia de un tema que no tiene una respuesta en la regulación que el Código Civil hace de la materia, pero que ha sido tratado —y de forma diversa— por la denominada jurisprudencia menor. Esta Sala se inclina abiertamente por la solución negativa a la tesis del recurrente porque frente a la postura que rechaza tal efecto retroactivo basándose en criterios genéricos de falta de certeza y seguridad jurídica, así

como el principio de rogación (o, en su caso, de abandono del derecho) por parte del reclamante, que básicamente se argumentan cuando, como en este caso, se hace una remisión a la revisión de rentas en materia arrendaticia urbana, lo cierto es que dichos principios, en supuestos como el presente —no se olvide que estamos hablando de alimentos debidos a los hijos— deben ceder ante los de *favor filii*, justicia material del artículo 1 de la Constitución Española, la tutela judicial efectiva del artículo 24 del mismo Texto constitucional y la protección y asistencia al hijo menor del artículo 39, de forma que la tardanza del progenitor en reclamar la cantidad correspondiente en nombre y representación del menor no debe perjudicar al mismo.

2. *La pensión alimenticia debe abonarse directamente a la madre y no a los hijos mayores de edad.*

AP BARCELONA, Sec. 12.^a, Auto de 7 de febrero de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Mireia Salvá Cortés.

El auto impugnado en la presente alzada, debe ser confirmado por sus propios y acertados razonamientos y conclusiones coherente con las normas aplicables —art. 118 de la CE y 18 de la LOPJ— ya que las sentencias firmes deben ser ejecutadas en sus pro-

prios términos, consiguientemente, la pretensión de que la pensión alimenticia, sea satisfecha directamente a los hijos desfigura y rompe el contenido de la parte dispositiva que acuerda sea satisfecha a la madre, lo que determina la inviabilidad de tal pretensión.

3. *Reclamación de atrasos por impago de pensiones de hijos mayores de edad constando la renuncia de los mismos.*

AP VALENCIA, Sec. 6.^a, Auto de 14 de febrero de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Purificación Martorell Zulueta.

El auto de 12 de mayo de 1995 —objeto del recurso de apelación— argumenta en el Fundamento de Derecho Primero que “resultando de las actuaciones que las hijas habidas del matrimonio, mayores de edad, renuncian expresamente a los alimentos establecidos, así como a los atrasos, dado que según sus manifestaciones éstas están satisfechas, debe ser admitida y aprobada dicha renuncia, de conformidad al artículo 6 del C. Civil, pues quien tiene derecho a su percepción, siendo acreedoras de dicha pensión, son las hijas y no la madre” y en atención al expresado fundamento declara extinguidos los alimentos establecidos y por satisfechos los atrasos reclamados, con archivo de la ejecución.

D.^a María del Carmen por escrito de 1 de octubre de 1998 solicitó se tuviera por actualizada la pensión de alimentos concedida a favor de sus hijas a la cantidad de 50.900 pesetas, así como por fijada la deuda por impago y atrasos en la cantidad de 1.161.700 pesetas. Al mencionado escrito se opuso D. Daniel argumentando que las hijas son mayores de edad, que la mayor trabaja y tiene ingresos propios suficientes y la pequeña — que residió con el padre desde agosto de 1997— vive actualmente con su hermana; señaló haber procedido al abono de las cantidades que ahora se le reclaman destinando la cantidad que percibía por desempleo más 10.000 pesetas más de una cuenta de ahorro, negando que pueda producirse una actualización con efectos retroactivos y acompañó a su escrito dos manuscritos redactados por

sus hijas que obran a los folios 14 y 15. Al folio 16 del testimonio de particulares obra denuncia formulada por Sandra y Alicia contra su madre D.^a María del Carmen por impedirles retirar del domicilio conyugal sus enseres personales y cambio de la cerradura de la puerta (19 de octubre de 1998) constando al folio 51 comparecencia efectuada (26 de abril de 1999) por las expresadas a fin de efectuar la siguiente manifestación: “que renuncian a reclamar a su padre, las pensiones atrasadas, dado que consideran que están debidamente satisfechas y que ellas son independientes económicamente. Que en este procedimiento renuncian a reclamar pensión alguna a su padre, renunciando expresamente a la pensión de alimentos, y reservándose ambas, el derecho a reclamar las pensiones que estimen por convenientes y a través del oportuno procedimiento”. D.^a María del Carmen por escrito de 28 de abril de 1999 (folio 56) y ante las manifestaciones efectuadas por sus hijas solicitó que la renuncia se entienda desde la fecha de la salida de las mismas del hogar materno en abril de 1998 por lo que fijaba su reclamación en 856.300 pesetas.

En el acto de la vista, la representación de la parte apelante solicitó la revocación de la resolución impugnada alegando en síntesis:

1) que el derecho a la pensión de alimentos permanece vigente porque no se ha instado el correspondiente incidente de modificación de medidas, los alimentos no han

prescrito y no es cierto que se haya producido la salida de las hijas del domicilio conyugal, ya que entran y salen del mismo;

2) el demandado es deudor de la cantidad que se reclama desde diciembre de 1996, sin que los extractos bancarios aportados de adverso nada acrediten en relación con esta cuestión.

3) Se han producido infracciones en el trámite de ejecución de sentencia al haberse admitido un recurso de reposición que debió inadmitirse por no citarse el precepto infringido y no haberse acordado el recibimiento a prueba, aunque en realidad no era tan necesario.

4) El crédito es de la madre pues ella es la que ha venido atendiendo a las necesidades de las hijas y sufragado los gastos en el período correspondiente, pese a lo cual se admite la renuncia.

5) Los alimentos son irrenunciables.

6) Se planteó de contrario la cuestión de la irretroactividad, que no puede apreciarse a tenor del contenido de las resoluciones de esta misma Audiencia Provincial que invocó. Por todo lo cual solicitó la revocación, que no se tenga por admitida la renuncia efectuada por las hijas y que se condene a la parte contraria al abono de las cantidades que debe desde diciembre hasta la actualidad, o subsidiariamente hasta abril de 1998 con expresa condena en costas.

La parte apelada se opuso a los argumentos expuestos de adverso y solicitó la confirmación de la resolución con imposición de costas a la parte apelante, señalando al efecto la existencia de un procedimiento de modificación de medidas en el que ha recaído sentencia y en el que se han acreditado cuantos extremos se opusieron en su momento, no siendo procedente acoger los argumentos expuestos de adverso porque consta que las hijas han sido satisfechas y es a ellas a quienes les incumbe reclamar. Solicítase impongan las costas a la parte apelante por su manifiesta temeridad.

Este Tribunal, en uso de la función revisora que le atribuye la apelación, ha procedido al examen de las alegaciones oportunamente deducidas por las partes y ha llegado a la conclusión de que procede la parcial acogida de los argumentos que se contienen en el recurso de apelación pues aun teniendo presente que las titulares de la pensión de alimentos fijada en el Convenio Regulator a que se refiere la actora —que no obra incorporado al testimonio— son las hijas habidas del matrimonio, que ambas son mayores de edad, independientes económicamente (la mayor de ellas desde agosto de 1997 según documento por ella suscrito al folio 14) y no residen en el domicilio conyugal —que ocupa la madre, quien al parecer ha contraído nuevo matrimonio—, lo bien cierto es que no cabe por vía de ejecución proceder a la extinción de la pensión alimenticia, que es irrenunciable, de manera que sin perjuicio de lo que resulte del correspondiente incidente de modificación de medidas, procede hacer las siguientes consideraciones:

a) respecto de la hija Sandra, procede acoger parcialmente la pretensión de la apelante, pues lo cierto es que, aun cuando la misma desarrolla actividad laboral desde agosto de 1997, en la fecha en que se produce la reclamación por D.^ª M.^ª del Carmen no se había extinguido el derecho alimenticio a través del correspondiente procedimiento de modificación de medidas, correspondiendo a la madre su administración en la medida en que la expresada hija, aun siendo mayor de edad, permanecía en el domicilio conyugal, que según resulta del documento al folio 14 abandonó en el mes de abril de 1998. Así las cosas, procede que D. Daniel abone los alimentos correspondientes a la misma comprendidos entre el mes de septiembre de 1997 al mes de abril de 1998, con su correspondiente actualización, pues este Tribunal considera: 1) acreditado que hasta el mes de agosto de 1997 la pensión alimenticia fue satisfecha, según resulta de la manifestación de Alicia en relación con el extracto bancario obrante al folio 36 de los autos; 2) que la pre-

tensión no se halla prescrita con arreglo a los argumentos sostenidos por la apelante. Así las cosas, la cantidad que D. Daniel deberá satisfacer por este concepto asciende a la cantidad de doscientas mil pesetas (25.000 pesetas por ocho mensualidades) a la que se habrán de aplicar el correspondiente porcentaje corrector de la actualización.

b) Respecto de la hija Alicia, vistas las manifestaciones efectuadas por la misma en orden a que abandonó la convivencia con la

madre en agosto de 1997, pasando a residir primero con su padre y después con su hermana y que la misma admite que mientras residió con la madre fue con ella todos los meses a retirar la pensión alimenticia, considera el Tribunal que no procede efectuar condena alguna en orden al pago de la pensión de alimentos reclamados respecto de la indicada, por constar satisfechos los mismos, ya por su previa percepción hasta agosto de 1997, ya sea por su convivencia con el padre en los meses sucesivos.

4. *Gastos que deben abonarse con la pensión alimenticia y gastos que tienen carácter extraordinario.*

AP BARCELONA, Sec. 18.^a, Auto de 14 de febrero de 2000.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Margarita Noblejas Negrillo.

La correcta solución de la problemática planteada en el presente incidente de ejecución dimanante de la sentencia de separación conyugal de los aquí litigantes, pasa por la fijación de lo que debe entenderse por alimentos y por gasto extraordinario, a los efectos de poder determinar lo que debe considerarse englobado dentro de la cuantía de la pensión alimenticia señalada a cargo del padre y lo que debe reputarse como gastos extraordinarios, y en concreto, cuándo éstos pueden ser objeto de reclamación.

Esta misma Sección 18.^a de la AP de Barcelona, en auto de fecha 18 de octubre de 1999, ya se pronunció que dentro del concepto de alimentos, y, por tanto, dentro de la cuantía de la pensión alimenticia fijada a cargo del progenitor no custodio, debe entenderse englobado, siguiendo los dictados del artículo 142 del Código Civil, “todo lo

indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, y también la educación e instrucción del alimentista”. Asimismo este Tribunal, en auto de 26 de febrero de 1999, explicitó que son gastos extraordinarios “todos aquéllos que salen de lo natural o de lo común” y “que no sean previsibles ni se produzcan con cierta periodicidad”, precisando esta propia Sección, en sentencias de 19 de julio y 20 de noviembre de 1999 (esta última dictada en el pleito de divorcio seguido entre las mismas partes hoy en litigio) que “el concepto de gasto extraordinario es indeterminado, inespecífico, y su cuantía líquida por su propia naturaleza, que necesita predeterminación y objetivación en cada momento y caso”, “y que requiere recabar y obtener del otro progenitor el consentimiento para realizar actos que impliquen cambios sustanciales para el mo-

do de vida del menor, lo que presupone la plasmación de un principio general según el cual los progenitores han de actuar sobre una base de transparencia y de común acuerdo, solicitando finalmente la decisión judicial si no es posible de otra manera”.

Sentado lo precedente, será de examinar la concreta petición formulada en esta alzada por el padre recurrente y por el Ministerio Fiscal, adherido a la apelación. En el acto de la vista del recurso el apelante ha limitado su tesis impugnatoria a la solicitud de minoración del importe de 4 conceptos que se contienen en el escrito instando la ejecución de la contraparte, por estimarlos, bien incluidos dentro del concepto de alimentos, bien por no habersele siquiera consultado ni informado sobre gastos ni actividades realizadas por y para el menor, aparte de pedir que se descuente asimismo la pensión alimenticia y la mutua del mes de julio de 1998, por haber sido el importe de éstas convenientemente abonado, adhiriéndose el Ministerio Público a esta última pretensión de la parte recurrente, con fundamento en que en las actuaciones ha quedado plenamente acreditado que el padre pagó el importe de la pensión y mutua correspondiente al mes de julio de 1998.

Pues bien, planteada así la cuestión litigiosa en esta alzada, es de concluir en la procedencia de sendos recursos de apelación, el principal del padre y el adhesivo del Ministerio Fiscal, pues, de una parte, ciertamente la pensión alimenticia y la mutua médica del mes de julio de 1998, por importe de 36.540 pts. y 3.482 pts., respectivamente, fueron en su día satisfechas por el progenitor no custodio, tal como ha quedado documentalmente probado (vid. folios 107 y 113 del testimonio de particulares), y, de otra, que efectivamente los cuatro conceptos discutidos en esta se-

gunda instancia por el apelante: a) APA (Docs. 15, 34 y 38 *in fine* aportados con el escrito de ejecución, por un importe total reclamado de 7.650 pts.); b) muebles habitación niño (—cama nido y arcón— Docs. 20 y 24, por un montante total reclamado 31.150 pts.); c) cursillo de natación y piscina (Docs. 22 y 40, por un importe de 17.925 pts., más otras 10.000 pts. por el mismo concepto no documentadas, esto es, una reclamación total de 27.925 pts.); y d) psiquiatra infantil (Docs. 37 y 38, por un monto total reclamado de 15.000 pts.), o bien entran dentro del concepto de alimentos antes expuesto —como los dos primeros—, y, por ende, englobados dentro de la suma mensual que satisface el padre por pensión alimenticia del hijo, o bien se trata de gastos extraordinarios, respecto de los que no se ha actuado de mutuo acuerdo, pues la necesidad de su desembolso —antes de producirse éste— ni siquiera ha sido puesta en conocimiento del otro progenitor. En consecuencia, la total suma de dichos conceptos, ascendente a 121.747 pts., debe descontarse del importe de 242.834 pts. reclamado por la ejecutante, lo que representa que la cantidad realmente adeudada por el ejecutado asciende a la suma de 121.087 pts.

Consecuentemente con todo lo hasta aquí expuesto, procede revocar parcialmente la parte dispositiva del auto recurrido en el sentido apuntado en la consideración jurídica precedente, concretándose que el requerimiento de pago al ejecutado deberá realizarse por la cantidad de 121.087 pts., que es el monto total del débito en la fecha del escrito de ejecución y en función de lo reclamado en el mismo (folios 27 al 31 del testimonio); y ello, por ende, sin hacer una especial declaración sobre las costas causadas en ambas instancias —arts. 523, 2.º y 896, 3.º de la LEC *a contrario sensu*—.

VIII. REGÍMENES ECONÓMICOS

1. *Existencia de falta de litisconsorcio pasivo necesario si se ejercita una acción publiciana sobre fincas gananciales y se demanda únicamente a uno de los cónyuges.*

AP ALMERÍA, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael García Laraña.

Como antecedentes de necesaria rememoración a efectos de resolver el recurso, deben ser destacados los siguientes:

A) En el año 1995, D. Antonio interpuso demanda de acción publiciana en relación a cuatro fincas rústicas frente a D. Manuel, D. José y D. Francisco, incoándose a su raíz el procedimiento de menor cuantía núm. 192/95 del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de El Ejido, procedimiento cuya fase declarativa concluyó en el mentado órgano judicial mediante sentencia de fecha 29 de enero de 1996, desestimatoria de la demanda.

B) El entonces demandante D. Antonio interpuso recurso de apelación contra la sentencia, que fue tramitado en la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial con número de Rollo 161/96. En dicho Rollo y en fecha 19 de julio de 1996, las partes de aquel proceso presentaron a la Sala acuerdo transaccional a través del cual, dicho sea en síntesis, D. Antonio concedía opción de compra a los demandados sobre las fincas litigiosas por precio de 45.000.000 de pesetas. La transacción fue aprobada mediante auto de fecha 25 de julio de 1996 y, una vez llegados los autos al Juzgado de procedencia, los Sres. M. ejercitaron la opción, por lo cual, en fecha 19 de marzo de 1997, el Juzgado, en nombre de D. Antonio, otorgó escritura de venta a favor de aquéllos, escritura que fue inscrita en el Registro de la Propiedad el 18 de abril del mismo año.

C) A través de la demanda origen de la *litis* que hoy nos ocupa, D.ª María, esposa

de D. Antonio, interesa la nulidad de la transacción, de la escritura de venta otorgada en aquel otro procedimiento y de las inscripciones registrales llevadas a cabo, en base a que las fincas enajenadas pertenecían al patrimonio ganancial, no habiendo prestado ella consentimiento para la venta.

D) Los demandados Sres. M., entre otras alegaciones obstativas, opusieron la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, en base a que no han sido demandadas en este pleito las esposas de dos de ellos, concretamente de D. José y D. Francisco. Esta excepción es acogida por el Juzgado que, en consecuencia, deja el fondo imprejuizado y dicta sentencia absolutoria en la instancia.

Como es sabido, el litisconsorcio pasivo necesario es un instituto perfilado por la jurisprudencia y la doctrina, que tiende a asegurar la presencia en la *litis* de cuantos puedan ser afectados directamente por el Fallo; afecta a la construcción válida de la relación jurídico-procesal y, desde la entrada en vigor de la Constitución, adquiere dimensión constitucional por enlazar directamente con la interdicción de la indefensión consagrada en el art. 24.2 de la Primera Ley y, por tanto, presenta un fuerte componente de orden público, fiscalizable incluso de oficio en cualquiera de las dos instancias (SS. 11 de septiembre de 1991, 27 de noviembre de 1996 y 27 de junio de 1997, entre otras muchas). Como indica reiteradamente el Tribunal Supremo, no es apreciable el incumplimiento de la exigencia litisconsorcial cuando se

ejercitan acciones personales derivadas de contratos entre quienes los otorgaron, pero sí lo es cuando se trata de acciones de contenido real, a través de cuyo ejercicio se pretende la modificación o extinción de derechos reales ajenos, en cuyo supuesto deben ser desde luego demandados quienes sean titulares de los mismos (SS. 4 de abril de 1988, 25 de enero de 1990, 12 de marzo de 1997 y 15 de febrero de 1999).

En el presente caso, consta en autos que los demandados D. José y D. Francisco están respectivamente casados con D.^a Ángeles y D.^a Felipa y, además, consta que, al otorgar la escritura de compraventa, adquirieron para sus respectivas sociedades de gananciales (Tomo II, folios 316 y ss. de los autos), y así quedó reflejado en las correspondientes inscripciones registrales, de manera que no cabe pretender anular el título dominical y los asientos registrales existentes a favor de dichas señoras sin darles intervención en el pleito, debiendo observarse a este respecto:

1) Que, aunque el art. 1385 del Código Civil establece que cualquiera de los cónyuges puede defender en beneficio de la sociedad los derechos de ésta, ello no significa que se pueda demandar siempre a uno de los cónyuges sin provocar carencia litisconsorcial, sino que el citado precepto consagra un derecho de los integrantes del matrimonio

similar al que ostentan los componentes de una comunidad de bienes para actuar en interés de la misma, lo cual significa que cualquiera de ellos puede defender los derechos de la sociedad ganancial, en beneficio de ésta y por vía de acción o excepción, pero no permite que el reclamante pueda dirigirse a su albedrío frente a uno u otro cónyuge, con la consecuencia de que el otro resulte afectado por las secuelas del pleito sin haber sido oído, posibilidad ésta negada por el Tribunal Supremo en las anteriormente citadas sentencias de 6 de junio de 1988 y 25 de enero de 1990, así como en SS. 22 de julio de 1991 y 13 de julio de 1995.

2) Que ciertamente la excepción debió ser estudiada y resuelta durante la tramitación de la primera instancia en la comparecencia prevista en el art. 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero su espera hasta la sentencia no puede impedir que se aprecie el defecto litisconsorcial cuando éste se estima a la postre existente, ya que su base no es convalidable por mera preclusión de trámites sino que, como antes se ha dicho, el interés de los terceros no intervinientes en el pleito obliga a apreciar el litisconsorcio en todo caso. Por tanto, debe ser confirmado el pronunciamiento judicial en estudio, debiendo en consecuencia ser dirigida la demanda frente a quienes puedan ver mermados derechos reales sobre las fincas a raíz de los pedimentos que se interesan en la demanda.

2. Carácter privativo de la vivienda adquirida en el año 1974 por un cónyuge en estado de soltero aun cuando para financiar parte de su precio se suscribiera un préstamo hipotecario, abonado en parte constante el matrimonio, ya que resulta aplicable la legislación anterior a la reforma del año 1981.

AP VIZCAYA, Sec. 3.^a, Sentencia de 9 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Alberto Sanz Morán.

Entrando a diseccionar cada una de las operaciones controvertidas es la principal cuestión, al menos por su trascendencia eco-

nómica, la de decidir si es o no correcta la conclusión a que llega la Juzgadora de instancia de que la vivienda sita en Bilbao tiene

carácter privativo en favor de doña M.^a Isabel C., y que la sociedad de gananciales sólo ostenta un crédito por la cantidad actualizada que, una vez celebrado el matrimonio, se invirtió en liquidar el capital e intereses del préstamo hipotecario en su día concertado con la Caja de Ahorros Vizcaína por la señora C. para su adquisición. Frente a tal discurso, la recurrente sostiene que, en aplicación de los arts. 1354 y 1357 CC lo que se ha venido a constituir es una comunidad en *pro indiviso* entre la señora C. y la sociedad de gananciales en proporción al valor de las aportaciones efectivas, de manera que a la sociedad de gananciales le correspondería, como elemento integrante de su activo, el valor presente de cinco sextas partes del inmueble, lo que supone 35.615.000 ptas. frente a las 923.714 ptas. reconocidas en sentencia por remisión al cuaderno particional del señor G.

A esta Sala le parece ajustada a Derecho la fundamentación prolija y cuidadosa desarrollada por la Juzgadora de Instancia. La vivienda se adquiere por la señora C.S. en estado civil de soltera el 22 de febrero de 1974, antes, por lo tanto, de que la Ley de 13 de mayo de 1981 introdujera importantes reformas en esta materia. Pagó íntegramente su precio (172.000 ptas. según la estipulación tercera del documento núm. 9 de la demanda) y para financiar su compra obtuvo un crédito hipotecario de 300.000 ptas. de la Caja de Ahorros Vizcaína mediante escritura otorgada el mismo día 22 de febrero de 1974. Por aplicación del principio general contenido en el art. 2.3 CC las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, y la Disposición Final de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio no contempla ninguna precisión en este sentido. Esta es también la unánime opinión de la jurisprudencia no sólo en la sentencia que recoge la resolución recurrida, sino en otras como la de 20 de junio de 1995, 29 de julio de 1993 y 10 de marzo de 1997.

En la normativa anterior a 1981 no existe un precepto semejante a los actuales 1354 y

1357 CC y tampoco cabe hablar, opina esta Sala, de que para el momento de liquidación de la sociedad ganancial haya de operarse con las disposiciones entonces vigentes, sino con las que gobernaban la materia en el momento de adquisición del bien, bajo cuya previsión y ante sus consecuencias las partes accedían a concertar sus negocios jurídicos. Y según esta normativa la sociedad de gananciales empezaría el día de celebración del matrimonio (art. 1393); y serían bienes propios de cada uno de los cónyuges los que aporta al matrimonio como de su pertenencia (art. 1396.1.º). Esta calificación no es discutida por el recurrente, aunque sostiene a efectos de liquidación que ha surgido un condominio en la sociedad de gananciales por la parte que ésta ha tenido que sufragar del crédito hipotecario. No es ésta la solución que contemplaba aquel sistema, sino la del párrafo 3.º del art. 1410 (en parte coincidente con la del núm. 3 del art. 1397), según la cual “el pago de las deudas contenidas por el marido o la mujer con anterioridad al matrimonio podrá repetirse contra los gananciales (...) pero al tiempo de liquidarse la sociedad se le cargará lo satisfecho por los conceptos expresados”.

La única discrepancia que sostiene esta Sala, de acuerdo con los argumentos del recurrente, es que se den por buenos los cálculos efectuados en este capítulo por el señor G. con el argumento único de que no fueron impugnados por el recurrente. No era función del recurrente más que la de defender las tesis del contador-partidor dirimente y por ello su silencio en este punto no puede considerarse avenencia. Por lo demás, las explicaciones dadas por el señor G. en su cuaderno particional están desprovistas de los acompañamientos matemáticos que nos permitan coincidir, por un lado, en que fue 368.690 ptas. el capital que aporta la sociedad para cancelar la deuda, y, por el otro, en que su valor actualizado a diciembre de 1993, en que se elabora el cuaderno particional por el señor G., sea precisamente el de 923.714 ptas. según índices medios de precios al consumo que no aporta. Esta oposición deberá quedar pospuesta, por lo tanto, al período de ejecución de sentencia.

IX. FILIACIÓN

1. *Reclamación por hija extramatrimonial a la esposa (separada judicialmente) de la mitad de la indemnización abonada por la aseguradora por el fallecimiento del padre en accidente de circulación.*

AP BADAJOZ, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Martínez de la Concha y Álvarez del Vayo.

La parte recurrente solicita la revocación de la sentencia y que en su lugar se dicte otra estimatoria de la demanda alegando que en la póliza de seguros figuran como beneficiarios, en caso de fallecimiento del asegurado, los hijos al estar excluida la esposa al estar separada legalmente y que ésta es la interpretación que hay que dársele a tenor del contenido de otras normas y legislaciones.

Se ejercita acción de reclamación de cantidad, en concreto 5 millones de ptas.; es decir la mitad de los 10 millones de ptas. que la demandada doña Antonia A.M. percibió en virtud de una póliza de seguros colectivo de vida con la compañía Euroseguros que tenía concertada su esposo don Juan Manuel, fallecido en accidente de circulación el día 9 de septiembre de 1992, y la acción de reclamación se ejercita a fin de que dicha cantidad se abone en beneficio de su también hija extramatrimonial María.

Pues bien y al margen de un dato ya de por sí especialmente relevante y cual es el de que el reconocimiento de que doña María es hija no matrimonial de don José Manuel no es sino de fecha 4 de noviembre de 1997, siendo así que y tal como consta en el documento núm. 9 de la demanda al folio 28 la cantidad de 10 millones de ptas. fue abonada a doña Antonia por Euroseguros en fecha 5 de marzo de 1993, es decir en fecha muy anterior a tal reconocimiento, habría de acudirse en primer término al examen de las cláusulas y condiciones de aquella póliza de seguro colectivo de vida. Llegados a este extremo observamos tanto por el documento núm. 8 como por el ya referido núm. 9,

ambos de la demanda que, en el epígrafe relativo a los beneficiarios, se recoge literalmente “En caso de fallecimiento, salvo expresa designación del asegurado, los beneficiarios serán por orden preferente y excluyente 1.º cónyuge; 2.º los hijos, 3.º los padres y 4.º los herederos legales”.

Supuesto este tenor de extraordinaria claridad y precisión, que no exige de otra interpretación que no sea la propia literal conforme a lo dispuesto en el art. 1281 del Código Civil, será beneficiaria en primer término y con carácter excluyente el cónyuge.

Cierto es que a la fecha del fallecimiento (9 de septiembre de 1992) los cónyuges estaban separados en virtud de sentencia de fecha 19 de junio de 1991, pero no obstante las alegaciones de la parte recurrente en el sentido de que a la vista del criterio mantenido en otras normas y legislaciones la separación ha de entenderse y equipararse a efectos y consecuencias a una verdadera disolución del vínculo matrimonial, entiende la Sala que el tenor del art. 85 del Código Civil no ofrece dudas acerca de que el matrimonio se disuelve, además de por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, tan sólo por el divorcio y no por la separación, con las consecuencias y efectos de todo orden a ello inherentes.

Por consiguiente, no disuelto el matrimonio al tiempo del fallecimiento del esposo, la beneficiaria de la póliza de seguro colectivo de vida de Euroseguros es única y exclusivamente la hoy demandada-apelada doña Antonia.

2. *Declaración de paternidad al quedar acreditado que el demandado y la madre de la actora eran novios en el periodo en que ésta fue concebida.*

AP LAS PALMAS, Sec. 5.^a, Sentencia de 15 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel María Sánchez Álvarez.

Deteniéndonos en aquellas pruebas que se orientan directamente a establecer el hecho de la paternidad, por un lado, están aquellas que permiten determinar si el demandado y la madre de la actora eran novios en el período en que ésta fue concebida y nació. En este sentido conviene comenzar destacando que el demandado ha comenzado negando conocer a la madre de la actora, haber estado con ella y, en fin, haber salido con la misma. Así no ha reconocido su letra y firma en la postal fechada el 27 de abril de 1970, que la actora acompañó junto con la demanda, y cuya autoría ha sido fijada sin embargo de manera incontestable por la prueba pericial caligráfica practicada en autos, debiendo indicar que esa postura evasiva del demandado constituye ciertamente una prueba más de su conducta a lo largo del procedimiento pues es evidente que un viaje a Marruecos en 1970 no se olvida tan fácilmente. A ello hay que añadir que la actora alega en la demanda que el demandado cumplió su servicio militar en León, lo que lógicamente sólo lo ha podido conocer por medio de su madre y ésta por el demandado. En tercer lugar, resulta que la madre de la actora remitió dos cartas al padre del demandado, en junio de 1971 —que fueron rechazadas por el destinatario— y cuyo contenido es poner en conocimiento del padre de aquél el hecho del nacimiento de la actora y la paternidad del demandado. Esas cartas acreditan, como mínimo, que la madre de la actora conocía en esa época la dirección del demandado y ello podía ser porque

éste se la dijo, pues no existe otra fuente de conocimiento conocida. Al respecto indicar que estas cartas y sus correspondientes sobres no pueden considerarse, desde luego, como pruebas autoconstruidas, como vanamente pretende el demandado, pues las mismas se corresponden a una época a la que la STS de 27 de junio de 1987 se ha referido como la segunda época en la investigación de la paternidad —la vigente entre la promulgación del CC y la Constitución de 1978— y cuya característica definitoria era la de restringir al máximo esa posibilidad. Llamar la atención, en tercer lugar, sobre la declaración de la testigo señora N., de cuya veracidad no tenemos duda alguna, que manifiesta haber conocido al demandado en las fechas que nos ocupan y afirma de manera tajante que éste y la madre de la actora eran novios en dicho período. La importancia del testimonio de la señora N. proviene, por último, del hecho de que el propio demandado no ha negado conocerla (cfr. repreguntas primera y cuarta), lo que hace innecesario referirse al testimonio de los tres testigos restantes (la madre y el tío de la actora y una cuarta —sobre cuya veracidad no existen dudas— que viajó junto con la actora y su madre a Las Palmas en 1980 y que estuvo presente cuando aquéllas se vieron con el demandado). Llegados a este punto debemos considerar como probado que la madre de la actora y el demandado eran novios en el período en que aquélla fue engendrada y nació. En este sentido señalar, por último, que los testigos que propuso el demandado

no han aportado ninguna luz a la cuestión —y por lo tanto no han desmentido a los de la actora— y ello porque todos manifiestan haber tenido escasa relación con el demandado. Dos no vivían siquiera con él en el mismo Colegio Mayor y el tercero, que sí lo hacía, señala que eran de cursos diferentes y reconoce conocer bien poco de la vida del demandado en aquella época.

El demandado ha sugerido que la madre de la actora mantenía en esa época una actitud promiscua, por lo que sugiere que el pa-

dre de la actora puede ser una tercera persona, a la que no identifica. Esta insinuación, que en lo moral se califica por sí misma, ha sido negada de manera tajante tanto por la madre de la actora como por los demás testigos propuestos por ésta, a lo que debe añadirse que el demandado ni siquiera la ha intentado probar, como le correspondía, según dispone el art. 1214 del Código Civil. Siendo así, debemos concluir que en la época que nos ocupa la madre de la actora mantenía relaciones de noviazgo sólo con el demandado.

X. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *La circunstancia de que el Juzgado de Instrucción haya archivado unas diligencias por un presunto delito de abandono de familia en absoluto significa que el desamparo de los menores no subsista.*

AP TOLEDO, Sec. 1.ª, Auto de 9 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Emilio Buceta Miller.

De la simple lectura del expediente administrativo, cuyo contenido no ha sido en lo esencial puesto en duda por los hoy recurrentes (salvo en algún aspecto que después se examinará), se desprende de forma categórica, que ya sea por ignorancia, imposibilidad, defecto de aptitudes sociales, incultura, marginación o cualquier otra razón que se quiera buscar incluidas el posible alcoholismo, enfermedad mental (epilepsia), etc., y sin que la Sala entienda que se han producido o buscado de propósito tales circunstancias por los progenitores, lo único cierto es que los menores llevan desde hace muchos años, o en realidad desde que nacieron, en una situación de absoluta desatención material y moral, que justifica cumplidamente la adopción de la tutela automática y la declaración de desamparo, que, se repite una vez más, ha de obedecer a circunstancias objetivas, que en el caso presente se dan, aunque no sean maliciosas o intencionadas.

El hecho de que por el Juzgado de Instrucción que las tramitaba se hayan archivado unas Diligencias por un presunto delito de abandono de familia (única circunstancia que se ha acreditado), en absoluto puede significar que el desamparo de los menores no subsista, por las razones antes expresadas de tratarse de una circunstancia objetiva, ajena a toda idea de malicia o de intención delictiva.

Por otro lado, por más que se quiera manifestar una normalización de la situación familiar, es significativo que en fase probatoria, al deponer como testigos los propios padres del esposo, a la pregunta del Letrado de si Pedro y Leonor viven en su casa, responden que sólo vive Pedro (su hijo) “porque Leonor se portaba un poco rara y la deponente (la madre) le tuvo que echar de casa y ahora vive con su madre”.

2. *Procede declarar a la madre incurso en causa de privación de la patria potestad cuando utiliza al menor para la mendicidad y el dinero que obtiene no lo dedica a atender las necesidades del mismo.*

AP CÁDIZ, Sec. 2.ª, Auto de 10 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel de la Hera Oca.

Es de notar que, como resulta de la documentación aportada a las actuaciones, la madre de Eusebio, Ana María, se halla incurso en causa de privación de la patria potestad, según el artículo 177.2 del Código Civil, y así ha de ser declarado. Efectivamente, el incumplimiento de los deberes de asistencia impuestos a los padres respecto del hijo pueden ser causa de privación de la patria potestad, y en tal incumplimiento, como reiterado y grave, se halla la madre de Eusebio, puesto que, como resulta de los informes emitidos por la Administración municipal de Alcalá de los Gazules (Concejalía de Servicios Sociales), unidos al expediente y presentados como prueba por todas las

partes personadas, Ana María utiliza al niño para pedir dinero en la Parroquia, en Cáritas o en los Conventos de religiosas de la localidad, si bien parece destinar lo obtenido a otros menesteres, tales como la compra de tabaco, moldeadores o a tomar copas, en actitud plenamente irresponsable y de descuido de sus deberes legalmente impuestos, reconociendo sus parientes, abuela y bisabuela, que el niño se halla en estado habitual de abandono. Por ello ha de ser estimado como innecesario el asentimiento a la adopción por parte de la madre biológica de Eusebio, quien solo ha de ser oída en relación con ella, como así se ha realizado.

3. *La audiencia de los menores puede efectuarse por medio de una exploración o puede conocerse su opinión a través de terceras personas no interesadas en el procedimiento.*

AP NAVARRA, Sec. 1.ª, Sentencia de 2 de marzo de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Valpuesta Gastaminza.

El motivo de la apelación se basa en la existencia de una nulidad de actuaciones por no haberse seguido, al parecer de los apelantes, el procedimiento fijado en los arts. 1827 y 1828 LECiv., produciendo indefensión a los padres biológicos, así como por no haber oído a los menores como establece el art. 9 de la Ley de Protección Jurídica del Menor.

No aprecia esta Sala que exista la supuesta indefensión que se alega por los recurrentes. Estos solicitaron por medio de Abogado la cesación del acogimiento en abril de 1998, por lo cual ya disponían de asesoramiento legal relativo a su situación y a sus posibilidades de actuación. Asesoramiento previo evidente si se tiene en cuenta además

que no se consideró precisa nueva solicitud de justicia gratuita para intervenir en el acogimiento judicial, por haberse ya concedido para solicitar la guarda y custodia en el Juzgado de Tudela (v. resolución de la CAJG de Navarra de uno de diciembre de 1998 en el rollo de apelación). Cuando se incoa el procedimiento de acogimiento a petición del Instituto de Bienestar Social se dio audiencia a los padres, quienes tan sólo se opusieron sin solicitar prueba alguna ni alegar ninguna causa justificativa de esa oposición. Habiendo recibido el adecuado asesoramiento legal, no puede imputarse una actuación incorrecta al Juzgador de primera instancia por no haber indicado la posibilidad de designar Abogado y Procurador; algo, además, que en todo caso la Ley no le impone a la autoridad judicial que conozca del asunto, teniendo incluso en cuenta que los padres puedan actuar por sí solos sin necesidad de dirección letrada (art. 1825 LECiv. *in fine*). El Juzgador de primera instancia aplicó el procedimiento legal, dando audiencia a los acogedores y a los padres biológicos (art. 1828 LECiv.), y decidiendo a continuación.

No sólo no se aprecia ninguna infracción de normas esenciales de procedimiento, sino que además tampoco existe la indefen-

sión que el art. 238.3.º LOPJ exige para que pueda declararse la nulidad de actuaciones. Los padres pudieron proponer todo tipo de pruebas, y gozaban de asesoramiento legal previo. Si no se propuso prueba alguna en primera ni en segunda instancias, no puede ahora imputarse esto a una incorrección en la actuación judicial.

En cuanto a la referencia realizada al art. 9 de la Ley de Protección del Menor, es cierto que el mismo establece que el menor tiene derecho a ser oído. Pero las formas en que ello deba hacerse se exponen claramente en el apartado segundo de este precepto, conforme al cual el menor ejercerá el derecho por sí mismo o a través de la persona que designe cuando tenga suficiente juicio; y “cuando ello no sea posible, o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales...”. El derecho a ser oído puede materializarse en una entrevista o exploración del menor, pero si no tiene suficiente juicio o no es conveniente para su interés, debe conocerse su opinión a través de otras personas que no estén interesadas. Así se ha hecho en este caso, en que existen incorporados a los Autos informes de los profesores del centro escolar y de la Pediatra del Centro de Salud.

XI. UNIONES DE HECHO

1. *La convivencia more uxorio no es generadora de derecho sucesorio alguno, no existiendo por otro lado enriquecimiento injusto en los herederos del conviviente fallecido.*

AP TARRAGONA, Sec. 2.ª, Sentencia de 3 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Agustín Vigo Morancho.

El apelante funda su recurso exclusivamente en la petición subsidiaria contenida en el suplico de la demanda, en la que ejercitaba una pretensión principal, pidiendo

que se dejara sin efecto la declaración de herederos *ab intestato* y se declarara heredera de la herencia de don Magín a la actora doña Nuria, y, como pretensión subsidiaria,

solicitaba se la declarara con derecho a la herencia en la proporción que pudiera corresponderles en derecho, fundándose en que la actora y el causante habían convivido juntos desde el año 1970 hasta el fallecimiento de aquél. Al respecto debe indicarse que a las cuestiones económico-patrimoniales derivadas de una unión extramatrimonial no se les puede aplicar analógicamente las normas reguladoras de los regímenes económico-matrimoniales, sino las de la comunidad de bienes, como así lo ha reiterado la jurisprudencia, habiendo declarado en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1995 que nos hallamos ante “una sociedad civil irregular de carácter universal que de acuerdo con el artículo 1699, párrafo segundo, del Código Civil habrá de regularse por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes (arts. 392 y siguientes del Código Civil), por lo que, se califiquen estas relaciones de comunidad normal de bienes o de copropiedad por cuotas o de sociedad civil irregular, el régimen jurídico aplicable es el mismo”. En este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1993, de 20 de octubre de 1994 y 30 de diciembre de 1994, declarando esta última que “el examen analógico-comparativo de las uniones de hecho y las matrimoniales nos ofrece unas considerables diferencias; así, mientras las primeras son simplemente fácticas, están al margen del acto formal matrimonial, canónico o civil; las segundas no, lo que da lugar a que respecto de estas últimas surgen una serie de derechos a la vez que muy diversas obligaciones”; y más adelante, al referirse al principio de igualdad que en el mismo (art. 14 de la CE) se establece, exige que todos aquellos respecto de los cuales se reclame se encuentren en la misma situación, sin que pueda establecerse diferencia ninguna por razón de las personas o circunstancias que están presentes en la norma (STS núm. 142/1988, de 12 de julio). Por su parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1993 declaró que “conocida es la doctrina de esta Sala (Sentencias

entre las más recientes de 21 de octubre y 11 de diciembre de 1992) en el sentido de venir declarando la imposible aplicación a estas uniones *more uxorio* de las normas legales reguladoras de la sociedad de gananciales; pues aun reconociéndose sin limitación el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad y la susceptibilidad de construir mediante estas uniones libres o de hecho una familia, perfectamente protegible por la ley, no por eso cabe equipararles como equivalentes a las uniones matrimoniales, por lo que no pueden ser aplicadas a las primeras las normas reguladoras de esta última institución” (Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 1990).

En el presente caso, de las declaraciones testificales se infiere que efectivamente la actora convivió con el *de cuius* durante varios años e incluso se afirma que convivía con el mismo cuando éste falleció, según lo declara la testigo doña Rosa, quien afirma que “cuando el señor M. falleció, la señora M. era quien convivía con él en el domicilio indicado”. Sin embargo, dicha relación de convivencia no es generadora de derecho sucesorio alguno, que es lo que se pide por la actora en su demanda. Pero, además, tampoco se aprecia que exista de forma clara e indubitada un enriquecimiento injusto, pues para su concurrencia es menester que se den los siguientes requisitos: a) un aumento del patrimonio enriquecido; b) un correlativo empobrecimiento del actor, representado por un *damnus emergens* o por un *lucrum cessans*; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento, y d) inexistencia de precepto legal que excluye la aplicación del principio (vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1980, 21 de diciembre de 1984, 5 de octubre de 1985, 25 de noviembre de 1985 y 23 de abril de 1991). Concretamente en el caso examinado la herencia se defirió hacia los herederos abintestato del causante, pero no existe un perjuicio directo y evaluable para la actora, pues ella misma, al absolver posiciones, reconoce que “la vivienda de la calle Fernandina, numero

... de Barcelona era propiedad de la declarante, y ello es debido a que esa vivienda junto con otra en Barcelona estaban a nombre de los dos, pero en vida el señor M. le cedió su parte” (vid. posición 18 de la confesión judicial de la actora —folio 406—), vivienda que efectivamente había sido comprada en vida por ambos (la actora y don Magín M.A.) en fecha de 1 de julio de 1975, según se desprende de escritura pública de esa fecha (folios 45-50, documento número 4 de la demanda). Por otro lado, también debe señalarse que, aunque en las relaciones de convivencia *more uxorio* se admite la aplicación de las normas de la comunidad de bienes, salvo aquellas que se rijan por la Lei

10/1998, de 15 de julio, d’ unions estables de parella, en el presente caso tampoco podrá examinarse el contenido del patrimonio de la comunidad de bienes, pues la acción ejercitada subsidiariamente se refiere al reconocimiento de su derecho a la herencia del causante, no a la división de la comunidad de bienes y su liquidación. En consecuencia, no existiendo derecho a la herencia de don Magín M.A. fallecido en fecha de 29 de marzo de 1995, no procedía estimar tampoco la acción ejercitada de forma subsidiaria, por lo que debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 12 de enero de 1999, confirmándose íntegramente la misma.

2. *Procedencia de una acción de desahucio contra la conviviente que ocupa una vivienda propiedad de los padres del otro, sin que sea obstáculo para ello que dicho uso sea consecuencia de la atribución judicial.*

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, Sec. 3.^a, Sentencia de 5 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Antonio González González.

Como ya se ha venido admitiendo en resoluciones de esta misma Audiencia Provincial (Sentencia, entre otras de 27 de mayo de 1992, Sec. I) perfectamente aplicables para supuestos como el presente de ruptura de la convivencia *more uxorio*, la atribución del uso de la vivienda que constituye el domicilio familiar a uno de los cónyuges y a los hijos que se le confían, sea por acuerdo adoptado en convenio regulador o por decisión judicial —arts. 90 y 96 del CC— el título que viniera amparando durante la convivencia familiar la ocupación para unos fines de una vivienda ajena no sufre modificación por virtud del convenio o decisión referidos, de suerte que si se trataba de un arrendamiento, ese mismo carácter tendrá la posterior ocupación por uno solo de los cónyuges y los hijos cuya custodia se le asigne y, si se trataba de un disfrute en precario, por haber

nacido y asentarse en la liberalidad de la propiedad, seguirá conservando esa misma naturaleza, sin que resulte alterada y robustecida frente a aquella la relación jurídica que autorizaba el disfrute por un acuerdo en el que no intervino, o por una decisión judicial adoptada en proceso del que no fue parte.

Y en el presente caso, incluso es dudoso que la Sentencia del juicio de mayor cuantía hubiera querido adjudicar la vivienda, pues no existe pronunciamiento expreso sobre la misma, y, por otra parte, examinados los autos de modificación de medidas aportados para mejor proveer, tampoco existe medida alguna que obstaculice o pudiera contrariar la situación de precario en que se encuentra la demandada frente al titular de la vivienda, sin que, por otra parte, haya sido acreditada la existencia de fraude o simulación en la compraventa.

XII. TEMAS PENALES

1. *Delito de injurias graves al repartir en plena calle, buzones y establecimientos públicos carteles con la fotografía de su ex-novia así como frases groseras, vejatorias y degradantes.*

AP CANTABRIA, Sec. 1.^a, Sentencia de 2 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier de la Hoz de la Escalera.

Se declaran hechos probados los siguientes: José Manuel, mayor de edad y sin antecedentes penales, tras romperse la relación sentimental que había mantenido durante un tiempo con Amparo P.M., inició una campaña permanente e ininterrumpida encaminada a desprestigiar y ofender de forma grave a ésta, mediante la remisión de cartas manuscritas a varias personas, distribuyendo multitud de carteles, pasquines y fotografías por buzones, paredes y suelos de diferentes calles de Torrelavega así como en establecimientos. En los mismos, a modo de ejemplo, aparecen, entre otras, las siguientes expresiones: “Cabritona, cerda, zorra barata, sinvergüenza, puta, ramera, marrana” y entre los carteles: documento a modo de esquila con la fotografía de Amparo, que incluye las siguientes expresiones: “que falleció habiendo recibido 1.000 espermatozoides, sin contar las mamadas de los cientos de corridas que ha toreado por las plazas de Santander, Andorra, Torremolinos..., su desconsolada raza ruega un polvo en su vulvo, el cual se realizará en una plaza de cinco estrellas, a elegir por cada matador... todos los asistentes serán obsequiados con una fotografía de su panorámico vulvo y se ruega vayan provistos para el Sida”. En otro: “además se remitirán fotografías logradas en un hotel de cinco estrellas, haciendo guarradas y cochindas dúos y tríos, por delante y por detrás”. En otro aparecen cuatro fotografías de Amparo y el siguiente texto: “se vende, se alqui-

la, se traspasa por no poder atender, 10.000” y número de teléfono. En otro: cartel taurino en el que aparece fotografía de Amparo, cartel de grandes dimensiones y en un número muy elevado de ejemplares.

Todo ello ha causado en Amparo un sentimiento de vergüenza y dolor. El acusado tiene capacidad para comprender el alcance y trascendencia de los hechos, aunque su voluntad se ve afectada levemente por la existencia de ideas obsesivas centradas en la relación ya acabada.

El condenado recurrente se alza contra la sentencia para pedir, exclusivamente, la nulidad de lo actuado; no se dice desde qué momento procesal, pero parece desprenderse de cuanto se expone que la nulidad se postula desde el momento inmediatamente posterior al auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado. Tal petición se apoya en la infracción de normas procesales y en la indefensión causada por no haber tenido conocimiento de esa transformación ni de la celebración del juicio.

A efectos de dar respuesta a lo planteado por el condenado debe dejarse constancia de algunos hitos procesales: el acusado adquirió claramente la condición de imputado al prestar declaración como tal ante el Juez instructor el 24 de mayo de 1996, lo que hizo además con asistencia letrada; en esa declaración se le requirió para que designa-

se un domicilio a los efectos de lo dispuesto en el art. 789.4 y lo designó, quedando perfectamente instruido de la finalidad de tal designación y de sus consecuencias legales. El auto de transformación en abreviado se dictó el 22 de mayo de 1997 y, en efecto, no fue notificado al imputado. El 29 de abril de 1998 se le requirió para que designase procurador y abogado para su representación y defensa, dándole traslado del escrito de acusación, y no comunicó cambio de domicilio alguno y nada hizo al respecto, por lo que se procedió al nombramiento de oficio de esos profesionales. Señalado el juicio, se intentó la citación al acusado en el domicilio por él indicado, donde no fue hallado ni residía, ignorándose su paradero incluso por la policía local; y en el acto del juicio su letrado no hizo reclamación alguna de nulidad ni contra la citación, limitándose a pedir la suspensión del juicio únicamente por no haber podido entrevistarse con su defendido, lo que fue rechazado por el Juez.

El art. 795 LECrim. (Ley de Enjuiciamiento Criminal) permite pedir la nulidad de actuaciones en el recurso de apelación, pero siempre con cita de las normas legales o constitucionales que se consideren infringidas, expresándose las razones de la indefensión y, lo que es decisivo, acreditado haber pedido la subsanación de la falta o infracción en la primera instancia, salvo que se hubieren cometido en momento en el que fuere ya imposible la reclamación. En el presente caso, con ser cierto que no se notificó al imputado el auto de transformación del procedimiento en abreviado, es patente que tuvo conocimiento de ello desde el momento en que se le dio traslado de la acusación, y nada dijo al respecto, como tampoco dedujo reclamación alguna su defensa en el acto del juicio. En consecuencia, no sólo no se ha cumplido aquel requisito legalmente impuesto para conservar el derecho a reclamar por la falta en la segunda instancia, sino que la conducta del propio acusado y de su defensa permite considerar consentida aquella infracción procesal y, en definitiva,

negar la existencia de una situación de indefensión generada por ella.

Respecto de la citación a juicio, ha de destacarse que el acusado fue buscado en el domicilio que él mismo había designado a esos efectos, y aunque formalmente no se hiciera entrega de la cédula de citación a quien moraba en la vivienda, que desconocía al destinatario y obviamente no podría hacérsela llegar, lo que hace de tal entrega una formalidad inútil, no es admisible que ahora se alegue el abandono obligado de ese domicilio y desconocimiento del juicio para lograr una nulidad de actuaciones por indefensión, ya que si realmente se ha visto privado de la oportunidad de asistir a juicio como alega, ello se habrá debido exclusivamente a su propia negligencia al indicar ese domicilio y no comunicar al juzgado otro nuevo cuando lo abandonó, aunque fuera forzosamente, a sabiendas de cuál era su situación y de que el juicio podría celebrarse en su ausencia, siendo de significar en todo caso la diligencia del juzgado que pese a lo dicho intentó su localización a través de la policía local sin conseguirlo. Ciertamente, el juzgado pudo también haber suspendido el juicio y haber ordenado la prisión y busca y captura del acusado, pero entonces éste argumentaría sin duda la improcedencia de la medida porque el juicio hubiera podido celebrarse en ausencia; ausencia que, en fin, no deja de extrañar que desaparezca en cuanto se dicta la sentencia condenatoria, momento en que el acusado al parecer es rápidamente localizado por su letrado y reacciona procediendo incluso a la designación de procurador y letrado; aunque, eso sí, sigue sin indicar dónde vive y en qué domicilio pueda ser encontrado. Por último, debe destacarse que ni su letrado acusó infracción procesal alguna al respecto, ni hizo reclamación alguna ante la decisión de celebración del juicio, limitándose como queda dicho a pedir la suspensión por el solo motivo de no haberse entrevistado previamente con su defendido, lo que fue correctamente denegado por el Juez pues tal falta de comunicación

sólo a la parte es imputable, además de que el letrado había calificado la causa hacía mucho tiempo. En definitiva, no hubo infracción de norma alguna por haberse celebrado el juicio en ausencia ni situación de indefensión no imputable a la parte que justifique la nulidad pretendida.

Por su parte la acusación privada se alza contra la sentencia de instancia en el particular referente a la indemnización civil, reproduciendo su pretensión de ser indemnizada en 5.000.000 de ptas. El recurso debe ser estimado sin lugar a dudas; aun dentro de la dificultad que siempre tiene la cuantificación del daño moral en las lesiones del

honor, ya sea en vía civil o penal, la contumacia de la conducta, prolongada en el tiempo, prácticamente un año, la gravedad de las expresiones empleadas, de una bajeza y humillación exacerbadas, burdas, groseras, hirientes, humillantes, vejatorias y degradantes como nunca ha visto este tribunal, y su amplia difusión en una localidad de las dimensiones de Torrelavega, hacen que la lesión producida en el honor de la recurrente deba estimarse extremadamente grave y precisada de una reparación como la pedida, que se revela por todo lo dicho plenamente ajustada y proporcional conforme a lo dispuesto en los arts. 109 y ss. CP (Código Penal) aplicado.

2. *Condena por desobediencia al cónyuge no custodio que incumple lo acordado judicialmente respecto al régimen de visitas.*

AP VALENCIA, Sec. 2.^a, Sentencia de 15 de febrero de 2000.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Roberto Beaus Oficial.

El motivo de impugnación de la resolución recurrida fundado en Infracción de Ley por indebida aplicación del art. 622 CP (Código Penal), Infracción de Ley, ha de ser totalmente desestimado, asumiendo este Tribunal Unipersonal íntegramente la correcta valoración jurídica que de lo actuado ha realizado el Sr. Juez de Instancia, ya que es evidente que la falta de desobediencia no consiste en otra cosa que en una actitud contraria, activa o pasiva, a cumplir un mandato de autoridad competente que tiende de manera inequívoca y manifiesta a hacer ilusoria la orden emanada, con desprestigio del principio de la autoridad que la ha dictado, y en el supuesto de autos es evidente que el acusado incumplió el mandato ju-

dicial contenido en la sentencia de separación dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Llíria, que aprobaba el Convenio Regulador pactado por los esposos, en el que se establecía que el hijo quedaría bajo la custodia de la madre con régimen de visitas al padre los fines de semana alternos, y los jueves desde la salida del colegio hasta las 21 h., y si bien se establece en el mismo que en caso de que se ausentara la madre por más de 2 días por cualquier motivo, el menor pasaría esos días con el padre hasta que pueda reintegrarse con la madre, lo que en el supuesto de autos podría interpretarse como justificación del padre para tener al hijo en su domicilio ya que la madre estaba hospitalizada, sin entrar en es-

te recurso sobre las causas de esta hospitalización, lo cierto es que, dados los amplios términos en los que está redactado el art. 622 CP, ha de entenderse que estaría justificado si hubiera recogido al hijo por la tarde, a la salida del colegio, pero no fue así, ya que fue a por el mismo a las 13 horas y no

le volvió a reintegrar al colegio por la tarde, como era su obligación, por lo que no cabe dudar del incumplimiento del Convenio regulador de la separación y de la desobediencia leve en la que incurrió el recurrente y en consecuencia debe confirmarse íntegramente la resolución recurrida.

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1. FILIACIÓN

1.1. *Habiendo fallecido uno de los cónyuges solicitantes de la adopción antes de su constitución ante la autoridad extranjera no puede hacerse constar la filiación paterna, a pesar de que el cónyuge fallecido hubiese realizado los trámites preliminares para la adopción.*

RESOLUCIÓN de 20 de mayo de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- Previa solicitud de los interesados y trámites pertinentes, la Consejería de Bienestar Social y Sanidad de la CA de Madrid, mediante Orden de 25 de febrero de 1998, declaró a don Juan y a su esposa doña Carmen idóneos para la adopción de un menor de origen extranjero.
- Los esposos, con el fin de facilitar la tramitación del proceso de adopción de un menor de origen chino, suscribieron el 13 de marzo de 1998 un contrato con una entidad colaboradora en adopciones internacionales acreditada por el Centro Chino de adopción de P.;
- El 25 de septiembre de 1998 falleció don Juan.
- El 10 de diciembre de 1998 se constituye formalmente la adopción de una menor china, en los siguientes términos que resultan del certificado notarial de adopción aportado a este expediente: “Adoptante: D.^a Carmen, mujer, nacida el 30 de marzo de 1960, residente en España. Adoptado: Z.L., mujer, nacida el 24 de octubre de 1997, residente en el Instituto de Bienestar Infantil de X.... D.^a Carmen adopta de forma voluntaria a Z.L., una niña del Instituto, como hija adoptiva. La relación adoptiva comienza en el día de

hoy. D.^a Carmen es la madre legal de Z.L. El nombre de la niña adoptiva se ha cambiado a C.L.”.

- D.^a Carmen solicitó la inscripción de nacimiento de la niña adoptiva en el Registro Civil Central, así como la inscripción marginal de la adopción; solicitando la constancia de la filiación adoptiva paterna y materna en relación con la menor C.L., fue denegada dicha solicitud, en cuanto al extremo de la constancia de la filiación adoptiva paterna.
- Ratificada la promotora se practicó la información testifical y emitido informe por el Ministerio Fiscal, el Juez Encargado remitió el expediente al Registro Civil Central. Recibido en ese Registro se informó a la promotora que no podía hacerse constar filiación paterna adoptiva, toda vez que la adopción fue otorgada a su favor exclusivamente, por lo que deberá imponerse a la menor los apellidos M. y R. o en su caso R. y M. (arts. 201 RRC).
- La promotora presentó escrito ante el Registro Civil Central alegando que en el acto de adopción solo consta el nombre de la madre porque su marido falleció en septiembre de 1998, aunque la adopción fue instada por ambos cónyuges y el consentimiento válido para la constitución de la adopción fue dado por los cónyuges, antes de que el padre falleciera, independientemente de la resolución administrativa china, por lo que ha quedado suficientemente acreditado a los efectos de reconocer la adopción *post mortem*; de no hacerse así la menor quedaría en desamparo al privarle, *a priori*, de los derechos que le corresponderán por el fallecimiento del padre creándose una situación discriminatoria que va en contra de lo que determina la ley, ya que si en vez de un proceso de adopción en el momento del fallecimiento del esposo, estuviera embarazada de éste, la niña ostentaría la filiación paterna por aplicación de la presunción de paternidad.
- EL Juez Encargado dictó acuerdo con fecha 24 de diciembre de 1999 denegando lo solicitado, puesto que de conformidad con el artículo 176 CC la adopción se constituye por resolución judicial, es decir en el momento que ésta se produce y no en los trámites que hayan podido realizarse como preparatorios de tal resolución.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La recurrente se alza contra el Acuerdo anterior alegando en síntesis que el consentimiento para la adopción, como requisito esencial de la misma, fue prestado no sólo por ella, sino también por su esposo don Juan antes de su fallecimiento y de forma inequívoca, y que nuestro Código Civil contempla el problema de la muerte del adop-

tante antes de que recaiga resolución judicial en el expediente, admitiendo que el Juez pueda constituir la adopción *post mortem* siempre que aquél ya hubiera prestado su consentimiento ante el Juez.

Sin embargo, estas alegaciones no pueden ser atendidas. En efecto, si se tiene en cuenta que:

a) Si bien el Código Civil establece como requisito esencial del proceso de adopción la declaración de voluntad favorable de las partes afectadas (del o de los adoptantes y, siempre que sea mayor de doce años, del adoptado), dicho requisito es sólo un presupuesto, aunque esencial, de forma que el acto constitutivo es la resolución judicial que pone fin al expediente, siendo este acto judicial el que constituye la relación jurídica de filiación que nace de la adopción;

b) En la adopción constituida ante autoridad competente extranjera, es la Ley del adoptando la que rige en cuanto a la capacidad y consentimientos necesarios (cfr. artículo 9.5, párrafo 5.º CC), por lo que en el presente caso la Ley que rige la validez y eficacia de los consentimientos prestados es la Ley china;

c) Que las autoridades chinas constituyeron la relación adoptiva exclusivamente entre la menor y doña Carmen, según resulta acreditado por la documentación aportada;

d) Que, sobre los argumentos anteriores, no se cumplen en el presente caso tampoco los requisitos a que sujeta el Código

Civil en su artículo 176 la posibilidad de constituir adopciones *post mortem*, pues el consentimiento para la adopción en tales casos se exige que sea prestado “ante el Juez”, no siendo suficiente un consentimiento formalizado de otro modo, y la propia resolución judicial, como requisito constitutivo de la adopción, ha de formalizar la constitución de la relación adoptiva con tal carácter y a favor del fallecido, circunstancia que, como se ha repetido, no tuvo lugar en la resolución de constitución de la adopción por parte de las autoridades chinas; cabe concluir en la desestimación de la pretensión deducida.

En cualquier caso debe apuntarse la posibilidad con que cuenta la recurrente de solicitar un cambio de apellidos para la menor, al amparo del artículo 207.b), del Reglamento del Registro Civil, bajo cuyo supuesto basta que concurra el requisito general de la situación de hecho (cfr. art. 57.1.º LRC), si el apellido solicitado corresponde a quien haya adoptado, prohijado o acogido de hecho al interesado, siempre que aquél o, por haber fallecido, sus herederos den su consentimiento al cambio.

1.2. *Cuando se promueve la inscripción fuera de plazo del nacimiento de un menor no existe obstáculo alguno para que se le imponga el nombre con el que viene siendo conocido en la familia acogedora en vez del que tenía inicialmente.*

RESOLUCIÓN de 26 de mayo de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- La Dirección General de Atención a la Infancia de la Generalidad de Cataluña solicitó la inscripción de nacimiento fuera de plazo, por tener concedida la tutela, del menor abandonado en S.D. el 8 de octubre de 1998, a quien

en un primer momento se le comenzó a llamar V. y posteriormente es conocido con el nombre de G., solicitando se le impusiera dicho nombre y los apellidos de S.P. y como nombre de los padres a efectos identificadores J. y M. Se unía al escrito fotocopia de la resolución de la DGAI de fecha 9 de octubre de 1998 por la que se concede a dicha Institución la tutela del menor e informe del Hospital C. donde fue ingresado.

- Con fecha 2 de noviembre de 1999 el Médico Forense reconoció al menor identificado como G.S.P. informando que se trataba de un varón de un año y un mes de edad aproximadamente. El Ministerio Fiscal no se opuso a lo solicitado.
- El Juez Encargado dictó auto con fecha 9 de diciembre de 1999 acordando la inscripción de nacimiento solicitada con el nombre de A. y los apellidos R.L., nacido en S.D. el día 8 de octubre de 1998, y como nombre de los padres a efectos identificadores J. y A.
- La DGAI presentó recurso ante la DGRN que fue estimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Alega la entidad recurrente que al menor en el momento de ser recogido en el Hospital se le llamó V., a los pocos días de nacer, pasó a convivir bajo la medida de acogida y con vistas a una futura adopción con una pareja que comenzó a llamarle G., nombre con el que es conocido familiarmente y con el que se siente identificado.

La única cuestión que plantea el presente expediente de inscripción fuera de plazo del nacimiento de un niño abandonado hace referencia al nombre propio del mismo que debe constar en el asiento.

Si se tiene en cuenta que, al imponer de oficio el Encargado el nombre propio en estos casos (cfr. art. 55 LRC), no debe obrar arbitrariamente, sino con discreción y atendiendo a las circunstancias del caso (cfr. Instrucción de 4 de noviembre de 1966) y, sobre todo, que debe mantenerse al nacido el nombre propio que viniera usando (cfr. art. 213, regla 1.ª RRC), no hay ningún inconveniente para imponer al interesado el nombre propio G., que ha sido solicitado en el escrito inicial y por el que viene siendo identificado el menor.

2. MATRIMONIO

2.1. *Procede inscribir el matrimonio celebrado entre español y dominicana, ya que las declaraciones complementarias oportunas no son lo suficientemente clarificadoras para deducir de ellas, sin sombra de duda, la existencia de la simulación.*

RESOLUCIÓN de 22 de mayo de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^ª Antonia, dominicana, nacida en 1983, solicitó se inscribiera su matrimonio celebrado el día 24 de mayo de 1999 en Santo Domingo con don Manuel, español, nacido en 1971.
- Con fecha 21 de octubre de 1999 se practicó en trámite de audiencia reservada entrevista con la promotora para verificación de datos previos a la inscripción, la cual dio, entre otras preguntas y respuestas, el siguiente resultado: que se conocieron en la playa, donde él estaba y ambos se tropezaron y empezaron a conversar; que él vive en la Isla de Fuerteventura; que él trajo los papeles la 2.^ª vez que fue a Santo Domingo, que no sabe su teléfono de memoria y que lo tiene apuntado, que a los 3 días de conocerse él le propuso matrimonio, que no sabe el nombre ni las edades de los hermanos de su esposo, pero que él es el más pequeño, y que se casaron el 24 de mayo de 1999 en Altamira.
- Por haberlo interesado el Cónsul General de España en Santo Domingo se practicó con fecha 25 de octubre de 1999 en el Registro Civil de Puerto del Rosario entrevista reservada con don Manuel; entre otras manifestaciones dijo que él no sabe los fines de la institución matrimonial, que se casaron en Santo Domingo el 24-5-99, que no recuerda ni el número ni la calle donde vive su novia, que ella nació en Santo Domingo, sus padres se llaman Vinicio y Dimas y él le manda dinero. El Juez Encargado en su informe hizo constar tener la impresión de tratarse de un matrimonio de conveniencia y el dato de que la señora Rosario nació en Puerto Plata, el día 22 de diciembre de 1983, tan sólo tiene 15 años.
- Por acuerdo fechado el 16 de diciembre de 1999 el Cónsul General de España en Santo Domingo denegó la inscripción del matrimonio, por considerar que no existe verdadero consentimiento matrimonial, como lo denotan, entre otros datos, la falta de convivencia y el desconocimiento mutuo,

tratándose de un negocio jurídico simulado con objetivos económicos y migratorios irregulares.

- Notificado este acuerdo a los dos interesados, presentaron escrito de recurso ante la DGRN que fue estimado, acordándose la inscripción del matrimonio.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

No sólo en el expediente previo para el matrimonio civil, a través del trámite de la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (art. 246 RRC), sino también cuando se intenta inscribir en el Registro Civil español un matrimonio ya celebrado en el extranjero mediante la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (art. 256.3 RRC), es deber del Encargado cerciorarse de la inexistencia de impedimentos u otros obstáculos que provoquen la nulidad del matrimonio. Especialmente para evitar la inscripción de los llamados matrimonios de complacencia en los que el verdadero propósito de las partes no es ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la situación del extranjero en relación con los requisitos de entrada y permanencia en España, el Encargado debe calificar, a través de las declaraciones complementarias oportunas que integran el título inscribible (cfr. art. 256 RRC), si ha habido verdadero consentimiento matrimonial en la celebración o si, por el contrario, se trata de un matrimonio simulado, nulo por la ausencia de dicho consentimiento matrimonial.

Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. art. 1253 CC).

En el caso actual los hechos comprobados por medio de esas declaraciones complementarias oportunas no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. Ciertamente existe cierto desconocimiento mutuo y alguna contradicción entre las declaraciones de los interesados que justifican las sospechas del Cónsul Encargado respecto de la verdadera finalidad del enlace. Pero no es menos cierto que las relaciones entre el español y la dominicana no se han limitado a unos pocos días sino que han tenido una duración más prolongada en el tiempo. Además, después de la celebración del matrimonio el contrayente ha venido sosteniendo económicamente a la contrayente, según ha quedado acreditado en las actuaciones.

Si se tienen en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9 de Octubre de 1993, “ante la opción de autorizar (aquí inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa”. “Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto”.

2.2. *No se autoriza la inscripción de un matrimonio entre colombiana y español ya que existen notorias diferencias y contradicciones en sus respectivas declaraciones, de lo que cabe deducir la ausencia de consentimiento matrimonial.*

RESOLUCIÓN de 22 de mayo de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Rosalía, de nacionalidad colombiana, y D. Vicente, de nacionalidad española, solicitaron autorización para la celebración del matrimonio civil.
- Practicada la audiencia reservada, la promotora manifestó: que conoció a Vicente en un supermercado en Noreña, en donde los dos habían ido de clientes. Que entablaron conversación y simpatizaron y que se siguieron viendo ocasionalmente por la zona hasta que decidieron intimar más y él comenzó a frecuentar el domicilio en el que la declarante trabajaba como niñera como cuatro meses, trasladándose al domicilio familiar de Vicente, empezando la convivencia. Que en ese domicilio también residen los padres de él y los hijos de su anterior matrimonio en los fines de semana y períodos vacacionales fijados en la sentencia de divorcio. Que sabe que Vicente nació en marzo sin poder precisar el día, sabiendo que va a cumplir cuarenta y dos años. Por su parte el contrayente manifestó: que conoció a Rosalía en el trabajo que ella tenía como bailarina y que al poco tiempo se fue a vivir a su casa. Que Rosalía convivió con otro hombre en Cali-Colombia pero sin llegar a contraer matrimonio con él, fruto del cual tiene un hijo que va a hacer ocho años. Que este niño está con sus abuelos maternos en Colombia y que es intención del declarante y de Rosalía traerlo a vivir con ellos una vez que contraigan matrimonio.
- EL Juez Encargado dictó Auto el día 7 de marzo de 2000, por el que acordó denegar la autorización para contraer matrimonio, al considerar que existen serios elementos de juicio que llevan a la conclusión de la ausencia de una efectiva voluntad de contraer matrimonio si no de obtener otras ventajas legales inherentes a él para uno de los contrayentes. Confrontadas las declaraciones de ambos solicitantes se evidencian claras diferencias y contradicciones en sus respectivas manifestaciones (respecto del lugar en que se conocieron, al trabajo de la solicitante, al tiempo en que comenzaron a vivir juntos y a la fecha en que la solicitante cumple años erróneamente manifestada por el declarante).

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Trámite esencial del expediente previo para la celebración del matrimonio civil es la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor, asistido del Secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración [cfr. art. 246 RRC e Instrucción de 9 de enero de 1995, regla 3.a)].

La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el Encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1 CC).

Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente

conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trate de probar (cfr. art. 1253 CC).

En el caso actual de un matrimonio entre un español y una colombiana hay notorias diferencias y contradicciones en sus respectivas declaraciones en cuanto al lugar en que se conocieron, el trabajo de la solicitante y el tiempo en que han comenzado su convivencia. Estos hechos han llevado al Ministerio Fiscal y al Juez Encargado a deducir la inexistencia de verdadero consentimiento matrimonial. Su declaración no puede tildarse de ilógica o arbitraria y siempre ha de tenerse en cuenta que, por razones de inmediatez, las personas que han presenciado las manifestaciones de los interesados son las que están en mejores condiciones para apreciar una posible simulación.

3. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

3.1. *La posibilidad de inscribir la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario es algo indiscutible, pues, sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario que produce efectos erga omnes, por lo que debe tener acceso al Registro.*

RESOLUCIÓN de 25 de octubre de 1999.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 7 de febrero de 1989 el Juzgado de Primera Instancia número 22 de Madrid dictó sentencia estimando la demanda consensual solicitada por los cónyuges y aprobando íntegramente el convenio regulador de fecha 12

de diciembre de 1988, en el que se establece el derecho de uso y disfrute sobre la vivienda arrendada y que fue domicilio conyugal a favor del esposo, el cual perderá por las causas que se establecen en citado convenio el citado derecho. La referida vivienda fue adquirida por D.^ª María Cruz, mediante escritura pública, el 24 de marzo de 1991 por compra al Instituto de la Vivienda de Madrid, la cual fue inscrita en el Registro de la Propiedad.

- Presentados en el Registro de la Propiedad de Madrid número 36 testimonio de la sentencia de separación, junto con el convenio regulador y acta de manifestación otorgada el 6 de junio de 1996 por la esposa en la que reitera los términos del convenio en cuanto al derecho de uso y disfrute vitalicio de la vivienda a favor del esposo, para que se inscriba dicho derecho, fue calificado con la siguiente nota: “Examinado el precedente documento, junto con Acta de Manifestación otorgada por D.^ª María, se deniega su inscripción, ya que el inmueble que se dice fue domicilio conyugal, según consta en la inscripción, fue adquirido por título de compra por la manifestación cuando su estado civil era el de separada, por lo que está inscrito a su nombre exclusivamente (artículo 9.4 y 20 Ley Hipotecaria)”.
- D.^ª María Cruz interpuso recurso gubernativo ante el TSJ de Madrid que fue desestimado.
- D.^ª María Cruz interpuso recurso ante la DGRN que fue estimado.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL TSJ DE MADRID

1. Alegaciones de la recurrente.

Que la doctrina en lo referente a los efectos de la atribución del derecho de uso a un cónyuge de la vivienda familiar, considera que tal derecho debe ser entendido como un verdadero derecho real oponible a terceros y susceptible de inscripción. En este punto hay que tener en cuenta lo que dicen las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1994 y 11 de diciembre de 1992. Que de dichas Sentencias se deduce: a) Que el derecho de uso es un derecho real oponible frente a terceros. b) Que es inscribible en el Registro de la Propiedad. c) Que está sometido a las reglas propias del derecho inmobiliario registral. Entre ellas, que deberá aparecer vinculado a la propiedad del inmueble. d) Que podrá atribuirse al cónyuge no titular, para sí, en cuyo caso será éste el

titular del derecho de uso, con fijación de un plazo de duración.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

Que según consta en la inscripción de la compra de la vivienda, D.^ª María Cruz adquirió la misma cuando ya estaba separada, por lo que la sociedad de gananciales ya estaba disuelta (artículo 1392.4 del Código Civil) y había cesado la vida en común de los esposos (artículo 83 del Código Civil), y por eso se practicó la inscripción exclusivamente a nombre de la compradora. Que en materia patrimonial el cónyuge separado tiene plena autonomía, no vincula los bienes que adquiere a una inexistente comunidad y actúa como si estuviese soltero. Que el piso que adquirió D.^ª María Cruz no puede calificarse de vivienda familiar, pues para que tu-

viera tal condición debería constar en el Registro que la adquisición se produjo antes de la separación, y por tanto, el piso según aparece inscrito, no puede considerarse que en ningún momento haya servido de residencia común de los esposos. Que como el Registrador debe atenerse exclusivamente a lo que resulta del Registro (artículo 18 de la Ley Hipotecaria) y conforme a los artículos 1, 9, 20 y 38 de dicha ley, hace imposible que se considere que la finca tenga el carácter de vivienda familiar.

Que, por tanto, si la finca registral no es ni ha sido vivienda familiar, no puede inscribirse el pretendido derecho de uso sobre la misma que surge del convenio regulador, basándose en el artículo 96 del Código Civil. Que, por otra parte, quedaría pendiente determinar la naturaleza de ese derecho de uso. Que es difícil que tal derecho puede considerarse que es un derecho real, únicos que pueden ser objeto de inscripción en el Registro (artículos 2 y 9.3 de la Ley Hipotecaria). Que no se trata del derecho real de uso que se regula en los artículos 523 y siguientes del Código Civil. Que tanto la doctrina como la jurisprudencia se muestran prudentes a la hora de caracterizar este derecho (Resolución de 31 de marzo de 1995 y Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 1992 y 18 de octubre de 1994).

Que de todo ello y de los artículos 90 y 96 del Código Civil no puede entenderse que la atribución del uso de la vivienda que fue el domicilio familiar a uno solo de los cónyuges tenga siempre contenido real. Que si sobre la vivienda no existiese derecho de dominio y los cónyuges sólo fueran arrendatarios, como el arrendamiento es un derecho personal, no cabría constituir sobre él derecho real de goce.

Que cuando se atribuye el uso y goce del piso al esposo en la sentencia de separación, antes de que la mujer hubiere adquirido sobre él el derecho de dominio, los cónyuges tenían sobre ese inmueble únicamente un derecho personal, derecho que por la sola

separación no puede convertirse en real (artículo 609 del Código Civil). Que, además, tal como se configura en el convenio, resulta que el derecho a disfrutar de la vivienda está condicionado a la conducta del marido, lo que es incompatible con los derechos reales que ostentan poder directo e inmediato sobre las cosas sin que se tenga en cuenta la conducta del titular y precisamente lo que caracteriza a los derechos personales es la exigencia de una prestación por parte de una persona, por ello los artículos 2 de la Ley Hipotecaria y 8 y 9 de su Reglamento, hace que sea imposible la inscripción del documento solicitado.

3. Alegaciones del Juzgado de 1.ª Instancia.

Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número 22, de los de Madrid consideró la imposibilidad legal de emitir el informe prevenido en el artículo 115 del Reglamento Hipotecario, toda vez que en los autos de separación conyugal tramitados en este Juzgado, no se ha llegado a acordar en ningún momento la inscripción de asiento alguno que pudiera haber sido denegada por el Registro de la Propiedad correspondiente.

4. Resolución del Presidente del TSJ de Madrid.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Madrid confirmó la nota del Registrador, fundándose en que el recurso carece de base puesto que no hay título inscribible que sirva de soporte a la pretensión de la recurrente y que se encuentre en alguno de los supuestos enumerados en el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, y en que, por otra parte, los términos del convenio regulador se reducen a atribuir al ex-marido “el derecho al uso y disfrute del domicilio”, sin que se configure este derecho como real, pudiendo reducirse su configuración a la de un simple derecho obligacional, sin trascendencia real.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones de la recurrente.

La recurrente apeló el auto presidencial, manteniéndose en sus alegaciones, y añadió: 1.º Que el título es el testimonio presentado, documento auténtico expedido por la autoridad judicial. 2.º Que en cuanto al carácter real u obligacional sin trascendencia real del derecho de uso y disfrute como se ha expresado en el escrito de interposición del recurso, hay amplia jurisprudencia que considera el carácter real de dicho derecho.

2. Doctrina de la DGRN.

Dada la vaguedad e imprecisión de la calificación, del informe del Registrador y del Auto recurrido se deducen dos pretendidos obstáculos para la inscripción: el de que la vivienda nunca pudo ser familiar, pues cuando se adquirió los cónyuges estaban ya separados, y el de que la atribución del uso y disfrute de la misma no es un derecho real y, por lo tanto, no puede inscribirse.

En cuanto a que la vivienda nunca fue familiar, ha de señalarse, por una parte, que

el Registrador no puede calificar dicho aspecto del Convenio, que está aprobado judicialmente (artículo 100 del Reglamento Hipotecario) y que ha de interpretarse en su conjunto, y, por otra, la comprobación de la realidad de esta circunstancia escapa a las posibilidades de dicha calificación, pues se trata de una circunstancia de hecho siendo así, además, que tratándose de Vivienda de Protección Oficial, es normal que la entrega de la cosa precede al otorgamiento de la escritura de adjudicación.

Respecto a la inscribibilidad de la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario, es algo indiscutible, pues, sin necesidad de entrar en si tal uso y disfrute es o no un derecho real, en todo caso constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario (cfr. artículo 90 del Código Civil) que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro, ya que, de no tenerlo, una afirmación falsa del propietario disponente podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido.

3.2. Aunque es reiterada la doctrina de la DGRN de la libertad de contratación entre los cónyuges y que estos pueden estipular el desplazamiento de un bien desde el patrimonio privativo de uno de ellos al haber ganancial, la sola manifestación del origen del dinero empleado en la adquisición de un bien que aparece en el Registro como privativo del esposo, no puede considerarse como causa justificadora de su desplazamiento patrimonial en favor de la masa ganancial, ni aun teniendo en cuenta el favor legal de que goza dicha sociedad.

RESOLUCIÓN de 15 de diciembre de 1999.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 17 de junio de 1996, ante el Notario de Linares, los cónyuges D. Francisco y D.ª Isabel María, otorgan escritura de capitulaciones matrimoniales en

la que se pactan el régimen de separación de bienes y liquidan la sociedad conyugal de gananciales, adjudicando a la esposa el pleno dominio de un piso y local garaje, manifestando que fue comprado por el marido en estado de soltero, si bien el dinero empleado para su adquisición fue satisfecho por los dos comparecientes, por lo que para facilitar la liquidación de la sociedad conyugal le atribuyen el carácter de ganancial; y al esposo se le adjudica un fondo de inversión en “Caja M.” y un vehículo.

- Presentada copia de la anterior escritura en el Registro de la Propiedad de Linares, fue objeto de la siguiente nota: “Conforme al artículo 1275 del Código Civil y reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 26 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993 y 19 de enero de 1994 entre otras) se suspende la inscripción de la escritura por el defecto subsanable de no haberse expresado la causa en virtud de la cual se atribuye el carácter ganancial a la finca registral inscrita a nombre de D. Francisco, en estado de soltero, adquiriéndose además por precio confesado recibido, en virtud de escritura autorizada por el Notario de Linares D. José el 28 de diciembre de 1987.
- El Notario autorizante de la escritura interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación que fue desestimado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.
- El Notario interpuso recurso ante la DGRN siendo desestimado.

RECURSO ANTE EL TSJ DE ANDALUCÍA

1. Alegaciones del Notario recurrente.

Que se suspende la inscripción de la finca registral ...9 (nada se dice de la finca registral ...1) por el defecto subsanable de no haberse expresado la causa en virtud de la cual se atribuye carácter ganancial.

Que en la escritura se considera que consta terminantemente la causa o finalidad concreta perseguida por las partes, la que dejan incorporada al negocio como elemento determinante de su voluntad.

Que la cuestión está en saber si esa causa, finalidad o motivo expresado en la escritura es o no la expresión de causa a que hace referencia la Dirección General de los Registros

y del Notariado en las Resoluciones citadas por el Sr. Registrador en su nota de calificación. Que no cabe duda de que los cónyuges por virtud del artículo 1323 del Código Civil pueden celebrar entre sí los contratos que a bien tengan, en los que pueden pactar las cláusulas y condiciones que tengan por conveniente con la limitación del artículo 1255 del Código Civil. Que el negocio de atribución de la condición de ganancialidad del bien, si se considera un negocio jurídico autónomo, se ha cumplido suficientemente con la necesidad de expresar la causa, ya que el artículo 1274 del Código Civil contiene una enumeración *ad exemplum* de la causa; si, por el contrario, se considera como inmerso en los demás contratos traslativos, hay que considerar si la causa es onerosa o gratuita o

si está o no expresada en el documento. Que la onerosidad resulta claramente del contenido de la escritura en la que consta la causa o motivo de su otorgamiento. La situación que se expone en la escritura provocó el nacimiento de un crédito de la esposa contra el esposo, el que se liquida al otorgar la escritura y al atribuir el carácter ganancial al bien, pues éste deja de pertenecer al marido y pasa a pertenecer a la sociedad conyugal de ambos, lo que le atribuye ese carácter para facilitar la liquidación de la sociedad conyugal que disuelven en la escritura.

2. Alegaciones del Registrador.

Que la cuestión debatida queda reducida a si es posible la inscripción solicitada, relativa a las fincas registrales adjudicadas por liquidación de la sociedad conyugal, previa atribución del carácter ganancial a la esposa, pese a constar previamente inscritas a favor del esposo, por haber sido adquiridas por compra en estado de soltero.

Que tal adjudicación carece de causa, contraviniendo el artículo 1275 del Código Civil y la reiterada doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado establecida en las Resoluciones de 25 de septiembre de 1990, 7 y 26 de octubre de 1992, 11 de junio de 1993, 19 de enero de 1994 y 28 de mayo de 1996 (sic).

Que, en contra de lo mantenido por el recurrente, no cabe afirmar que la onerosidad de tal atribución resulte claramente de la escritura, pues en ella no se alude a título alguno justificativo del desplazamiento patrimonial, y el artículo 1346.1 del Código Civil no distingue que la adjudicación de un bien se haya producido con mucha o poca antelación a la celebración del matrimonio, circunstancia que resulta irrelevante.

Que, pese a afirmarse en la escritura objeto del recurso que el dinero empleado para la adquisición de los bienes fue satisfecho por ambos cónyuges, dicha afirmación no sirve para dotar de causa al desplazamiento patrimonial, pues no cabe olvidar que las fincas que ahora se adjudican, con motivo de la li-

quidación de la sociedad de gananciales, a la esposa fueron adquiridas por el esposo por precio confesado recibido, conforme consta en las correspondientes escrituras e inscripciones, las cuales están bajo la salvaguarda de los tribunales y producirán todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud (artículo 1 de la Ley Hipotecaria). Que como no se han rectificado los asientos de las inscripciones aludidas, conforme al artículo 40 de la Ley Hipotecaria, no puede ahora gratuitamente afirmarse que el dinero en realidad pertenecía también a la esposa, pues en tal caso debía de haber concurrido la misma a las previas escrituras de compra para que las adquisiciones se hicieran a su favor y de su futuro esposo por mitades y proindiviso (artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 51 y 54 del Reglamento para su ejecución).

Que, en absoluto, cabe entender que la enumeración del artículo 1274 del Código Civil es *ad exemplum*.

Que tampoco se duda de la posibilidad contemplada en el artículo 1323 del Código Civil, pero entendido conforme a la doctrina de la Dirección General, que tales desplazamientos patrimoniales deben tener una causa gratuita u onerosa, clara y precisa y que, además, no debe resultar contraria a la situación tabular y a lo consignado en las precedentes escrituras de adquisición.

Que en suma, al ser nuestro sistema causalista, se precisa hacer constar en todo desplazamiento patrimonial la causa del mismo a la que, como elemento esencial del negocio, debe entenderse la función calificadora del Registrador (artículos 609 y 1261 del Código Civil y 18 de la Ley Hipotecaria), sin olvidar que también debe consignarse la causa por exigencia del principio de determinación registral.

3. Resolución del Presidente del TSJ de Andalucía.

El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, confirmó la nota del Registrador fundándose en que las fincas no han perdido su carácter privativo y no son

bienes a liquidar (artículo 1397 del Código Civil), ni a adjudicar al cónyuge no propietario (artículos 1404 y siguientes del Código Civil); más que un problema de no expresión

de la causa se trata de una cuestión de infracción de los preceptos reguladores de la sociedad de gananciales; considerándose, por tanto, el defecto como insubsanable.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Notario recurrente.

El Notario recurrente apeló el Auto presidencial y manteniéndose en sus alegaciones añadió: Que en el Auto no se ha tenido en cuenta la doctrina de la Dirección General en orden a la validez de cualquier desplazamiento patrimonial entre cónyuges que se recoge en el fundamento de derecho segundo de la Resolución de 28 de mayo de 1996.

2. Doctrina de la DGRN.

En el supuesto de hecho del presente recurso dos cónyuges otorgan escritura pública de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad de gananciales, en la que, previa atribución de carácter ganancial a un piso y a una plaza de garaje comprados por el marido en estado de soltero y por precio confesado recibido, al haber sido satisfecho por ambos —según manifiestan— el dinero empleado en su adquisición, pactan el régimen de separación de bienes y liquidan la sociedad conyugal disuelta, atribuyendo a la mujer en pago de su cuota, precisamente, ese piso y plaza de garaje y el mobiliario y ajuar doméstico, y al marido un vehículo y un fondo de inversión no identificado, teniendo ambos lotes igual valor.

El Registrador suspende la inscripción por no haber expresado la causa en virtud de la cual se atribuye carácter ganancial a la vivienda. Dada la concreción del recurso gubernativo a las cuestiones directamente relacionadas con la nota del Registrador (cfr. artículo 117 del Reglamento Hipotecario), lo único que ahora ha de decidirse es si se ha expresado la causa de esa previa atri-

bución de ganancialidad a un bien privativo de uno de los cónyuges.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, basada en la libertad de contratación entre los cónyuges (cfr. artículo 1321 del Código Civil), que éstos puedan estipular el desplazamiento de un bien desde el patrimonio privativo de uno de ellos al haber ganancial, siempre que ello se produzca ya por donación, ya a través de uno de los “ciertos contratos” que seguidos de tradición, constituyen uno de los medios de transmisión del dominio (cfr. artículo 609 del Código Civil), contrato que presupone una causa suficiente (cfr. artículo 1261.3 y 1274 y siguientes del Código Civil) la cual, además, debe estar debidamente reflejada en el título que lo documenta para su calificación y reflejo en el asiento registral pertinente (cfr. artículos 9 y 99 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, así como las Resoluciones de 25 de agosto de 1990, 26 de octubre y 11 de junio de 1993 y 19 de enero de 1994).

Ciertamente la valoración conjunta de la total operación realizada hace dudar si la intención de las partes es efectivamente la de engrosar el haber ganancial como modo de liquidar las relaciones credituales preexistentes entre ellos derivadas de la eventual procedencia del dinero empleado en la adquisición del bien aportado, o si, por el contrario, esa aportación y la inmediata disolución y liquidación del haber no son sino un mecanismo articulado exclusivamente para obtener indirectamente un fin totalmente ajeno como es el desplazamiento de un bien del patrimonio particular de un cónyuge al patrimonio personal de su consorte, eludiendo así las exigencias y consecuencias jurídi-

cas inherentes a los cauces negociales adecuados para alcanzar tal objetivo.

Ahora bien, habrá de reconocerse que la sola manifestación del origen del dinero empleado en la adquisición de un bien que —pese a la eventual exactitud de tal manifestación— aparece como privativo del adquirente, no puede considerarse como causa justificadora de su desplazamiento patrimonial en favor de la masa ganancial, ni aun teniendo en cuenta el favor legal de que goza dicha sociedad (cfr. artículos 1354, 1355 y 1361 del Código Civil); la causa estará, en su caso, en la concreta relación jurídica que jus-

tificó o que derivó del empleo por el adquirente del dinero del que luego sería su consorte, y en su liquidación con la aportación pretendida (por ejemplo, el nacimiento en su día, de un crédito contra el adquirente que ahora se extingue en compensación de tal aportación al hacerse común el bien aportado, cfr. artículos 1344 y 1401 del Código Civil), pero dicha relación jurídica queda aquí indeterminada (pudo mediar previa donación del metálico, dación en pago, extinción de proindiviso, nacimiento de un crédito ya saldado, etc.) y por tanto, no queda debidamente determinado ese elemento causal.

4. SUCESIONES

4.1. *No procede la cancelación de las inscripciones registrales practicadas en virtud de una donación que ha sido declarada nula en sentencia firme recaída en procedimiento abreviado, seguido por delito de alzamiento de bienes contra el donante —los padres—, al no resultar de los documentos calificados que el donatario —el hijo— y titular registral de los asientos a cancelar “haya sido parte en el procedimiento ni que haya comparecido por sí o representado, ni siquiera que haya sido notificado”.*

RESOLUCIÓN de 30 de marzo de 2000.

ANÁLISIS DEL CASO

- Con fecha 29 de febrero de 1996, el Juzgado de lo Penal número 2 de Zaragoza en procedimiento seguido contra D. Fernando y D.^a María Pilar, actuando como acusación particular la entidad “Caja C.”, dictó sentencia en la que se condenó al primer acusado como autor de un delito de alzamiento de bienes, se absolvió a la segunda y como responsabilidad civil se decretó la nulidad de la escritura otorgada el día 10 de febrero de 1987 en la que el condenado donó la nuda propiedad, reservándose el usufructo, de dos fincas

a su hijo de siete años Luis, aceptando la donación en su nombre sus padres, D.^ª Pilar y el propio D. Fernando. El día 6 de septiembre de 1996 se expidió el oportuno mandamiento ordenando cancelar las inscripciones derivadas de dicha escritura de donación.

- Presentado el anterior mandamiento en el Registro de la Propiedad de Zaragoza número 1, se denegó la cancelación en base a no deducirse ni del mandamiento ni del testimonio de la sentencia a que el mismo se refiere, que el titular registral de dichas inscripciones, D. Luis, que según las mismas adquirió la nuda propiedad de las citadas fincas, por donación de su padre D. Fernando, haya sido parte en el procedimiento ni que haya comparecido por sí o representado, ni siquiera que haya sido notificado.
- La entidad Caja C. interpuso recurso gubernativo ante el TSJ de Aragón que fue estimado.
- El registrador interpuso recurso ante la DGRN que fue estimado, denegándose por tanto la cancelación solicitada.

RECURSO GUBERNATIVO ANTE EL TSJ DE ARAGÓN

1. Alegaciones de la entidad recurrente.

Que la sentencia de 29 de febrero de 1996 fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, recayendo nueva sentencia que confirmó la anterior y que también resolvió expresamente la cuestión planteada en este recurso, al establecer que el menor estuvo representado en el juicio por sus padres, no pudiendo alegarse una supuesta indefensión e infracción del artículo 24 de la Constitución Española, que ya se ha opuesto a la nulidad de la escritura por mediación de ellos. Por la misma razón no son de aplicación los demás preceptos invocados en su nota por el Registrador. Que dicha nota contraviene los artículos 117 y 118 de la Constitución Española, que garantizan el derecho a la ejecución de las sentencias en sus propios términos y condiciones, ya que obstaculiza indebidamente tal ejecución causando graves perjuicios al recurrente.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

El Registrador de la Propiedad de Zaragoza número 1, en defensa de la nota, informó: Que el titular registral no ha sido tenido como parte en el proceso, toda vez que ni por sí ni debidamente representado figura mencionado en los encabezamientos de las correspondientes sentencias del Juzgado de lo Penal ni de la Audiencia Provincial, ni en los pronunciamientos de sus respectivos fallos, ni tampoco consta en este expediente o en otro documento que se le hiciera el pertinente ofrecimiento de acciones para su defensa en ninguna de las distintas instancias del referido proceso.

Que no aparece en la sentencia de la Audiencia Provincial, ni se infiere de la misma, que el menor estuvo representado en el juicio por sus padres y que dicha sentencia resolvió ya este particular. Que ni el donatario tenía siete años al tiempo del otorgamiento de la escritura de donación (el día

10 de febrero de 1987) al menos, en igual fecha de 1994 había alcanzado, dada su vecindad civil aragonesa, la mayoría de edad a efectos civiles (artículo 4 y concordantes de la Compilación de Derecho Civil de Aragón), por la que con él, asistido por quien correspondiese, deberían haberse seguido las actuaciones posteriores.

3. Alegaciones del Juzgado de lo Penal.

La Magistrada-Juez del Juzgado de lo Penal número 2 de Zaragoza informó que del examen de los autos resulta que D. Fernando y D.ª María Pilar prestaron sus declaraciones como imputados, sin que en ningún momento lo hubieran hecho en representación de su hijo como responsable civil. Por otra parte, ni los escritos del Ministerio Fiscal ni de la acusación particular solicitando la responsabilidad civil trajeron a la causa al menor.

4. Resolución del TSJ de Aragón.

El Presidente en funciones del Tribunal Superior de Justicia de Aragón revocó la nota del Registrador fundándose en: Que ésta excede de los límites legales dentro de los cuales debe mantenerse. Que registralmente no cabe invocar infracción del artículo 24 de la Constitución Española, mientras se obvia el mandato del artículo 118. Además en este caso es discutible la exigencia de la presta-

ción del consentimiento del menor titular registral:

a) Porque la declaración de nulidad de una escritura de donación en una causa penal por el Tribunal competente en sentencia firme y la consecuente cancelación de las inscripciones registrales de ella derivadas se halla contemplada en el artículo 82.1 de la Ley Hipotecaria, que sólo exige que la sentencia sea firme.

b) Porque en la causa penal fueron imputados el padre donante y la madre del menor donatario que participó en el negocio jurídico en representación de aquél, que al carecer de capacidad ni intervino en el negocio jurídico ni en la petición de inscripción registral.

c) Porque la donación ha sido declarada radicalmente nula.

d) Porque al ser el menor un adquirente de los bienes a título gratuito, no goza de más protección registral que la establecida en el último párrafo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Que la nulidad absoluta y radical de la donación desde el mismo momento de su otorgamiento impide que entre en juego el principio hipotecario de tracto sucesivo que, por otro lado, no se halla alterado con las inscripciones cuya cancelación se ordena en el mandamiento por cuanto que registralmente no existen más transmisiones de la nuda propiedad de las fincas que las operadas con motivo de la donación del padre titular registral al hijo donatario.

RECURSO ANTE LA DGRN

1. Alegaciones del Registrador de la propiedad recurrente.

El Registrador apeló el Auto Presidencial manteniéndose en sus alegaciones y añadió que no hubo extralimitación en el ejercicio de su función calificadora ya que ésta se ciñó a la existencia de un obstáculo surgido del propio Registro, conforme a lo previsto en el

artículo 100 del Reglamento Hipotecario en concordancia con el artículo 18 de la Ley Hipotecaria.

2. Doctrina de la DGRN.

En el presente recurso se debate sobre la procedencia de la cancelación de las inscripciones registrales practicadas en virtud de una donación que ha sido declarada nula

en sentencia firme recaída en procedimiento abreviado, seguido por delito de alzamiento de bienes contra el donante, cancelación que es denegada por el Registrador por no resultar de los documentos calificados que el donatario y titular registral de los asientos a cancelar “haya sido parte en el procedimiento ni que haya comparecido por sí o representado, ni siquiera que haya sido notificado”.

Ha de señalarse con carácter previo que dentro del ámbito de la función calificadora del Registrador cuando de actos o documentos judiciales se trata, se incluye indubitadamente los obstáculos que surjan del Registro (cfr. artículo 18 de la Ley Hipotecaria y 100 del Reglamento Hipotecario), obstáculos que impiden la inscripción de aquellos documentos si no consta que en el procedimiento del que dimanen, el titular registral ha tenido la intervención que las leyes le confieren en defensa de sus derechos y ello a fin de evitar que dicho titular sufra en el propio Registro las consecuencias de su indefensión procesal (cfr. artículos 24 de la Constitución Española y 20 y 40 de la Ley Hipotecaria).

Por otra parte, es regla general de nuestro sistema registral que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y que no podrán ser rectificadas si no media bien el consentimiento de todos aquellos a quienes el asiento a rectificar concede algún derecho, bien la oportuna resolución judicial establecida contra todos ellos (cfr. artículos 1, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria).

De lo anterior se desprende la imposibilidad de acceder a las cancelaciones pretendidas, toda vez que el titular según los asientos cuestionados, no ha sido parte en el procedimiento seguido, ni ha prestado su consentimiento, máxime cuando conforme al artículo 122 del Código Penal, el que por título lucrativo participa de los efectos de un delito queda obligado civilmente a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación, lo que permitiría su llamada al proceso penal como responsable civil (cfr. artículos 11, 111, 112, 615, 620, 652 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y, consiguientemente la eventual declaración de nulidad de la enajenación que motivó el delito perseguido con plenos efectos frente al titular registral (cfr. artículos 110 y 55 del Código Penal).

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

LA INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE CUSTODIA Y DE VISITA EN LAS RELACIONES TRANSFRONTERIZAS. INFORMACIÓN Y PUNTOS CLAVES PARA EL DEBATE (III)

DRA. MAYTE ECHEZARRETA FERRER

*Profesora titular de Derecho Internacional privado
Universidad de Málaga
mtechezarret@uma.es*

SUMARIO

(Primera parte)

A modo de introducción en la sistemática del trabajo

- I. RECURSOS HERMENÉUTICOS ANTE POSIBLES LAGUNAS, CONTRADICCIONES O DEFICIENTES TRADUCCIONES DE LOS TEXTOS INTERNACIONALES**
 - II. CONVENIOS INTERNACIONALES EN VIGOR EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES**
 - III. CONVENIOS INTERNACIONALES EN VIGOR QUE INCLUYEN MATERIAS DE DERECHO DE FAMILIA**
 - IV. NORMAS PROCESALES PARA LA APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES**
-

(Segunda parte)

- V. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES QUE NO ESTÁN EN VIGOR Y QUE AFECTAN AL DERECHO DE FAMILIA
- VI. NORMATIVA APLICABLE EN AUSENCIA DE INSTRUMENTO INTERNACIONAL
- VII. ALGUNOS PUNTOS PARA EL DEBATE

(Tercera parte)

- VIII. SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA Y SUS COMENTARIOS
 - IX. SELECCIÓN DE DOCTRINA
-

VIII. SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA Y SUS COMENTARIOS

En este apartado hemos incluido una selección de Autos y Sentencias de los Órganos Jurisdiccionales españoles que, de una manera u otra, inciden en los derechos de custodia y de visita del menor, así como sus comentarios en revistas españolas.

Abreviaturas utilizadas:

REDI: Revista Española de Derecho Internacional.

AJ Aranzadi: Actualidad Jurídica. Aranzadi.

BIMJ: Boletín informativo del Ministerio de Justicia.

PJ: Poder Judicial.

RJ: Repertorio de Jurisprudencia.

RJC: Revista jurídica de Catalunya.

RGD: Revista General del Derecho.

— **Auto del TS (Sala 1.^a) de 28 de febrero de 1984.** Protección de menores. Fuente: *REDI* vol. XXXVIII (1986, 1; pág. 260).

— **Auto del TS (Sala 1.^a) de 13 de octubre de 1984.** Protección de menores. Fuente: *REDI* vol. XXXVIII (1986, 1; pág. 260).

— **Sentencia de la Audiencia Territorial de Bilbao de 9 de enero de 1985.** —Guarda y custodia de los hijos. —Modificación de medidas adoptadas a consecuencia de un divorcio por nuevas circunstancias sobrevenidas: traslado de los hijos a un Estado extranjero y matrimonio del progenitor que ostenta la guarda y custodia con extranjero. —Interés de los hijos. —Irrelevancia de las nuevas circunstancias. —Derecho de visita. *Preceptos aplicados:* Convenio de Luxemburgo de 1980. Convenio de La Haya de 1980. Nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, en *REDI*, vol. XL (1988, 1; pág. 225).

— **Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Jaén de 24 de enero de 1986.** —Hijo de español fallecido y madre norteamericana. —Ley aplicable: art. 9.4 CC —Carácter imperativo de la norma de conflicto: art. 12.6, I CC —Aplicación judicial del Derecho extranjero: alegación y prueba. —Deficiente práctica. —Facultad del actor de repetir la demanda. —Remisión a un sistema plurilegislativo. Fuente: *REDI*, vol. XLI (1989, 1; pág. 313).

— **Sentencia de la Audiencia Territorial de Granada de 26 de junio de 1986. Patria potestad y tutela.** —Hijo de español fallecido y madre norteamericana. —Nombramiento de tutora a la abuela en aplicación de la ley española: improcedencia. —Legalización de documentos públicos extranjeros: apostilla. *Preceptos aplicados:* arts. 9.4.6, 12, 92, 156, 276 y 277 CC; art. 600 LEC; Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961. Nota de M. MOYA ESCUDERO en *REDI*, vol. XLI (1989, 1; pág. 314).

— **Auto del TS (Sala 1.^a) de 15 de diciembre de 1987.** —Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. —Sentencia dictada por Tribunal argentino. —Restitución de menores. —Menor argentino desplazado a España en compañía de su madre. —Cooperación judicial internacional. —Inexistencia de Convenio. —Régimen de condiciones. —Exequátur: sí. *Preceptos aplicados:* arts. 22.3, 277 y 278 LOPJ y arts. 300, 951 y 954 LEC. Nota de D.P. FERNÁNDEZ ARROYO en *REDI*, vol. XLII (1990, 1; pág. 242).

— **Auto del TS (Sala 1.^a) de 2 de marzo de 1988.** —Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. —Sentencia dictada por Tribunal argentino. —Restitución de menores. —Menor argentino desplazado a España en compañía de su madre. —Exequátur: sí. —Ejecución. —Competencia del Juzgado de Primera Instancia. *Preceptos aplicados:* Art. 958.2 LEC. Fuente: *REDI*, vol. XLII (1990, 1; pág. 245).

— **Sentencia del TS (Sala 1.^a) de 13 de mayo de 1988.** —Hijo de español fallecido y madre norteamericana. —Nombramiento de tutora a la abuela en aplicación de la ley española: Improcedencia. —Legalización de documentos públicos extranjeros: apostilla. —Aplicación judicial del Derecho extranjero. Fuente: *REDI*, vol. XLI (1989, 1; pág. 321).

— **Auto del TS (Sala 1.^a) de 11 de julio de 1988.** —Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. —Entrega de hijo. —Sentencia dictada por

Tribunal de Japón. —Sentencia previa de divorcio dictada en rebeldía. —Existencia de demanda de separación en España. —Medidas provisionales. —Litispendencia. —Exequátur: no. *Preceptos aplicados*: art. 954.2 LEC; arts. 103 y 104 CC. Fuente: *REDI*, vol. XLII (1990, 1; pág. 245).

— **Auto del TS (Sala 1.^a) de 24 de abril de 1989.** —Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. —Sentencia de divorcio dictada por Tribunal francés. —Solicitud de reconocimiento y ejecución a los únicos efectos de las declaraciones sobre guarda y custodia de los hijos. —Aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. —Exequátur: sí. *Preceptos aplicados*: arts. 1, 3, 7, 8, 12, 13, 14, 20 y 23 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Nota de A. BORRÁS en *REDI*, vol. XLII (1990, 1; pág. 247).

— **Auto del TS (Sala 1.^a) de 24 de abril de 1989.** —Restitución de menores. —Sentencia de divorcio dictada por Tribunal francés. —Solicitud de reconocimiento y ejecución a los únicos efectos de las declaraciones sobre guarda y custodia de los hijos. —Aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. —Exequátur: sí. *Preceptos aplicados*: Arts. 1, 3, 7, 8, 12, 13, 14, 20 y 23 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Fuente: *REDI*, vol. XLV (1993, 1; pág. 231).

— **Auto del TS (Sala 1.^a) de 11 de mayo de 1989.** —Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. —Protección de menores. —Aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. —Legitimación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. —Incompetencia de la Sala 1.^a TS. —Exequátur: no. *Preceptos aplicados*: art. 30 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980; art. 300 LEC; art. 277 LOPJ. Nota de D.P. FERNÁNDEZ ARROYO en *REDI*, vol. XLIII (1991, 1; pág. 198).

— **Auto del TS de 15 de junio de 1989.** —Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. —Restitución de menores. —Aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. —Legitimación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. —Incompetencia de la Sala 1.^a del TS. *Preceptos aplicados*: arts. 1, 7 y 8 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980; art. 277 LOPJ. Fuente: *REDI*, vol. XLII (1990, 1; pág. 249).

— **Auto del TS de 16 de junio de 1989.** —Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. —Restitución de menores. —Aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. —Legitimación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. —Incompetencia de la Sala 1.^a del TS. *Preceptos aplicados*: art. 30 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980; art. 300 LEC; art. 277 LOPJ. Fuente: *REDI*, vol. XLII (1990, 1; pág. 250).

— **Auto del TS de 27 de junio de 1989.** —Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. —Restitución de menores. —Aplicación del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980. —Legitimación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. —Incompetencia de la Sala 1.^a del

TS. *Preceptos aplicados*: arts. 7 y 8 del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980; art. 300 LEC; art. 277 LOPJ. Fuente: *REDI*, vol. XLII (1990, 1; pág. 250).

— **Auto del TS (Sala 1.^a) de 19 de julio de 1989.** —Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. —Restitución de menores. —Aplicación del Convenio de La Haya de 1980. —Legitimación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. —Incompetencia de la Sala 1.^a del TS. *Preceptos aplicados*: art. 30 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980; art. 300 LEC; art. 277 LOPJ. Fuente: *REDI*, vol. XLII (1990, 1; pág. 251).

— **Auto TS (Sala 1.^a) de 20 de julio de 1989.** —Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. —Protección de menores. —Aplicación del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980. —Legitimación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. —Incompetencia de la Sala 1.^a del TS. —Exequátur: no. *Preceptos aplicados*: Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980. Fuente: *REDI*, vol. XLIII (1991, 1; pág. 206).

— **Auto TS (Sala 1.^a) de 25 de julio de 1989.** —Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. —Protección de menores. —Aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. —Legitimación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. —Incompetencia de la Sala 1.^a del TS. —Exequátur: no. *Preceptos aplicados*: art. 30 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980; art. 300 LEC; art. 277 LOPJ. Fuente: *REDI*, vol. XLIII (1991, 1; pág. 206).

— **Auto TS (Sala 1.^a) de 20 de noviembre de 1989.** —Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. —Protección de menores. —Aplicación del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980. —Legitimación de la Secretaría Técnica del Ministerio de Justicia. —Incompetencia de la Sala 1.^a del TS. —Exequátur: no. *Preceptos aplicados*: arts. 7 y 8 del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980; art. 300 LEC; art. 277 LOPJ. Fuente: *REDI*, vol. XLIII (1991, 1; pág. 207).

— **Auto del TS (Sala 1.^a) de 14 de diciembre de 1989.** —Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. —Protección de menores. —Aplicación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. —Legitimación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. —Incompetencia de la Sala 1.^a del TS. —Exequátur: no. *Preceptos aplicados*: art. 30 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980; art. 300 LEC; art. 277 LOPJ. Fuente: *REDI*, vol. XLIII (1991, 1; pág. 208).

— **Auto del TS (Sala 1.^a) de 26 de enero de 1990.** —Diligencias judiciales a practicar en el extranjero. —No necesidad de exequátur. —Intervención de las Autoridades Centrales. *Preceptos aplicados*: Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Fuente: *REDI*, vol. XLV (1993, 1; pág. 236).

— **Auto del TS (Sala 1.^a) de 26 de enero de 1990.** —Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. —Aplicación del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980. —Legitimación de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. —Incompetencia de la Sala 1.^a TS. —Exequátur: no. *Preceptos aplicados:* Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980; art. 300 LEC; art. 277 LOPJ. Fuente: *REDI*, vol. XLIV (1992, 1; pág. 197).

— **Sentencia Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección 3.^a), de 19 de marzo de 1990.** —Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. —Sentencia dictada por Tribunal belga. —Convenio europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como el restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo, el 20 de mayo de 1980. —Exequátur: no. —Competencia de los tribunales españoles. —Interés del menor. *Preceptos aplicados:* arts. 9 y 24 CE; arts. 8, 9, 10.1.a) y d) del Convenio de Luxemburgo; art. 22 LOPJ; arts. 107 y 160 c); arts. 951 y 958 LEC. Nota de A. BORRÁS en *REDI*, vol. XLIII (1991, 2; pág. 505).

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.^a) de 24 de enero de 1991.** —Restitución de menores. —Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. —Custodia atribuida a la madre, residente en Francia, por un tribunal francés. —Restitución: no. —Interés del menor. *Preceptos aplicados:* arts. 10 y 39.2 y 4 CE; arts. 3.1, 12 y 18.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989; arts. 1.a), 3.a), 5.a) y 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980; arts. 90, 92, 103, 154 y 159 CC; art. 896 LEC. Nota de D.P. FERNÁNDEZ ARROYO en *REDI*, vol. XLIV (1992, 1; pág. 220).

— **Auto del TS (Sala 1.^a) de 19 de febrero de 1991.** —Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. —Protección de menores. —Sentencia dictada en Francia. —Irretroactividad de la normativa multilateral. —Inaplicación del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961. —Aplicación del Convenio hispano-francés de 1969. —Exequátur: sí. *Preceptos aplicados:* Convenio hispano-francés, de 28 de marzo de 1969; arts. 951 ss. LEC; art. 22.3 LOPJ. Fuente: *REDI*, vol. XLIII (1991, 2; pág. 510).

— **Sentencia del TS (Sala 1.^a) de 21 de junio de 1991. Tutela.** —Ley aplicable. —Naturaleza y requisitos de fondo de conformidad con la ley nacional (extranjera) del necesitado de protección (menor holandesa de 6 años). —Formalidades de constitución de acuerdo con la ley española. —Existencia de sentencia de divorcio extranjera, con pronunciamiento sobre la tutela, pendiente de exequátur. —Inadecuación de procedimiento: calificación procesal de la DA de la Ley 13/1983 (pertinencia de la jurisdicción voluntaria). —Aplicación al caso. —Legitimación pasiva: tutora testamentaria designada por los Tribunales holandeses (¿reconocimiento?) —Defensor judicial: se identifica con la persona de la tutora testamentaria: concurrencia de ley española y holandesa.

—Entrada en vigor del Convenio sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961: aplicabilidad (no suscitada). Nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ en *REDI*, vol. XLIV (1992, 1; pág. 215).

— **Auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real de 5 de marzo de 1992.** —Sustracción internacional de menores. —Restablecimiento de los derechos de custodia. —Resolución dictada por un Tribunal belga. —Reconocimiento y ejecución en España. —Convenio de Luxemburgo de 1980. —Interés de la menor. —Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. *Preceptos aplicados*: Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980; Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, arts. 12, 13 y 20. Fuente: *REDI*, vol. XLV (1993, 1; pág. 237).

— **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 11.^a) de 14 de julio de 1992.** —Restitución de menores. —Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. —Recurso de queja contra la inadmisión a trámite de una apelación contra una providencia dictada en diligencias de exhorto. —Legitimación de la Autoridad Central para interponer el recurso de apelación. —Admisión de la queja: sí. *Preceptos aplicados*: art. 7 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Fuente: *REDI*, vol. XLVI (1994, 1; pág. 336).

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 21 de julio de 1992.** —Restitución de menores. —Momento de la iniciación del procedimiento. —Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. —Interés del menor. —Procedencia de la restitución. *Preceptos aplicados*: arts. 2, 3, 4, 12, 13 y 26 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Fuente: *REDI*, vol. XLV (1993, 1; pág. 242).

— **Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Estepona de 31 de julio de 1992.** —Sustracción internacional de menores. —Restitución. Demanda interpuesta por la Autoridad Central británica. —Cumplimiento de las condiciones. —Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. —Cuestiones ajenas a la finalidad del Convenio. *Preceptos aplicados*: arts. 1.a), 2, 3, 4, 6, y 7 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Fuente: *REDI*, vol. XLV (1993, 1; pág. 240).

— **Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.^a) de 6 de octubre de 1992.** —Restitución de menores. —Solicitud de la Autoridad Central sueca. —Improcedencia de la restitución. —Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. —Interés de la menor. *Preceptos aplicados*: art. 3 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Fuente: *REDI*, vol. XLV (1993, 1; pág. 244).

— **Auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Estepona de 18 de noviembre de 1992.** —Restitución de menores. —Convenio sobre los

aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. —Demanda interpuesta por la Autoridad Central británica. —Cumplimiento de las condiciones. —Interés del menor (único criterio para rechazar el retorno solicitado): retorno inmediato al lugar de su residencia habitual. —Intervención no preceptiva del Ministerio Fiscal —Orden público: no. —Restitución: sí. *Preceptos aplicados*: arts. 238.3 y 277 LOPJ; arts. 6.1, 9.1, 10.2, 24.2 y 39 CE; arts. 10, 13, 19 y 20 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Fuente: *REDI*, vol. XLVI (1994, 1; pág. 337).

— **Auto de la Audiencia Provincial de Málaga de 4 de octubre de 1993.** —Derecho de visita. —Ejercicio exclusivo en Canadá. —Falta de limitación en el convenio regulador. —Inexistencia de riesgo de retención de la menor por la vigencia en ambos Estados del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. *Preceptos aplicados*: art. 90 CC; Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Fuente: *REDI*, vol. XLVI (1994, 1; pág. 339).

— **Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 8.ª) de 16 de octubre de 1993.** —Restitución de menores. —Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. —Menor con residencia habitual en Francia retenida en España por su padre con ocasión del ejercicio del derecho de visita. —Oposición de la menor al retorno no tenida en cuenta por la influencia ejercida por la familia paterna demostrada en el dictamen psicológico. —Inexistencia de peligro psíquico para la menor. —Restitución: sí. *Preceptos aplicados*: arts. 1.º, 3.º, 12 y 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Fuente: *REDI*, vol. XLVI (1994, 1; pág. 340).

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 27 de octubre de 1993.** —Restitución de menores. —Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980. —Resolución ordenando el retorno. —Procedimiento sobre separación matrimonial. —Resolución sobre la guarda de los hijos contradictoria *de facto* con el retorno. —Fraude a la ley. —Tutela judicial efectiva. *Preceptos aplicados*: arts. 3.º, 16 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980; art. 2.º del Tratado hispano-suizo sobre ejecución de sentencias en materia civil y comercial, de 10 de noviembre de 1896; arts. 1.7, 6.4, 91 y ss., 102, 103 y 107 y 158 CC; Disposición Adicional Primera de la Ley 30/1981, de 7 de julio; art. 22 LOPJ. Nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ en *REDI*, vol. XLVI (1994, 1; pág. 341).

— **Auto de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.ª) de 9 de diciembre de 1993.** —Restitución de menores. —Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. —Oposición de la menor a la restitución. —Madurez suficiente. —Restitución: no. *Preceptos aplicados*: art. 13 del Convenio de La Haya de

25 de octubre de 1980; art. 340 LEC; art. 92 CC. Fuente: *REDI*, vol. XLVI (1994, 1; pág. 345).

— **Auto de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 3.^a) de 24 de enero de 1994.** —Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. —Protección de menores. —Decisión alemana sobre concesión de custodia. —Inaplicación del Convenio hispano-alemán de 14 de noviembre de 1983. —Aplicación del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980. —Competencia del Juez de Primera Instancia. *Preceptos aplicados*: arts. 9.2 y 10.2 Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980; Convenio internacional de la Haya de 25 de octubre de 1980. Nota de M. MOYA ESCUDERO en *REDI*, vol. XLVI (1994, 1; pág. 326).

— **Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2.^a) de 28 de marzo de 1994.** —Sustracción internacional de menores. —Concepto de traslado ilícito. —Causa de no retorno: grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico. *Preceptos aplicados*: arts. 3.a) y 13.b) del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. Nota de C. GONZÁLEZ BEILFUSS en *REDI*, vol. XLVII (1995, 1; pág. 229).

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 2.^a) de 24 de diciembre de 1994.** —Sustracción internacional de menores. —Convenio sobre los aspectos civiles de sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. —Traslado ilícito a España. —No restitución: interés del menor. *Preceptos aplicados*: art. 39 CE; art. 13, párrafo 2.º, del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980; art. 10.1.b) del Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980; arts. 94, 154, 158, 159, 160 y 170 CC; art. 1828 LEC. Nota de P. Pilar JIMÉNEZ BLANCO en *REDI*, vol. XLVIII (1996, 2; pág. 287).

— **Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 3.^a) de 17 de mayo de 1995.** —Sustracción internacional de menores. —Retención ilícita. —Causa de no retorno: oposición de los menores. *Preceptos aplicados*: arts. 3.a) y 13 párrafo 2 del Convenio de La Haya sobre los aspectos de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980. Fuente: *REDI*, vol. XLVIII (1996, 2; pág. 291).

— **Auto del TS (Sala 1.^a) de 31 de julio de 1995. Recurso de casación.** —Resoluciones contra las que procede. —Improcedencia. —Auto dictado en ejecución de sentencia. —Procedimiento no susceptible de casación. —Resolución recurrida: auto resolviendo recurso de apelación interpuesto contra la desestimación del recaído en reposición interpuesto contra el dictado en Expediente de Cooperación Jurídica Internacional del Convenio de La Haya de 25 de

octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (art. 21). —Inadmisión del recurso por no estar contemplada la resolución recurrida en ninguno de los apartados del art. 1687 de la LEC, sin que el citado Convenio de La Haya contenga previsión alguna sobre el régimen de recursos contra las decisiones adoptadas por las autoridades judiciales de los Estados signatarios. *Preceptos aplicados*: arts. 1687 y 1710.1, regla 2.ª LEC. Fuente: *RJ* 1995, 10005.

— **Auto de la Audiencia Provincial de Toledo (Sección 1.ª) de 20 de noviembre de 1995.** —Derecho de guarda y custodia. —Supuesto ajeno al Convenio de La Haya de 1980. —Problema de competencia. *Preceptos aplicados*: arts. 1, 3, 8, 18, 29 y 34 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Fuente: *REDI*, vol. XLIX (1997, 1; pág. 239).

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 31 de mayo de 1996.** —Protección de menores. —Salida del menor del territorio nacional. —Exigencia de autorización judicial específica. *Preceptos aplicados*: Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980. Fuente: *REDI*, vol. XLIX (1997, 1; pág. 244).

— **Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 31 de mayo de 1996.** —Sustracción internacional de menores. —Ámbito de aplicación del artículo 3.b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980. Delimitación geográfica del ejercicio del derecho de custodia. —Interpretación restrictiva de las causas de denegación. —Incompetencia de los órganos jurisdiccionales del Estado requerido para conocer de la cuestión de fondo. *Preceptos aplicados*: arts. 3.b), 13.b) y 19 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Nota de M. MOYA ESCUDERO, en *REDI*, vol. XLIX (1997, 2; p. 244).

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 7 de octubre de 1996.** —Restitución de menores. —Menor requerido por Tribunal inglés. —Procedencia. —Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980. *Preceptos aplicados*: Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980. Nota de M.L. TRINIDAD GARCÍA en *REDI*, vol. XLIX (1997, 1; pág. 244).

— **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de diciembre de 1996.** —Traslado internacional de menores. Patria potestad. —Guarda y custodia. —Excepciones al retorno: defectuoso ejercicio de la guarda y custodia. *Preceptos aplicados*: arts. 3, 5, 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fuente: *RGD*, vol. 636 (1997, p. 11559).

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 5.ª) de 9 de enero de 1997.** —Competencia territorial: del Juez de población con audiencia

en pleitos civiles contra el Estado, Comunidades Autónomas o Entes Públicos dependientes del mismo: procedencia. —Pretensión deducida por el Abogado del Estado en nombre de la Autoridad estatal sobre medidas de retorno de menores en supuestos de sustracción internacional: aplicación del fuero privilegiado del art. 71 LEC. *Preceptos aplicados*: art. 71 LEC. Fuente: *Aranzadi*, marginal AC 1997/352.

— **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.^a) de 21 de abril de 1997.** — Sustracción internacional de menores. —Denegación del retorno. —Concepto de custodia. —No ejercicio del derecho de custodia. —Grave riesgo de peligro físico o psíquico. —Contrariedad con los principios fundamentales en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. *Preceptos aplicados*: Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Nota de C. GONZÁLEZ BEILFUSS en *REDI*, vol. L (1998, 2; p. 230).

— **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.^a) de 17 de junio de 1997.** —Matrimonio. Divorcio. —Régimen de visitas: restricción. —Régimen jurídico otorgado por el Derecho internacional. —Procedencia de circunstancias excepcionales. —Matrimonio de nacionalidad extranjera. —Fundadas sospechas de que el padre no custodio pueda sacar a las hijas del territorio español. — Transcurso de un largo período sin que las menores hayan tenido relación con su progenitor. *Preceptos aplicados*: art. 94 CC. Fuente: *Aranzadi*, marginal AC 1997/1388.

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.^a) de 24 de junio de 1997.** Sustracción internacional de menores. —Restitución de menor. —Improcedencia. —Inexistencia de traslado ilícito. —Menor perfectamente integrado en su entorno familiar y escolar. *Preceptos aplicados*: arts. 3, 12 y 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fuente: *Revista de Derecho de Familia*, núm. 1, octubre de 1998, p. 188.

— **Auto de la Audiencia Provincial de Palencia de 1 de julio de 1997.** Sustracción internacional de menores. — Denegación de la petición de restitución de los menores al domicilio familiar. —Aplicación del art. 13.b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. *Preceptos aplicados*: arts. 3.a) y 13.b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fuente: *Aranzadi*, marginal AC 1997/1583.

— **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.^a) de 4 de julio de 1997.** —Traslado ilícito de menores. —Procedencia. —Falta de integración en su nuevo medio de forma beneficiosa para ellos. —Reintegro a su padre en su país de origen. *Preceptos aplicados*: art. 12 del Convenio de La

Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fuente: Aranzadi, marginal AC 1997/2603.

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 1.^a) de 4 de noviembre de 1997.** Sustracción internacional de menores. —Traslado ilícito. —Solicitud de reintegración de dos menores de nacionalidad polaca a su país de origen. —Procedencia. —Interés del menor. —Ausencia de demostración de la circunstancia de que los menores hayan quedado integrados en su nuevo medio de forma beneficiosa para ellos. *Preceptos aplicados*: art. 12 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fuente: *Revista de Derecho de Familia*, núm. 1, octubre de 1998, p. 190.

— **Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.^a) de 16 de junio de 1998.** —Sustracción internacional de menores. Auto acordando la restitución del menor. —Ejecución. —Improcedencia. —Transcurso de más de tres años desde que se dictó hasta la localización de la menor. —Integración de la menor en un ambiente adecuado para su desarrollo evolutivo. *Preceptos aplicados*: arts. 12, 13 y 21 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fuente: *Revista de Derecho de Familia*, núm. 3, abril de 1999, p. 216.

— **Sentencia del TS (Sala 1.^a) de 22 de junio de 1998.** —Sustracción de menores. — Interpretación del art. 16 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. —Finalidad. —Resolución estimatoria del retorno de los menores: incompatibilidad con otra resolución del mismo órgano jurisdiccional sobre la guarda de los hijos. —Inejecución de auto firme: supuesto de vulneración de la tutela judicial efectiva. —Fraude de ley. Nota de H. AGUILAR GRIEDER en *REDI*, vol. L (1998, 2; pág. 234).

— **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de noviembre de 1998.** Sustracción internacional de menores. —Retención ilícita. —Patria potestad. Efectos personales. Custodia y potestad del menor compartidas. *Preceptos aplicados*: art. 3 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fuente: *RGD*, vol. 658-9, 1999, p. 10110.

— **Auto de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.^a) de 30 de noviembre de 1998.** —Sustracción internacional de menores. —Restitución de la menor a su madre. —Improcedencia. —Riesgo para la salud psicológica y desarrollo integral del menor. —Vulneración de principios constitucionales. *Preceptos aplicados*: art. 9 CC; Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. —Art. 24 CE. Nota de I. DE LOS RISCOS ANGULO en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 3, abril de 1999, p. 265.

— **Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 4 de diciembre de 1998.** — Jurisdicción voluntaria. — Medidas provisionales en relación con las personas. — Retorno de menores en supuestos de sustracción internacional. — Aplicación del Convenio de La Haya. — Procedimiento: auto acordando la restitución del menor al país de origen antes del pronunciamiento del Tribunal *ad quem*. — Recurso de apelación. — Imposibilidad de realizar un pronunciamiento de fondo. *Preceptos aplicados*: arts. 381, 1902 y 1908 LEC y arts. 1, 3 y 11 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fuente: *Aranzadi*, marginal AC 1998/2474.

— **Auto del TS (Civil) de 22 de diciembre de 1998.** — Sentencia extranjera. — Exequátur de sentencia sobre guarda y custodia de menor de edad dictada en Francia. — Improcedencia. — Idéntico pleito iniciado en España con anterioridad a la demanda motivadora de la sentencia cuyo exequátur se solicita. *Preceptos aplicados*: Convenio hispano-francés de 28 de mayo de 1969 sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas en materia civil o mercantil; Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fuente: *RJ* 1998, 10803.

— **Auto de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5.ª) de 10 de febrero de 1999.** Sentencia extranjera. — Ejecución. — Procedencia. — Ejecución de acuerdo con un convenio internacional suscrito por ambos países y convertido en derecho interno español. — Sentencia sobre restitución de menor: falta de demostración de peligro alguno para el niño de volver con su padre. — Menor con nacionalidad y pasaporte estadounidense con apellido paterno y domiciliado en California sin que la madre tenga otra relación con España que la residencia. *Preceptos aplicados*: arts. 3 y 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; art. 277 LOPJ. Fuente: *Aranzadi*, marginal AC 1999/4439.

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.ª) de 3 de mayo de 1999.** — Menores. — Sustracción internacional de menores. — Pretensión de devolución del menor al domicilio familiar del que fue trasladado. — Improcedencia. — Planteamiento en un incidente de oposición a medidas. — Exigencia de intervención de las Autoridades Centrales constituidas sobre las previsiones del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre el presupuesto de la existencia de una resolución judicial previa del estado de origen en la que se determine la custodia, así como de la interposición de una solicitud expresa de la parte demandante o del organismo gubernamental correspondiente ante el Juzgado en cuyo territorio se encuentre el menor. *Preceptos aplicados*: arts. 1884 y 1892 LEC; Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fuente: *Aranzadi*, marginal AC 1999/983.

— **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12.ª) de 12 de noviembre de 1999.** —Matrimonio. —Derecho internacional privado. —Legislación aplicable. —Divorcio. —Nacionalidad británica de ambos cónyuges con residencia en España y solicitado ante los tribunales españoles. —Juicio seguido por el cauce de la ley procesal española pero bajo el Derecho sustantivo inglés. *Preceptos aplicados:* art. 5 LEC; arts. 12.1, 12.6 y 107 CC; Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; DA 1.ª y DA 3.ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio; Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. Fuente: *Aranzadi*, marginal AC 1999/2350.

— **Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2.ª) de 30 de noviembre de 1999.** —Menores. —Sustracción internacional de menores. —Denegación de restitución de menores sustraídas internacionalmente: menores llevadas por la madre a Zaragoza desde Carolina del Sur pese a prohibirlo las autoridades de dicho Estado. — Demanda instada por el Abogado del Estado en ejercicio de acción de solicitud de colaboración interesada por la Autoridad Central de los Estados Unidos de América. —Transcurso del plazo de un año desde el traslado ilícito. —Menores integradas en su actual medio. *Preceptos aplicados:* arts. 3 y 12 párrafo 2.º del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Fuente: *Aranzadi*, marginal AC 1999/2018.

IX. SELECCIÓN DE DOCTRINA

Comentábamos al inicio de este trabajo la larga lista de estudios de la doctrina española y extranjera relacionados con la protección del menor en las relaciones transfronterizas. En este apartado hemos optado por hacer una relación de aportaciones españolas en las que el lector puede encontrar cumplida información de los autores extranjeros que han tratado así como la fuente de publicación.

MONOGRAFÍAS

AA.VV., *El derecho de visita de los menores. Teoría y praxis*, Pamplona, 1982.

AA.VV., *La sustracción internacional de los menores (Aspectos civiles). II Jornadas de Derecho internacional privado*, Toledo, 1991.

ASÍN CABRERA, M.A., *La protección y adopción de menores extranjeros en la C.A.C.*, Dirección General de Protección del Menor y la Familia, Gobierno de Canarias, 1999.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA, *Problemas candentes en los procesos de familia*, Madrid, 1995.

CORTÉS BECHIARELLI, E., *Aspectos de los delitos contra la filiación y nueva regulación del delito de sustracción de menores*, Madrid, 1996.

DE MIGUEL ASENSIO, P., *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria en España*, Madrid, 1997.

DYER, A., *Traslado de los padres guardianes y de sus hijos dentro de la UE y problemas del derecho de visita*, Infancia y Sociedad, 1995.

ELSTER, J., *Juicios salomónicos. Las limitaciones de la racionalidad como principio de decisión*, Barcelona, 1989.

ESPINAR VICENTE, J.M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, 1996.

ESTEBAN DE LA ROSA, G., *El acogimiento internacional de menores: Régimen jurídico*, Granada, 2000.

HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *La Situación Jurídica del Menor en el Marco de la Leyes de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1998.

MIRALLES SANGRO, P.P., *El secuestro internacional de menores y su incidencia en España*, Madrid, 1989.

MOYA ESCUDERO, M., *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, 1998.

PICONTÓ NOVALES, T., *La Protección de la Infancia (Aspectos sociales y jurídicos)*, Zaragoza, 1996.

RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El derecho de visita*, Barcelona, 1997.

VARGAS GOEZURRUTIA, M., *La protección internacional de los derechos del niño*, Secretaría Cultural del Gobierno de Jalisco, México, 1999.

ARTÍCULOS Y CAPÍTULOS DE LIBRO

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., “La familia en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado”, *REDI*, 1993, 1, pp. 7 ss.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Secuestro internacional de menores (*legal Kidnapping*) y cooperación internacional: la posición española ante el problema”, *PJ*, 2.^a época, núm. 4, diciembre de 1986, pp. 9 ss.

— “Cláusulas de compatibilidad en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado”, *REDI*, 1993, 1, pp. 39 ss.

— “El Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el Tribunal Supremo”, *La Ley*, núm. 4685, de 3 de diciembre de 1998, pp. 1 ss.

ARENAS GARCÍA, R., “Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la ley”, *RJC*, núm. 3, 1998, p. 349.

ASÍN CABRERA, M.A., “La imagen del menor en el Derecho de familia islámico: problemas culturales de identidad e integración en Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo”, *Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el Mundo Mediterráneo, XVII Jornadas de la asociación española de profesores de Derecho Internacional y Relaciones internacionales*, Palma de Mallorca, 1997, pp. 155 ss.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “El papel de la *autoridad central*: Los Convenios de La Haya y España”, *REDI*, 1993, 1, pp. 63 ss.

— “El *interés del menor* como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, Discurso de ingreso de la Académica de número Dra. Alegría Borrás, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Catalunya, Barcelona, 25 de noviembre de 1993.

— “Cuatro elementos estructurales de los Convenios de la Conferencia de La Haya, con especial referencia a los Convenios ratificados por España”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1993, pp. 19 ss.

— “Problemas de Derecho internacional privado suscitados por la nueva ley del menor”, en *Problemas actuales de aplicación del Derecho Internacional privado por los jueces españoles, Cuadernos de derecho judicial 1997-I*, pp. 161 ss.

— “La protección internacional de los derechos del niño. Una visión privada”, *L’information (Institut de Drets humans de Catalunya)* 1997, p. 30.

CAFFARENA LAPORTA, J., “Comentario al art. 40 CC”, en M. ALBALADEJO/S. DÍAZ ALABART, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo II, Madrid, 1991, pp. 251 ss.

CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Problemas del secuestro internacional de menores”, *Actualidad Civil*, Doctrina, 1998, 2, XXI, marginal 481 ss.

— “Secuestro internacional de menores”, en *Derecho Internacional privado*, Vol. II, Granada, 2000, pp. 159 ss.

CARBAJO GONZÁLEZ, J., “El derecho de relación con parientes y allegados del artículo 160 del Código Civil, *La Ley*, núm. 5066, de 1 de junio de 2000, pp. 1 ss.

CASTRO-RIAL CANOSA, J.M., “El Convenio de La Haya sobre protección de menores”, *REDI*, 1961, vol. XIV, pp. 11 ss.

DÍEZ-PICAZO, L., “El principio de protección integral de los hijos”, en *La tutela de los derechos del menor, 1.º Congreso nacional de Derecho civil*, Córdoba, pp. 127 ss.

ESPINAR VICENTE, J.M., “Comentario a la sentencia 604/1998 de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. Recurso en interés de ley. Sustracción internacional de menores. Interpretación del art. 16 del Convenio de La Haya de 1980”, *Actualidad Civil*, Doctrina, 1999, 1, III, marginal 31 ss.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “La cooperación judicial en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado”, *REDI*, 1993, 1, pp. 81 ss.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., “Sustracción internacional de menores”, en *Derecho Internacional privado*, primera edición, Madrid, 1999, pp. 418 ss.

GRIEDER MACHADO, H., “El secuestro internacional de los menores”, en AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid, 1996, pp. 78 ss.

GULLÓN BALLESTEROS, A., “Sobre la Ley 1/1996 de protección jurídica del menor”, *La Ley*, núm. 3970, 8 de febrero de 1996, pp. 1 ss.

HERRANZ BALLESTEROS, M., “Los desplazamientos ilícitos internacionales de menores. El caso Walid CH.: El recurso excepcional a los aspectos penales”, *La Ley*, núm. 4965, de 7 de enero de 2000, pp. 1 ss.

LASARTE ÁLVAREZ, C., “La Convención de la Conferencia de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños”, *BIMJ*, 5 de febrero de 1983, pp. 4 ss.

LETE DEL RÍO, J.M., “Derecho de visita de los abuelos (Comentario a la sentencia de la AP de Barcelona de 30 de septiembre de 1991)”, *PJ*, marzo, 1992, pp. 147 ss.

MARÍN LÓPEZ, A., “El Convenio europeo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones sobre custodia de menores”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. VII, 1983-84, pp. 211 ss.

MIRALLES SANGRO, P.P., “Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de menores de 25 de octubre de 1980”, *La Ley*, año VIII, núm. 1620, 7 de enero de 1987, pp. 12 ss.

— “La CIDIP-V (México, 1994): Una nueva contribución al Derecho Internacional privado”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 5, 1993/1994, p. 80.

MOYA ESCUDERO, M., “Sustracción internacional de menores y derecho de relación transfronterizo”, *La Ley*, núm. 4459, de 16 de enero de 1998, pp. 1 ss.

PEÑA YÁÑEZ, M.A., “Reflexiones para una buena separación o divorcio”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 3, abril 1999, p. 273.

PÉREZ VERA, E., “El menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado”, *REDI*, 1993, 1, pp. 101 ss.

PÉREZ VERA *et al.*, “La protección de los derechos de guarda y visita”, *Derecho Internacional privado, Vol. II*, UNED, Madrid, 1998, pp. 205 ss.

RODRÍGUEZ MATEOS, P., “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del niño”, *REDI*, 1992, 2, pp. 465 ss.

RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Sustracción internacional de menores: una tarea para el legislador”, *La Ley*, núm. 4986, de 7 de febrero de 2000, pp. 1 ss.

SABATER BOYLE, E., “La nueva Ley de Protección Jurídica del Menor”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 11 de abril de 1996, pp. 1 ss.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., “Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión”, *Actualidad Civil*, Doctrina, 1999, 1, XVIII, marginal 303 ss.

TRINIDAD GARCÍA, M.L., “Un caso de retención ilícita de menores por parte del padre nacional español. Virtualidad del Convenio de La Haya de 1980 para restablecer el ejercicio de los derechos de custodia y visita”, *La Ley*, 1 de junio de 1994, pp. 1 ss.

VARELA GARCÍA, C., “Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto”, *Actualidad Civil*, Doctrina, 1997, 1, XII, marginal 260 ss.

CRÓNICAS

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Nuevas Medidas relativas al retorno de menores en supuestos de sustracción internacional”, en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, *REDI*, 1996, 1, pp. 504 ss.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Comisión especial de octubre de 1989 sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *REDI*, 1990, 1, pp. 289 ss.

— “El control de la aplicación del Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores”, *REDI*, 1992, 2, pp. 718 ss.

— “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: Comisión especial sobre la aplicación del Convenio de 1980 sobre sustracción internacional de menores (La Haya, 18-21 de enero de 1993)”, *REDI*, 1993, 2, pp. 645 ss.

— “Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado: segunda comisión especial para la revisión del Convenio de La Haya de 1961 sobre protección de menores (La Haya 6-17 de febrero de 1995)”, *REDI*, 1995, 1, pp. 314 ss.

— “Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado: tercera reunión de la comisión especial sobre la protección de los menores y de los incapaces mayores (La Haya, 11-22 de septiembre de 1995)”, *REDI*, 1995, 2, pp. 493 ss.

— “Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado: tercera reunión de la comisión especial sobre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores (17-21 de marzo de 1997)”, *REDI*, 1997, 1, pp. 348 ss.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A. y PÉREZ VERA, E., “Conferencia de La Haya de Derecho Internacional privado: 1.ª Comisión especial para la modificación del Convenio sobre protección de menores (26 de mayo a 3 de junio de 1994)”; *REDI*, 1994, núm. 2, p. 913.

CAMPUZANO DÍAZ, B., “La nueva ley andaluza de protección del menor”, *REDI*, 1998, 2, pp. 304 ss.

FORNER DELAYGUA, J.J., “Protección de menores: modificación de la legislación catalana”, *REDI*, 1995, 2, pp. 480 ss.

GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La aplicación del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores en la República Argentina: a propósito de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 14 de junio de 1995”, *REDI*, 1995, 2, pp. 525 ss.

LABRADOR ENCINAS, J., “Jornadas sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (Toledo 26 y 27 de enero de 1990)”, *REDI*, 1990, 1, pp. 329 ss.

MARÍN LÓPEZ, A., “Los conflictos de leyes en materia de tutela”, *REDI*, 1960, p. 413.

RODRÍGUEZ MATEOS, P., “Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño”, *REDI*, 1991, 1, pp. 269 ss.

DERECHO COMPARADO

EL DIVORCIO EN BÉLGICA

ANTONIO APARICIO HACKETT

Abogado

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
 - II. DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.
 - III. EFECTOS DEL DIVORCIO.
 - IV. CONCLUSIONES.
-

I. INTRODUCCIÓN

La regulación sustantiva del divorcio se encuentra en los arts. 229-311 del Código Civil. Las normas de procedimiento, en el *Code Judiciaire*, que en lo que atañe a esta materia ha sido reformado por Ley de 30 de junio de 1994.

La regulación guarda estrecho paralelismo con Francia. Al igual que en este último país, se distinguen en Bélgica tres tipos de divorcio:

- Divorcio por **mutuo consentimiento**.
- Divorcio por ruptura de la vida en común (**separación de hecho de más de cinco años**).

— Divorcio **por causa determinada**, que es la denominación que aquí se le da al divorcio culpable.

Los trataremos por separado.

II. DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO

El consentimiento mutuo y perseverante de los cónyuges, expresado de la forma y con las condiciones prescritas en las leyes, después de las pruebas que las mismas exijan, será prueba suficiente de que la convivencia es insostenible y de que existe, por tanto, causa perentoria de divorcio.

Para que prospere esta causa de divorcio ambos esposos tienen que tener por lo menos veinte años cumplidos y llevar más de dos años de matrimonio.

La demanda se interpone ante el Juzgado de Primera Instancia (en Bélgica no existen Juzgados de Familia) firmada por los esposos o bien por su o sus Abogados. En ella se ha de hacer constar los nombres, la dirección y las profesiones de los esposos, sus fechas de nacimiento, la razón de la petición y cualquier otra circunstancia que deba conocer el juez. Se acompañarán los certificados de nacimiento de los esposos y de sus hijos (los de defunción de los hijos fallecidos) y el certificado de matrimonio, y se unirá el convenio regulador ordenando lo relativo a la residencia futura de los esposos y de los hijos, a los alimentos a estos últimos, a la actualización de la pensión y a las visitas necesarias para velar por los hijos. Con carácter facultativo, el convenio puede incluir también un inventario de bienes de los cónyuges.

Admitida la demanda, se da traslado de ella al Fiscal. (También se envía una copia al Departamento de Asuntos Sociales y otra al organismo protector de menores.)

Convocadas las partes a una comparecencia, ratifican a presencia judicial la solicitud de divorcio y los términos del convenio regulador.

A diferencia de lo que ocurre en España, esta comparecencia hay que repetirla, pasados tres meses, para ratificar la petición de divorcio.

Dictada sentencia de divorcio, se inscribe en el Registro.

1. Divorcio tras una separación de más de cinco años

Cualquiera de los esposos puede pedir el divorcio tras una separación de hecho de más de cinco años, si de dicha situación se desprende que la ruptura es irremediable “y que la admisión del divorcio sobre esta base no agrava de manera notable la situación material de los hijos menores nacidos del matrimonio o adoptados por éste”.

La separación de hecho de más de cinco años no es, por tanto, causa automática de divorcio, sino causa a ponderar con las circunstancias de cada caso.

El procedimiento es el mismo que el del divorcio culpable (divorcio fundado en hechos específicos). En general, cónyuge culpable se considera aquí al que pide el divorcio, salvo que el cónyuge demandante pruebe que la separación de hecho fue debida a falta o culpa del otro cónyuge. Por excepción, si la causa de la separación de hecho fue la demencia o el estado de grave desequilibrio mental de uno de los cónyuges, ninguno será cónyuge culpable a los efectos que luego se dirán. También en estos casos de enfermedad mental se aplican los elementos ponderativos antes señalados: la enfermedad tiene que ser tal que haga imposible la convivencia y el divorcio no ha de perjudicar notablemente los intereses materiales de los hijos menores.

2. Divorcio por causas determinadas

Las causas determinadas que menciona el Código belga son dos:

- **Adulterio.**
- **Abusos, sevicias o injurias graves de uno hacia el otro.**

El procedimiento de divorcio principia con la demanda, en la que se harán constar los datos y se acompañarán los certificados que ya conocemos, y un certificado de nacionalidad de los dos cónyuges. Esto último es necesario para comprobar la jurisdicción del tribunal belga, la cual se extiende a los siguientes casos:

- Divorcio pedido por un nacional o un extranjero contra un belga, aunque resida fuera.
- Divorcio de extranjeros domiciliados o residentes en Bélgica.

En este último caso, la ley material aplicable, que es la ley personal de los esposos, ha de permitir el divorcio. Si tienen distintas nacionalidades, y la ley nacional del demandante permite el divorcio por la misma causa específica invocada en la demanda, se aplicará la ley belga. Y lo mismo se hará si uno de los esposos es belga.

Admitida a trámite la demanda, los esposos son citados a una comparecencia, y si asisten a ella los dos, el juez, a petición de parte, puede hacer intentos de reconciliación. Si el demandado no comparece, se sigue el juicio en rebeldía, pero eso no exime al actor de tener que probar el fundamento alegado para el divorcio.

Recibido el juicio a prueba y practicada la misma, se convoca a las partes a una segunda comparecencia para ser oídas y dictar sentencia⁽¹⁾, que será apelable en el plazo de un mes ante el Tribunal de Apelación. Contra la sentencia de este último puede recurrirse al Tribunal Supremo. El resultado de este largo itinerario es que la obtención de un divorcio contencioso puede tardar en Bélgica ocho o diez años.

III. EFECTOS DEL DIVORCIO

Distinguiremos los efectos patrimoniales y los personales.

1. Efectos patrimoniales

— El cónyuge contra el que haya sido decretado el divorcio (el cónyuge “culpable”, para entendernos), pierde todos los beneficios que el otro le hubiese hecho por capitulaciones patrimoniales o después de contraído el matrimonio. El cónyuge “inocente”⁽²⁾ conservará todos los beneficios (incluso los *mortis causa*) que el otro le tenga concedidos, aunque los hubiesen pactado a condición de reciprocidad y tal reciprocidad se pierda.

— En segundo lugar, el cónyuge divorciado (y también el separado) **pierde los derechos sucesorios en la herencia de su ex-cónyuge**. Dichos derechos son el usufructo de toda la herencia si concurre con hijos; el usufructo de los bienes privativos del premuerto y la plena propiedad de la parte que le corresponda en los bienes comunes, si los herederos no son hijos ni descendientes; la totalidad de la herencia en plena propiedad si el causante no dejó parientes con derecho a suceder.

— En tercer lugar, el tribunal puede fijarle al cónyuge “inocente” **una pensión** que le permita tener el mismo nivel de vida que tenía durante la convivencia. Esta pensión puede acordarse de pleno derecho que sea revisable cada doce meses, conforme a las fluctuaciones del índice de precios al consumo. Excepcionalmente, el tribunal puede, en ciertos casos, aplicar otro sistema de adaptación de la pensión al coste de la vida.

Si por circunstancias independientes de la voluntad del beneficiario la pensión llegara a ser notablemente insuficiente para mantener el nivel de vida pre-

(1) Con anterioridad a la reforma de 1994, el tribunal “autorizaba” el divorcio; ahora lo declara. El limitarse el tribunal a autorizar no estaba mal, pues en buena lógica lo mismo que son los esposos los que se casan (los que celebran el contrato matrimonial), deben ser también ellos los que tengan la potestad de divorciarse o resolver el contrato matrimonial, con validación o autorización del tribunal, que es el que debe compulsar que hay efectivamente causa legal de resolución.

(2) Recuérdese que esta terminología no es oficial.

vio, el tribunal podrá aumentarla. También podrá reducirla por algún cambio sensible en la situación del beneficiario o del deudor de la pensión, siempre que en este último caso el cambio obedezca a circunstancias independientes de su voluntad.

La cuantía de la pensión no puede sobrepasar, en ningún caso, la tercera parte de los ingresos del cónyuge deudor.

Por mutuo acuerdo de los cónyuges, homologado por el tribunal, aquéllos pueden sustituir la pensión por una entrega de capital. También puede acordar el tribunal la capitalización de la pensión a petición del deudor.

La pensión se extingue por muerte del deudor, pero el cónyuge acreedor puede pedir alimentos con cargo a la herencia durante el año siguiente al fallecimiento del causante.

En caso de divorcio por separación de hecho durante más de cinco años, debida a culpa o falta del otro el cónyuge inocente tiene derecho a una **pensión alimenticia** que no tiene el límite de la tercera parte de los ingresos. En cambio, la pensión se ajustará a las necesidades y recursos de las partes. Esta pensión alimenticia pasa a ser una carga de la herencia si el matrimonio no tiene hijos.

La misma pensión alimenticia puede fijarse, en beneficio de uno u otro cónyuge, cuando el divorcio se basa en una separación previa de hecho motivada por la enfermedad mental de uno de los cónyuges.

— Por último, el divorcio pone fin al régimen patrimonial del matrimonio. A menos que en capitulaciones matrimoniales otorgadas antes del matrimonio⁽³⁾ (*contrat du mariage*) se haya estipulado convencionalmente el **régimen de separación de bienes** o por el contrario el **régimen de comunidad de bienes**⁽⁴⁾, el matrimonio belga se entiende contraído bajo el **régimen legal**, que es en cierta forma intermedio, pues a tenor del mismo los cónyuges forman un patrimonio común, distinto del patrimonio privativo de cada uno, con sus ingre-

⁽³⁾ Durante el matrimonio puede modificarse el régimen, pero con muchas precauciones en evitación de fraudes: acuerdo de ambos cónyuges y en su caso de los demás otorgantes del contrato matrimonial; autorización judicial, que no se concederá si el tribunal aprecia perjuicio para la familia, los hijos o los derechos de tercero; publicación en el *Moniteur belge*; toma de razón de la modificación en la escritura que se modifica; *idem* en la oficina de estado civil donde conste el matrimonio (en la del primer distrito de Bruselas, si el matrimonio se contrajo en el extranjero); y acta notarial haciendo constar la liquidación del régimen anterior, otorgada no más tarde del año siguiente a la aparición del extracto de la homologación judicial en el Diario oficial (*Le Moniteur belge*).

⁽⁴⁾ En virtud de este sistema se hacen comunes los bienes de cualquiera de los esposos, tanto los adquiridos durante el matrimonio por cualquier título, como los que tuvieran antes de éste.

sos provenientes del trabajo o actividad profesional, con las rentas, frutos e intereses de los bienes privativos, y con los bienes donados o legados a los dos esposos conjuntamente, o a uno de ellos pero para el patrimonio común. Las deudas de que responde este patrimonio común son las contraídas por ambos esposos, las contraídas por uno de ellos para el sostenimiento de la casa, de los hijos o del patrimonio común, la deuda alimenticia que haya que pagar a un hijo o descendiente de uno sólo de los esposos, y los intereses de las deudas privativas⁽⁵⁾. A falta de prueba de que un bien o una deuda son privativas, se presume que son comunes.

Este régimen legal se disuelve por muerte, por adopción de otro régimen matrimonial, y también por separación o divorcio. En este último caso, los esposos han de hacer un inventario de los muebles y de las deudas comunes en plazo de tres meses desde la publicación de la decisión judicial de separación o divorcio. La liquidación del patrimonio común se rige por las mismas reglas que la de las herencias.

2. Efectos para los hijos

Como en otras legislaciones, en Bélgica se procura que los hijos queden lo menos afectados posible por el divorcio de los padres.

- La patria potestad sigue siendo conjunta, así como la administración de los bienes de los menores, salvo lo que resulte del convenio regulador o de las medidas acordadas por el Presidente del Tribunal de Primera Instancia sobre guarda y custodia⁽⁶⁾.
- La disolución del matrimonio por divorcio no privará a los hijos de ninguno de los derechos que la ley o las capitulaciones les concedan, los cuales se ejercerán en los mismos casos y forma que si no hubiera habido divorcio.
- Los hijos menores con suficiente discernimiento pueden accionar frente a sus padres en defensa de sus derechos y de su patrimonio.
- Las medidas provisionales para atender el mantenimiento de los hijos menores durante el proceso de divorcio se mantienen después mientras no se cambien.

⁽⁵⁾ No obstante, el acreedor de uno sólo de los esposos puede perseguir bienes comunes si demuestra, y en la medida en que lo demuestre, que ha habido un enriquecimiento injusto del patrimonio común a costa del patrimonio privativo de su deudor.

⁽⁶⁾ La llamada guarda y custodia compartida, o rotativa, no está bien vista. Nunca se acuerda contra la oposición de uno de los padres.

- Lo mismo, respecto a las medidas provisionales sobre guarda y custodia. La regla general es dejar a los hijos menores con la madre, por ser ésta normalmente la que garantiza más estabilidad en las futuras condiciones de vida del menor. De todas formas ha de tenerse en cuenta la disponibilidad y la capacidad de cada padre, el interés demostrado en el pasado por los hijos, las necesidades de éstos, etc. En caso de divorcio culpable la custodia la tiene en teoría el cónyuge inocente, salvo que el Tribunal de Menores decida lo contrario en interés de los hijos. Pero en la práctica la culpa del divorcio se considera irrelevante a efectos de custodia. Lo que prima es el interés y bienestar del menor.

IV. CONCLUSIONES

La regulación que acabamos de exponer ofrece pocas sorpresas para el lector español, pues el sistema es muy parecido al nuestro.

Cabe, sin embargo, destacar algunas peculiaridades y rasgos distintivos:

- (1) Las causas de separación son las mismas que las causas para divorciarse. Dictada sentencia de separación, la misma puede *convertirla* el tribunal en sentencia de divorcio, a petición de ambos cónyuges si la separación fue de mutuo acuerdo, o a petición de cualquiera de ellos si se trató de una separación por causa específica. No obstante, el desacuerdo de los cónyuges respecto a la conveniencia de convertir la separación en divorcio obliga al tribunal a valorar la situación.
- (2) La separación de cuerpos hace cesar la obligación alimenticia de los cónyuges, salvo la que subsiste a favor del cónyuge inocente.
- (3) La pensión *compensatoria* (llamémosle así) a favor de este último, es de corte francés y contrapuesta a la pensión compensatoria de tipo alemán cuya finalidad es compartir las pensiones. Tiene por tanto carácter alimenticio, como hemos explicado en otro lugar. La de nuestro art. 97 es más compleja, porque, aun teniendo el mismo origen francés, la transcripción no ha sido exacta como tampoco lo es la belga. En las versiones francesa y belga, el que demandó el divorcio por ruptura de la vida en común sigue teniendo obligaciones alimenticias frente al otro. En los demás casos, el divorcio pone fin a este deber alimenticio, pero se crea un subrogado —la pensión compensatoria— cuya cuantía se fija en Francia según las necesidades *previsibles* de uno y la situación económica *previsible* del otro. Y lo que añade el Código francés es que, para hacer esta *previsión* de las necesidades y de los recursos futuros, se tengan en cuenta: la edad y el

estado de salud de los esposos, la cualificación profesional, la dedicación pasada y futura a la familia, etc. Así entendida, la pensión compensatoria francesa tiene perfecta lógica y es incuestionable su carácter alimenticio. Tanto el legislador belga como el español han desdibujado la figura al incorporarla a sus respectivos ordenamientos: el español porque ha vinculado la pensión compensatoria, no con los alimentos, sino con el concepto vago y nada jurídico de “desequilibrio económico”, refundiendo el factor determinante de los alimentos (*caudal* de uno *versus* *necesidades* del otro cónyuge) entre los factores auxiliares que el CC francés señala para *prever* las necesidades y los recursos respectivos “*dans un avenir prévisible*”. Y el legislador belga, al referir la pensión a la idea utópica de que el cónyuge inocente mantenga “condiciones equivalentes de vida a las que tuviese de casado”. Algo parecido parece querer decir el art. 97 con su galimatías “desequilibrio económico de un cónyuge en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio”.

- (4) El régimen legal belga es similar a nuestra sociedad de gananciales, aunque no se le conozca por este nombre. Las prevenciones y cauteles para modificar el régimen son dignas de nota. En parte coinciden con nuestros arts. 1327, 1331, 1332 y 1333. Pero la protección del cónyuge “pasivo” frente al consorte de mala fe, que le engaña en la administración de los bienes comunes, es más fuerte en Bélgica que entre nosotros. Allí un cónyuge puede siempre pedir al juez de paz que prohíba a su consorte cualquier gestión que pueda perjudicarlo o causar perjuicio a la familia, en cuyo caso el juez ha de prohibirlo, autorizarlo o condicionarlo. Además, puede pedir al Juez de Primera Instancia que anule cualquier *acte accompli* que ya haya sido llevado a cabo en fraude de su derecho. Disposiciones que son más razonables que nuestro art. 1391, que sólo concede la rescisión de los actos dispositivos hechos de mala fe, y otros actos fraudulentos hay que dejarlos correr, y pospone el resarcimiento de los perjuicios al momento de la liquidación (art. 1390).
- (5) La distinción entre divorcios culpables y no culpables (por causas objetivas de enfermedad mental, mutuo consentimiento y separación previa de hecho por causas no imputables a uno de los cónyuges), es mucho más coherente que nuestra pretendido sistema de exclusión a ultranza de la idea de culpabilidad, cualquiera que sea la causa de la ruptura matrimonial. Lo que conduce al despropósito de considerar que divorciarse por haber sido condenado uno de los cónyuges por atentar contra la vida del otro, es un divorcio aséptico sin cónyuge culpable. Asimismo usar un mismo repertorio de causas para sepa-

rarse y para divorciarse (de no admitirse la separación libre o sin causa)⁽⁷⁾, simplifica extraordinariamente la regulación y no introduce cambios prácticos de importancia, porque la disyuntiva “separación/divorcio” debe ser, en tal caso, una opción que se ofrezca al demandante en obsequio y por respeto a sus convicciones religiosas. Pero la crisis familiar es la misma y debe servir igual para adoptar uno u otro remedio.

⁽⁷⁾ Mejor diríamos sin *expresión* de causa, porque causa, al menos en el sentido psicológico, siempre la hay.

DERECHO CANÓNICO

EL MIEDO REVERENCIAL COMO CAUSA DE NULIDAD MATRIMONIAL

ESPERANZA HERNÁNDEZ HERRERO

Abogada de la Rota española

S. Tribunal de la Rota, Sentencia de 5 de noviembre de 1999.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José García Faílde.

El miedo reverencial como causa de nulidad matrimonial.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Hace ya muchos años, justamente el 4 de agosto de 1963, tuvo lugar la celebración del matrimonio canónico de don Juan con doña Juana.

2. Las razones que determinaron a don Juan a esa celebración, son varias como más tarde expondremos.

3. El caso es que don Juan y doña Juana vivieron juntos muchos años y tuvieron nada menos que siete hijos.

4. Pero felices no convivieron el uno con la otra. Por fin don Juan decidió separarse de doña Juana y tiempo después, el 16 de mayo de 1997 acudió al Tribunal ecc. de Canarias pidiendo la declaración de nulidad

de su matrimonio por miedo reverencial invalidante padecido por él.

5. Dicho tribunal sentenció el día 11 de junio de 1998 que consta la nulidad del mencionado matrimonio por el referido capítulo.

6. Pero el tribunal de apelación de Sevilla lejos de confirmar por decreto esta sentencia sometió la causa a nuevo proceso que concluyó con la sentencia del día 3 de noviembre de 1998 que reformaba la sentencia afirmativa de primera Instancia.

7. Apeló a nuestro Tribunal de la Rota española el esposo. Después de la ejecución de una amplia prueba nueva resolvemos la cuestión relativa a la confirmación o refor-

mación de la sentencia apelada de 2.ª instancia del día 3 de noviembre de 1998 del tribunal *ecco*. de Sevilla declarando que no consta o respectivamente que consta la nulidad del matrimonio canónico “Juan - Juana” por miedo reverencial invalidante padecido por el esposo demandante y apelante en la causa.

II. FUNDAMENTOS *IN JURE*

1. Así reza el can. 1103, por el que se rige la presente *factispecies*: “Es inválido el matrimonio celebrado por violencia o por miedo grave proveniente de una causa externa, incluso si no es inferido de propio intento, para librarse del cual el coaccionado se ve obligado a elegir el matrimonio”.

2. No es el caso de hacer aquí una larga exposición de este canon. Pero eso sí, no tenemos que dejar de explicar aquellos extremos, recogidos en el canon, sin cuya aclaración no podría resolverse la cuestión planteada.

3. A) Desde que el can. 1057 párr. 2 establece que el consentimiento de los contrayentes, para que pueda ser causa subjetiva productora del matrimonio concreto entre ellos, ha de tener por término (objeto, contenido) la entrega mutua e irrevocable de la propia persona a la persona del otro, es ya incuestionable que la libertad, que tal donación requiere, pertenece al ámbito del derecho natural.

Y si es así, como lo es, la legislación positiva, y concretamente la legislación positiva canónica, no puede menos de establecer lo que establece el can. 219: “En la elección de estado de vida todos los fieles tienen derecho a ser inmunes de cualquier coacción” que, añadimos nosotros, merme o suprima la libertad de los contrayentes (sea debida esa merma o supresión a factores externos o sea causada esa deficiencia por factores intra psíquicos).

B) El can. 1103 intenta, en esa línea, tutelar el LIBRE ejercicio del “*jus connubii*” y, en su caso, reparar el incalificable agravio que se irroga a un contrayente ex-

torsionando su voluntad y su libertad al tomar estado de vida.

Una de las cosas que pueden extorsionar a la voluntad y a la libertad del contrayente es la coacción que sobre él se ejerce produciendo en él ese estado subjetivo que se llama miedo. Miedo que ha de entenderse como una perturbación o conmoción del psiquismo del contrayente ante un mal presente o ante el peligro de un mal futuro que la persona afectada trata de evitar celebrando el matrimonio que no celebraría si no estuviera bajo esa perturbación o conmoción.

El miedo es siempre un fenómeno reactivo que tiene un contenido concreto y que se produce ante lo conocido. En lo conocido existe la posibilidad de evadirse del peligro de ser dominado. Lo que conmueve más profundamente es lo desconocido. Por eso la angustia es distinta del miedo porque la angustia carece de objeto concreto. La transformación de la angustia en miedo es un mecanismo defensivo en cuanto que un peligro que se objetiva se teme menos. El miedo es un fenómeno normal en sí. Pero entre el miedo y la angustia hay fenómenos de transición. Uno de ellos es el “pánico” (que es un miedo a todo, a un peligro que amenaza de todas partes y en el fondo no lo hace desde ninguna), otro es el “temor” (en el que el impacto de lo desconocido es más evidente que el miedo); además hay estados mixtos, por ejemplo, “el miedo angustioso” y “el miedo a la angustia” (F. Alonso-Fernández, *Fundamentos de la psiquiatría actual*, Tomo I. *Psiquiatría general*, Paz Montalvo, Madrid, 1972 p. 357).

Todo esto nos hace pensar en la conveniencia de examinar el miedo a la luz de las ciencias antropológicas actuales, concretamente de la psicología y de la psiquiatría, y en la necesidad de sopesar la capacidad del amedrentado para deliberar sobre la materia concreta, el matrimonio, con ocasión de la cual se infirió la coacción, y para autodeterminarse a esa materia concreta.

C) Porque, si bien no cualquier grado de falta de libertad causa la nulidad del matrimonio, es claro que el can. 1103 contem-

pla todos aquellos casos en los que el miedo, sea cualquiera que sea la causa del mismo con tal de que esa causa no sean motivos intra psíquicos (porque entonces estaríamos en el caso de “la falta de libertad mal llamada intrínseca”), haya sido proporcionalmente grave (y “proporcionalmente grave” alude a la necesidad de que sea grave para el sujeto que lo padece) de tal forma que el paciente se haya visto obligado a celebrar el matrimonio como medio prácticamente único eficaz de liberarse de esa situación de angustia interior.

La cláusula “ab extrínseco” del can. 1103 no tiene más límites que la “falta de libertad abintrínseco” (la que se ha venido llamando, impropriamente, “falta de libertad intrínseca”) que es aquella que proviene de factores intrapsíquicos de la propia persona; factores de los que casi nunca será consciente el paciente (en el caso del miedo “ab extrínseco” el contrayente celebra el matrimonio en estado consciente de la falta de la debida libertad; el contrayente tiene conciencia de que va al matrimonio con una mayor o menor merma de su autodeterminación).

D) En los casos de nulidad del matrimonio por miedo hay que atender más al estado interior del amedrentado y menos al factor condicionante.

Ejemplos de esta necesidad de atender más al elemento SUBJETIVO del miedo que al elemento objetivo de la coacción son:

1) el miedo REVERENCIAL que es el que el contrayente se infunde a sí mismo al estimar subjetivamente, pero en base a algo objetivo, que, si no accede a celebrar el matrimonio concreto, causará un disgusto grave y duradero a alguna persona, como sus padres, a la que él debe “reverencia” (siempre que, se sobreentiende, ese disgusto sea para el contrayente un mal grave), aun cuando esa otra persona no hubiera amenazado o realizado otros actos externos coaccionantes;

2) las SOSPECHAS DE MIEDO: se da esta figura cuando, por ejemplo un joven sa-

be que a su padre le agrada que se case con una joven determinada y sospecha, dado ese agrado y el carácter del padre, que si no se casa con esa joven tendrá que habérselas con su padre, tendrá que arrostrar una reacción dura de su padre etc. etc.; en este caso el padre ni siquiera le ha aconsejado al hijo que se case con esa joven, ni siquiera le ha advertido a su hijo que se molestará muy mucho si deja de casarse con esa joven; ha sido el propio hijo el que, ciertamente no sin fundamento, ha concebido la sospecha de que ello le sobrevendría, si no se casa con la joven, que le produce miedo; al menos en muchas ocasiones esta figura está relacionada con el miedo reverencial.

3) la SUPLANTACIÓN DE LA VOLUNTAD DEL HIJO POR LA VOLUNTAD DE LOS PADRES: Esto suele ocurrir en virtud de costumbres ancestrales que crean un clima o ambiente social o familiar sagrado; por lo que junto a esta figura de la suplantación de la voluntad del hijo por la voluntad de los padres anda también en juego la figura del miedo llamado “ambiental”.

De dos maneras puede producirse esa suplantación; una consiste en que por costumbres o tradiciones del lugar los padres de un joven son los únicos que con los padres de una joven conciertan la boda entre ambos jóvenes sin que en ello los hijos tengan “ni arte ni parte” porque lo único que a los hijos les queda es acatar sin más lo decidido por sus padres, es decir, casarse el uno con la otra; esta situación va mucho más allá que la situación del “miedo” porque en el caso del “miedo” los hijos en última instancia “pueden” dejar de casarse aunque sepan que con ello se exponen a daños, males etc.; pero es que en el caso de la suplantación de la voluntad de los hijos por la voluntad de los padres, a los hijos en la práctica no les queda esa posibilidad de dejar de casarse.

Otra manera consiste en que el hijo, por ejemplo, está tan “absorbido” por su padre, está tan “identificado” con su padre, que no tiene ni personalidad ni voluntad propia sino que su personalidad y su voluntad es la per-

sonalidad y la voluntad de su padre; si el padre decide que su hijo se case con una joven determinada el hijo no puede dejar de casarse con esa joven; pero obrando así el hijo no obra con verdadera libertad, el hijo no “elige” propiamente ese matrimonio porque el acto de “elección” de una joven para esposa es inconcebible si no se da posibilidad psicológica de no elegir para esposa a esa joven y en el caso planteado tan bloqueada o anulada está la voluntad del hijo que el hijo no tiene libertad psicológica para dejar de casarse con esa joven; ni siquiera puede deliberar sobre lo que le conviene.

En los casos de “miedo” el contrayente psicológicamente puede “negarse” a aceptar el matrimonio y si consta que de hecho “se negó” (que es lo que se llama “aversión” al matrimonio que de hecho celebró) podrá/deberá declararse nulo el matrimonio “por miedo”, mientras que si consta lo contrario o al menos no consta que “se negó” no podrá ser declarado nulo “por miedo” ese matrimonio; pero en estos otros casos, que estamos contemplando de suplantación de la voluntad del contrayente, de poco o de nada sirve atender a ese extremo por la sencilla razón de que en estos casos el hijo está como incapacitado psicológicamente para “negarse” a lo que sus padres deciden.

III. FUNDAMENTOS *IN FACTO*

1. En la última hipótesis descrita de suplantación de la voluntad del hijo por la voluntad del padre encaja perfectamente el presente caso —como iremos viendo al exponer los hechos aportados por las pruebas—. Teniendo en cuenta lo que a propósito de esta hipótesis acabamos de explicar, el presente caso más que un caso de nulidad de matrimonio por el capítulo autónomo del miedo sería un caso de nulidad de matrimonio por el capítulo de grave defecto de discreción de juicio en su vertiente de falta de la libertad suficiente en el contrayente. Pero andan a veces tan cercanos en la práctica el uno del otro que, aunque en teoría sea posible distinguirlos, no se sepa en la práctica en

un caso concreto en dónde termine el uno y en dónde comienza el otro; por otra parte no sería justo, por no ser equitativo, dejar de confirmar una sentencia que, como la sentencia de primera instancia de Canarias, declaró nulo el matrimonio por miedo reverencial padecido por un contrayente, solamente porque en otra instancia, en este caso la nuestra, se estime que la nulidad de dicho matrimonio proviene, más que de miedo reverencial padecido por el contrayente, de una falta de libertad suficiente en el mismo contrayente.

2. Aparte del demandante han prestado declaración, casi todos en primera y en tercera instancia, hermanos del demandante, de los que uno es sacerdote y otro fue dispensado de las cargas sacerdotales; otro es el párroco del lugar en donde vivía Juana cuando con ella se casó Juan.

Todos estos testigos han vivido personalmente los hechos sobre los que declaran. Todos ellos coinciden sustancialmente en todo entre sí y con el demandante. Todos ellos son coherentes consigo mismos en su primera y segunda declaración por más que en su segunda declaración maticen algunos extremos. No hay ni atisbos siquiera de colusión entre ellos. Por su forma de expresarse se muestran ecuanímenes.

3. Y esos hechos fundamentales en los que el demandante y los testigos coinciden aunque no todos los expongan en los mismos términos son los siguientes:

- a) Juan era el primogénito de una familia numerosa;
- b) Su padre era hombre de carácter fuerte al que no le gustaba que se le llevara la contraria (el demandante: 3.ª inst. fol. 29.2); tenía gran autoridad moral sobre sus hijos y era de una mentalidad tradicional (María, hermana del demandante, 1.ª inst. fol. 32.2); siempre imponía su modo de pensar y había que obedecerle en todo (Miguel, hermano del demandante, 1.ª inst. fol. 33.2).

Su padre era un dictador que se imponía suavemente a todos y ninguno de los hijos se atrevía a contradecirle (Miguel, hermano

del demandante, 3.^a inst. fol. 62.1; lo mismo María, hermana del demandante, 3.^a inst. fol. 57 y 58.1; Isidoro, hermano sacerdote del demandante, 1.^a inst. fol. 34.2).

Su padre era un hombre al que todos sus hijos estaban sometidos en todo; en aquellos pueblos —el de Juan y el de Juana que distaban entre sí unos 11 kilómetros— regía un régimen patriarcal en el que al padre lo era todo y en el que al padre secundaban en todo los hijos. Los padres intervenían mucho en los matrimonios de los hijos, por ejemplo, en con quién un hijo o una hija suya se tenía que casar (José Cirilo, sacerdote que fue párroco del pueblo en el que vivía Juana cuando se casó con Juan, 3.^a inst. fol. 56.2; este patriarcado imperaba, según dice María, hermana del demandante, en casa de los padres del demandante, 3.^a inst. fol. 57.1).

No hay que olvidar lo que todos de un modo o de otro modo dicen, a saber, que el padre tenía un modo suave e insidioso de imponer su voluntad hasta el extremo de salirse siempre con la suya.

c) La sumisión de los hijos al padre era especialmente fuerte en Juan no sólo por ser el primogénito sino también porque por carácter era muy sumiso, muy dócil y muy tímido (María 1.^a inst. fol. 32.2; Miguel 3.^a inst. fol. 62.1; Enrique, 3.^a inst. fol. 61.1); esta sumisión de Juan a su padre era tanta que Juan estaba “anulado” porque no tenía personalidad propia ante su padre (Miguel, 3.^a inst. fol. 62.1, María, 3.^a inst. fol. 58.1); estaba plenamente identificado en todo con su padre hasta el punto de vestir y calzar como él, de no atreverse nunca ni siquiera a pensar de distinta manera que él, de no sospechar siquiera que él no llevaba razón en algo (María, 3.^a inst. fol. 59.1; Isidoro, 1.^a inst. fol. 34.2; 3.^a inst. fol. 52.1; Enrique, 1.^a inst. fol. 35.2; 3.^a inst. fol. 61.1; Ana Josefa, también hermana del demandante, 3.^a inst. fol. 59.2: en donde resume esta identificación diciendo gráficamente: “Juan estaba tan compenetrado con él que parecía como si fueran una misma persona”.

d) Una muestra de esa especial sumisión-compensación-identificación en el

pensar, en el sentir, en el querer de Juan respecto a su padre es el hecho de que Juan dejó a otra novia, con la que llevaba de relaciones unos años y de la que estaba enamorado, porque su padre le fue inculcando que le preocupaba y le disgustaba que siguiera con ella: esto lo repiten todos los testigos al unísono indicando la mayoría de ellos el por qué de esa preocupación-disgusto del padre: 1.^a inst. fol. 32.2 con 3.^a inst. fol. 58.2; 1.^a inst. fol. 33.4 con 3.^a inst. fol. 62.1; 1.^a inst. fol. 34.2 con 3.^a inst. fol. 52.2; 1.^a inst. fol. 35.2 con 3.^a inst. fol. 61.2.

e) Y ya centrándonos en el “por qué” Juan se hizo novio de Juana, después de romper con la otra, y se casó con ella a pesar de no quererla para esposa, los testigos no nos dan otro “por qué” que el haber ido suavemente su padre imponiéndole a Juana como novia, primero, y como esposa, después, sin que Juan pudiera, por todo lo expuesto de su sumisión-compensación-identificación respecto a su padre, dejar de hacer lo que su padre le proponía, le aconsejaba; todos los testigos lo dicen en los lugares citados; la situación en la que se encontraba Juan la sintetiza muy bien su hermano sacerdote, Isidoro: “Mi hermano veía que no estaba enamorado de esta chica... pero veía también que tenía que casarse con ella porque así lo disponía su padre. Mi hermano estaba convencido de que no podía contradecir a mi padre, porque ello le hubiera supuesto el tener ofendido a mi padre, cosa que para él era algo insoportable”.

Aquí está delineada la figura del miedo reverencial invalidante; pero a continuación el testigo se refiere a la suplantación de la voluntad de Juan por la voluntad de su padre: “Pienso que aquí hubo una verdadera suplantación de la voluntad de mi hermano por la voluntad de mi padre, de modo que puede decirse no tanto que mi hermano se casó porque así se lo impuso mi padre cuanto que incluso fue casado por mi padre” [1.c) fol. 53.5].

f) Podría argüirse que no consta que Juan le pusiera alguna resistencia a su padre manifestándole que no quería casarse con

Juana; pero, aparte de lo que sobre el particular dijimos en relación con el caso de la suplantación de voluntad, no hay que olvidar que el que no se exteriorice la aversión, no significa necesariamente que no existe esa aversión y que a veces no se manifiesta la aversión porque el que la tiene sabe que no puede manifestarla sin incurrir en algún mal grave o que sería totalmente inútil manifestarla.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Por casualidad cayó en mis manos esta sentencia del Excmo. Sr. D. Juan José García Faílde, Decano de la Rota Española. Comencé a leerla con gran interés, por ser apasionante el tema que trata y por ser consciente de la costumbre de tan ilustre maestro de abrir nuevos caminos en sus publicaciones y en sus decisiones judiciales. La lectura completa y sosegada de esta sentencia no ha defraudado mis expectativas y me ha parecido útil hacer de ella un breve comentario destacando sus principales novedades.

1. Por de pronto la misma aborda el problema sugestivo de la distinción teórico-práctica entre esos dos capítulos de nulidad matrimonial, que con frecuencia se entrecruzan sin límites nítidos, de la “falta de libertad”, que algunos se empeñan en seguir llamando “interna” a pesar de su imprecisión, y del “miedo invalidante”; distinción sin embargo difícil si se tiene en cuenta que el miedo es en el fondo una perturbación psíquica, que siempre disminuye, unas veces más y otras veces menos, la libertad del que lo padece y si además si tiene presente que la razón, por la que la Iglesia ha querido que sea nulo el matrimonio celebrado “por” miedo, no ha sido otra que la de salvaguardar la libertad de los fieles en la elección de estado de vida como expresamente recuerda el can. 219.

Pero aquí el Ponente aboga por lo que en varios escritos suyos ha venido abogando:

IV. PARTE DISPOSITIVA

Por todo lo expuesto REFORMAMOS la sentencia negativa del día 3 de noviembre de 1998 del tribunal ecco. de apelación de Sevilla y declaramos que CONSTA la nulidad del matrimonio, canónicamente celebrado entre don Juan y doña Juana, por miedo reverencial padecido por el contrayente don Juan.

por la urgente necesidad de que la legislación eclesiástica deje de seguir exigiendo que el miedo, para que tenga la eficacia de impedir el nacimiento de un matrimonio válido, provenga de una causa externa al que lo sufre.

A nadie, que esté un tanto familiarizado con estos temas, se le oculta el hecho de que los jueces eclesiásticos en algunos casos tienen que hacer verdaderos equilibrios para declarar la nulidad del matrimonio por el capítulo del miedo solamente porque aun constando que el miedo existió, y que el miedo fue grave y determinante, no constaba que el miedo había provenido de una causa externa al amedrentado. Y ha sido precisamente el deseo de evitar que en algunos casos se fallara la causa con una sentencia negativa, previsiblemente contraria a las exigencias de la verdad y de la justicia, sólo por no constar el origen externo del miedo, tomando el concepto de externo en sentido propio, lo que ha movido a la doctrina / jurisprudencia eclesiásticas a extender el concepto de causa externa más allá de lo que parece estar permitido en algunas figuras jurídicas de miedo invalidante como las de sospecha de miedo, miedo ambiental, miedo a la infamia, etc., y así, por ejemplo, en base exclusivamente a que el ambiente es producto de los usos y de las costumbres de los hombres se llega a considerar verdadera causa externa, y hasta verdadera causa ex-

terna humana, la que consiste en presiones ambientales.

2. Otro punto digno de encomio es éste: la sentencia encuadra en el título jurídico de “falta de libertad”, en lugar de en el título jurídico de “miedo reverencial” como comúnmente se hace, el supuesto de que el padre se subroga a su hijo en la determinación de la persona concreta con la que ha de casarse; se trata en este caso de que el padre suplanta la voluntad del hijo en el sentido de que en cierto modo el hijo más que casarse por sí mismo es casado por su padre hasta el extremo de que la única salida que le queda al hijo es la de dejarse suplantar por su padre, en una palabra, el hijo no tiene la posibilidad práctica ni de casarse con otra persona distinta de la que el padre ha elegido para él ni a dejar de casarse con la persona que el padre le ha buscado para consorte.

Conociendo esta postura adoptada por la sentencia y comprobando que la misma entiende que en el caso consta que el padre suplantó al hijo en la elección de una mujer determinada para esposa suya, me hubiera parecido lógico que la sentencia hubiese fallado que consta la nulidad del matrimonio por falta de libertad suficiente en el esposo; pero no, la sentencia da un giro en su parte dispositiva y lo que declara es que consta la nulidad del matrimonio por miedo reverencial padecido por el esposo, en principio hubiera podido muy bien la sentencia fallar la causa por falta de libertad suficiente en el esposo sin que por ello fallara más allá de lo pedido (y no es éste el lugar de mostrar por qué) y sin que por ello dejara de estar conforme, aunque sólo con conformidad equivalente como suele decirse en estos casos, con la sentencia de Primera instancia que también declaró nulo el matrimonio pero por miedo reverencial padecido por el esposo; pero sin duda los Jueces, sabedores de que esto de la conformidad equivalente de sentencias es por algunos discutido y concedores de lo difícil que resulta a veces establecer en dónde acaba el “miedo reverencial” y en dónde comienza “la falta de la

libertad debida”, han preferido, con un gran sentido de humanidad y de equidad, acomodarse hasta en su formulación jurídica a lo dispuesto en Primera instancia sentenciando que consta la nulidad del matrimonio por el mismo capítulo por el que había sentenciado lo mismo el Tribunal de Primera instancia de Canarias; por el capítulo del miedo reverencial padecido por el esposo.

3. Si ahora entro en la parte motivada de la sentencia sólo alabanzas tengo para sus profundos análisis de las pruebas y las interpretaciones agudas de los hechos, todo ello llevado a cabo con una gran sensibilidad humana, que sólo un maestro, como el Ponente en la causa, podía hacer.

4. Sentencias así son enriquecedoras porque pasan del mundo de los lugares trillados para moverse dentro del marco no siempre fácil de las reflexiones nuevas que obligan a pensar.

5. Creo conveniente completar este breve comentario con algunas consideraciones comparativas, que no suelen hacerse entre la legislación canónica y la civil española, en materia de miedo invalidante del matrimonio canónico, en el primer caso, y del matrimonio civil en el segundo caso.

a) En el Código Civil español se enuncia, al igual que en el Código Canónico (can. 1103), como causa de nulidad del matrimonio la coacción, en cuyo concepto se incluye implícitamente la violencia o miedo; aunque, al contrario de lo que ocurre en la legislación canónica, en la legislación civil no se exigen otros requisitos del miedo que su gravedad (CC, art. 73.5.^o).

b) Habla este art. 73.5.^o de matrimonio contraído por coacción o miedo (grave), y el art. 1265 de nulidad del consentimiento, en los contratos en general, prestado por intimidación, el art. 1267.2 define cuándo hay intimidación, término éste que sirve para indicar tanto la coacción como el miedo pero que el mencionado artículo lo utiliza en la acepción de coacción al igual que el art. 1268, pero lo que aquí nos interesa recalcar es que en estos arts. 73.5.^o y 1265 se alude

con la partícula “por” al carácter determinante del consentimiento y que este carácter determinante implica que media entre la coacción o miedo y la celebración del matrimonio una relación de causalidad, no es sólo que sin coacción o miedo no se daría esa celebración (en cuyo caso bastaría con que la coacción o miedo fueran por ejemplo una condición sin la que esa celebración no tendría lugar), sino también que la formación de la voluntad, que acepta el matrimonio, es efecto de la coacción o miedo, y esto es precisamente lo que el can. 1103 del Código de derecho canónico indica con la partícula “por” que, según la doctrina y la jurisprudencia eclesiástica, alude a la relación de causalidad entre la coacción o miedo y la aceptación del matrimonio.

c) Al igual que la legislación canónica (en el citado can. 1103), la legislación civil española (art. 73.5.^º) exige que el miedo sea grave, la discusión puede darse a la hora de aclarar si esa gravedad tiene que ser gravedad de la coacción (violencia) o gravedad del miedo, la doctrina y la jurisprudencia eclesiástica tiende cada vez más a desplazar el acento de tiempos pasados sobre la gravedad de la coacción (violencia), al acento actual sobre la gravedad del miedo; cuidando mucho de no fijarse exclusivamente en la gravedad del miedo porque ello supondría poner en entredicho la famosa exigencia de que la causa del miedo tiene que ser externa.

Pues bien, en la legislación civil española contamos con las siguientes referencias al requisito de la gravedad: a) la del art. 73.5 que se refiere a la gravedad del miedo, b) la del art. 1267 que se refiere, por una parte, a la gravedad de la coacción y, por otra parte, a la gravedad de la coacción-miedo, puesto que dice que “para calificar la intimidación debe atenderse a la edad y a la condición de persona” (se trata de una valoración relativo-subjetiva de la gravedad que no tiene que perder de vista cierta gravedad objetiva de la coacción para salvar la necesidad de que la causa del miedo sea externa como veremos ahora).

d) Efectivamente el legislador civil español, al igual que el legislador canónico, sigue exigiendo que el miedo provenga de una causa externa al paciente, pero mientras que para el legislador civil español esta causa externa tiene que consistir concretamente en una acción humana ajena al paciente (es decir una acción humana de la otra parte o de un tercero), la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia eclesiástica le da al carácter de causa externa se aleja cada vez más de identificar causa externa con causa humana ajena.

e) No exige de forma expresa la Ley civil española que la acción coactiva esté encaminada a conseguir el consentimiento (miedo directo) ni siquiera que haya propósito de causar ese temor, es claro que en la medida en que no se exija esa intencionalidad y esa finalidad, el requisito de la exterioridad pierde parte de su significación o por lo menos se difumina su verdadero alcance, lo cual, como anteriormente indicamos, se está produciendo en la doctrina-jurisprudencia canónicas, porque en la actual legislación canónica (can. 1103) se dice expresamente que no se requiere que el miedo sea inferido con miras al matrimonio.

f) Aunque la legislación canónica no habla expresamente de miedo común ni de miedo reverencial, sino simplemente de miedo, la doctrina y la jurisprudencia eclesiástica hacen esas distinciones y admiten expresamente el miedo reverencial como miedo invalidante del matrimonio.

El art. 1267.2 del Código Civil español dice que “El temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto no anulará el contrato”, esto podría dar a entender que el temor reverencial es irrelevante civilmente, pero lo que la norma civil dice que es irrelevante es el simple temor de desagradar y esto es bien distinto del temor reverencial entendido como auténtica coacción, determinante del consentimiento, acompañada de una relación de subordinación y de dependencia del amedrentado, no se puede decir, por tanto, que en ese artículo

1267.2 se excluya la figura del miedo reverencial invalidante, las situaciones de miedo reverencial abundan y el legislador civil no puede ni debe ignorarlas.

g) Si nos fijamos en la acción de nulidad matrimonial por miedo, hemos de decir que difieren notablemente las dos legislaciones, por cuanto según la canónica pueden entablar esa acción cualquiera de los cónyu-

ges (can. 1674) y la susodicha acción no prescribe nunca (can. 1644) y en cambio según la legislación civil española solamente puede ejercitar la acción de nulidad, el cónyuge que hubiera sufrido el vicio y la acción caduca (convalidándose el matrimonio) si los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de haber cesado la fuerza o la causa del miedo (art. 76).

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 APLICACIÓN DEL CONVENIO DE LUXEMBURGO DE 20 DE MAYO DE 1980 EN MATERIA DE CUSTODIA DE MENORES

Mercedes de los Ríos González.

Abogada, miembro de la Asociación de Abogados de Familia.

El Convenio Europeo de Luxemburgo, de 20 de mayo de 1980, ratificado por España en 1984, autoriza la no ejecutoriedad de una resolución extranjera cuando de la misma se siga que, con motivo de las modificaciones de las circunstancias, los efectos de la resolución de origen no concuerdan con el interés del menor, autorizándose incluso al Estado requerido a modificar el derecho de visita y su ejercicio. Este fue el punto de partida de toda nuestra argumentación y sobre el que se basó la Oposición a la Restitución de la Menor dicho extremo fue finalmente acogido por la Audiencia Provincial en el Auto que puso fin al procedimiento iniciado por el Abogado del Estado.

Un Tribunal suizo interesa la aplicación y ejecución del Convenio de Luxemburgo ante los Tribunales españoles en base a la sentencia de 23 de noviembre de 1993, dictada por el Juzgado Municipal de Aelesheim, por la que se declaró el divorcio de los padres de la menor y se encomendó a la madre la tutela, estableciéndose un régimen de visitas a favor del padre.

En mayo de 1999, la menor, que cuenta con 14 años de edad, huye a España desde Basilea, por la grave situación de abandono y desamparo que padecía en su domicilio, buscando la ayuda y el apoyo de su padre. Dicha huida de la menor viene provocada por el novio de la madre que convive en el domicilio familiar, quién realizó de manera repetida proposiciones sexuales a la menor,

poniendo dichos extremos en conocimiento de su madre desde la primera vez, y sin que la misma tome ninguna medida de protección. Esta reacción de la madre con respecto a la menor provoca en la misma una sensación de indefensión y es lo que decide a buscar el apoyo, protección, afecto y aceptación de su persona en su padre.

Dichos hechos se ponen en conocimiento del Fiscal de Menores mediante la oportuna comparecencia, dando lugar a la apertura de Diligencias Informativas.

I. PROCEDIMIENTO

El Abogado del Estado utiliza el procedimiento establecido en la Disposición Final n.º 19 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denominada de “Medidas relativas al retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional” y comprendido en los artículos 1901 a 1909 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta parte considera que ese procedimiento no era el adecuado ya que el Convenio era el Convenio Europeo de Reconocimiento y Ejecución de decisiones en Materia de Custodia de Menores y Restablecimiento de dicha Custodia y no el Convenio de La Haya, además el propio Convenio de Luxemburgo hace referencia a su propio procedimiento en los artículos 13 y siguientes.

La propia Sala de la Audiencia estimó en su Auto de 31 de mayo de 2000 que “el supuesto de hecho del que trae causa la petición de la restitución de la menor no es una sustracción abusando de la custodia o visita, sino por el incumplimiento de la resolución judicial que otorgó la custodia, incumplimiento querido y causado por la propia menor que abandona el domicilio materno en Suiza trasladándose al paterno en España”.

II. CAUSAS DE OPOSICIÓN AL CONVENIO

En primer lugar, la resolución cuyo reconocimiento y ejecución reclama el Abogado del Estado fue dictada en ausencia del demandado y sin que tuviera posibilidad de designar defensa ni representación procesal; tampoco se acredita que dicha resolución judicial hubiera sido notificada, lo que contraviene lo dispuesto en el artículo 13.1.c) y d) del Convenio de Luxemburgo. La solicitud de Restitución no venía acompañada de los documentos prescritos en el artículo 13 de la mencionada convención. Los documentos que acompañan la solicitud, además, no venían debidamente traducidos según la norma del artículo 6.a), el Estado Español formuló reserva haciendo uso de la facultad que le confiere el

artículo 6.3 del convenio, excluyendo la aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.1.b) en el sentido de no aceptar las comunicaciones redactadas en otro idioma que el del Estado requerido.

En segundo lugar, España formula Reserva en el Instrumento de Ratificación de 9 de mayo de 1984, por la que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.1 del Convenio se reserva la facultad de denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución relativa a la custodia de menores por los motivos que obran en el mencionado Protocolo y que pasan a desarrollarse: los efectos de la resolución son manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del derecho por los que se rige la familia y los hijos en España [Reserva n.º 2 apartado a) del Instrumento de Ratificación de 9 de mayo de 1984 en relación con el artículo 10.1 apartado a) de la Convención].

En tercer lugar, la menor ostenta la nacionalidad española [reserva recogida en el n.º 2 en su apartado b) del Instrumento de Ratificación de 9 de mayo de 1984 en relación con el artículo 10.1 apartado i) del citado Convenio].

La menor se encuentra inscrita en el Consulado español de Basilea. La menor es española de origen, al amparo de lo establecido en el artículo 17.1 del Código Civil, su ley personal es la española y es la que debe regir en lo relativo al carácter y al contenido de las relaciones paterno-filiales (artículo 9.1 y 4 del CC).

En cuarto lugar, la denegación de la Restitución concuerda con el interés de la menor según reserva recogida en el artículo 2 apartado c) del Instrumento de Ratificación de 9 de mayo de 1984 en relación con lo establecido en el artículo 10.1 apartado d) de la Convención.

La restitución solicitada conllevaría un grave riesgo para la salud psicológica y para el desarrollo integral de la menor. Los graves hechos que provocaron la huida de la menor a España fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía de Menores, dando lugar a la apertura de Diligencias Informativas, dichas diligencias deberían haber provocado la suspensión del procedimiento de restitución al estar pendiente en España un proceso relativo a la custodia de la menor [artículo 10.2 apartado b) de la Convención].

El tema del interés de la menor se debe examinar a tenor de las diversas situaciones en las que la menor se encontraba:

a) Situación de la menor en Suiza. En Suiza la menor se encontraba adaptada, realizaba tanto actividades escolares como extraescolares. Carecía de asistencia sanitaria debido a las creencias de carácter naturista de la madre que rechazaba la medicina tradicional, como consecuencia de todo ello la menor presenta problemas en las vías respiratorias superiores, al no haber sido objeto de tratamiento con anterioridad. En lo relativo a su alimentación, aseo, ropa y vestido la menor carecía de atención alguna y si a ello unimos la agresividad del

novio de la madre y sus repetidas proposiciones sexuales no cabe menos que afirmar que su situación en Suiza era insostenible.

b) Situación de la menor en España. En lo relativo a su formación académica el padre de la menor se ocupa y preocupa de ella y está interesado en que la misma posea una formación amplia, completa e integral. La menor también valora que su padre la haya llevado a revisiones médicas y que se encuentre en tratamiento de sus problemas respiratorios. Asimismo, tiene regularizados sus horarios de comida, su aseo personal, la limpieza de su entorno y tiene una alimentación suficiente y adecuada a su desarrollo físico. Sus relaciones familiares se encuentran estructuradas y son facilitadas por parte de su padre, lo que le va a posibilitar que su desarrollo sea integral y completo.

c) Estudio comparativo de las dos situaciones. Si se analizan ambas situaciones o estados posibles del menor se ha de resolver cuál es el más favorable dado que el interés del menor es el que ha de regir. La menor se encuentra adaptada en España no solo por el conocimiento del idioma y por tener amigos, sino porque ella se siente integrada, protegida y querida.

El propio preámbulo del Convenio establece que “Reconociendo que en los Estados miembros del Consejo de Europa la consideración del interés del menor es de decisiva importancia para la adopción de resoluciones relativas a la custodia...”.

El propio artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño. El artículo 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de La Haya de 25 de octubre de 1980 establece: “el Estado requerido no está obligado a ordenar la restitución del menor si la persona que se opone a la restitución demuestra que... b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor le expondrá a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”.

III. LA PRUEBA

Las causas de oposición que fueron alegadas se acreditaron, principalmente, a través de dos medios probatorios que se utilizaron con carácter predominante:

a) El Informe psicológico que pretendía averiguar el estado psíquico de la menor, las razones que habían motivado la huida de la menor de su domicilio

en Suiza y el asesoramiento sobre la conveniencia o no de vivir en España con su padre. Como conclusión se recogía que la posible opción de volver a Suiza con su madre sería perjudicial, por el desamparo, el peligro a exposición de posibles abusos, debido a la desprotección a la que estuvo expuesta.

b) La exploración de la menor. Su derecho a ser oída. La menor cuenta con quince años de edad (el tan mencionado Convenio, en su artículo 1, solo consideraba menor a una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años). La menor es una persona inteligente, que ha tomado las riendas de su vida. La menor está plenamente capacitada para decidir sobre su futuro y para que sea oída respecto de con quién de sus padres desea vivir.

Dicho derecho se recoge en el artículo 15.1, apartado a) del Convenio de Luxemburgo que establece la posibilidad de oír a la menor. Asimismo, el artículo 13 del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, ratificado por España y Suiza el 16 de junio de 1987 y el 11 de octubre de 1983, respectivamente, norma ésta posterior e igualmente vigente entre los Estados requirente y requerido, establece que la autoridad judicial podrá así mismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulte adecuado tener en cuenta sus opiniones.

El propio artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor reconoce al menor el derecho a ser oído tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento judicial en que esté implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

En definitiva, las causas de oposición por las que se interesaba la no Restitución giraban en torno a los siguientes puntos:

1. El Convenio Europeo de Luxemburgo autoriza la no ejecutoriedad de una resolución extranjera cuando de la misma se siga que, con motivo de las modificaciones de las circunstancias, los efectos de la resolución de origen no concuerden con el interés del menor.
2. El interés de la menor aconseja la no restitución, extremo que concuerda con su voluntad.
3. Además, la propia nacionalidad, edad, personalidad y grado de madurez de la menor aconsejan la no restitución.

IV. LA RESOLUCIÓN RECAÍDA EN LA INSTANCIA

El Juzgado de Primera Instancia dictó Auto de fecha 21 de diciembre de 1999, en el que se acuerda la no restitución de la menor solicitada por el Aboga-

do del Estado. El órgano judicial invoca la aplicación del Convenio de La Haya y fundamenta que “la edad de la Menor (el Convenio referido no es de aplicación cuando los menores hayan alcanzado 16 años) y su opinión es fundamental para decidir la presente causa, en cuanto a la exploración practicada a la menor, así como del informe psicológico aportado en relación a la misma, permiten afirmar que la menor tiene suficiente juicio para decidir el lugar donde quiere continuar, ya que de la prueba practicada se desprende que tal opinión no responde a un mero capricho, sino que se corresponde con su deseo de una mayor asistencia tanto en el plano afectivo como material, dado que en el lugar donde se encuentra en la actualidad se halla debidamente integrada y adaptada en todos los niveles.

El Abogado del Estado interpuso el correspondiente recurso de apelación contra el auto, en base a dos motivos: Por un lado la normativa aplicable no es el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sino el de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 y, por otro, por cuanto que al haberse dictado la sentencia de separación por mutuo acuerdo de los cónyuges, no es dable argüir indefensión de la parte apelada.

V. LA RESOLUCIÓN DICTADA EN GRADO DE APELACIÓN

La Sala de la Audiencia Provincial dictó Auto en fecha 31 de mayo de 2000, con el siguiente pronunciamiento:

“Pues bien, aun sin desconocer que la normativa aplicable al actual supuesto es la que invoca la parte apelante, es decir, el Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 y no el de La Haya de 25 de octubre de 1980, y ello porque el supuesto de hecho del que trae causa la petición de la restitución de la menor no es una sustracción abusando de la custodia o visita, sino que el incumplimiento de la resolución judicial que otorgó la custodia, incumplimiento querido y causado por la propia menor que abandona el domicilio materno en Suiza, trasladándose al paterno en España, ello no es suficiente para acceder a la petición de la recurrente pues aun cuando es cierto que no es acogible la tesis de la indefensión, por no haber sido citada debidamente al procedimiento de separación por parte de los Tribunales suizos, y ello por cuanto que la guarda y custodia de la menor fue pactada por ambos progenitores, al constar en el expediente de restitución, que dicha menor, que cuando fue suscrito el convenio de separación tenía ocho años de edad, al abandonar el domicilio materno tenía casi quince años, lo hizo como consecuencia de haberse visto sometida a las proposiciones sexuales que le efectuaba el que convive con su madre sin que ésta una vez que conoció las mismas hubiese adoptado ninguna medida bien en el ámbito familiar bien en el ámbito público que pudiese ampararla ni siquiera moralmente, y teniendo en cuenta que el propio convenio citado establece en el artículo 1 que

se entiende por menor la persona que no haya alcanzado la edad de 16 años, edad no lejana a la que tenía el día en que abandonó el domicilio, así como visto el periodo evolutivo de la persona, casi siete años transcurridos desde que se suscribió el mismo justifican la aplicabilidad al caso de la causa de oposición a la restitución contemplada en el artículo 9 párrafo 8 del citado convenio, por lo que procede desestimar el recurso y en consecuencia, confirmando lo resuelto en la instancia, no haber lugar a la solicitud de la restitución de la menor.”

FIJACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS ENTRE ABUELOS Y NIETOS

Aránzazu Bartolomé Tutor.

Abogada.

El tema que pretendo exponer viene a colación de la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lérida, de fecha 28 de febrero de 2000, en la que específicamente se ha resuelto sobre la fijación del régimen de visitas entre una abuela y un nieto.

Al leer esta introducción se puede llegar a pensar que me refiero a una más de las Sentencias que se dictan en este sentido. Sin embargo, esta tiene una particularidad que la hace digna de comentario.

En concreto, la Audiencia Provincial se ha pronunciado sobre la fijación de un régimen de visitas entre abuela y nieto, no estando ninguno de los progenitores fallecido, ni ingresado en prisión, ni convaleciente de una enfermedad psiquiátrica, ni es drogodependiente, ni está legalmente incapacitado, etc., supuestos en los que la jurisprudencia se ha pronunciado ampliamente.

En este caso, si bien los progenitores estaban separados judicialmente, es la abuela materna, como demandante y posteriormente como apelante, quien solicita el reconocimiento y la fijación de un régimen de visitas con su nieto.

Por su parte, la parte demandada, constituida por ambos progenitores, alegó la mala relación entre la abuela materna y su hija para justificar su oposición a tal relación.

Ante estas circunstancias, la Audiencia Provincial de Lérida se pronunció diciendo que, *si bien* el contenido de este derecho “*en modo alguno resulta equiparable al denominado derecho de visitas que se reconoce a los progenitores*”; estima conveniente tal fijación, en vistas a la falta de acuerdo entre las partes, dado que como textualmente refiere “*no es posible llegar a afirmar que las difíciles y tensas relaciones entre abuela y madre puedan ser motivo sufi-*

ciente para anular aquel derecho, pues ni resulta proporcionado, ni aparece justificado que la privación de aquella relación humana y afectiva entre el menor y sus más directos allegados pueda procurarse la adecuada formación y desarrollo que necesita para conformar su personalidad”. Porque, de lo contrario, *“diferir a un momento futuro el eventual restablecimiento de este derecho de relación no supone más que acentuar la ruptura de unos sentimientos afectivos que se ha iniciado ya, puesto que han transcurrido más de dos años desde la última vez que D.ª Josefina pudo ver a su nieto, con lo que retrasar todavía más la plena normalidad de aquella relación no supone otra cosa que la de favorecer el riesgo de una definitiva privación de aquella relación”.*

Todo lo anterior gira en torno al tenor del art. 160.2 del Código Civil y art. 135 del Código de Familia de Cataluña, cuyos textos exponen respectivamente que no se podrán impedir, sin justa causa, las relaciones personales entre hijos y otros parientes y allegados. Por lo que, en caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias. Sobre tales preceptos, la doctrina⁽¹⁾ entiende que *“el párrafo segundo del artículo 160 es norma básica suficiente para reconocer a los abuelos ese derecho, máxime cuando en el párrafo tercero legitima a los parientes aludidos para reclamar judicialmente las relaciones personales con el hijo in potestate en el caso de oposición”.* Y todo ello, a pesar de jurisprudencia que, basándose en la formulación negativa del precepto, no le concede tal autonomía⁽²⁾.

Por su parte, la Jurisprudencia consultada⁽³⁾ resuelve en el sentido de que teniendo en cuenta que *“en la determinación de tal régimen, no puede obviarse que la causa y finalidad del art. 160 del Código Civil, base de la acción de la demandante, no es equiparable a los derechos regulados en los arts. 90 y 94 del Código Civil, del progenitor en relación con los hijos que, tras la ruptura matrimonial queden en su compañía. En tal sentido no son lo mismo, socialmente, las relaciones padre-hijo, abuelo-nieto, ni los derechos y obligaciones que surgen de tales relaciones tienen igual contenido, por lo que la necesaria amplitud, que requiere el régimen de visitas del progenitor, no es aplicable al establecimiento de las relaciones del abuelo con el nieto”.* Y concluye diciendo

(1) Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, *El Derecho de visita*. Bosch, Barcelona, 1997.

(2) Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.ª, de 15 de diciembre de 1995, o la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 17 de octubre de 1989.

(3) Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife, Sec. 3.ª, de 17 de enero de 1998. Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 20 de junio de 1991.

que “*en base a ello se establece, sin perjuicio de que en un futuro la relación se consolide de forma satisfactoria*”.

No obstante, este derecho se ve limitado por la concurrencia de una *justa causa*, que impida su declaración. Llegados a este punto Sentencias como las de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 14 de mayo de 1992, o la de la Audiencia Provincial de Valencia, de 15 de junio de 1991, ante este concepto jurídico indeterminado deciden que ha de ser el arbitrio del juez quien ha de ponderar las circunstancias en cada caso concreto “*pues no puede tenerse por tal (justa causa) la animadversión que entre las partes existe, ni meras conjeturas sobre malévolas influencias de la abuela sobre la menor (...) ni la supuesta despreocupación de la actora para con su nieta (...) pues la prueba practicada ha demostrado el interés que aquélla siempre ha tenido en ver a la menor, lo que ha sido impedido por la madre*. En esta línea, J.M. Lete del Río⁽⁴⁾ en el artículo titulado “Derecho de visitas de los abuelos” resalta textualmente que el art. 160 del CC, aunque enunciado de forma negativa, reconoce claramente la existencia de un derecho de los abuelos a mantener relaciones personales con el nieto y de éste con ellos, *al que los padres no podrán oponerse a pretexto de incompatibilidad con el ejercicio de sus propias facultades como titulares de la patria potestad, sino solamente alegando y demostrando la existencia de motivos graves (justa causa), en cuyo caso habrá de decidir el juez o tribunal a petición del menor o del pariente o allegado*. Como puede constatarse, la carga de la prueba incumbe a los demandados (a los padres que se oponen), lo que constituye confirmación de la existencia de un verdadero derecho subjetivo a favor de los parientes o allegados a relacionarse con el menor”.

Sin embargo, en este punto la *Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 1 de febrero de 1996* entiende que el derecho reconocido en el referido art. 160 del Código Civil contiene una doble limitación, dado que este derecho no es equiparable al reconocido entre los progenitores con respecto a sus hijos, pues no sólo “descansa en el cariño mutuo y la necesidad afectiva o la convivencia educativa para un niño (...), sino que también encuentra apoyo en algo tan importante como es el ejercicio de la patria potestad”. A lo que habría que añadir un segundo límite, basado en el *principio de general de interés del menor*. De este modo, en aras al principio reinante del *bonus filii* y en el caso que las visitas supusieran una influencia negativa para el menor “*se considera grave, que los abuelos paternos culpen de la muerte de su hijo públicamente a su nuera y se difunda insultos contra la misma, a través de medios de comunicación*”. Por lo que, procedería tal supresión “al concurrir justa causa, como las malas relaciones suegros-nuera, las graves acusaciones que flotan en el ambien-

(4) J.M. LETE DEL RÍO, “Derecho de visita de los abuelos”, Poder Judicial, n.º 25, marzo de 1992, p. 148.

te; y, por derivación las malas influencias que pueden ejercer aquellos sobre la nieta, de persistir en su actitud que redundaría, sin duda, en perjuicio de la pequeña para con su madre”.

En definitiva, sobre todo lo *anterior planea el principio del bonum filii* recogido en la *Declaración de los Derechos del Niño*, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1959, en no pocos Principios. En este sentido, el Principio 2 refiere textualmente que “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al proclamar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”. Por su parte, el Principio 6 señala que “el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material...”, por lo que “el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación; dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres” (Principio 7).

En este sentido lo manifiesta Castán Vázquez⁽⁵⁾ al reconocer que este Derecho (cuyo contenido supone el asegurar las relaciones entre el menor y otros parientes), desde antiguo se ha percibido como necesario.

En consonancia con todo lo anterior no podemos dejar de mencionar la preocupación que estas situaciones ha suscitado entre nuestros políticos. Ello se pone de manifiesto con la reciente *aprobación por el Pleno del Senado* (con fecha de 30 de mayo de 2000) de una moción que pretende garantizar que efectivamente la relación de los nietos y sus abuelos no se vea trastornada tras un divorcio o una separación, más concretamente se instó a la modificación del articulado de nuestro Código Civil que regula esta materia. Es más, en dicho Pleno se pudieron oír las voces de los senadores que señalaban que si bien “el espíritu del art. 160 CC es correcto. Lo único que debe regularse es precisamente lo que pide esta moción: que se regulen con mayor atención esas relaciones con los demás parientes y allegados” (Capdevila i Blas); o intervenciones en las que se alegaba que se debían “atender los derechos de afectividad de esos menores cuyos padres han resuelto su crisis matrimonial con una separación o un divorcio” (Mora Devis).

(5) CASTÁN VAZQUEZ, José M.³ *Comentario del Código Civil*. Tomo I. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica. Centro de Publicaciones, Madrid, 1991.

En conclusión, ante la falta de una actitud positiva por una de las partes para que este derecho se desarrolle con cierta normalidad, independientemente de las circunstancias que han rodeado la crisis matrimonial e incluso en supuestos en los que por parte de los progenitores no separados no posibiliten el desarrollo de este derecho, “ha de establecerse un sistema de visitas”, acudiendo de momento a la jurisdicción voluntaria; si bien senadores como Mora Devis defienden en el Senado como vía procedimental a seguir el procedimiento incidental, evitando un menor cuantía, en aras a la agilización de la Justicia.

CRÓNICA LEGISLATIVA

**MOCIÓN DEL GRUPO PARLAMENTARIO POPULAR
EN EL SENADO, POR LA QUE SE INSTA AL GOBIERNO
A QUE EN EL PLAZO DE SEIS MESES ELABORE
UN PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO
CIVIL QUE REGULE, EN LOS PROCESOS QUE
RESUELVAN CRISIS DE PAREJAS, LA POSIBILIDAD
DE QUE LOS HIJOS CONTINÚEN SU COMUNICACIÓN
Y RELACIÓN DE AFECTIVIDAD CON SUS ABUELOS,
RECABANDO AL EFECTO EL DICTAMEN
DE ESPECIALISTAS (662/000015)**

La señora PRESIDENTA: Moción del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, por la que se insta al Gobierno a que en el plazo de seis meses elabore un proyecto de ley de reforma del Código Civil que regule, en los procesos que resuelvan crisis de parejas, la posibilidad de que los hijos continúen su comunicación y relación de afectividad con sus abuelos, recabando al efecto el dictamen de especialistas.

A esta moción se ha presentado una enmienda por parte del Grupo Parlamentario de la Entesa Catalana de Progrés.

Para la defensa de la moción y en nombre del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, tiene la palabra la Senadora Mora.

La señora MORA DEVIS: Muchas gracias, señora Presidenta.

Señorías, ésta es mi primera intervención ante esta Cámara, por lo que solicito de sus señorías la cortesía parlamentaria suficiente para poder disculpar, en la medida de lo posible, los involuntarios errores que pueda cometer. Pero en esta ocasión quiero recabar una mayor cortesía porque esta Senadora y

su Grupo Parlamentario desean que esta moción sea tratada con el máximo cariño y, en ningún caso, sea calificada de banal.

Señorías, la Constitución Española, en su artículo 9.2, garantiza el pleno desarrollo de la libertad y de la justicia a todos los españoles. Pero una atenta observación de la realidad revela que en las separaciones y en los divorcios es común que los menores sufran la injusticia de tener que dejar de ver y relacionarse con sus abuelos. Las razones son de diversa índole y no es éste el momento de analizarlas, tan sólo manifestaré ante la Cámara que uno de cada nueve niños ha vivido un divorcio en las últimas dos décadas.

El Grupo Parlamentario Popular pretende con esta moción que la Cámara llegue al convencimiento de que es imprescindible e ineludible atender los derechos de afectividad de esos menores cuyos padres han resuelto su crisis matrimonial con una separación o un divorcio. De la misma manera, debemos recordar, señorías, que el Gobierno garantizó la tranquilidad de los mayores a través de la creación de un plan de garantías de las pensiones. Mi Grupo Parla-

rio pretende con esta moción que se garanticen, por un lado, los derechos de afectividad del niño y, por el otro, la felicidad de los abuelos.

Para ello, debemos instar al Gobierno con una moción del siguiente tenor:

El Senado insta al Gobierno a que en el plazo de seis meses elabore un proyecto de ley de reforma del Código Civil que regule, en los procesos que resuelvan crisis de parejas, que los hijos mantengan las relaciones personales singularmente y de forma especial con sus abuelos. Asimismo, el Senado insta al Gobierno a que en el ámbito de la anterior reforma aborde el tratamiento más adecuado de las relaciones de los hijos en caso de ruptura familiar con los demás parientes y allegados.

Señorías, mientras haya un solo niño que, queriendo, no pueda ver a sus abuelos, o mientras haya un solo abuelo que tenga que acudir, como ocurre hasta estos momentos, al auxilio judicial para proveer a ese niño del afecto de los abuelos, no se nos está permitido descansar, no se nos está permitido relajar nuestras responsabilidades políticas por dos razones fundamentales: primero, porque no es justo y, segundo, porque los perjudicados son niños.

No podemos consentir que la relación de afectividad en esas situaciones de crisis nazca precisamente de una judicialización. Quiero hacer recordar ante sus señorías una sentencia dictada por el Tribunal Supremo, de fecha 23 de noviembre de 1999, en la que se le reconocía un derecho de visitas a unos abuelos para con sus nietos. Señorías, esta sentencia ha de ser la última que se dicte, porque no podemos hacer oídos sordos ni a estas personas que han tenido el coraje de llegar hasta el Tribunal Supremo para que se les reconozca lo que en el Derecho natural y en el Código Civil está reconocido en el artículo 160 de nuestro ordenamiento jurídico, para que efectivamente se pueda llevar a cabo lo que ambos quieren: los niños y los abuelos. Pero no solamente estas personas.

Quiero poner en conocimiento de sus señorías que instituciones como Mensajeros de la Paz han prestado un interés muy especial por que esta moción y su futura ley llegue a todos los hogares españoles que lo precisen.

Pero ¿cómo abordar el problema? Señorías, expertos sociológicos dicen que la familia es, por encima de cualquier otra cosa, una sólida red de solidaridades; que el gran misterio de la sociedad humana es observar cómo una generación hace grandes sacrificios para que siga adelante la siguiente; que el divorcio no interrumpe esta responsabilidad pero sí la desequilibra y que la falta de apoyo familiar deja al individuo en una posición desfavorecida frente a la sociedad.

En otro orden de cosas, hay que tener un dato en cuenta, y es que la prosperidad económica de la mejor o peor llamada tercera edad, en los últimos diez años, ha sido destinada en mayor medida a la transferencia de rentas dentro del seno de la familia entre padres, hijos y nietos que a su propio bienestar. Estamos pues ante una obligación de solidaridad.

Por otra parte, la pedagogía social nos va a marcar las pautas para comprender el mundo de los niños. La pedagogía dice que para los niños la familia es su único mundo, que está formada por personas y significaciones y que ambas les son decisivas; que los niños construyen su propio yo a partir de la diferenciación entre personas y actitudes y esta diferenciación es la que les permite obtener modelos diferentes de identificación; que los niños precisan de la autoestima que les proporcionan los mayores, que además precisan de adultos que, sin prisas, les transmitan valores espirituales, sociológicos y culturales, pero a su modo fantástico e infantil, y a su modo totalmente diferente de como lo vemos los adultos; que tanto los niños como los mayores sólo quieren disfrutar de la libertad en contra de las obligaciones que le proveemos los adultos a nuestros niños, y que los abuelos sólo quieren ver disfrutar a los niños en el descubrimiento

actual de su vida, que además los abuelos pueden entender mejor a los niños que sus padres porque saben por experiencia que muchas de las cosas que preocupan a sus padres luego no tienen tanta importancia en la vida afectiva.

Por otra parte, hay que poner en conocimiento de la Cámara que encuestas manifiestan que a los abuelos les interesa mucho la relación con sus nietos, que incluso les gustaría ampliarla y que dicen que no es más íntima porque sus padres no la desean, que los padres no le dan otro valor a las relaciones entre nietos y abuelos que la puramente instrumental y, algo que no hace falta que lo digan las encuestas, que en la actualidad más pronto se les provee a los niños de amistades electrónicas que de relaciones con sus abuelos. A mayor abundamiento de todo lo que se expone, hay que decir que el que ha sido una buena persona, un buen hijo, un buen padre, necesariamente tiene que ser un buen abuelo.

Por eso la atenta observación de la realidad nos indica que después de un divorcio todos los miembros de la extinta familia emprenden una vida nueva, pero —¡ojo!— aquí hay una diferencia: los niños no lo han buscado, y se les cercena la única vida que tienen, su único mundo, que es su familia, y frente a la necesidad infantil de seguridad se les provee de incertidumbre. Ahí, en este momento, tienen que aparecer los abuelos, porque los abuelos del menor son la primera referencia de la familia, puesto que son la primera referencia de la seguridad.

Si esto no fuera suficiente, quiero llamar la atención de sus señorías sobre unos razonamientos jurisprudenciales que vienen a avalar esta necesidad, y permítanme, señorías, que, al ser ésta una Cámara territorial, y la que les habla ser valenciana y ser mujer, haya entresacado una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia dictada el 20 de junio de 1991, siendo ponente la ilustrísima señora Esperanza Goñi, que viene a diferenciar el régimen de visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia, regula-

do en el artículo 94 del Código Civil, de aquel régimen de visitas a parientes más o menos próximos y allegados, regulado en el artículo 160 de nuestro ordenamiento jurídico. Esta sentencia, en esquema, viene a decir: En este punto habrá de recordarse un elemento al principio que ha de presidir toda resolución en la materia cual es la protección del interés de los menores que, aun desde una posición de pasividad, se ven directamente afectados por tales avatares.

Así las cosas, y para que la exposición ofrezca una mayor visión, creo que es conveniente dar unos retazos de Derecho comparado. La legislación francesa, en su artículo 374.1 viene a regular algo en torno a la autoridad parental, viene a ser el mismo equivalente a nuestro artículo 160 del Código Civil; la legislación alemana, en su artículo 1685 también hace un reconocimiento de los derechos del menor y viene a asimilarse perfectamente a nuestro artículo 160 del Código Civil; en la portuguesa está recogida en su subsección segunda, relativa al poder paternal, y viene a hacer una coincidencia con lo que nosotros tenemos en nuestro ordenamiento jurídico. Pero de lo que se trata con esta moción no es de esto, que ya lo tenemos; de lo que se trata es de dar un paso de seguridad a los niños, de ayuda al pasivo, como dice la sentencia, y otro paso de erradicación de la judicialización de esta relación de afectividad, porque se trata de que los poderes públicos, en cumplimiento del artículo 39.2 de la Constitución, realmente aseguren a los niños su derecho de relación de afectividad con sus abuelos, pero —¡ojo!— desde el mismo instante de la declaración de separación matrimonial; ese es el instante de crisis: ahí precisamente es donde debemos estar y ahí está el fundamento de esta moción. Porque, señorías, hemos de hacer todo lo posible para que la sentencia referida anteriormente del Tribunal Supremo sea la última. No podemos quedar impasibles ante la judicialización *de facto*, que sólo ha de quedar para el incumplimiento, no para el reconocimiento de esa

relación de afectividad. Además, mirando ya al futuro, vamos a encontrarnos con una legislación pionera en el ámbito europeo; vamos a ser los pioneros por aplicación del apartado sexto, número 34, de los acuerdos adoptados en el Consejo Europeo, de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1996, que dice expresamente: en materia civil, el Consejo Europeo pide a la Comisión que formule una propuesta para reducir aún más las medidas intermedias que siguen exigiéndose. Y dice que el primer paso ha de consistir en determinadas sentencias en el ámbito de los litigios familiares; por ejemplo, menciona expresamente las demandas de pensión de alimentos y el derecho de visitas. De este modo, el derecho de visitas de los niños con sus abuelos tendrá cumplimiento efectivo e instantáneo en todos los países de la Unión Europea.

Cabe decir por tanto que, una vez aprobada la ley, nuestros niños serán los niños más felices de Europa, y los mejor preparados, los más íntegramente formados; y nuestros abuelos, cómo no, los más felices de Europa.

Nada más y muchas gracias. (Aplausos desde los escaños del Grupo Parlamentario Popular.)

La señora PRESIDENTA: Muchas gracias, Senadora Mora.

Como dije antes, se ha presentado una enmienda por parte del Grupo Parlamentario de la Entesa Catalana de Progrés, y para la defensa de esta enmienda tiene la palabra el Senador Molas por tiempo de diez minutos.

El señor MOLAS I BATLLORI: Muchas gracias, señora Presidenta.

El tema efectivamente no es banal; es un tema de gran calado y, por tanto, la moción que presenta el Grupo Parlamentario Popular la hemos recibido con una magnífica impresión por lo que significa de valentía al entrar en esta cuestión. Debemos expresar que estamos de acuerdo con el sentido de la misma; es decir, estamos de acuerdo con que nuestro Derecho regule de una forma

singularizada la relación entre los hijos y los abuelos, diferenciando a los abuelos de los parientes y allegados, dentro de los cuales están subsumidos en la regulación actual del Código Civil.

Por tanto, de entrada, le manifiesto una posición favorable a la moción que presenta y, por la enmienda que he formulado, mi reserva se refería a la inconcreción de una petición de dictamen de especialistas que luego hemos solucionado mediante la propuesta de una enmienda transaccional que solucione el tema, manteniendo el fondo, yo creo, de la moción presentada.

Seguramente cada uno puede encontrar sus propias razones sobre cuál es el sentido que permite justificar este tratamiento singular de los abuelos que nos gustaría ver en la ley. Puede haber razonamientos de novedad mirando al pasado, razonamientos de novedad mirando a un futuro y razonamientos simplemente de conveniencia sobre lo que es hoy nuestra actualidad. Y la verdad es que, en mi opinión, en los últimos veinte años, sobre todo después de los efectos más duros de la crisis de finales de los años setenta y comienzo de los ochenta, la gran familia, que para muchos era una cuestión olvidada, se convirtió en un elemento clave para la superación individual de los efectos de la crisis, y sea con la fórmula de los abuelos, sea bajo la fórmula de parientes allegados que a veces, desde la lejanía mostraban la existencia de ese tejido especial de solidaridades que constituyen el fondo, lo que es la unión de varias personas en una familia, sirvieron de gran amortiguador de los efectos de destrucción humana que comporta siempre una crisis económica y, al mismo tiempo, han servido luego de mantenimiento en situaciones posteriores de dificultad. Todos hemos aprendido, y quizá mucho. Creo que en España esto ha sido un elemento muy importante que ha permanecido más allá de la aparición coyuntural en aquel momento y que, en este gran ámbito de la familia, en la protección y solidaridad de sus miembros, los abuelos han jugado un papel muy importante no tanto porque los mayo-

res tengan una posición de predominio por el hecho de ser mayores, sino porque, a lo largo de su vida, han sido más veces solidarios con los otros miembros de la familia y, en consecuencia, saben más de solidaridad y de su práctica.

Pueden ser, efectivamente, un factor de equilibrio, y la verdad es que lo ha sido. También a veces, cuando surgen problemas en la familia, constituyen también un factor de radicalización y debe contarse con ello, pero globalmente considerado han sido y son un gran elemento de mantenimiento de la familia que, por una parte, tiende a ser monoparental y que, por otra parte, se mantiene como gran estructura familiar de las solidaridades de las que hablábamos. Usted hablaba de red de solidaridades. Absolutamente de acuerdo. Por esto creo que debe haber un tratamiento especial que reconozca este hecho y que permita a los abuelos tener una regulación específica que a veces se echa en falta cuando se ve el desequilibrio que produce en los hijos afectados por separaciones de los padres que no siempre se han llevado a cabo en armonía, que se encuentran con que los abuelos quedan metidos en el saco y entonces los hijos no tienen incluso ni la posibilidad de ver a los abuelos o, al menos, su relación es muy conflictiva.

Creo que la moción que insta al Gobierno a que presente un proyecto de ley es correcta. Nosotros estaremos a favor siempre y cuando, como es natural, no se disminuya la valoración del órgano jurisdiccional, que es el que tiene el papel fundamental y el que debe resolver las situaciones y distribuir los derechos en los casos de separación en los que deba acudir de una forma directa.

La enmienda transaccional dice que el Senado insta al Gobierno a que, en el plazo de seis meses elabore un proyecto de ley de reforma del Código Civil que regule, en los procesos que resuelvan crisis de parejas, que los hijos mantengan las relaciones personales, singularmente y de forma especial con sus abuelos. Y sigue diciendo: Asimismo, el Senado insta al Gobierno a que, en el

ámbito de la anterior reforma, aborde el tratamiento más adecuado de las relaciones de los hijos en caso de ruptura familiar con los demás parientes y allegados.

Con esta enmienda transaccional consideramos que queda recogido el sentido de la enmienda que habíamos presentado y, por lo tanto, votaremos a favor.

Esperaremos el proyecto de ley, lo estudiaremos con atención y confiamos en que pueda convertirse en ley con el voto favorable de la totalidad de los integrantes de las Cámaras en la medida en que esta es una cuestión no sólo muy importante sino que, además, esta innovación no debe sujetarse a un debate partidista o a un debate de opciones ideológicas, sino simplemente a la resolución de un tema concreto que yo creo que todos queremos resolver y, en consecuencia, debemos buscar la forma de resolverlo sin necesidad de entrar en polémicas estériles, es decir, resolverlo pronto, si es posible, pero no antes de lo que pueda ser conveniente y, si es posible, con una sola posición que pueda recoger el sentir unánime de las Cortes Generales.

Muchas gracias, señora Presidenta.

La señora PRESIDENTA: Muchas gracias, Senador Molas.

¿Desea intervenir ahora la representante del Grupo Parlamentario Popular como autora de la moción originaria o quiere hacerlo en el turno de portavoces?

La señora MORA DEVIS: Intervendré en el turno de portavoces.

La señora PRESIDENTA: En ese caso, pasamos al turno de portavoces.

Por el Grupo Parlamentario Mixto, tiene la palabra el Senador Quintana.

El señor QUINTANA GONZÁLEZ: Señorías, intervengo para saludar la presentación de la moción, la defensa apasionada que ha hecho la Senadora y para decir que, evidentemente, la moción nos presenta un problema cotidiano al que es evidente también que hay que dar una solución desde el ámbito jurídico. Vamos, por lo tanto, a apoyar la moción, y permítame únicamente de-

cirle que si no hubiera sido por su intervención nuestro voto, además de ser afirmativo, hubiera sido también más apasionado, porque su intervención, que yo entiendo desde su perspectiva ideológica, sirvió para tender sobre esta Cámara una sensación de dramatismo sobre el hecho en sí mismo del divorcio y la separación, que creo que no ha lugar en la realidad cotidiana que todos vivimos. Además, yo creo que con su intervención, seguramente sin desearlo, usted presupone determinadas virtudes innatas a los abuelos por el hecho de serlo, y yo creo que eso también es excesivo si comprobamos la realidad que todos los días vivimos. Yo sé que seguramente usted no quería plantear así las cosas, pero yo realmente fue lo que entendí, y me da la impresión de que más de un miembro de esta Cámara así también lo percibió. Porque aun siendo lógico y evidente la necesidad de legislar el problema fundamental que la moción plantea y por lo que merece nuestro apoyo y nuestro voto afirmativo, no perderá usted de vista también —porque se ve que tiene estudiado el problema— que al lado de esa situación también se da el intento por parte de los abuelos de suplantar lo que es el derecho y correspondencia de los propios padres, y esa reforma legislativa que usted propone y que nosotros apoyamos deberá tener muy en cuenta no amparar ese tipo de actitudes. (El señor Vicepresidente, Rojo García, ocupa la Presidencia.) Senadora, todos estamos dispuestos a considerar, como no podía ser de otra manera, a la familia como la unidad básica de convivencia y la institución fundamental en la conformación de nuestra personalidad, pero, dicho eso, yo creo que sacralizar las instituciones, incluso la familia, es malo, porque es conferirle por sí misma la solución de problemas que sólo el sentido común del ser humano puede solventar y no la institución familiar por sí misma por el hecho de existir.

Aun así, yo, manifestando con las mismas consideraciones las diferencias ideológicas que nos separan, sustento que la moción es pertinente, en lo fundamental pone de manifiesto un problema que precisa de

modificaciones legislativas y, por lo tanto, va a recibir nuestro apoyo.

Muchas gracias.

El señor VICEPRESIDENTE (Rojo García): Muchas gracias, Senador Quintana.

Por Coalición Canaria, tiene la palabra el Senador Acosta.

El señor ACOSTA PADRÓN: Gracias, señor Presidente.

Señorías, intervendré muy brevemente para fijar la posición del Grupo de Senadores de Coalición Canaria respecto a la moción presentada por el Grupo Popular.

Somos conscientes de la importancia del tema considerado en la moción y por ello queremos felicitar a la Senadora proponente, que, por otra parte, nos ha expuesto esta moción con una extraordinaria y documentada presentación.

Consideramos un hecho de indiscutible importancia para el equilibrio emocional y desarrollo del niño la relación con sus abuelos en los casos de crisis entre las parejas. Por ello, nos parece apropiada la moción y la apoyaremos, junto con la enmienda transaccional que se ha propuesto.

Por tanto, votaremos a favor de que en el plazo de seis meses se elabore un proyecto de ley de reforma del Código Civil en el sentido solicitado en la moción.

Nada más. Gracias.

El señor VICEPRESIDENTE (Rojo García): Gracias, Senador Acosta.

Por el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos, tiene la palabra la Senadora Etxegoyen.

La señora ETXEGOYEN GAZTELU-MENDI: Muy buenas tardes. Permítanme que les robe un segundo de su tiempo para saludarles, especialmente —iba a decir a la Presidenta—, en este caso, al Presidente en funciones y a la Mesa de esta Cámara, como a todos y cada uno de ustedes, mis compañeros en esta sala.

El fondo del asunto de la moción que se nos presenta, desde luego, creo que no es ajeno a ninguno de nosotros. A nadie se nos escapa la importancia que tienen los meno-

res y sus relaciones familiares, ya sean con sus padres o con los abuelos.

Por otro lado, en la propia Ley de Protección Jurídica del Menor, la Ley 1/1996, de 15 de enero, ya se contemplan situaciones no sé si a atreverme a decir que más difíciles que una ruptura matrimonial, pero, en todo caso, aquellas en las que se vive en el desarrollo familiar una ausencia de afectividad y desprotección del menor absoluta. En aquellos casos incluso en los que se retira la guarda y custodia de sus progenitores para asumir dicha responsabilidad una institución se habla de la familia extensa precisamente para, en aquellos casos en los que el menor deba ser acogido, buscar a esa familia de acogida en su entorno familiar más próximo: sus tíos y abuelos. Y cómo no decir que ya está marcada desde la propia normativa actualmente vigente esa importancia que se da a los abuelos, al entorno familiar de un menor cuando hay que hablar de su protección.

Sin embargo, creo que el propio texto de la moción nos evidencia la complejidad de este tema. Y en esto comparto las palabras de mi compañero del Grupo Mixto cuando comenta que después de su exposición en algún punto ve una complejidad aún mayor. El propio texto de la moción nos habla de procesos que resuelven crisis de parejas. Estoy convencida —soy abogada de profesión y la práctica y la experiencia me lo ha demostrado— de que no hay ninguna resolución judicial que resuelva el problema de una pareja. Ese es un tema de ámbito personal. Lo que hace una resolución judicial es dotar de los instrumentos para regular las relaciones entre los padres, entre el matrimonio y los demás miembros de la familia.

Hablamos de la necesidad de que los hijos mantengan las relaciones especialmente con los abuelos, así como buscar el tratamiento más adecuado para que otros allegados también puedan mantener relaciones con los menores, actuando siempre en beneficio de éstos. En este punto precisamente (el señor Vicepresidente, Prada Presa, ocupa

la Presidencia) la Senadora Mora nos ha hablado del cómo. Sin embargo, no ha podido precisar cómo hacer esto. Tal vez no sea la labor de esta Cámara en estos momentos, pero estoy más que convencida de que la tramitación de este tipo de procedimientos judiciales afecta, en primer lugar, al vínculo matrimonial y, cómo no, a la convivencia y a las relaciones afectivas y personales de los demás miembros de la familia. Y esto, *per se*, sin que incluso las partes primigenias del proceso lo quieran, tiene una serie de efectos colaterales que son muy difíciles de predecir y muy difíciles de resolver. Quiero decir que en este punto está el *quid* de la cuestión. Un papel, una moción, ya sea el discurso de la Senadora Mora, el mío propio o el de cualquiera de mis compañeros, el texto de un precepto legal lo soporta todo. Y en cuanto a las buenas intenciones, también. Creo que es un tema en el que va a haber unanimidad y es muy importante tratarlo, pero el cómo es donde radica el *quid* de la cuestión. Es por eso que me gustaría rogar que huyamos, si se me permite la expresión, como de la peste de cualquier tipo de iniciativa o actuación dentro de nuestra responsabilidad que favorezca o facilite la judicialización de las relaciones afectivas o personales. Creo que ahí radicaría un gran error. De cualquier forma, estoy más que convencida de que es una iniciativa importante y como tal la vamos a apoyar.

Por otra parte, simplemente quiero señalar que comparto muchas de las afirmaciones que ha vertido en su exposición la señora Mora, pero hay otras muchas que no puedo compartir. Dicho sin acritud y desde el más absoluto de los respetos, en su intervención ha habido en determinadas situaciones un deje de moralina que yo como miembro de este Grupo, como portavoz del mismo y personalmente, incluso como mujer, no comparto.

Probablemente el tema de qué tipo de familia o cuál es la noción de familia que nosotros tengamos no es el motivo de este de-

bate pero, desde el mayor de los respetos, creo que era mi obligación comentárselo.

Finalmente, en el horizonte común que a todos nos lleva a actuar siempre en interés del menor, cualquier iniciativa que se presente en esta Cámara contará con el apoyo de este Grupo. No es que quiera ser pesimista en mi discurso, ni mucho menos, simplemente me da la sensación de que a nosotros y a nuestros compañeros en el Congreso de los Diputados nos va a tocar trabajar una vez que tengamos el texto del anteproyecto o el proyecto de ley a este respecto.

Muchas gracias. Eskerrik asko.

El señor VICEPRESIDENTE (Prada Presa): Gracias, Senadora Etxegoyen.

Por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés? (Pausa.) El Senador Molas no hace uso de este turno.

¿Por el Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió? (Pausa.) Tiene la palabra el Senador Capdevila por tiempo de diez minutos.

El señor CAPDEVILA I BAS: Muchas gracias, señor Presidente.

Vaya por delante que nuestro Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió también comparte la preocupación por el óptimo desarrollo del menor, que las relaciones familiares con el mismo son positivas y que, como reconoce la jurisprudencia sentada sobre el particular, toda desvinculación con un nexo familiar sólo puede producir desarrollos negativos.

Nuestro posicionamiento favorable a la moción vamos a desarrollarlo en varios extremos. En primer lugar, efectivamente, el artículo 160 del Código Civil se circunscribe en el ámbito familiar a las relaciones paterno-filiales prioritariamente, englobando de forma indirecta a las relaciones familiares de los abuelos con los nietos en los párrafos segundo y tercero del referido precepto al prescribir que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales entre el hijo y otros parientes y allegados.

En segundo lugar, nuestro Grupo cree también que el ámbito familiar en donde se

desenvuelva el menor no debe circunscribirse sólo a las relaciones paterno-filiales en caso de ruptura matrimonial. Lo que sucede es que dichas relaciones no están suficientemente reguladas, y el punto tercero del artículo 160 del Código Civil tan sólo se refiere de forma global a que, en caso de oposición, el Juez, a petición del menor o del pariente o allegado, resolverá atendidas las circunstancias.

De hecho, tal y como ha puesto de manifiesto la Senadora Mora, la cuestión planteada por la moción ha sido ya bastante resuelta por las sentencias y la doctrina del Tribunal Supremo. Yo voy a citar también la sentencia que ha invocado su señoría, de 23 de noviembre de 1999, que cierra un proceso en el que efectivamente los abuelos tuvieron que recurrir hasta llegar al Tribunal Supremo, tras prácticamente siete u ocho años de pleitear. La doctrina que sienta esta sentencia textualmente es que las medidas que los jueces puedan adoptar a través del artículo 158 de Código Civil se amplían a otras situaciones, incluso aunque excedan de las meramente paternofiliales, como el establecimiento de un régimen de visitas y breves permanencias del menor en el domicilio de sus abuelos. Y lo que es más importante, en dicha sentencia el Tribunal Supremo ya contemplaba la posibilidad de que se adopten dichas medidas al inicio, durante el curso del juicio, o bien incluso después del mismo, conforme las circunstancias cambien y oyendo siempre al menor. El derecho del menor está reconocido precisamente en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero, que textualmente dice: El derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial, en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

Este extremo también se recoge exhaustivamente por la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de septiembre de 1996, con el reconocimiento pleno de

la titularidad de derechos de los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos, de manera que han de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto para ir construyendo progresivamente el control acerca de su situación personal y proyección de futuro, evitando siempre que el menor pueda ser manipulado, buscando su formación integral y su integración familiar y social.

En tercer lugar, tal como razona la sentencia de 11 de junio de 1996, también del Tribunal Supremo, refiriéndose a las relaciones paternofiliales, por cuanto insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo y resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forma también entre las contradicciones que emanan a veces de los planteamientos y opiniones de los parientes y siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, que no respondan a patologías o ejemplos corruptores.

A nuestro Grupo le parecía conveniente la circunstancia de que se exigieran o recabasen estos informes médicos o informes de especialistas, porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo ya lo exige. Y así, las sentencias citadas aluden también al dictamen de especialistas, que el juez normalmente habrá de recabar para calibrar la amplitud o limitación de la medida a adoptar y llegar al convencimiento de que no exista ninguna causa que impida o desaconseje momentáneamente las relaciones personales entre el menor y los abuelos; porque, como se ha dicho, lo normal es que esas relaciones inserten beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo.

Una última consideración que también nos mueve a apoyar esta moción se refiere a que la regulación de las relaciones de afectividad entre los menores y los abuelos se lleve a cabo con una amplitud del concepto. Es decir, el espíritu del texto del artículo 160 del Código Civil es correcto, y lo único que debe regularse es precisamente lo que pide la moción: que se regulen con mayor aten-

ción —con atención prioritaria, si se quiere— esas relaciones en caso de ruptura matrimonial o crisis de pareja, y en el segundo apartado —y de ahí viene la transacción que se ha logrado con la firma de prácticamente todos los Grupos—, el tratamiento más adecuado de esas relaciones de los hijos en caso de ruptura familiar con los demás parientes y allegados.

Por otro lado, el regular este tema dentro del campo de la crisis y ruptura de pareja y establecer con mayor concreción esas medidas tiene por objeto que el juez pueda adoptarlas con las demás, al inicio de cualquier procedimiento, para que puedan ejercitarse precisamente en el mismo momento que aquéllas y, sobre todo, que no ocurra lo que ha dicho la Senadora Mora: que se entable un procedimiento declarativo que se resuelva transcurridos varios años, normalmente tras siete u ocho años de pleitear.

En este sentido, entre las sentencias examinadas observé la correspondiente al 11 de junio de 1996, caso en el que transcurrieron siete u ocho años, hasta el extremo de que la propia sentencia del Tribunal Supremo hace una referencia a la misma y retoca la sentencia recurrida, en el sentido que se manifiesta en el fundamento quinto: Debe partirse del cambio operado en el estado litigioso ya que la edad del menor era sólo de siete años al tiempo de plantearse la demanda, mientras que en el presente el menor ha cumplido los catorce, lo que coloca al entonces infante en el inicio de la pubertad y ante un mayor grado de discernimiento y de enfoque autónomo de su toma de decisiones.

Por tanto, damos nuestro total apoyo a la moción presentada, y simplemente me queda precisar que en todo caso es un derecho del menor relacionarse con los abuelos, y no de los abuelos relacionarse con el menor. En segundo lugar, debe garantizarse de manera expresa la audiencia del menor, así como recabar ese dictamen de los especialistas. Y en tercer lugar, hay que reconocer y exigir estos mecanismos legales que garanticen su ejercicio y el cumplimiento efectivo de tales medidas.

Muchas gracias, señor Presidente.

El señor VICEPRESIDENTE (Prada Presa): Gracias, Senador Capdevila.

Por el Grupo Parlamentario Socialista, y en turno de portavoces, tiene la palabra la Senadora Pérez Anguita por tiempo de 10 minutos.

La señora PÉREZ ANGUITA: Muchas gracias, señor Presidente.

Señorías, es la primera vez que me dirijo a todos ustedes en esta Cámara.

Me gustaría desearles éxito en la legislatura recientemente iniciada que para mí no sería otro que el que sepamos cubrir las expectativas de las ciudadanas y de los ciudadanos que con la generosidad de su voto han depositado su confianza en los miembros que integramos esta Cámara. Ojalá seamos capaces de dejar a un lado los sectarismos en aras de leales y legítimas diferencias ideológicas que, al contrario de los primeros, realmente posibilitan la verdadera transformación social, positiva, en la que deben imperar la solidaridad, la libertad, la justicia social que nuestra sociedad nos demanda y que es el único motivo para el que hemos sido elegidos y elegidas.

De antemano les doy las gracias por su atención y no duden que para recorrer este camino me tendrán a su disposición.

Paso ya a fijar la posición del Grupo Parlamentario Socialista sobre la moción que presenta el Grupo Parlamentario Popular. Más bien parece que el Grupo Parlamentario Popular no tiene, desde mi punto de vista, demasiado interés en solucionar el problema planteado en la moción. Digo esto porque si lo tuviera lo hubiera solucionado ya, puesto que con fecha 14 de diciembre de 1999 el mismo Grupo presentó en el Congreso de los Diputados una proposición no de ley relativa al régimen de visitas de los abuelos para con los nietos en los casos de ruptura matrimonial.

La mencionada proposición no de ley obtuvo el respaldo de la mayoría de los Grupos. Y más bien parece —apelo a la responsabilidad a la que aludía en las primeras pa-

labras de mi intervención— que no hay una voluntad clara de solucionar el problema porque, de ser así, ya desde su inicio se hubiera presentado una proposición de ley en el Congreso o bien se hubiera actuado con más celeridad, ya que —como digo— la mencionada proposición no de ley obtuvo el respaldo de la mayoría de los grupos políticos.

El pasado 14 de diciembre se instaba al Gobierno en el Congreso a que en el plazo de seis meses se llevara a cabo la reforma. Según entiendo, los mandatos del Congreso son tan válidos como los del Senado. No se entiende entonces esta moción en el Senado en el mismo sentido otorgando otros seis meses al Gobierno para llevar a cabo la citada reforma. Pero como el asunto en sí reviste importancia, el Grupo Parlamentario Socialista va a fijar su posición. Cualquier persona, utilizando el término “persona” en su acepción más fiel, tiene necesariamente que estar de acuerdo en que los abuelos puedan libremente comunicarse con sus nietos y viceversa. No sólo por la felicidad mutua que puede llevar a ambas partes, sino también porque es necesario para la socialización de las personas, de los niños y de las niñas en este caso.

Simplificando, el Grupo Parlamentario Popular trata de determinar hasta qué punto la facultad de los padres de velar por los hijos y de tenerlos en su compañía es, a su vez, compatible con la prohibición que establece el artículo 160 del Código Civil de no impedir la relación de esos hijos con otros parientes o allegados y muy especialmente con los abuelos.

Nuestro Grupo no comprende por qué para el Grupo Parlamentario Popular este hecho concreto reviste tanta alarma y no porque no exista en nosotros sensibilidad al respecto. La sensibilidad es algo que está en las personas independientemente de la ideología que tengan. Pero consideramos que en este hecho no hay indefensión puesto que el Tribunal Supremo viene señalando que el artículo 160 del Código Civil debe interpre-

tarse en el sentido de favorecer de una manera especial las relaciones del niño con sus abuelos precisamente por el valor formativo y por el carácter de instrumento esencial para la forja de la personalidad que estas relaciones tienen.

Sin embargo, al Grupo Parlamentario Socialista le gustaría que no se simplificara el problema solamente a la relación de los abuelos con los nietos, sino que se tratara de una forma más amplia. Nos gustaría que se planteara si es adecuada o no la regulación de todos los aspectos de los contenidos de las facultades de la patria potestad para proteger el interés superior del menor, a lo que tanto los particulares como los poderes públicos estamos obligados.

No obstante, señor Presidente, vamos a apoyar la moción con la propuesta de modificación consensuada por la mayoría de los grupos parlamentarios, no sin antes decirle al Grupo Parlamentario Popular que aunque en el texto legal futuro haya una redacción más clara en este punto y que, como consecuencia, se faciliten los contactos entre abuelos y nietos, ello no debe impedir la profundización y la mejora del derecho de familia que consideramos que es donde realmente está el *quid* de la cuestión. Pensamos que esta reforma puntual y aislada no mejora en lo sustancial el problema. No debemos tener miedo a adaptar las leyes a las necesidades actuales y a hacer de ellas un verdadero instrumento útil para la sociedad y no una rémora, como suele ocurrir en más ocasiones de las deseadas.

Muchas gracias.

El señor VICEPRESIDENTE (Prada Presa): Gracias, Senadora Pérez Anguita.

Por el Grupo Parlamentario Popular, tiene la palabra la Senadora Mora, por un tiempo de diez minutos.

La señora MORA DEVIS: Muchas gracias, señor Presidente.

Señorías, voy a intervenir muy brevemente para dar ciertas explicaciones acerca de las intervenciones de las señorías que me han precedido en el uso de la palabra.

Por parte del Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés, tomo en consideración, como se hizo anteriormente, su celo y recelo por disminuir esa labor del órgano judicial, y creo que son palabras suyas.

Precisamente, la enmienda venía fundamentada por eliminar una palabra: la supervisión de los técnicos. Pero fíjese, señor Molas, hasta dónde llega la ironía de la vida: este acuerdo, que parecía tan razonable, no ha sentado bien, o por lo menos causa sospecha, al Grupo Parlamentario Mixto, que pretende soslayar esta vigilancia de los técnicos a los abuelos. El Grupo Parlamentario Popular pretendía no dar manga ancha a cualquier abuelo, en el sentido de que el juez tuviera que supervisar. Y con gran acierto el señor Molas ha interpretado que no hace falta, puesto que considera que sería adelantarnos a unos acontecimientos de práctica cuyo foro no es éste. Esto ha causado una interpretación que no se ajusta a la realidad, señor Quintana. Sencillamente ha sido por esta razón, por no adelantarnos a mayores acontecimientos de los que deben circunscribir esta Cámara.

Señor Quintana, le agradezco personalmente la deferencia que ha tenido hacia mi persona, y quiero que esto sea un paréntesis puesto que no es mi intención personalizar las cuestiones de mi Grupo. Considero que hablar de divorcio no es dramatizar —lo quiero manifestar desde mi opinión personal—, que la familia está por encima de los divorcios y que la crisis matrimonial, en mi modestísima opinión, existe cuando está vigente el matrimonio; cuando se llega al divorcio ya no hay crisis matrimonial, porque se ha resuelto.

En ese sentido, también quiero llamar la atención de la Senadora que ha intervenido en nombre del Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos y decirle que, en definitiva, en mi opinión, la familia y su supervivencia pasan por lo que son separaciones y divorcios, y también es muy respetable la opinión de quien no lo quiera ver así.

Quisiera también aludir a unas referencias que ha hecho la portavoz del Grupo de Senadores Nacionalistas Vascos sobre la protección jurídica del menor. Señoría, la moción es la que es, y no vamos a adelantar más acontecimientos. La crisis matrimonial, vuelvo a decirle, existe mientras está vigente el matrimonio; después no hay crisis matrimonial, hay crisis familiar.

Usted dice que no hemos manifestado cómo pretendemos resolver el problema. Me remito al texto de la moción para que usted, pausadamente, pueda volver a leerla para aclarar mejor los conceptos.

El señor Capdevila, que ha intervenido en nombre del Grupo Parlamentario Catalán en el Senado de Convergència i Unió, comenta esta sentencia y muchas más. Ojalá que a partir de ahora esas sentencias sean las más escasas. Coincido con su señoría en que lo que se pretende, el gran beneficio de estas cosas, va a ser que no vamos a tener que ir a un procedimiento de menor cuantía reclamando el artículo 160 del Código Civil, sino que con un simple procedimiento incidental, y en el mismo momento del procedimiento, se van a resolver las cosas, con lo cual, vamos a conseguir un avance en la agilización de la Justicia. Creo que ese es el fundamento procesal práctico, si bien no hemos de salirnos de lo que en este momento es el foro fundamental: la cuestión social.

En cuanto a la señora Pérez, que ha intervenido en nombre del Grupo Parlamentario Socialista, quiero recibirla con el mayor cariño. Sé que la primera vez que se interviene en una Cámara resulta un poco duro. Esta es también mi primera intervención en el Senado, aunque ya tuve ocasión de hacerlo en el Congreso de los Diputados. Por eso creo que es justo que traiga a colación que cuando intervine en el Congreso de los Diputados lo hice precisamente defendiendo allí esta moción como proposición no de ley. Se que usted habrá tenido interés en saber cómo discurrió aquel debate y cómo fue, en concreto, la intervención de su compañera, la señora Del Campo Casasús. Debo recor-

darle a su señoría, puesto que ésta es su primera vez, que cuando se presenta una iniciativa parlamentaria, aunque esté vigente su presentación y su debate, al terminar la legislatura dicha iniciativa declina, se agota. Por tanto, hay que volverlo a presentar.

Esto podía haberlo hecho el Congreso o el Senado, pero —cada uno tiene su corazoncito— esta proposición la defendió esta Senadora porque fue iniciativa suya. Esta Senadora tomó posesión de su cargo el día 14 de septiembre de 1999, y la defendió ante el Congreso el día 14 de diciembre de 1999. Y esta Senadora tomó posesión en el Senado junto con el resto de compañeros no hace mucho tiempo, y ya está esta moción debatiéndose aquí.

Le digo esto para que se tranquilice respecto del ímpetu o no ímpetu que tenemos en el Grupo Parlamentario Popular que, como su señoría puede observar, ha sido escrupulosamente puntual, o por lo menos esa es mi opinión.

Por eso salgo al paso de algunas declaraciones que se han vertido en prensa sobre que esto se ha tratado ya. No, no se ha tratado ya. También puedo darle explicación de por qué fue una proposición de ley o no de ley. Dado lo avanzado de la legislatura, no se podía presentar una proposición de ley porque no había suficiente tiempo parlamentario para que fuese conocida por el Pleno.

Considero que el celo y el recelo del Grupo Parlamentario al que represento ha sido escrupuloso en esta cuestión, y no es justo que se viertan unas consideraciones sobre todo cuando no se ajustan a la realidad.

En cualquier caso, en aras a la brevedad parlamentaria y dado que todas sus señorías han mostrado el interés suficiente y necesario y han ofrecido su apoyo en este debate, tan sólo me queda agradecerles las palabras de consideración hacia mi persona y su respaldo, que significa mantener una postura común de sensibilización hacia los más indefensos: los niños.

Muchas gracias. (Aplausos.)

El señor VICEPRESIDENTE (Prada Presa): Muchas gracias, Senadora Mora.

Señorías, se ha presentado una propuesta de modificación a la moción original del Grupo Parlamentario Popular, firmada por los portavoces de los distintos grupos de la Cámara. Aunque los señores portavoces tienen conocimiento de esta propuesta de modificación, es preciso dar lectura a la misma.

Dice así: El Senado insta al Gobierno a que en el plazo de seis meses elabore un proyecto de ley de reforma del Código Civil que regule, en los procesos que resuelvan crisis de parejas, que los hijos mantengan

las relaciones personales, singularmente y de forma especial con sus abuelos.

Asimismo, el Senado insta al Gobierno a que, en el ámbito de la anterior reforma, aborde el tratamiento más adecuado de las relaciones de los hijos en caso de ruptura familiar con los demás parientes y allegados.

Como les decía, señorías, esta propuesta de modificación que sustituye a la moción original ha sido firmada por todos los portavoces de los distintos grupos parlamentarios de la Cámara, y, en consecuencia, pregunto a sus señorías si puede entenderse aprobada por asentimiento.

(Asentimiento.) Queda aprobada.

PUBLICACIONES Y NOTICIAS

**TÍTULO: DERECHO DE FAMILIA. DOCTRINA SISTEMATIZADA
DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA**

*Autor: Antonio Javier Pérez Martín.
Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000.*

La aplicación de las normas jurídicas que integran el derecho de familia viene planteando en la práctica numerosos interrogantes a los que las Audiencias Provinciales van dando distintas soluciones. Por tanto, no basta con conocer la normativa contenida en el Codi de Família o Código Civil, o los comentarios y estudios doctrinales sobre cada una de las instituciones jurídicas, sino que es preciso estar al día en los criterios interpretativos que nuestros órganos judiciales mantienen en cada una de las materias objeto de estudio.

La presente obra, siguiendo la estructura de sendas publicaciones de la misma editorial dedicadas a las Audiencias Provinciales de Madrid y Málaga, ofrece al lector de una manera sistematizada toda la doctrina de la Audiencia Provincial de Barcelona en materia de derecho de familia. A través de más de mil trescientas sentencias de los años 1998 a 2000 —básicamente de las secciones 12 y 18 especializadas en familia— se analizan las cuestiones relativas a las causas de separación, divorcio y nulidad, medidas paterno-filiales, alimentos, vivienda familiar, pensión compensatoria, indemnización del art. 41 del Código de Familia, cuestiones procesales que mantienen su vigencia tras la entrada en vigor de la nueva LEC, regímenes económico matrimoniales, menores, filiación, uniones de hecho, cuestiones penales, etc.

Como apéndice se incluye una “Tabla de Pensiones” que ha sido extraída estadísticamente del análisis de más de cinco mil sentencias dictadas por las secciones 12 y 18 de la AP de Barcelona y que sin duda servirá de criterio orientador para la negociación de convenios reguladores.

La utilidad práctica de la obra está garantizada tanto para abogados en ejercicio, como para órganos judiciales unipersonales, profesores universitarios y juristas en general.

TÍTULO: LAS CAPITULACIÓN MATRIMONIALES: ESTUDIO DE SU INEFICACIA Y DE SUS ACCIONES IMPUGNATORIAS

*Autor: José M.ª Cutillas Torns.
Revista General de Derecho, Valencia, 2000.*

La propia existencia del régimen económico matrimonial y sus posibles mutaciones hace surgir una importante problemática jurídica merecedora de un estudio detallado como el realizado por el Magistrado José M.ª Cutillas Torns.

Como el art. 1335 del Código Civil señala que la invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos, el autor aborda con rigor en el capítulo segundo el tema de la ineficacia del negocio jurídico, tanto desde el punto de vista doctrinal como jurisprudencial, centrándose en la acción de impugnación.

Como no podía ser de otro modo, dada la pretensión de la obra, en el capítulo tercero se analiza los problemas que plantean los arts. 1373 y 1374 del Código Civil, haciendo una especial referencia a la nueva LEC.

Igualmente son tratadas en la obra las consecuencias de las capitulaciones matrimoniales del incapacitado y del menor emancipado, el requisito de la asistencia y concurso de ciertas personas para la validez de las modificaciones de las capitulaciones matrimoniales y las otorgadas *contra legem*, contra las buenas costumbres o limitativas de la igualdad de los cónyuges.

Los capítulos nueve y diez se dedican a las capitulaciones simuladas y a la acción rescisoria por fraude de acreedores, y para terminar, dedica dos capítulos a la rescisión por lesión de más de una cuarta parte en la liquidación de la sociedad de gananciales.

En suma, una obra práctica y de plena actualidad que contribuirá a clarificar la importante problemática que dejamos apuntada al inicio, por lo que sin duda se aconseja su adquisición.

TÍTULO: LA RECONCILIACIÓN MATRIMONIAL

*Autor: M.ª José, Pérez Rúa.
Universidad de Almería, Almería, 1999.*

Una vez que la crisis conyugal ha trascendido a la esfera judicial y que ha sido dictada sentencia de separación, se admite la posibilidad de que los cónyuges de mutuo consenso puedan dejar sin efecto lo acordado por medio de la

reconciliación. Como señala el art. 84 del Código Civil “La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio”.

La reconciliación conyugal había sido escasamente tratada por la doctrina a pesar de las cuestiones que la misma puede suscitar, tanto en relación con el propio concepto y requisitos como los efectos que produce entre los cónyuges, los hijos y patrimonio, así como en materia sucesoria.

En la presente obra, María José Pérez Rúa analiza con detalle a través de catorce capítulos todo lo relacionado con la reconciliación, desde su existencia cuando concurren dos elementos necesarios —reanudación de la convivencia marital y voluntad de poner fin a la separación de la pareja— hasta los efectos que produce en los cónyuges, hijos y patrimonio, haciendo un profundo estudio de la legislación nacional y foral.

También analiza la autora la posible existencia de reconciliación en parejas de hecho, no ya en cuanto a la existencia de vínculo, sino en cuanto a las consecuencias que esa reanudación de la vida en común va a tener en materia patrimonial.

JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA

MADRID

Los próximos 23 y 24 de marzo de 2001 se celebrará en la Sala Fénix (Edificio Allianz), Paseo de la Castellana, 33 de Madrid el VIII encuentro de la Asociación Española de Abogados de Familia sobre “**Los hijos menores de edad en situación de crisis familiar**”.

La apertura correrá a cargo del Excmo. Sr. D. Luis Martínez Calcerrada, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Primera ponencia: “*Reparto de la convivencia de los hijos menores con sus progenitores. Puntos de encuentro*”. Presidente de Mesa: Excmo. Sr. D. Julio Ramos Díaz, Abogado, Presidente Honorario del Consejo Andaluz de Colegios de Abogados. Ponentes: Ilmo. Sr. D. Francisco de Asís Serrano Castro, Magistrado-Juez del Juzgado n.º 7, de Familia, de Sevilla y el Ilmo. Sr. D. Antonio Javier Pérez Martín, Magistrado-Juez del Juzgado n.º 7, de Córdoba.

Segunda ponencia: “*Traslado ilícito de hijos menores (nacional e internacional)*” Presidente de Mesa: Ilmo. Sr. D. Francisco Muñiz Menero, Magistrado-Juez de Juzgado de 1.ª Instancia de Palma de Mallorca. Ponentes: D. Adolfo Alonso Carbajal, Abogado del Ilustre Colegio de Gijón y la Ilma. Sra. D.ª Raimunda de Peñafort Lorente Martínez, Magistrada-Juez del Juzgado de Instrucción n.º 13 de Madrid.

Tercera ponencia: “*El interés del menor y su situación familiar en las leyes orgánicas 1/1996 y 5/2000*”. Presidenta de Mesa: Sra. D.ª María Pérez Galván, Abogada del Ilustre Colegio de Sevilla. Ponentes: Ilmo. Sr. D. Félix Pantoja García, Fiscal-Jefe de Menores de Madrid y la Ilma. Sra. D.ª Asunción Martín Sánchez, Magistrada-Juez del Juzgado, único, de Menores de Murcia.

Cuarta ponencia: “*El derecho a conocer la filiación de origen*”. Presidente de Mesa: Sr. D. Alfonso Ramón Cano Soubrier, Abogado del Ilustre Colegio de Murcia. Ponentes: Ilma. Sra. D.ª Susana Salvador Gutiérrez, Magistrada. Encargada del Registro Civil, único, de Madrid y el Ilmo. Sr. D. Vicente Ortega Llorca, Presidente de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia.

Quinta ponencia: “*Los hijos menores de edad en la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*”. Presidenta de Mesa: Ilma. Sra. D.ª Carmen Rodilla Rodilla, Magistrada-Juez del Juzgado n.º 27, de Familia, de Madrid. Ponentes: Ilma. Sra. D.ª Margarita Pérez Salazar Resano, Magistrada-Juez del Juzgado n.º 3 de Familia, de Pamplona y la Sra. D.ª Teresa Martín Rico, Abogada del Ilustre Colegio de Madrid.

Después se celebrará un foro abierto dirigido por D. Jorge Marfil Gómez, Abogado del Ilustre Colegio de Madrid y D. Francisco Vega Sala, Abogado del Ilustre Colegio de Barcelona.

Las jornadas serán clausuradas por el Excmo. Sr. D. Luis Martí Mingarro, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y por el Excmo. Sr. D. Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Presidente de la Asociación Española de Abogados de Familia.

Información e inscripciones: ENFOQUE XXI. Travessera de Gracia, 62, 2.º, 2.ª; 08006-Barcelona. Tel. 93 201 61 60 - Fax. 93 414 57 73